

T u o m a s H u p l i

Täytäntöönpanointressi yrityssaneerauksessa

Insolvenssioikeudellinen tutkimus
saneerausvelkojan oikeusaseman perusteista

TÄYTÄNTÖÖNPANOINTRESSI YRITYSSANEERAUKSESSA



SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 253

TUOMAS HUPLI

Täytäntöönpanointressi yrityssaneerauksessa

Insolvenssioikeudellinen tutkimus saneerausvelkojan
oikeusaseman perusteista

Yliopistollinen väitöskirja, joka Helsingin yliopiston
oikeustieteellisen tiedekunnan suostumuksella esitetään
julkisesti tarkastettavaksi Arppeanumissa, Snellmaninkatu 3,
perjantaina 4.6.2004 klo 12.

WITH AN ENGLISH ABSTRACT

Julkaisuvaliokunta

Raimo Lahti, puheenjohtaja

Markku Helin

Mika Hemmo

Risto Nuolimaa

Lea Purhonen, sihteeri

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. (09) 6120 300

f. (09) 604 668

sly@lakimies.org

www.lakimies.org

Verkkokirjan ISBN 978-951-855-539-4

© 2004 Suomalainen Lakimiesyhdistys ja Tuomas Hupli

ISSN 0356-7206

ISBN 951-855-227-4

Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2004

Alkusanat

Oikeustieteellisen väitöskirjan tekemiseen liittyy paljon perinteitä ja mielikuvia. Ne toteutuvat vain tutkijan omalla työllä, tutkimuksen tekemisellä, mutta varsinkin tutkimusprosessin aloittaminen ja viimeistely edellyttävät ystävällistä myötävaikutusta monelta taholta. Kiitän Suomalaista Lakimiesyhdistystä siitä, että näen tutkimukseni osana yhdistyksen perinteikästä väitöskirjasarjaa. Kiitän myös työnohjaajaani Risto Koulua jo perustutkintovuosina saamastani tuesta ja kannustuksesta. Hän piti tutkimuskipinäni yllä silloinkin, kun olin muita tehtäviä hoitaessani jo miltei luopumassa väitöskirjasuunnitelmasta. Rikos- ja prosessioikeuden sekä oikeuden yleistieteiden laitos on tarjonnut erinomaiset tutkimusolosuhteet, mistä niin ikään kiitän.

Tutkimuksen etenemiselle on ollut olennaisen tärkeää professori Erkki Havansilta saamani tuki. Hän on lukenut käsikirjoituksen sitä mukaa kuin jaksoja on valmistunut luettavaan kuntoon. Kiitän häntä luotettavasta palautteesta sekä kannustuksesta jatkaa eteenpäin, kuten myös keskusteluista, joita olemme käyneet insolvenssi-, prosessi- ja varallisuus oikeudellisista ongelmista. Samoin kiitän esitarkastajan ja vastaväittäjän tehtäviin suostunutta professori Johanna Niemii-Kiesiläistä niin tutkimuksen tekemistä kuin insolvenssioikeuden sisältöäkin koskeneista keskusteluistamme. Hänen inspiroiva opetustapansa edisti jo perustutkinnon loppuvaiheessa suuntautumistani prosessi- ja insolvenssioikeuteen.

Kaikki mainitut henkilöt ovat vaikuttaneet työhöni paitsi tukien ja kannustuksen, myös omilla tutkimuksillaan. Näin on tehnyt myös professori Jarmo Tuomisto, joka luki käsikirjoituksen toisena esitarkastajana ja antoi siitä tärkeää palautetta. Hänen kanssaan käymieni keskustelujen merkitys oli korvaamaton jo työskennellessäni uuden konkurssilain parissa oikeusministeriön lainvalmisteluosastolla. Kiitän häntä asiantuntevasta ja aina ystävällisestä avusta.

Oikeusneuvos Mikko Könkkölää kiitän tilaisuudesta osallistua sekä uuden konkurssilain että vanhentumislainsäädännön valmisteluun, ensin lainvalmisteluosastolla heti auskultoinnin päätyttyä, sittemmin vielä yliopistolle siirtymiseni jälkeen. Kiitän häntä myös käsikirjoituksen pääosaa koskeneesta hyödyllisestä palautteesta. Yhteistyöstä sekä ammatillisesta ohjauksesta mainittujen lakiuudistusten valmistelussa kiitän lainsäädäntöneuvos Liisa Lehtimäkeä ja lainsäädäntöneuvos Marjut Jokelaa. Rohkaisusta siirtyä lopulta päätoimiseksi tutkijaksi kiitän etenkin lainsäädäntöneuvos Tuula Linnaa, lainsäädäntöneuvos Tatu Leppästä sekä VT, neuvotteleva virkamies Riku Aholaa.

Koko runsaan kolmivuotisen tutkimuskauden olen voinut luottaa Säästöpankkien Tutkimussäätiöltä saamani rahoituksen jatkuvuuteen. Työtäni ovat rahoittaneet myös Olga ja Kaarle Oskari Laitisen Säätiö, Nordea Pankin Säätiö

sekä Maaliskuun 25 päivän rahasto. Vuoden 2003 puolivälistä taloudellisen päävastuun tutkimuksen valmistumisesta on kantanut professori Juha Karhun johtama oikeustieteen valtakunnallinen tutkijakoulu OMY. Tutkijakoulu on merkittävästi tukenut myös työn etenemiselle välttämättömiä matkojani Max-Planck-Instituutin kirjastoon Hampuriin. Kiitän professori Kimmo Nuotia siitä, että hän on tutkijakoulun Helsingin toiminnoista vastaavana suhtautunut alusta saakka myönteisesti tutkimukseeni sekä suunnitelmaani sen toteuttamisesta. Professori Nuotio myös luki käsikirjoituksen kaksi ensimmäistä lukua antaen niistä yhä syventävää palautetta ja kannustaen jatkamaan kohti päämäärää. Väitöskirjaa valmistelevalta tai sen jo julkaisseista kollegoistani kiitän erityisesti tutkija Sakari Melanderia ja OTT Toomas Kotkasta käsikirjoituksen kahta ensimmäistä lukua koskeneesta palautteesta sekä väitöskirjan tekemistä koskeneista keskusteluistamme. Kiitän myös kaikkia pesänhoitajia, saneerausyritysten selvittäjiä, tuomareita ja muita käytännön juristeja, joiden kanssa olen voinut keskustella tutkimusaiheelleni relevanteista kysymyksistä.

Työn vaikutus on näkynyt joskus silloinkin, kun olisi ollut aika jättää kaikki siihen liittyvä työhuoneeseen – ja mieluiten sulkea kannettava tietokonekin, koska sillä on taipumus häiritä elämän tärkeämpiä asioita. Tutkimuskausi onkin edellyttänyt joustavuutta sekä lähipiiriltä että ystäviltä, jotka ansaitsevat lämpimän kiitoksen. Vanhempiani kiitän erityisesti siitä, että he ovat aina ja kaikin tavoin rohkaisseet jälkikasvuaan, mihin tahansa hankkeisiin olemme ajautuneetkaan. Luottamus määrätietoiseen työhön oli tässäkin tehtävässä keskeisellä sijalla.

Kaikkein lähimpää työn etenemistä on seurannut puolisoni Jenni Hupli. Tutkimussuunnitelman toteuttamiselle oli ratkaisevan tärkeää, että hän otti väitöskirjahankkeen alusta saakka luontevaksi, jokapäiväiseksi osaksi yhteistä taivaltamme. Omien työ- ja jatkokoulutuskiireidensä ohella Jenni on myös väsymättä kuunnellut ja arvioinut ajatuksiani niin kirjan sisällöstä kuin sen tekemisestäkin. Yhtä lailla hän on osoittanut tauon ja loman merkityksen silloin, kun en sitä itse ole havainnut. En vielä tiedä, miten kiittää tästä kaikesta – mutta juuri tämä onkin tärkein niistä projekteista, joihin nyt on aika tarttua.

Porthaniassa kiirastorstaina 2004

Tuomas Hupli

Sisällysluettelo

ALKUSANAT	V
SISÄLLYS	VII
LÄHTEET	XV
LYHENTEET	XXIX
 1 TUTKIMUKSEN AIHE JA TUTKIMUSTAPA	 1
1.1 Johdatus aiheeseen ja kysymyksenasetteluun	1
1.2 Tutkimuskohde ja -tehtävä	2
1.2.1 Täytäntöönpanointressi ja saneeraus- eli elvytysintressi	2
1.2.2 Täytäntöönpanointressin aseman ja merkityksen selventäminen tutkimustehtävänä	4
1.3 Tutkimustavasta	6
1.3.1 Oikeuden sisältöön suuntautuva tutkimustapa	6
1.3.1.1 Ajattelutapa tutkimustapana	6
1.3.1.2 Oikeusdogmatiikka ja de lege ferenda -tutkimus oikeuden sisältöön kohdistuvina tutkimusotteina	9
1.3.1.3 Insolvenssioikeuden järjestelmäkriitikkistä sisältökysymyksiin	10
1.3.2 Ajattelutavan eksplikointia	13
1.3.2.1 Lainopin yleiset metodiopit tutkijan itseymmärryksen perustana	13
1.3.2.2 Lainopin funktiot ja konkreettinen tutkimustapa	14
1.3.2.3 Oikeuden reiluus moraaliteoreettisena vaikutteena	22
1.3.2.4 Analyyttinen ajattelutapa ja insolvenssioikeuden yleisten oppien kehittäminen	26
1.4 Tutkimuksen etenemisestä, rajauksista ja lähteistä	28
1.4.1 Etenemisestä	28
1.4.2 Rajauksista	30

1.4.3	Lähteistä	34
1.5	Keskeisimpiä termejä	36
2	VELKOJEN OIKEUSASEMAN TEOREETTISET JA OIKEUSPOLIITTISET PERUSTEET	37
2.1	Saneerausintressin oikeudellistuminen täytäntöönpanon rinnalle	37
2.2	Taloudellistationaaliset perusteet ja taloudellistationaalinen teoria	42
2.2.1	Jackson ja Baird keskustelun avaajina	42
2.2.2	Insolvenssioikeudellisten ongelmien erottaminen muista ongelmista – velkavastuun toteuttaminen ja common pool -ongelman tehokas ratkaiseminen	45
2.2.3	Materiaalisten oikeuksien kunnioittaminen insolvenssimenettelyssä	49
2.2.4	Velkojen hypoteettinen sopimus (Creditors' Bargain Model)	50
2.2.5	Saneerausmenettely yrityksen myyntinä velkojille	54
2.3	Arvorelatiiviset perusteet ja arvorelatiivinen teoria	57
2.3.1	Taloudellistationaaliseen ajatteluun suunnatun kritiikin ydin	57
2.3.2	Warren ja Korobkin arvorelatiivisen argumentoinnin kehittäjinä	59
2.3.2.1	Arvorelatiivisuus – tausta ja käsite	59
2.3.2.2	Kriisiyritys aktiivisena, dynaamisena subjektina	62
2.3.2.3	Tarkastelun syventäminen taloudellisten arvojen taakse	64
2.3.2.4	Kvalifioitu rehabilitaatiokäsite: perusteltu näkemys yrityksen tulevaisuudesta	67
2.4	Velkojen sopimusmallin kontraktarianistinen kritiikki	70
2.4.1	Jacksonin ja Bairdin ääriutilitaristinen arvomaailma	70
2.4.2	Carlsonin metodologinen kritiikki	73
2.4.3	Korobkinin kontraktarianistinen valintamalli	76
2.4.3.1	Johdatus valintamallin teoreettisiin perusteisiin	76
2.4.3.2	Valintatilanteen konstruointi	77
2.4.3.3	Insolvenssioikeuden periaatteet (Principles of Bankruptcy)	82
2.5	Teoreettiset perusteet ja voimassa olevan insolvenssioikeuden tutkimus	89
2.5.1	Mihin hypoteettista sopimusta tarvitaan?	89

2.5.1.1	Korobkinin valintamalli	89
2.5.1.2	Creditors' bargain -malli	91
2.5.2	Insolvenssioikeudellisen perusteorian itseisarvo?	94
2.5.3	Teoreettisten vaikutteiden ilmentymä	96
3	RAUHOITUSAJAN TARVE, ALKAMINEN JA PÄÄTTYMINEN	99
3.1	Yritykseen kohdistuvien vaatimusten keskeyttäminen ja tilanteen rauhoittaminen	99
3.2	Rauhoitusaika laillistettuna maksunlakkautuksena	101
3.2.1	Maksunlakkautusinstituution kaksi funktiota	101
3.2.2	Maksunlakkautustilanteiden jaottelusta, sääntelystä ja oikeusvaikutuksista	103
3.3	Menettelyn valinta rauhoitusajan funktiona?	106
3.3.1	Rauhoitusajan tehtävät erillis- ja yhtenäismenettelyjärjestelmissä	106
3.3.2	Selvitysrauhonajan mahdollisuudesta YSL:n järjestelmässä	109
3.4	Saneerauksen tehokas suunnittelu rauhoitusajan tavoitteena	111
3.4.1	Rauhoitusajasta suunnittelu- ja selvittelyjaksona	111
3.4.2	Saneerauksen tehokas suunnittelu erityisesti ekspansiivisen riskinoton teorian valossa	113
3.5	Rauhoitusajan alkaminen	118
3.5.1	Tarveharkintainen ja kiinteästi säännelty rauhoitusaika	118
3.5.2	Saneeraushakemuksen hyväksyminen (menettelyn alkaminen) ja väliaikaiskiello rauhoitusajan alkuhetkinä	119
3.5.2.1	Menettelyn aloittamispäätös ja muutoksenhaun vaikutuksettomuus	119
3.5.2.2	Väliaikaiskiellon määrittämisestä ja materiaalisista edellytyksistä	120
3.5.3	Väliaikaiskiellon merkitys saneeraushakemuksen ratkaisemisen jälkeen	128
3.5.3.1	Hakemuksen hylkääminen	128
3.5.3.2	Hakemuksen hyväksyminen ja väliaikaiskiellon ulkopuolisten velkojen status	130
3.6	Rauhoitusajan päättymisen	133
3.6.1	Problematiikan merkitys ja päättymisperusteiden jäsentely	133
3.6.2	Ratio legis: saneerausohjelman vahvistaminen ja noudattamismääräys	134
3.6.3	Noudattamismääräys muutoksenhakuinstanssissa?	137
3.6.4	Aloittamispäätöksen kumoaminen	138

3.6.5	Menettelyn lakkaaminen esteperusteen ilmenemisen, konkurssin tai saneerausohjelman vahvistamatta jättämisen johdosta	140
3.6.5.1	Esteperusteen ilmeneminen menettelyn aikana	140
3.6.5.2	Konkurssiin asettaminen	143
3.6.5.3	Ohjelmaehdotuksen puuttuminen, puutteellisuus ja hylkääminen	144
4	MÄÄRÄYSVALLAN JÄRJESTELY RAUHOITUSAIKANA	149
4.1	Määräysvallan siirtymisen ja pysyvyyden periaatteet	149
4.1.1	Periaatteiden kuvaus ja merkitys	149
4.1.2	Debtor in possession Yhdysvaltain oikeudessa	152
4.1.2.1	Periaatteen asema ja oikeuspoliittiset perusteet	152
4.1.2.2	Velallisen aseman jäsentäminen 'muuttumisfiktion' avulla	154
4.1.2.3	Tarkastajamääräys DIP-periaatteen ja määräysvallan siirtymisen välimuotona	157
4.1.3	Määräysvallan siirtyminen ja Eigenverwaltung Saksan oikeudessa	158
4.1.4	Määräysvallan pysyvyyden periaate YSL:ssa	162
4.2	Määräysvallan siirtymisestä siviilioikeudellisena ja siviiliprosessioikeudellisena tapahtumana	165
4.2.1	Siirtymätapahtuman jäsentämisen tarve	165
4.2.2	Insolvenssimenettely omistajan (ja muun varallisuus-oikeuden haltijan) oikeusasemaan puuttumisena	166
4.2.2.1	Suojatun käyttövallan pysyvyys saneerausmenettelyssä	166
4.2.2.2	Konkreettinen määräysvalta siirtymän kohteena	170
4.2.2.3	Siviiliprosessuaalisen puhevallan järjestelystä saneerausmenettelyssä	171
4.2.3	YSL:n materiaaalisten vallinnanrajoitusten perusjäsentely	177
4.2.4	Laillistetun maksunlakkautuksen järjestelmä	178
4.2.4.1	Idea, rakenne ja logiikka	178
4.2.4.2	Laillistettu maksunlakkautus viivästys-seuraamusten ja vanhentumisajan keskeytysperusteena	184
4.2.4.3	Kiellettyjen, sallittujen ja pakollisten maksujen erottelu	188
4.2.4.4	Maksunlakkautuksen ulkopuolisten velvoitteiden suorituspakko	200

4.2.4.5	Vastaavuusperiaate maksunlakkautuksen ja perintäkiellon välillä	205
4.2.5	Selvittäjän lupaan sidottu määräysvalta	212
4.2.5.1	Lupasidonnaisuus ja määräysvallan pysyvyyden periaate	212
4.2.5.2	Lupasidonnaisuuden määräytymisestä	213
4.2.6	Ylimääräiset vallinnanrajoitukset	218
4.2.6.1	Rajoitusten sisällöllinen avoimuus	218
4.2.6.2	Ylimääräinen rajoitus turvaamistoimena	221
5	MÄÄRÄYSVALLAN YLITTÄMINEN	225
5.1	Insolvenssimenettely lakiin perustuvana vallinnanrajoituksena	225
5.1.1	Legaalinen vallinnanrajoitus, kompetenssivirhe ja kompetenssitehottomuus	225
5.1.2	YSL:iin perustuvan kompetenssitehottomuuden ulottuvuus	227
5.1.3	Legaalisten vallinnanrajoitusten varallisuus oikeudellisesta jäsentämisestä	229
5.2	Määräysvallan ylittäminen ja YSL:n seuraamushakuisuus	233
5.3	Kiellonvastaisen maksun palautus	235
5.3.1	Maksukiellon vastaisuus palautusvelvoitteen edellytyksenä	235
5.3.1.1	Korostetun objektiivinen edellytys	235
5.3.1.2	Saneerausvelka suorituksen kohteena	236
5.3.1.3	Maksukieltopoikkeuksen täyttymisestä	238
5.3.1.4	Maksun kriteerit ja maksuhetki	241
5.3.2	Palautusvastuun toteuttamisesta	249
5.3.2.1	Vapaaehtoinen palautus ja asiavaltuus palautuskanteeseen	249
5.3.2.2	Saneerausvelan elpyminen maksun palautuksella	250
5.3.2.3	Palautusvelan vanhentumisesta	251
5.3.3	Sallitun ja pakollisen maksun takaisinsaannista	252
5.3.3.1	Takaisinsaantiriskin perusteet	252
5.3.3.2	Sovittelumahdollisuuden laajentuminen?	254
5.4	Kiellonvastaisen vakuuden tehottomuus	258
5.4.1	Maksu- ja vakuudenasettamiskiellon yhteinen soveltamisala	258
5.4.2	Vakuuden tehottomuus ja tehottomuuden korjautuminen	259
5.4.2.1	Palautusvelvollisuus tehottomuuden seurauksena	259

5.4.2.2	Arvopaperi- ja arvo-osuus oikeudellinen suoja	260
5.5	Kiellonvastaisen perintätoimen tehottomuus	268
5.5.1	Tehottomuus ja perintäkieltopoikkeukset velkojan ja velallisen välillä	268
5.5.2	Tehottomuus ja sen korjautuminen kiellonvastaisessa vakuusrealisoinnissa	271
5.5.2.1	Viittaus vilpittömän mielen yleisiin suojasäännöksiin	271
5.5.2.2	Yleisten suojasäännösten soveltuvuudesta panttivelkojan kompetenssin puutteeseen	272
5.5.2.3	Vakuusvelkojan asema kiellonvastaisen realisoinnin jälkeen	276
5.6	Luvanvaraisen ja ylimääräisen vallinnanrajoituksen rikkominen	277
5.6.1	Oikeustoimen tehottomuus ja vilpittömän mielen suoja	277
5.6.1.1	YSL:n omat suojasäännökset	277
5.6.1.2	Vilpittömän mielen kohteesta	279
5.6.1.3	Suojan edellytyksistä	281
5.6.1.4	Ratihabitio tehottomuuden korjautumis- perusteena	286
5.6.2	Tehottomuuden toteuttamisesta	288
6	KONKURSSI TÄYTÄNTÖÖNPANOINTRESSIN TAKEENA	291
6.1	Konkurssin kaksoisfunktio modernissa insolvenssioikeudessa	291
6.2	Vertailufunktion mahdollisia tavoitteita	292
6.2.1	Saneeraushakemuksen vastustaminen?	292
6.2.1.1	Väite ohjelman vahvistamiskelvottomuudesta	292
6.2.1.2	Väite saneerausmenettelyn väärinkäytöstä	296
6.2.2	Saneerausmenettelyn keskeyttäminen?	297
6.3	Vertailunormiston ratio legis: erimielisen velkojan suojaaminen saneerausohjelman vahvistamisessa	299
6.3.1	Johdatus Best Interest of Creditors' -doktriiniin	299
6.3.1.1	Konkurssivertailu yksittäisen velkojan suojakeinona	299
6.3.1.2	Manipuloitu vertailu oikeuden väärinkäyttönä	302
6.3.2	Konkurssivertailun vaatiminen	303
6.3.2.1	Vaatimistaakka ja väittämistaakka	303
6.3.2.2	Vaatimisvaltuus	306
6.3.2.3	Ohjelmaehdotuksen vastustaminen vertailuoikeuden edellytyksenä	308
6.4	Vertailukohteet	312
6.4.1	Saneerausohjelmaehdotus vs. kuviteltu konkurssi	312

6.4.1.1	Suoritus, suorituksen arvo ja arvon muuttuminen	312
6.4.1.2.	Vertailuväitteen täsmentäminen jako-osuusväitteeksi	320
6.4.1.3	Muille velkojille luvatut suoritukset, etuoikeusjärjestys ja ehdottoman etuoikeuden periaate	323
6.4.2	Konkurssin konstruoinnisen perusteista	326
6.4.2.1	Vertailukonkurssin toteutumis-kelpoisuudesta	326
6.4.2.2	Realisointiolosuhteet vertailun ytimenä	331
6.4.2.3	Saneeraus- ja konkurssijuridiikan vertailusta	336
6.4.3	Saneerauksen aikana syntyvät velat konkurssi-vertailussa	343
6.5	Pakkotäytäntöfunktio I: todellisen konkurssin uhka saneerausmenettelyn aikana	348
6.5.1	Lähtökohtia todellisen konkurssin tarkasteluun	348
6.5.2	Konkurssihakemuksen käsittely saneeraushakemuksen rinnalla	351
6.5.2.1	Saneerausintressin priorisointi neuvottelu-positioiden epätasapainon perusteella	351
6.5.2.2	YSL:n priorisointinormiston pääpiirteet	352
6.5.2.3	Samanaikaiset hakemukset alioikeudessa	353
6.5.2.4	Saneerauksen priorisointi muutoksenhaussa	362
6.5.3	Konkurssin edellytykset saneerausmenettelyn aikana	365
6.5.3.1	Edellytysten kiristyminen	365
6.5.3.2	Velkoja-aloitteisen konkurssin edellytykset saneerausvelan perusteella	366
6.5.3.3	Uuden velan laiminlyöntiin perustuva konkurssihakemus	370
6.5.3.4	Velallisen oma konkurssihakemus ja selvittäjän suostumusharkinta	374
6.6	Pakkotäytäntöfunktio II: priorisoinnin päättyminen ja konkurssiin siirtyminen saneerausohjelman aikana	376
6.6.1	Välitön paluu konkurssin normaaliedellytyksiin	376
6.6.2	Saneerausohjelman noudattamisen merkitys konkurssin edellytyksille	379
6.6.3	Hakijan intressi, torjuntamaksu ja saneerausvelkojen yhdenvertaisuus	382
6.6.3.1	Torjuntamaksun takaisinsaantiriski perinteisen doktriinin ongelmana	382
6.6.3.2	Saneerausmenettelyn aikana syntynyt velka konkurssihakemuksen perusteena	386

6.6.3.3	Saneerausvelkojen yhdenvertaisuus modernin insolvenssioikeuden ongelmana	389
6.6.3.4	Konkurssintorjuntaoikeuden kritiikkiä	391
7	TUTKIMUKSEN TULOKSISTA JA LEGAALISEN SANEERAUS- MENETTELYN VAIHTOEHDOISTA	395
7.1	Katsaus käsiteltyihin aiheisiin ja keskeisiin väitteisiin	395
7.2	Keskustelu legaalisen saneerauksen vaihtoehdoista ja sopimus- saneerausten mahdollisuuksista	398
7.2.1	Saneerauslainsäädäntö pakotteena ja insentiivinä	398
7.2.2	Sopimussaneeraukset ex ante ja ex post	400
7.2.3	Sopimusperusteinen rauhoitusaika ja legaalisesta menettelystä pidätyminen	403
7.2.3.1	Rauhoitusaikauseke ja sen ulottuvuus	403
7.2.3.2	Yksimielisysehto rauhoitusaikausekseen tukena	408
7.2.4	Saneerausopimuksen merkitys myöhemmässä insolvenssimenettelyssä	409
7.2.4.1	Sopimus, jota ei ole vahvistettu legaaliseksi saneerausohjelmaksi	409
7.2.4.2	Sopimus, joka on vahvistettu legaaliseksi saneerausohjelmaksi (etukäteen neuvoteltu saneeraus)	413
7.3	Itsenäisen legaalisanerauksen välttämättömyys	417
	ABSTRACT	421
	OIKEUSTAPAUSHAKEMISTO	423
	ASIAHAKEMISTO	425

Lähteet

- Aarnio*, Aulis: Oikeudellisen ajattelun perusteista. SLY A-sarja N:o 93. 1971.
- Aarnio*, Aulis: Oikeussäännösten tulkinnasta. Tutkimus lainopillisen perustelun rationaalisuudesta ja hyväksyttävyydestä. Juridica 1982.
- Aarnio*, Aulis: Laintulkinnan teoria. Yleisen oikeustieteen oppikirja. Werner Söderström Osakeyhtiö. Porvoo–Helsinki–Juva 1988.
- Aarnio*, Aulis: Oikeussäännösten systematisointi ja tulkinta. Ajatuksia teoreettisesta ja käytännöllisestä lainopista. Teoksessa Juha Häyhä (toim.): Minun metodini. Werner Söderström Lakitieto Oy – WSLT. Helsinki 1997.
- Aarnio*, Aulis – *Helin*, Markku: Suomen avioliitto-oikeus. 3. uudistettu painos. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1992.
- Adler*, Barry E.: Bankruptcy and Risk Allocation. Cornell L. Rev. 1992 s. 439–489.
- Adler*, Barry E.: Financial and Political Theories of American Corporate Bankruptcy. Stan. L. Rev. 1993 s. 311–346.
- Aer*, Janne: Oikeussuojan ulottuvuus hallinnossa: hallintolainkäytön antaman oikeussuojan merkitys viranomaistoiminnan auktoriteetin kannalta. Kauppakaari Oyj, Lakimiesliiton Kustannus 2000.
- van Aerschoot*, Paul: Köyhät ja laki. Toimeentulotukilainsäädännön kehitys oikeudellistumisprosessien valossa. SLY A-sarja N:o 210. Helsinki 1996.
- Agell*, Anders – *Malmström*, Åke: Civilrätt. Artonde upplagan. Utgiven av Anders Agell. Under medverkan av Tore Sigeman. Liber Ekonomi. Malmö 2003.
- Andenaes*, Mads Henry: Konkurs. 2. utgave. Oslo 1999.
- Arnesdotter*, Ingrid: Om betalningsinställning och offentligt ackord. P A Norstedt & Söners förlag. Stockholm 1982.
- Aurejärvi*, Erkki: Valeoikeustoimen tunnusmerkistöstä. LM 1980 s. 205–229.
- Aurejärvi*, Erkki: Luotto- ja maksuvälineet. Kustannusliike Conductio Oy. Helsinki 1986.
- Aurejärvi*, Erkki: Velvoiteoikeuden oppikirja. Conductio. Helsinki 1988. (*Aurejärvi* Velvoiteoikeuden oppikirja 1. p.)
- Aurejärvi*, Erkki – *Hemmo*, Mika: Velvoiteoikeuden oppikirja. 2. painos. Conductio. Helsinki 1998.
- Baird*, Douglas G.: The Uneasy Case for Corporate Reorganization. J. Leg. Stud. 1986 s. 127–147.
- Baird*, Douglas G.: Fraudulent Conveyances, Agency Costs, and Leveraged Buyouts. J. Leg. Stud. 1991 s. 1–24.
- Baird*, Douglas G.: Bankruptcy's Uncontested Axioms. Yale L.J. 1998 s. 573–599.
- Baird*, Douglas G.: The Elements of Bankruptcy. Third Edition. Foundation Press 2001. (*Baird* Elements)
- Baird*, Douglas G. – *Jackson*, Thomas H.: Corporate Reorganizations and the Treatment of Diverse Ownership Interests: A Comment on Adequate Protection of Secured Creditors in Bankruptcy. U. Chi. L. Rev. 1984 s. 97–130.
- Baird*, Douglas G. – *Morrison*, Edward R.: Bankruptcy Decision Making. JLEO 2001 s. 356–372.
- Baird*, Douglas G. – *Rasmussen*, Robert K.: The End of Bankruptcy. Stan. L. Rev. 2002 s. 751–789.
- Balz*, Manfred: Logik und Grenzen des Insolvenzrechts. ZIP 1988 s. 1438–1445.
- Balz*, Manfred: Die Ziele der Insolvenzordnung. Teoksessa Kölner Schrift zur Insolvenzordnung: das neue Insolvenzrecht in der Praxis. Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen

- e. V., Köln (Hrsg.). Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis GmbH & Co 1997. (*Balz Kölner Schrift*)
- Balz*, Manfred: Market Conformity of Insolvency Proceedings: Policy Issues of the German Insolvency Law. *Brook. J. Int'l. L.* 1997 s. 167–179.
- Bankruptcy: The Next Twenty Years: National Bankruptcy Review Commission. Final Report. October 20, 1997. (<http://govinfo.library.unt.edu/nbrdc/report/01title.html>)
- Bet. Nr. 606: Konkurs og tvangsakkord. Betænkning II. Afgivet af det af justitsministeriet den 29. januar 1958 nedsatte udvalg. 1971.
- Bet. Nr. 983: Betænkning om betalingsstandsning. Afgivet af justitsministeriet den 3. juli 1981 nedsatte udvalg. 1983.
- Betker*, Brian L. – *Ferris*, Stephen P. – *Lawless*, Robert M.: "Warm With Sunny Skies": Disclosure Statement Forecasts. *Am. Bankr. L.J.* 1999 s. 809–835.
- Björne*, Lars: Den konstruktiva riktningen. Den nordiska rättsvetenskapens historia. Del III. 1871–1910. Institutet för rätthistorisk forskning grundat av Gustav och Karin Olin. Lund 2002.
- Block-Lieb*, Susan: The Politics of Privatizing Business Bankruptcy Law. *Am. Bankr. L.J.* 2000 s. 77–95.
- Block-Lieb*, Susan: The Logic and Limits of Contract Bankruptcy. *Univ. Ill. L. Rev.* 2001 s. 503–560.
- Blum*, Walter J.: Treatment of Interests on Debtor Obligations in Reorganizations Under the Bankruptcy Code. *U. Chi. L. Rev.* 1983 s. 430–445.
- Boman*, Robert: Om återopande och återopsörda i dispositiva tvistemål. P. A. Norstedts & Söners Förlag. Stockholm 1964.
- Bork*, Reinhard: Einführung in das neue Insolvenzrecht. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). Tübingen 1995. (*Bork Einführung*)
- Bork*, Reinhard: Der Insolvenzplan. *ZZP* 1996 s. 473–486.
- Bradley*, Michael – *Rosenzweig*, Michael: The Untenable Case for Chapter 11. *Yale L.J.* 1992 s. 1043–1095.
- Brækhus*, Sjur: Konkursrett. Utvalgte emner. Universitetsforlaget. Oslo – Bergen – Tromsø 1970. (*Brækhus Konkursrett*)
- Brækhus*, Sjur: Omsetning og kreditt 1. Den personlige gjeldsforfølgning. Gjeldseksekusjon, gjeldsforhandling og konkurs. 3. utgave. Universitetsforlaget. Oslo 1991. (*Brækhus Omsetning og kreditt 1*)
- Brockdorff*, Christian Graf: Der Insolvenzplan. Teoksessa Der Gläubiger im Insolvenzverfahren. Herausgegeben von Eva Maria Huntemann & Christian Graf Brockdorff. Walter de Gruyter. Berlin, New York 1999.
- Broude*, Richard F.: Reorganizations under Chapter 11 of the Bankruptcy Code. *Law Journal Seminars-Press*. Release 9. New York 1990.
- Brusiin*, Otto: Tuomarin harkinta normin puuttuessa. Suomalaisen lakimiesten yhdistyksen julkaisu N:o 14. 1938.
- Buchalik*, Robert: Faktoren einer erfolgreichen Eigenverwaltung. *NZI* 2000 s. 294–301.
- Butler*, Richard V. – *Gilpatrick*, Scott M.: A Re-Examination Of The Purposes And Goals Of Bankruptcy. *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* 1994 s. 269–291
- Carlson*, David Gray: Philosophy in Bankruptcy. *Mich. L. Rev.* 1987 s. 1341–1389.
- Charles*, Rob: Recent Developments. Section 362 – Automatic Stay. *Annual Survey of Bankruptcy Law* 2002 s. 487–507.
- Clark*, Robert C.: The Interdisciplinary Study of Legal Evolution. *Yale L.J.* 1981 s. 1238–1274.
- Cohn*, H. Miles: Good Faith And The Single-Asset Debtor. *Am. Bankr. L.J.* 1988 s. 131–148.
- Collier on bankruptcy: Collier on bankruptcy. Fifteenth Edition Revised. Volume 7. Bankruptcy Code §§ 1101–1129. Alan N. Resnick & Henry J. Sommer (editors-in-chief). Lawrence P. King (editor-in-chief, 1974–2001). LexisNexis. Matthew Bender.

- Cotterrell*, Roger: The Politics of Jurisprudence. A Critical Introduction to Legal Philosophy. Butterworths 1989.
- Cowans*, Daniel R.: Bankruptcy Law and Practice. Vol. 5, Chapters 19 to 22. Seventh edition. Lexis Law Pub. 1998.
- Delaney*, Kevin J.: Power, Intercompany Networks, And "Strategic Bankruptcy". L. & Soc. Rev. 1989 s. 643–666.
- Delaney*, Kevin J.: Strategic Bankruptcy. How Corporations and Creditors Use Chapter 11 to Their Advantage. University of California Press. Berkeley Los Angeles Oxford 1992.
- Ds A 1979:7: Betalningsinställelse och rådrumsstöd m.m. Promemoria utarbetad inom arbetsmarknadsdepartementet.
- Duberstein*, Conrad B.: Out-of-Court Workouts. Am. Bankr. Inst. L. Rev. 1993 s. 347–365.
- Dworkin*, Ronald: The Original Position. Teoksessa Norman Daniels (ed.): Reading Rawls. Critical Studies on Rawls' *A Theory of Justice*. Basil Blackwell Oxford 1975. (*Dworkin* Reading Rawls)
- Dworkin*, Ronald: Taking Rights Seriously. With a new appendix, a response to critics. Harvard University Press 1977, 1978. Eighteenth printing, 2001.
- Dworkin*, Ronald: Law's Empire. Fontana Press. Second impression 1986.
- Ehrenfeld*, Joshua A.: Quietening the Rebellion: Eliminating Payment of Prepetition Debts Prior to Chapter 11 Reorganizations. U. Chi. L. Rev. 2003 s. 621–638.
- Eisenberg*, Theodore: Konkurs eller rekonstruktion. Hur skapa effektiva lagar? Översättning Sune Karlsson. SNS Förlag. Stockholm 1995.
- Ekdahl*, Curt: Om fordran i konkurs. P.A. Norstedt & Söner. Stockholm 1935.
- Ekelöf*, Per Olof – *Edelstam*, Henrik: Rättegång. Första häftet. Åttonde upplagan. Norstedts Juridik AB. Stockholm 2002. (*Ekelöf* I)
- Ekelöf*, Per Olof – *Boman*, Robert: Rättegång. Andra häftet. Åttonde upplagan. Norstedts Juridik AB. Stockholm 1996. (*Ekelöf* II)
- Epstein*, David G. – *Nickles*, Steve H. – *White*, James J.: Bankruptcy. Volume 3. Sections 10-1 to End. West Publishing Co. St. Paul, Minn. 1992.
- Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht. Hrsg. Vom Bundesministerium der Justiz. Köln: Kommunikationsforum Recht Wirtschaft Steuern 1985. (Erster Bericht)
- Evans*, Jocelyn: The effect of discretionary actions on small firms' ability to survive Chapter 11 bankruptcy. J. Corp. Finance 2003 s. 115–128.
- von Eyben*, Bo – *Smith*, Eva: Kreditorfølgning – materiel foged- og konkursret. G.E.C Gads Forlag. København 1991.
- Finch*, Vanessa: Corporate Insolvency Law. Perspectives and Principles. Cambridge University Press 2002.
- Finkelstein*, Claire: Financial Distress as a Noncooperative Game: A Proposal for Overcoming Obstacles to Private Workouts. Yale L.J. 1993 s. 2205–2230.
- Flessner*, Axel: Philosophies of Business Bankruptcy Law: An International Overview. Teoksessa Jacob S. Ziegel (ed.): Current Developments in International and Comparative Corporate Insolvency Law. Clarendon Press, Oxford 1994.
- Fletcher*, Ian: The Law of Insolvency. Third edition. Sweet & Maxwell. London 2002.
- Fortgang*, Chaim J. – *Mayer*, Thomas Moers: Valuation in Bankruptcy. UCLA L. Rev. 1985 s. 1061–1131.
- Fried*, Barbara H.: "If You Don't Like It, Leave It": The Problem of Exit in Social Contractarian Arguments. Phil. & Pub. Aff. 2003 s. 40–70.
- FT 18.12.2002: The Financial Times Wednesday December 18 2002: Lenders see profit in bankruptcy.
- Graf-Schlicker*, Marie Luise: Gefährdet die Eigenverwaltung die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters? Teoksessa Gerhard/Haarmeyer/Kreft (Hrsg.): Insolvenzrecht im Wandel der Zeit.

- Festschrift für Hans-Peter Kirchhof. ZAP-Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis GmbH & o. KG, 2003.
- Granfelt, O. Hj.: Suomen konkurssioikeus pääpiirteittäin. Kolmas painos. Suomeksi laatinut U. J. Castrén. Söderström & C:o. Helsinki 1950.
- Gravenbrucher Kreis: "Große" oder "kleine" Insolvenzrechtsreform? ZIP 1992 s. 657–661
- Gregow, Torkel: Utsökningsrätt. Tredje, omarbetade upplagan. Fritzes Förlag AB. Stockholm 1996.
- Gross, Karen: Failure and Forgiveness. Rebalancing the Bankruptcy System. With a New Preface to the Paperback Edition. Yale University Press 1999.
- Gross, Karen – Redmond, Patricia: In Defense of Debtor Exclusivity: Assessing Four of the 1994 Amendments to the Bankruptcy Code. Am. Bankr. L.J. 1995 s. 287–309.
- Haas, Ulrich: Eigenverwaltung des Schuldners. Teoksessa Insolvenzrechtshandbuch. Herausgegeben von Peter Gottwald. 2., völlig neu bearbeitete Auflage. Verlag C.H. Beck. München 2001.
- Hakulinen, Y.J.: Velvoiteoikeus I. Yleiset opit. Pellervo-Seura. Julkaisija Suomalainen Tiedeakatemia. Helsinki 1958.
- Hakulinen, Y.J.: Velkakirjalaki. Toinen täydennetty painos. Werner Söderström Osakeyhtiö. Porvoo – Helsinki 1965.
- Hart, H.L.A.: The Concept of Law. Oxford at the Clarendon Press 1961.
- Havansi, Erkki: Tunteeko Suomen oikeus ns. reaalisopimuksia? LM 1969 s. 379–416.
- Havansi, Erkki: Takavarikko ja hukkaamiskielto ulosottolain 7 luvun mukaan. Ensimmäinen osa. SLY A-sarja N:o 111. 1975. (Havansi Takavarikko)
- Havansi, Erkki: Vakuusoikeudellisia kirjoituksia. Helsinki 1978.
- Havansi, Erkki: Pantin takaisinsaannista konkurssissa. Defensor Legis -lehdessä vv. 1979–1980 julkaistu tutkimus. (Havansi Pantin takaisinsaannista)
- Havansi, Erkki: Esinevakuusoikeudet. Panttioikeus. Pidätysoikeus. Omistuksenpidätys. Vakuusluovutus. Toinen, uudistettu painos. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1992.
- Havansi, Erkki: Suomen konkurssioikeus. Kolmas, uudistettu painos. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1992. (Havansi Konkurssioikeus)
- Havansi, Erkki: Uusi turvaamistoimilainsäädäntö selityksineen. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1994. (Havansi Uusi turvaamistoimilainsäädäntö)
- Havansi, Erkki: Turvaamistoimiasioiden käsittelystä tuomioistuimessa. LM 2000 s. 1170–1180.
- Havansi, Erkki: Teoksesta Risto Koulu – Erkki Havansi – Johanna Niemi-Kiesiläinen: Insolvenssioikeus. WSOY Lakitieto. Helsinki 2002. (Havansi Insolvenssioikeus):
- Insolvenssioikeuden tavoitetausta, s. 39–42
 - Konkurssihakemuksen vireillepano ja käsittely alioikeudessa, s. 125–132
 - Velkojahakemuksen loppuratkaisu istunto- tai kansliakäsittelyssä, s. 145–156
 - Konkurssin alkamisen henkilö-, prosessi- ja rikosoikeudelliset vaikutukset, s. 159–167
 - Konkurssin alkamisen varallisuus oikeudelliset vaikutukset, s. 169–189.
- HE 102/1990: Hallituksen esitys Eduskunnalle takaisinsaantia konkurssipesään koskevaksi lainsäädännöksi.
- HE 104/1990: Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi arvo-osuusjärjestelmästä sekä siihen liittyväksi lainsäädännöksi.
- HE 181/1992: Hallituksen esitys Eduskunnalle etuoikeusjärjestelmän uudistamista koskevaksi lainsäädännöksi.
- HE 182/1992: Hallituksen esitys Eduskunnalle yrityksen saneerausta koskevaksi lainsäädännöksi.
- HE 79/1993: Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi alioikeusuudistuksen siirtymäsäännöksistä sekä eräiksi muiksi alioikeusuudistuksen voimaansaapoon liittyviksi laeiksi.
- HE 33/1997: Hallituksen esitys Eduskunnalle oikeudenkäymiskaaren muutoksenhakua hovioikeu-

- teen ja asian käsittelyä hovioikeudessa koskevien säännösten sekä eräiden niihin liittyvien lakien muuttamisesta.
- HE 68/1998: Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi yrityksen saneerauksesta annetun lain muuttamisesta sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
- HE 189/1998: Hallituksen esitys Eduskunnalle takausta ja vierasvelkapanttausta koskevaksi lainsäädännöksi.
- HE 5/1999: Hallituksen esitys Eduskunnalle tilisiirtolaiksi.
- HE 109/2003: Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi indeksiehdon käytön rajoittamisesta annetun lain 3 ja 7 §:n, asuinhuoneiston vuokrauksesta annetun lain 27 §:n ja liikehuoneiston vuokrauksesta annetun lain 24 §:n muuttamisesta.
- HE 32/2001: Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi oikeudenkäymiskaaren ja eräiden muiden lakien riita-asiain valmistelua, pääkäsittelyä sekä hakemusasioiden käsittelyä koskevien säännösten muuttamisesta.
- HE 187/2002: Hallituksen esitys Eduskunnalle velan vanhentumista ja julkista haastetta koskevan lainsäädännön uudistamisesta.
- HE 26/2003: Hallituksen esitys Eduskunnalle konkurssilainsäädännön uudistamiseksi.
- HE 133/2003: Hallituksen esitys Eduskunnalle rahoitusvakuuslaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
- Hebbeln, Mark F.*: Prepetition Waivers of the Automatic Stay in Bankruptcy: The Economic Case for Nonenforcement. *Banking L.J.* 1998 s. 126–139
- Heiberg, Henry – Lindencrone Petersen, Lars – Ørgaard, Anders*: Rekonstruktionsret. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2002.
- Helin, Markku*: Lainoppi ja metafysiikka. Tutkimus skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvasta ja sen vaikutuksesta Suomen siviilioikeuden tutkimuksessa vuosina 1920–1960. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja. A-sarja N:o 178, 1988.
- Hellners, Trygve – Mellqvist, Mikael*: Lagen om företagsrekonstruktion. En kommentar. Norstedts Juridik AB. Stockholm 1997.
- Hellsten, Sirkku*: Oikeutta ilman kohtuutta. Modernin oikeudenmukaisuuskäsityksen kritiikkiä. Gaudeamus 1996.
- Hellsten, Sirkku*: In Defense of Moral Individualism. *Acta Philosophica Fennica*. Vol. 62. Helsinki 1997.
- Hemmo, Mika*: Pankkioikeus. Kauppakaari. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 2001.
- Hemmo, Mika*: Sopimusoikeus I. Toinen, uudistettu painos. Talentum. Helsinki 2003. (*Hemmo*)
- Herbert, Michael*: Understanding Bankruptcy. Legal Text Series 1995. Matthew Bender IRWIN.
- Hessler, Henrik*: Allmän sakrätt. Om det förmögenhetsrättsliga tredjemansskyddets principer. P.A. Norstedt & Söners Förlag. Stockholm 1973.
- Heuman, Lars*: Specialprocess. Utsökning och konkurs. 5:e upplagan. Norstedts Juridik AB. Stockholm 2000.
- Huelsdunk, Inke*: Liquidation oder Reorganisation im Insolvenzplan – Alternativen aus der Sicht der ökonomischen Analyse des Rechts. *KTS* 1999 s. 291–312.
- Huntemann, Eva Maria*: Eigenverwaltung des Schuldners. Teoksessa *Der Gläubiger im Insolvenzverfahren*. Herausgegeben von Eva Maria Huntemann & Christian Graf Brockdorff. Walter de Gruyter. Berlin, New York 1999.
- Hupli, Tuomas*: KKO 2000:81. Yrityssaneeraus. Saneerausohjelman vahvistaminen. Oikeustapauskommentti. *LM* 2001 s. 117–128.
- Husa, Jaakko*: Johdatus oikeusvertailuun. Kauppakaari Oyj. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1998.
- Huser, Kristian*: Gjeldsforhandling og konkurs. Bind 1 & 2. Juristinformasjon A/S 1987 & 1988. (*Huser 1 & 2*)

- Hyvönen, Olli*: Rikastumiskielto konkurssissa ja saneerausmenettelyssä. DL 1997 s. 572–583.
- Hyvönen, Veikko O*: Rinnakkainen sivullissuhde. LM 1972 s. 911–916.
- Håstad, Torgny*: Sakrätt avseende lös egendom. Sjätte, omarbetade upplagan. Norstedts Juridik AB. Stockholm 1996.
- Häsemeyer, Ludwig*: Insolvenzrecht. 3., vollständig überarbeitete Auflage. Carl Heymanns Verlag KG. Köln Berlin Bonn München 2003.
- Häyry, Matti*: Mahdollisimman monen onnellisuus. Utilitarismin historia, teoria ja sovellukset. WSOY 2000.
- Høilund, Peter*: Håndbog om betalingsstandsning. Børsens Forlag 1983. IMF: Orderly & Effective Insolvency Proceedings. Key Issues. Legal Department. International Monetary Fund 1999.
- Immonen, Raimo*: Kauppalaan mukainen pysäyttämisoikeus myyjän suojakeinona. LM 1993 s. 1151–1172.
- Immonen, Raimo*: Velkojainsuoja yritysrakenteiden muutoksissa. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1994. (*Immonen*)
- INSOL International: Statement of Principles for a Global Approach to Multi-Creditor Workouts. International Federation of Insolvency Professionals 2000.
- Jackson, Thomas H.*: Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements, and the Creditors' Bargain. Yale L.J. 1982 s. 857–907.
- Jackson, Thomas H.*: Translating Assets and Liabilities to the Bankruptcy Forum. J. Leg. Stud. 1985 s. 73–114.
- Jackson, Thomas H.*: The Logic and Limits of Bankruptcy Law. Harvard University Press 1986. (*Jackson Logic and Limits*)
- Jackson, Thomas H. – Scott, Robert E.*: On The Nature Of Bankruptcy: An Essay On Bankruptcy Sharing and The Creditors' Bargain. Va. L. Rev. 1989 s. 155–204.
- Kaisto, Janne*: ”Tiesi tai olisi pitänyt tietää” Varallisuus oikeudellinen tutkimus perustellun vilpittömän mielen vaatimuksesta KK 11:4 ja 12:4:n sekä VKL 14 §:n mukaan. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja. A-sarja N:o 212. Helsinki 1997. (*Kaisto Tiesi tai piti tietää*)
- Kaisto, Janne*: Sopimusvapaus, laki ja maksusuoja. Varallisuus oikeudellinen tutkimus yksityisautonomiasta systemaattisena ja aineellisena lähtökohtana etenkin hyvässä uskossa tehdyn suorituksen velvoitteesta vapauttavaa vaikutusta silmällä pitäen. Kauppakaari. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 2001. (*Kaisto Sopimusvapaus*)
- Kaisto, Janne*: Velkojasuoja välihenkilön konkurssissa. Varallisuus oikeudellinen tutkimus irtainta omaisuutta toisen haltuun uskoneen oikeusasemasta haltuunsaajan konkurssissa erityisesti myyntikomissiota ja siihen rinnastuvia järjestelyjä silmällä pitäen. Edita 2004.
- Kamlah, Klaus*: The New German Insolvency Act: *Insolvenzordnung*. Am. Bankr. L.J. 1996 s. 417–435.
- Kartio, Leena*: Esineoikeuden perusteet. Kauppakaari. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 2001. (*Kartio Perusteet*)
- Kartio, Leena*: Kirjallisuusarvostelu teoksesta Havansi, Erkki: Esinevakuusoikeudet. Panttioikeus. Pidätys oikeus. Omistuksenpidätys. Vakuusluovutus. Helsinki 1984. LM 1985 s. 578–585.
- Keating, Daniel*: Offensive Uses of the Bankruptcy Stay. Vand. L. Rev. 1991 s. 71–128.
- Kennedy, Frank R.*: Automatic Stays Under the New Bankruptcy Law. U. Mich. J. L. Ref. 1978 s. 3–65.
- Kennedy, Frank R.*: Foreword. UCLA L. Rev. 1973 s. 381–402.
- Kent, Pen*: The London Approach. JIBL 1993 s. 81–84.
- Kilpi, Jukka*: The Ethics of Bankruptcy. Routledge. London and New York 1998.
- Kivimäki, T.M. – Ylöstalo, Matti*: Suomen siviilioikeuden oppikirja. Yleinen osa. Neljäs, lyhennetty painos. Werner Söderström Osakeyhtiö Porvoo – Helsinki – Juva 1981.
- Klami, Hannu Tapani*: ”Reaaliset” argumentit. LM 1996 s. 468–476.

- KM 1978:37: Konkurssioikeuden kehittämiskomitean mietintö.
- Kordana*, Kevin A. – *Posner*, Eric A.: A Positive Theory of Chapter 11. N.Y.U. L. Rev. 1999 s. 161–233.
- Korobkin*, Donald R.: Rehabilitating Values: A Jurisprudence of Bankruptcy. Colum. L. Rev. 1991 s. 717–789.
- Korobkin*, Donald R.: Contractarianism and the Normative Foundations of Bankruptcy Law. Tex. L. Rev. 1993 s. 541–631.
- Koskelo*, Pauliine: Yrityssaneeraus. Lakimiesliiton kustannus 1994.
- Koulu*, Risto: Hakemus-asioista erityisesti avioeroasioiden kannalta. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1989. (*Koulu* Hakemusasioista)
- Koulu*, Risto: Kirjaamisesta arvo-osuusjärjestelmässä. LM 1992 s. 477–505.
- Koulu*, Risto: Saneerauslakemuksen käsittelystä. DL 1993 s. 689–718.
- Koulu*, Risto: Yrityssaneerausmenettelyn aloittaminen. Tuomioistuimen tutkimisvelvollisuuden määräytyminen saneerauksen aloittamisharkinnassa. SLY A-sarja N:o 198. 1994. (*Koulu* Aloittaminen)
- Koulu*, Risto: Saneerausohjelman vahvistaminen. Velkojien autonomian toteutuminen yrityssaneerausmenettelyssä. SLY A-sarja N:o 203. Helsinki 1995. (*Koulu* Vahvistaminen)
- Koulu*, Risto: Saneerailainsäädäntö tienhaarassa. LM 1996 s. 1152–1168.
- Koulu*, Risto: Saneerausohjelman toteuttaminen. Ohjelman muuttaminen, saneerauksen raukeaminen ja konkurssi yrityssaneerauksen jälkiasioina. SLY A-sarja N:o 218. Helsinki 1998. (*Koulu* Toteuttaminen)
- Koulu*, Risto: Palautus- ja korvausvastuu konkurssitakaisinsaannissa. Kauppakaari, Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1999. (*Koulu* Palautusvastuu)
- Koulu*, Risto: Yrityksen saneeraus. Teoksessa Risto Koulu – Johanna Niemi-Kiesiläinen: Velkajärjestelyn ja saneerauksen pääpiirteet. Kauppakaari. Lakimiesliiton Kustannus 1999. (*Koulu* Pääpiirteet).
- Koulu*, Risto: Konkurssi Euroopan unionissa. Kauppakaari, Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 2000. (*Koulu* Konkurssi EU:ssa)
- Koulu*, Risto: Kuka pelkää konkurssivalvontaa? Teoksessa Risto Koulu – Juha Lappalainen – Tapani Lohi (toim.): Velka, vakuus ja prosessi. Juhlajulkaisu Erkki Havansi 1941 – 11/7 – 2001. Kauppakaari. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki. 2001 (*Koulu* JJ Erkki Havansi)
- Koulu*, Risto: Insolvenssioikeuden tutkimus. Teoksessa Risto Koulu – Erkki Havansi – Johanna Niemi-Kiesiläinen: Insolvenssioikeus. WSOY Lakitieto. Helsinki 2002. (*Koulu* Insolvenssioikeus)
- Koulu*, Risto: Immateriaalinen varallisuus konkurssissa. WSOY Lakitieto 2003. (*Koulu* Immateriaalivarallisuus)
- Kurkela*, Matti S.: USA:n konkurssioikeuden erityispiirteitä. DL 1984 s. 444–452.
- Kurkela*, Matti S.: Ranskan vuoden 1985 konkurssilainsäädännön perusperiaatteista erityisesti säädettävän lain kannalta. DL 1991 s. 96–106.
- Könkkölä*, Mikko – *Liukkonen*, Iiro: Konkurssimenettely. 2., uudistettu painos. Kauppakaari Oyj, Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 2000.
- Lager*, Irma: Konkurssiinasettamispäätöksestä prosessuaalisena ratkaisuna. LM 1986 s. 737–755.
- Landfermann*, Hans-Georg: Allgemeine Wirkungen der Insolvenzeröffnung. Teoksessa Kölner Schrift zur Insolvenzordnung: das neue Insolvenzrecht in der Praxis. Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e. V., Köln (Hrsg.). Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis GmbH & Co 1997.
- Lappalainen*, Juha: Oikeustositseikka ja todistositseikka prosessioikeudellisina peruskäsitteinä. LM 1986 s. 756–770.
- Lappalainen*, Juha: Alioikeusuudistus 1987–1993. Alioikeuksien yhtenäistäminen ja uusi oikeudenkäyntimenettely riita-asioissa. Kolmas, uudistettu painos. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1994.

- Lappalainen, Juha*: Siviiliprosessioikeus I. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1995. (*Lappalainen I*)
- Lappalainen, Juha*: Siviiliprosessioikeus II. Kauppakaari. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 2001. (*Lappalainen II*)
- LaVM 26/1998*: Lakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä 107/1998 vp: Laeiksi oikeudenkäymiskaaren 21 luvun, oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain 9 luvun 8 ja 9 §:n sekä käräjäoikeuslain 19 §:n muuttamisesta.
- Lennander, Gertrud*: Återvinning i konkurs. Andra, omarbetade upplagan. Fritzes. Norstedts Juridik. Stockholm 1994.
- Leppiniemi, Jarmo – Puttonen, Vesa*: Yrityksen rahoitus. 2., uudistettu laitos. Werner Söderström Osakeyhtiö. Helsinki 2002.
- Leppänen, Tatu*: Vahinkoedellytys konkurssitakaisinsaannissa. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1992. (*Leppänen Vahinkoedellytys*)
- Leppänen, Tatu*: KKO 1994:130. Konkurssi. Takaisinsaanti konkurssipesään. Oikeustapauskommentti. LM 1995 s. 302–312.
- Leppänen, Tatu*: Riita-asian valmistelu todistusaineiston osalta. Prosessioikeudellinen tutkimus. SLY A-sarja N:o 217. Helsinki 1998. (*Leppänen*)
- Leppänen, Tatu – Välimaa, Asko*: Muutoksenhaun pääpiirteet. 4. uudistettu painos. Prosessioikeuden julkaisuja 2. Helsingin yliopisto. Rikos- ja prosessioikeuden sekä oikeuden yleistieteiden laitos. Helsinki 1998.
- Levit, Louis W.*: Use and Disposition of Property Under Chapter 11 of the Bankruptcy Code: Some Practical Concerns. Am. Bankr. L.J. 1979 s. 275–294.
- Lindblom, Per Henrik*: Processhinder. Om skillnaden mellan formell och materiell rätt i civilprocessen, särskilt vid bristande talerätt. P.A. Norstedt & Söners Förlag. Stockholm 1974.
- Lindell, Bengt*: Processuell preklusion. Av nya omständigheter eller bevis rörande saken. C.E. Fritzes AB. Stockholm 1993.
- Lindell, Bengt*: Civilprocessen. Andra upplagan. Iustus Förlag. Uppsala 2003.
- Linna, Tuula*: Ulosottorealisoinnista de lege ferenda. SLY A-sarja N:o 175. 1987.
- Linna, Tuula – Hupli, Tuomas*: Ulosotto ja konkurssi lainkäyttömenettelyinä. LM 2001 s. 596–625.
- Linna, Tuula – Leppänen, Tatu*: Ulosottomenettely. Talentum. Helsinki 2003.
- Liukkonen, Iiro*: Yrityssaneerauksen edellytykset ja esteet. DL 1994 s. 32–64.
- Liukkonen, Iiro*: Saneerausohjelmaehdotus tuomioistuimen käsittelyssä II. DL 1995 s. 30–51.
- Lohi, Tapani*: Vastuu kuolleen henkilön velasta I. Jäämistöomaisuuden arvoon rajoittuva vastuu. Kauppakaari Oy. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1998.
- LoPucki, Lynn M.*: The Debtor in Full Control – Systems Failure Under Chapter 11 of the Bankruptcy Code? First Installment: Am. Bankr. L.J. 1983 s. 99–117, Second Installment: Am. Bankr. L.J. 1983 s. 247–273.
- LoPucki, Lynn M.*: Strange Visions in a Strange World: A Reply to Professors Bradley and Rosenzweig. Mich. L. Rev. 1992 s. 79–110.
- LoPucki, Lynn M.*: The Trouble With Chapter 11. Wis. L. Rev. 1993 s. 729–759.
- LoPucki, Lynn M.*: Strategies for Creditors in Bankruptcy Proceedings. Third edition. Aspen Law & Business 1997. (*LoPucki Strategies for creditors*)
- LoPucki, Lynn M.*: Contract Bankruptcy: A Reply to Alan Schwartz. Yale L.J. 1999 s. 317–342.
- LoPucki, Lynn M. – Whitford, William C.*: Corporate Governance in the Bankruptcy Reorganization of Large, Publicly Held Companies. U. Pa. L. Rev. 1993 (Vol. 141, 1992–93) s. 669–800.
- MacDonald, Mark E. – Schreiber, Sally A. – MacDonald, Jr. Mark E.*: Confirmation by Cramdown Through The New Value Exception in Single Asset Cases. Am. Bankr. Inst. L. Rev. 1993 s. 65–86.
- Maljonen, Juhani*: Epätavallisesta maksuvälineestä takaisinsaantiperusteena. LM 1966 s. 832–862.
- McConnell, John – Servaes, Henri*: The economics of pre-packaged bankruptcy. Teoksessa

- Jagdeep S. Bhandari – Lawrence A. Weiss (eds.): *Corporate Bankruptcy. Economic and Legal Perspectives*. Cambridge University Press 1996.
- Mellqvist*, Mikael: EU:s insolvensförordning m.m. En kommentar. Norstedts Juridik AB. Stockholm 2002.
- Munch*, Mogens: Foreslåede reformer af konkurslovgivningen. UfR 1983 B s. 357–363.
- Munch*, Mogens: Konkursloven med kommentarer. Ved Lars Lindencrone Petersen & Anders Ørgaard. 9. udgave, 1. oplag. Forlaget Thomson A/S 2001 (*Munch*).
- Munch-Petersen*, Erwin: Konkursurrogater. En retssammenlignende undersøgelse. Nyt Nordisk Forlag. Arnold Busck. København 1932.
- Möller*, Mikael: Konkurs och kontrakt. Om konkursboets inträde i gäldenärens avtal. Iustus Förlag. Uppsala 1988.
- Mönning*, Rolf-Dieter: Betriebsfortführung in der Insolvenz. Aachen 1997.
- Nagel*, Thomas: Rawls on Justice. Teoksessa Norman Daniels (ed.): *Reading Rawls. Critical Studies on Rawls' A Theory of Justice*. Basil Blackwell Oxford 1975.
- Nenonen*, Matti: Vakuusarvojen muuttaminen yrityssaneerausmenettelyssä. DL 1997 s. 921–922.
- Neumann*, Friedrich: Die Gläubigerautonomie in einem künftigen Insolvenzverfahren: eine rechtsvergleichende Betrachtung. Verlag Ernst und Werner Gieseking GmbH. Bielefeld 1995.
- Niccolini*, Robert R.: The Voidability of Actions Taken in Violation of the Automatic Stay: Application of the Information-Forcing Paradigm. Vand. L. Rev. 1992 s. 1663–1688.
- Niemi*, Matti Ilmari: Päämäärien valtakunta. Konventionalistinen analyysi lainopillisen tiedon edellytyksistä ja oikeusjärjestelmän perusteista. SLY A-sarja N:o 211. Helsinki 1996.
- Niemi-Kiesiläinen*, Johanna: Massavelat konkurssissa. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1989. (*Niemi-Kiesiläinen* Massavelat)
- Niemi-Kiesiläinen*, Johanna: Luonnollisen henkilön velkavastuu insolvenssoikeudessa. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja. A-sarja N:o 202. Helsinki 1995. (*Niemi-Kiesiläinen*)
- Norrgård*, Marcus: Interimistiska förbud i immaterialrätten. Kauppakaari, Juristförbundets Förlag. Helsingfors 2002.
- Norton*, Jr., William L. (Author and Editor-in-Chief): *Norton Bankruptcy Law and Practice* 2d. Volume 4. Chapters 75 to 96. Clark Boardman Callaghan. Derfield, IL. New York, NY. Rochester, NY.
- NOU 1972:20: Gjeldsforhandling og konkurs. Fra et utvalg (Konkurslovutvalget) oppnevnt ved kongelig resolusjon av 6. februar 1953.
- Nyman*, Rutger: Ett konkursrättsligt spørsmål. SvJT 1959 s. 613–618.
- O'Toole*, Niall: Adequate Protection and Postpetition Interest in Chapter 11 Proceedings. Am. Bankr. L.J. 1982 s. 251–275.
- Olivecrona*, Karl: Rätt och dom. P.A. Norstedt & Söners Förlag. Stockholm 1960.
- Olsson*, Curt: Om köparens borgenärsskydd vid köp av lös egendom. Söderström & C:o förlagsaktiebolag. Helsingfors 1954.
- Ovaska*, Risto K.: Konkurssivelallisen liiketoiminnan jatkaminen. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1992.
- Palmgren*, Bo: Konkursförsättningsarna. En studie i Finlands gällande konkursrätt. Juridiska föreningens i Finland publikationsserie N:o 2. Helsingfors 1936.
- Pape*, Gerhard – *Uhlenbruck*, Wilhelm: *Insolvenzrecht*. Verlag C.H. Beck. München 2002.
- Paulsen*, Jens: *Insolvensret*. 2. udgave. GadJura. København 1995.
- Peczenik*, Aleksander: Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation. Norstedts Juridik. Stockholm 1995.
- Persson*, Annina H. – *Tuula*, Marie: Företagsrekonstruktion i teori och praktik. Norstedts Juridik AB. Stockholm 2001.

- Pinomaa*, Pekka: Saneerauskäytäntö. Tietosanoma Oy. Helsinki 2001.
- Prop. 1985/86:123: Regeringens proposition. Lag om godtrosförvärv av lösöre.
- Prop. 1995/96:5: Regeringens proposition. Lag om företagsrekonstruktion.
- Pöyhönen*, Juha: Kohti uutta varallisuusoikeutta. LM 1997 s. 527–560.
- Pöyhönen*, Juha: Uusi varallisuusoikeus. Kauppakaari Oyj, Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 2000.
- Radin*, Margaret Jane: Property and Personhood. Stan. L. Rev. 1982 s. 957–1015.
- Rasmussen*, Robert K.: Debtor's Choice: A Menu Approach to Corporate Bankruptcy. Teoksessa Jagdeep S. Bhandari – Lawrence A. Weiss (eds.): Corporate Bankruptcy. Economic and Legal Perspectives. Cambridge University Press 1996.
- Rasmussen*, Robert K. – *Skeel, Jr.*, David A.: The Economic Analysis of Corporate Bankruptcy. Law. Am. Bankr. Inst. L. Rev. 1995 s. 85–115.
- Raulos*, Kari: Hajahavaintoja korkeimman oikeuden oikeuskäytännöstä konkurssiasioissa 1980–1984. LM 1986 s. 796–828.
- Rawls*, John: A Theory of Justice. Oxford University Press 1972. (*Rawls*)
- Rawls*, John: Justice as Fairness. Phil. Rev. 1958 s. 164–194.
- Rawls*, John: Political Liberalism. Columbia University Press 1993.
- RegE: Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf einer Insolvenzordnung (InsO). Deutscher Bundestag, 12. Wahlperiode. Drucksache 12/2443, 15.04.92.
- Reinikainen*, Veikko: Prosessinedeltytyksen puuttumisen oikeusseuraamuksista. SLY A-sarja N:o 54. 1958
- Rekola*, Aarne: Saamisoikeuden vanhentuminen Suomen lain mukaan. Helsinki 1938.
- Rodhe*, Knut: Handbok i sakrätt. P.A. Norstedt & Söners Förlag. Stockholm 1985.
- Rose-Ackerman*, Susan: Risk Taking and Ruin: Bankruptcy and Investment Choice. J. Leg. Stud. 1991 s. 277–310.
- Roundtable Discussion*: What constitutes succes in chapter 11? A roundtable discussion. Am. Bankr. Inst. L. Rev. 1994 s. 229–267.
- Routamo*, Eero – *Ramberg*, Jan: Kauppalaian kommentaari. Kauppakaari Oy, Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1997.
- Schlegel*, Stephan: Die Eigenverwaltung in der Insolvenz. Berlin Verlag Arno Spitz GmbH 1999. (*Schlegel*)
- Schlegel*, Stephan: Insolvenzantrag und Eigenverwaltung bei drohender Zahlungsunfähigkeit. ZIP 1999 s. 954–959.
- Schmidt*, Karsten: Wege zum Insolvenzrecht der Unternehmen. Befunde, Kritik, Perspektiven. Verlag Kommunikationsforum GmbH. Köln 1990.
- Shuchman*, Philip: An Attempt At A "Philosophy Of Bankruptcy". UCLA L. Rev. 1973 s. 403–476.
- Shuchman*, Philip: Theory and Reality in Bankruptcy: The Spherical Chicken. L. & Contemp. Prob. 1977 s. 66–106.
- Siltala*, Raimo: Oikeustieteen tieteenteoria. SLY A-sarja N:o 234. Helsinki 2003.
- SOU 1970:75: Utsökningsrätt X. Konkursgrunderna, gäldenärens legitimation, återvinning, kvittning, solidariska skuldförhållanden m.m. Förslag av lagberedningen. Stockholm 1970.
- SOU 1992:113: Insolvensutredningens delbetänkande.
- SOU 2001:80: Gäldenärens avtal vid insolvensförfaranden. Slutbetänkande av Förmånsrättskommittén. Stockholm 2001.
- Stengel*, Arndt – *Kammel*, Volker: Germany. Teoksessa Winfried F. Schmitz – Joren de Wachter – Pekka Jaatinen (eds.): Rescue of Companies. The Role of Shareholders, Creditors and the Administrator. AIJA Law Library. Kluwer Law International. London – The Hague – Boston 1998.
- Strömberg*, Per – *Thorburn*, Karin: An Empirical Investigation of Swedish Corporations in Liquidation Bankruptcy. EFI Research Report. Stockholm School of Economics. The Economic Research Institute. July 1996.

- Sullivan*, Roger J.: Immanuel Kant's moral theory. Cambridge University Press 1989.
- Sundgren*, Stefan: Bankruptcy Costs and the Bankruptcy Code. A Case Study of the Finnish Code. Swedish School of Economics and Business Administration 1995. (*Sundgren* Bankruptcy costs)
- Sundgren*, Stefan: Does a Reorganization Law Improve the Efficiency of the Insolvency Law? The Finnish Experience. EJLE 1998 s. 177–197.
- Sundgren*, Stefan: Maksukyvyttömyyslainsäädäntö teoriassa ja käytännössä. Teoksessa Vesa Kanninen – Kalle Määttä (toim.): Näkökulmia oikeustaloustieteeseen 2. Kauppakaari Oyj. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1998.
- Tabb*, Charles Jordan: Emergency Preferential Orders in Bankruptcy Reorganizations. Am. Bankr. L.J. 1991 s. 75–115.
- Tabb*, Charles Jordan: The Law of Bankruptcy. The Foundation Press, Inc. Westbury, New York 1997.
- Tala*, Jyrki: Oikeudellistuminen. Oikeus 1986 s. 289–301.
- Tammi-Salminen*, Eva: Sopimus, kompetenssi ja kolmas. Varallisuus oikeudellinen tutkimus negative pledge -lausekkeisen sivullisittavuudesta. SLY A-sarja N:o 227. Helsinki 2001.
- Taxell*, Lars Erik: Avtal och rättsskydd. Åbo Akademi. Åbo 1972.
- Telaranta*, K.A.: Sopimusoikeus. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1990.
- Tene*, Omer: Revisiting the Creditors' Bargain: The Entitlement to the Going-Concern Surplus in Corporate Bankruptcy Reorganizations. Bankr. Dev. J. 2003 s. 287–397.
- Tepora*, Jarno: Etuoikeusjärjestyksestä pakkotäytäntöönpanossa erityisesti silmällä pitäen kiinteistön pakkohuutokauppaa. 2. tarkistettu ja täydennetty painos. Kustannusliike Conductio Oy. Helsinki 1981. (*Tepora* Etuoikeusjärjestyksestä)
- Tepora*, Jarno – *Kartio*, Leena – *Koulu*, Risto – *Wirilander*, Juhani: Kiinteistön käyttö ja luovutus. Neljäs, uudistettu painos. Kauppakaari. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 2002.
- Thorburn*, Karin S.: Cash Auction Bankruptcy and Corporate Restructuring. Stockholm School of Economics. EFI, The Economic Research Institute. March 1998. (*Thorburn* Cash Auction)
- Thorburn*, Karin S.: Företag i finansiell kris och konkurs. Teoksessa Clas Bergström – Tomas Björk (red.): Från optionsprissättning till konkurslagstiftning. EFI, Ekonomiska forskningsinstitutet vid Handelshögskolan i Stockholm. 1997. (*Thorburn* Finansiell kris)
- Timonen*, Pekka: Määräysvalta, hinta ja markkinavoima. Julkisesti noteeratun yrityksen määräysvallan siirtymisen oikeudellinen sääntely. Kauppakaari Oy, Lakimiesliiton Kustannus 1997.
- Tirkkonen*, Tauno: Suomen siviiliprosessioikeus I. Toinen, uusittu painos. Werner Söderström Osakeyhtiö. Porvoo, Helsinki 1974. (*Tirkkonen* I)
- Tirkkonen*, Tauno: Suomen siviiliprosessioikeus II. Toinen, uusittu painos. Toimittanut Jouko Halila. WSOY Porvoo – Helsinki – Juva 1977. (*Tirkkonen* II)
- Tolonen*, Hannu: Oikeuslähdeoppi. WSOY Lakitieto. Helsinki 2003.
- Tuomisto*, Jarmo: Takaisinsaannista. Erityisesti maksun ja vakuuden peräyttämisestä konkurssissa. Talentum. Helsinki 2002. (*Tuomisto*)
- Tuomisto*, Jarmo: Vuokrantaja ja vuokralaisen konkurssi. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1991. (*Tuomisto* Vuokralaisen konkurssi)
- Tuomisto*, Jarmo: Tyypipakosta aikaprioriteettiin. Näkökohtia esineoikeudellisen sivullisuojan perusteista. SLY A-sarja N:o 192. Helsinki 1993. (*Tuomisto* Tyypipakosta)
- Tuori*, Kaarlo: Kriittinen oikeuspositivismi. Werner Söderström Lakitieto Oy – WSLT 2000
- Tuori*, Kaarlo: Yleiset opit: Mitä ne ovat, mitä niillä tehdään ja miten niitä kehitetään? III Oikeustieteen tutkija- ja jatkokoulutuspäivät 6.–8.6.2002, Savonlinna. Joensuun yliopiston oikeustieteellisiä julkaisuja N:o 2, 2002. (*Tuori* Yleiset opit)
- Tuula*, Marie: Rekonstruktion av företag inom insolvenslagstiftningens ramar. Anda upplagan. Norstedts Juridik Ab. Stockholm 2001.
- Tyukody, Jr.*, Daniel: Good Faith Inquiries Under the Bankruptcy Code: Treating the Symptom, Not the Cause. U. Chi. L. Rev. 1985 s. 795–819.

- Uhlenbruck*, Wilhelm: Das Insolvenzeröffnungsverfahren. Teoksessa Insolvenzrechtshandbuch. Herausgegeben von Peter Gottwald. 2., völlig neu bearbeitete Auflage. Verlag C.H. Beck. München 2001.
- Ulrich*, Kim: Kan tilsyn beskikket efter konkurslovens § 13 skabe massekrav med tilbagevirkende kraft? UfR 1983 B s. 66–68.
- U.S. Bankr. L. Comm. Report: Report Of The Commission On The Bankruptcy Laws Of The United States. 93rd Congress, 1st Session. House Document No. 93–137, Part I. July 1973.
- Vallender*, Heinz: Eigenverwaltung im Spannungsfeld zwischen Schuldner- und Gläubigerautonomie. WM 1998 s. 2129–2139.
- Veach*, Julie A.: On Considering the Public Interest in Bankruptcy: Looking to the Railroads for Answers. Ind. L.J. 1997 s. 1211–1230.
- Vento*, Harri: Maksukyvyttömyys ja konkurssi rangaistavuuden edellytyksenä. Tutkimus konkurssirikoksista historian ja rikosoikeuden yleisten oppien valossa. SLY A-sarja N:o 197. Helsinki 1994.
- Virolainen*, Jyrki: Materiaalinen prosessinjohto. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1988. (*Virolainen* Prosessinjohto)
- Virolainen*, Jyrki: Lainkäyttö. Oikeudenkäynnin perusteet ja lainkäyttöelimet siviili- ja rikosprosessissa. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1995.
- Välimaa*, Asko: Lainvoimaa vailla olevan siviilituomion täytäntöönpanosta. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1994.
- Walén*, Gösta: Panträtt. Andra upplagan. Norstedts Juridik AB Stockholm 1998.
- Walén*, Gösta – *Pålmer*, Eugène: Konkurslagen 1–2. Norstedts Förlag 1989.
- Warren*, Elizabeth: Bankruptcy Policy. U. Chi. L. Rev. 1987 s. 775–814.
- Warren*, Elizabeth: A Theory of Absolute Priority. Ann. Survey of Am. Law 1991. Book 1. Issue 1 s. 9–48.
- Warren*, Elizabeth: The Untenable Case for Repeal of Chapter 11. Yale L.J. 1992 s. 437–479.
- Warren*, Elizabeth: Bankruptcy Policymaking in an Imperfect World. Mich. L. Rev. 1993 s. 336–387.
- Warren*, Elizabeth – *Westbrook*, Jay Lawrence: The Law of Debtors and Creditors. Fourth edition. Aspen Law & Business 2001.
- Warren*, William D. – *Bussel*, Daniel J.: Bankruptcy. Sixth edition. Foundation Press. New York 2002.
- Weintraub*, Benjamin – *Crames*, Michael J.: Defining Consummation, Effective Date Of Plan Of Reorganization And Retention Of Postconfirmation Jurisdiction: Suggested Amendments To Bankruptcy Code And Bankruptcy Rules. Am. Bankr. L.J. 1990 s. 245–280.
- Weintraub*, Benjamin – *Resnick*, Alan N.: Bankruptcy Law Manual. Third Edition. Warren, Gorham & Lamont. Boston. New York. 1992.
- Welamson*, Lars: Konkursrätt. P.A. Norstedt & Söners Förlag. Stockholm 1961. (*Welamson* Konkursrätt)
- Welamson*, Lars: Rättegång VI. Tredje, omarbetade upplagan. CE Fritzes AB. Stockholm 1994. (*Welamson* Rättegång VI)
- Welamson*, Lars – *Mellqvist*, Mikael: Konkurs. Tionde upplagan. Norstedts Juridik AB. Stockholm 2003. (*Welamson* Konkurs)
- Westrick*, Ludger: Chancen und Risiken der Eigenverwaltung nach der Insolvenzordnung. NZI 2003 s. 65–82.
- Wittig*, Arne: Siebter Teil. Eigenverwaltung. Teoksessa Kirchhof, Hans Peter – Lwowski, Hans Jürgen – Stürner, Rolf (Herausgegeben von): Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung. Band 3. Verlag C. H. Beck. München 2003.
- Zitting*, Simo – *Rautiala*, Martti: Esineoikeuden oppikirja. Suomen Lakimiesliiton Kustannus Oy. Helsinki 1982.

- Zitting*, Simo: Omistajan oikeuksista ja velvollisuuksista I. LM 1952 s. 387–401.
- Zitting*, Simo: Omistajanvaihdoksesta silmällä pitäen erityisesti lainhuudatuksen vaikutuksia. SLY A-sarja N:o 43. 1951. (*Zitting* Omistajanvaihdoksesta)
- Zitting*, Simo: Omistusoikeudesta systemaattisena käsitteenä. LM 1953 s. 590–599.
- Zitting*, Simo: Ongelmanerittelystä ja sen merkityksestä uudemmassa siviilioikeudessa. Teoksessa Juhlajulkaisu – Festskrift Curt Olsson 70 v./år. Lakimiesliiton Kustannus – Juristförbundets Förlag 1989. (*Zitting* JJ Curt Olsson)
- Zitting*, Simo: Saantosuoja irtaimisto-oikeudessa. SLY A-sarja N:o 52, 1956. (*Zitting* Saantosuoja)
- Zitting*, Simo: Sivullissuojasta varallisuus-oikeudessa. Toinen, uudistettu painos. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1989. (*Zitting* Sivullissuojasta)
- Ämmälä*, Tuula: Sopimuksen pätemättömyyden korjaantumisesta. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1993.
- Ørgaard*, Niels: Betalingsstandsning. Juristforbundets Forlag 1979.
- Ørgaard*, Niels: Betalingsstandsningsreformen af 1984. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1984. (*Ørgaard* Betalingsstandsningsreformen)

Lyhenteet

AckL	ackordslag 1970:847 (Ruotsi)
AkordiL	akordilaki 10.5.1932/148
AL	avioliittolaki 13.6.1929/234
Am. Bankr. L.J.	American Bankruptcy Law Journal
Am. Bankr. Inst. L. Rev.	American Bankruptcy Institute Law Review
Ann. Survey of	
Am. Law	Annual Survey of American Law
Ann. Survey of	
Bankr. Law	Annual Survey of Bankruptcy Law
art.	artikla
AsOYL	asunto-osakeyhtiölaki 17.5.1991/809
ATL	laki arvo-osuustileistä 17.5.1991/827
Banking L.J.	Banking Law Journal
Bankr. Dev. J.	Bankruptcy Developments Journal
BC	Bankruptcy Code (Bankruptcy Reform Act of 1978, Yhdysvallat)
Bet.	betänkning (Tanska)
Brook. J. Intl' L.	Brooklyn Journal of International Law
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
DIP	debtor in possession
DL	Defensor Legis
dlf	de lege ferenda (säädetävän lain kannalta)
dll	de lege lata (voimassa olevan oikeuden kannalta/mukaan)
Ds A	Departementsserien, Arbetsmarknadsdepartementet (Ruotsi)
EIS	Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimus
EJLE	European Journal of Law and Economics
FörmånL	förmånsrättslag 1970:979 (Ruotsi)
GFL	lag (1986:796) om godtrosförvärv av lösöre (Ruotsi)
HakKäsL	laki hakemusasioden käsittelystä yleisessä alioikeudessa 30.4.1986/307
HE	hallituksen esitys
HHO	Helsingin hovioikeus
HO	hovioikeus
HOA	hovioikeusasetus 18.3.1994/211
IMF	International Monetary Fund
Ind. L.J.	Indiana Law Journal
IndRajL	laki indeksiehdon käytön rajoittamisesta 21.12.2000/1195

InsO	Insolvenzordnung 5.10.1994 (Saksa)
INSOL	International Federation of Insolvency Professionals
J. Corp. Finance	Journal of Corporate Finance
J. Leg. Stud.	Journal of Legal Studies
JIBL	Journal of International Banking Law
JJ	Juhlajulkaisu
JLEO	Journal of Law, Economics, & Organization
KaupparekisteriL	kaupparekisterilaki 2.2.1979/129
KK	kauppakaari vuoden 1734 laissa myöhempine muutoksineen
KKO	korkein oikeus
KM	komiteanmietintö
KO	Konkursordnung (Saksa)
KonkL	konkurssilaki 25.2.2004/120
KouHO	Kouvolan hovioikeus
KS	konkurssisääntö 9.11.1868 myöhempine muutoksineen
KTS	Konkurs Treuhand Sanierung. Zeitschrift für Insolvenzrecht
KäO	käräjäoikeus
L	laki
L. & Contemp. Prob.	Law and Contemporary Problems
L. & Soc. Rev.	Law & Society Review
LaVm	Lakivaliokunnan mietintö
LFR	lag (1996:764) om företagsrekonstruktion (Ruotsi)
LM	Lakimies
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
MJL	laki velkojien maksunsaantijärjestyksestä 30.12.1992/1578
MKA	neuvoston asetus (EY 1346/2000) maksukyvyttömyysmenetelystä
N.Y.U. L. Rev.	New York University Law Review
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
NOU	Norges offentlige utredninger
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
OikTL	laki varallisuus oikeudellisista oikeustoimista 13.6.1929/228
OK	oikeudenkäymiskaari vuoden 1734 laissa myöhempine muutoksineen
OYL	osakeyhtiölaki 29.9.1978/734
PerL	Suomen perustuslaki 11.6.1999/731
Phil. & Pub. Aff.	Philosophy & Public Affairs
Phil. Rev.	Philosophical Review
Prop.	regeringens proposition (Ruotsi)
RahVakL	rahoitusvakuuslaki 20.1.2004/11
RHO	Rovaniemen hovioikeus
RVA	asetus rikoslain voimaannemisesta 19.12.1889
SEC	Securities and Exchange Commission (Yhdysvallat)
SLY	Suomalainen Lakimiesyhdistys
SOU	Statens offentliga utredningar (Ruotsi)

Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
SvJT	Svensk Juristtidning
TakL	laki takauksesta ja vierasvelkapanttauksesta 19.3.1999/361
TakSL	laki takaisinsaannista konkurssipesään 26.4.1991/758
Tex. L. Rev.	Texas Law Review
THO	Turun hovioikeus
TilisiirtoL	tilisiirtolaki 28.7.1999/821
UCLA L. Rev.	University of California at Los Angeles Law Review
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U. Mich. J. L. Ref.	University of Michigan Journal of Law Reform
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen
UL	ulosottolaki 3.12.1895 myöhempine muutoksineen
Univ. Ill. L. Rev.	University of Illinois Law Review
Va. L. Rev.	Virginia Law Review
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
VanhA	asetus määrääjasta velkomisasioissa sekä julkisesta haasteesta velkojille 9.11.1868
VanhL	laki velan vanhentumisesta 15.8.2003/728
VglO	Vergleichsordnung (Saksa)
VHO	Vaasan hovioikeus
Wis. L. Rev.	Wisconsin Law Review
VJL	laki yksityishenkilön velkajärjestelystä 25.1.1993/57
VKL	velkakirjalaki 31.7.1947/622
WM	Wertpapiermitteilungen. Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
Yale L.J.	Yale Law Journal
YSA	asetus yrityksen saneerauksesta 25.1.1993/55
YSL	laki yrityksen saneerauksesta 25.1.1993/47
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprocess

1 Tutkimuksen aihe ja tutkimustapa

1.1 JOHDATUS AIHEESEEN JA KYSYMYKSENASETTELUUN

Tämän tutkimuksen aiheena on *täytäntöönpanointressi* yrityssaneerauksessa. Täytäntöönpanointressillä tarkoitan velkojan tarvetta ja oikeutta tulla huomioituksi yritysvelallisen taloudellisia ongelmia korjaavassa prosessissa, etenkin lailla säännellyssä saneerausmenettelyssä. Näin ymmärrettynä täytäntöönpanointressi ei viittaa vain velkojan maksuvaatimukseen, vaan laajemmin siihen, mitä oikeuksia ja velvollisuuksia saneerausvelkojalla on tai pitäisi olla.

Aiheen merkitys perustuu maksukyvyttömyys- eli insolvenssioikeuden syvälliseen murrokseen 1900-luvun lopulla. Perinteisesti vain velkojia palvelle järjestelmän tehtäviä laajennettiin kiinnittämällä huomio ensinnäkin velallisen tarpeisiin, toiseksi myös yrityksen laajemman toimintaympäristön – yhteiskunnan ja velkojapiirin ulkopuolisten sidosryhmien – odotuksiin. Kaikki ongelma-yritykset eivät uuden ajattelutavan mukaan kuulu konkurssiin, vaan ainakin osan tulisi ohjautua erityiseen elvytys- eli saneerausmenettelyyn.

Muutos ravisteli insolvenssioikeuden vakiintuneita asetelmia niin perusteellisesti, että velkojien oikeusasema jäi huomattavan epäselvään tilaan. Kysyttiin, onko saneerausmenettely täytäntöönpanoa lainkaan.¹ Oikeusvaikutusten tasolla kysymys kuuluu, *miten täytäntöönpanointressi olisi otettava huomioon saneeraus-oikeuden tulkinnassa ja soveltamisessa*. Kysymykset ovat edelleen relevantteja, vaikka uusi tavoitteenasettelu ja sen suomalainen legaali-ilmentymä, laki yrityksen saneerauksesta (YSL 25.1.1993/47), ovat vakiinnuttaneet paikkansa osana kollektiivista insolvenssioikeutta.

Tutkimukseni tavoitteena on selvittää täytäntöönpanointressin asemaa ja merkitystä uudessa järjestelmässä. Vallitseva epäselvyys johtuu pitkälti siitä, että meillä ei ole tutkittu saneerausvelkojan oikeusaseman olennaisimpia perusteita. Käsillä oleva työ kohdistuu juuri näihin perusteisiin, joista voidaan tiivistää seuraava kysymyksenasettelu:

- onko nykyjärjestelmän taustalla vain taloudellispraktinen näkemys, jonka mukaan konkurssille on oltava tehokas vaihtoehto, vai onko samalla arvioitava uudelleen myös maksukyvyttömyyttä koskevan oikeudellisen ajattelun *arvosidonnaisia* lähtökohtia;

¹ Ks. Niemi-Kiesiläinen s. 5 (alav. 7) ja 538. Ks. myös Vento s. 275, jonka mukaan saneerausmenettelyä voidaan pitää pakkotäytäntön ja normaalin liiketoiminnan välimuotona.

- mitä funktioita ns. *rauhoidusajalla* on tai pitäisi olla, ja miten rauhoitusajan kesto määräytyy tai sen pitäisi määräytyä;
- miten velallisen varallisuutta ja liiketoimintaa koskeva *määräysvalta* on rauhoitusaikana järjestetty tai pitäisi järjestää;
- miten määräysvallan rajojen *noudattamista* säännellään tai pitäisi säännellä;
- millaisten perusedellytysten nojalla ratkaistaan tai pitäisi ratkaista yksittäisen saneerausmenettelyn oikeutus *verrattuna saman yrityksen oletettuun konkurssiin*, ja millä perusedellytyksillä saneerausvelkojalla on tai pitäisi olla mahdollisuus hakea saneerattava yritys *todelliseen konkurssiin*?

Tutkimus etenee luetellussa järjestyksessä. Ennen kuin tässä luvussa siirrytään tarkastelemaan maksukyvyttömyyttä koskevien perusnäkemysten teoreettisia ja oikeuspoliittisia eroja, tutkimustehtävää täsmennetään. Samalla pyritään kuvaamaan ja selostamaan tutkimustapaa, jolla tarkoitetaan niitä tutkimuksen tekemisen lähtökohtia, jotka ovat vaikuttaneet määräävästi tämän tutkimuksen syntymiseen. Viimeisessä luvussa arvioidaan ensin yhteenvedonomaaisesti tutkimuksen keskeisimpiä päätelmiä. Lopuksi luodaan vielä katsaus legaalisen saneerausmenettelyn vaihtoehtona toimivaan sopimussaneerausinstituutioon, sen mahdollisuuksiin Suomen oikeudessa sekä itsenäisen legaalisaneerauksen välttämättömyyteen insolvenssimenettelyjen järjestelmässä.

1.2 TUTKIMUSKOHDDE JA -TEHTÄVÄ

1.2.1 Täytäntöönpanointressi ja saneeraus- eli elvytysintressi

Täytäntöönpanointressi voidaan ymmärtää *vastakohdaksi saneeraus- eli elvytysintressille*. Saneerausintressillä tarkoitetaan velallisyriityksen (ja sitä ympäröivän laajemman yhteisön) tarvetta ja oikeutta rajoittaa velkojan oikeuksien toteuttamista, jotta velallisen ongelmia voitaisiin korjata pidemmän aikavälin suunnittelulla, ilman jatkuvaa pakkotäytäntöuhkaa.² Tällaisen *vastakohta-ajattelun* ytimenä on, että mitä laajemmin velkojien oikeuksia toteutetaan, sitä huonommin saneerausintressi toteutuu – ja päinvastoin, eli täytäntöönpanointressi heikkenee sitä mukaa kuin velallisyriityksen tilaa sallitaan korjattavan. Vastakohta-ajattelun taustana on siten käsitys, jonka mukaan velallisen taloudelliset vaikeudet käynnistävät nollasummapelin, jossa toisen intressin edistäminen on aina pois toiselta.

² Elvytysintressiä kuvataan saneerausajattelun ”kotimaan”, Yhdysvaltain, oikeuskirjallisuudessa vaihtelevin tavoin, mutta perusidea on juuri todetun mukainen. Ehkä parhaiten yllä lausuttua vastaten *Cowans* s. 121.

Vastakohta-ajattelun periaatteellista relevanssia ei ole syytä kiistää. Se tunnustetaankin tämän tutkimuksen erääksi, muttei ainoaksi, lähtökohdaksi. Yhtä relevanttina pidetään ajatusta, jonka mukaan *saneerausintressillä voidaan edistää täytäntöönpanointressin toteutumista*, koska yrityksen talouden ja liiketoiminnan rationaalisesti suunniteltu uudelleenjärjestely voi johtaa myös velkojien kannalta toivotumpaan tulokseen. Onko yksittäistapauksessa todella näin, riippuu siitä, voidaanko yrityksen tulontuottamiskyky saneeraustoimin nostaa niin korkeaksi, että yritys kykenee uutta tulevaisuudensuunnitelmaa toteuttaen maksamaan velkojille enemmän kuin minkä nämä saisivat liiketoiminnan lopettamisesta ja sitä seuraavasta yritysvarallisuuden myynnistä konkurssissa.³ Ja vaikkei saneeraus tuottaisikaan velkojille parempaa suoritusta kuin konkurssi, velallisen ja yhteiskunnan intressiä suojataan siten, että jo arvoltaan konkurssijako-osaa vastaava suoritus riittää oikeuttamaan saneerauksen.

On syytä korostaa, että niin täytäntöönpano- kuin saneerausintressikin ovat tässä tutkimuksessa lähinnä esitysteknisiä välineitä. Niillä kuvataan kahta erilaista tarvetta ja (mahdollista) oikeutta yleisellä tasolla, viitekehysinä. Tämä tarkoittaa ensinnäkin, että kummallakaan ei ole *välitöntä* normatiivista merkitystä; intressit eivät sellaisinaan osoita voimassa olevan oikeuden sisältöä. Kokonaan toinen asia on, että intresseillä on huomattava merkitys voimassa olevan oikeuden osoittautuessa tulkinnanvaraiseksi. Oikeuden sisältöä etsittäessä on *intressien punninnalla* usein jopa ratkaiseva rooli. Tällöinkään itse intressi ei silti osoita voimassa olevaa normia, vaan normin voimassaolo päätellään niistä tosiasiallisista *seurauksista*, joita tietty tulkinta aiheuttaisi intressin haltijoille. Intressit määräävät siten ”vain” sen, mitä seurauksia tai seurausväitteitä eli *reaalisia argumentteja* on tarpeen huomioida voimassa olevan oikeuden tulkinnassa.⁴

³ Myös tätä ns. going concern -arvon ja likvidaatioarvon vertailua kuvataan kirjallisuudessa vaihtelevin sanakäntein. Ks. esim. *LoPucki Strategies for creditors* s. 11–14, *Warren – Bussell* s. 585–586, *Tene Bankr. Dev. J.* 2003 s. 295 ja Suomessa *Koulu Aloittaminen* s. 4 ja 40–41.

⁴ Kuten tunnettua, reaalisilla argumenteilla tarkoitetaan väitteitä siitä, millaisia tosiasiallisia seurauksia tietty tulkinta voimassa olevan oikeuden sisällöstä aiheuttaisi; ks. esim. *Siltala* s. 281. Suomessa heräsi vuosituhannen vaihteen tienoilla keskustelua siitä, pitäisikö reaalisten argumenttien olla empiirisesti koeteltuja vai ei. *Klami*, LM 1996 s. 468, kritisoi vakiintunutta perustelutapaa siitä, että argumentteja esiteltiin reaalisina, vaikkei ollut mitään näyttöä niiden todellisuuspohjasta. – Keskeistä on nähdäkseni kuitenkin vain se, että niin empiirisesti todennetuissa kausaalivaikutuksissa kuin eriasteisiin todennäköisyyksiin (järkeviin oletuksiin) perustuvissa reaalisissa argumenteissa on viime kädessä kyse samasta asiasta, tulkinnan perustamisesta *oikeuden vaikutuksiin*. Kysymykseksi kiteytyy tällöin, ovatko empiirisesti koetellut vaikutusväitteet oikeudellisesti painavampia kuin muut seurausargumentit. Nähdäkseni näin ei ainakaan lähtökohtaisesti ole. Ensinnäkin kaikilla seurausargumenteilla on oikeuslähdeopissa yhteinen paikka; ”todistetuilla” (sellaisiksi väitetyillä) faktoilla ei ainakaan lähtökohtaisesti ole vahvempaa normatiivista painoarvoa kuin perustelluilla vaikutusoletuksilla. Teleologinen argumentointi sijoittuu oikeuslähdeopissa (edelleen) viimesijaiseksi, ts. siihen voidaan turvautua, kun tulkintavaihtoehdot on ensin kartoitettu hierarkkisesti ylempien oikeuslähteiden nojalla. Perinteisessä

Intressiterminologian huomattava näkyvyys läpi tutkimuksen ei tarkoita myöskään sitä, että tarkastelu suunnattaisiin systemaattisesti velkoja- ja velallisuuden yksityiskohtaisiin tarpeisiin saati, että tarpeille etsittäisiin jotain yleistä hierarkkista etusijajärjestystä. Täytäntöönpano- ja saneerausintresseillä viitataan pikemminkin tarveluokkiin (-kategorioihin) kuin vaatimukseen jonkin tietyn tarpeen asettamisesta säännönmukaisesti muiden edelle. Niin täytäntöönpano- kuin saneerausintressistäkin muodostettava kokonaiskuva saattaa silti eri yhteyksissä edellyttää niiden hajottelua osiinsa.⁵

1.2.2 Täytäntöönpanointressin aseman ja merkityksen selventäminen tutkimustehtävänä

Edellä kysyttiin, onko saneerausmenettelyä pidettävä täytäntöönpanona tai – oikeusvaikutusten tasolla – miten täytäntöönpanointressin pitäisi vaikuttaa voimassa olevan saneeraus-oikeuden tulkintaan ja soveltamiseen. Tutkimukseni kohteena on juuri täytäntöönpanointressin *asema ja merkitys* yrityssaneerauksessa. Tehtävänä on näiden selventäminen.

Täytäntöönpanointressin aseman selventämisessä pyritään muodostamaan perusteltu käsitys siitä, ovatko saneerausvelkojen oikeudet vallitsevassa järjestelmässä tärkeitä ja jos ovat, miten tämä vaikuttaa voimassa olevan oikeuden sisällöstä esitettäviin kannanottoihin. Huomio kiinnitetään tällöin esimerkiksi sellaisiin seikkoihin kuin velallisen velvollisuuteen maksaa velkansa, jotka lain

oikeuslähdeopissa näin *Aarnio* Laintulkinnan teoria s. 241 ja *Peczenik* s. 217 (joka tosin juuri tällä perusteella sulkee reaaliset argumentit varsinaisten oikeuslähteiden ulkopuolelle: seurausargumentit ”måste jåmkas samman med råttskållorna”; samoin *Tuori* Kriittinen oikeuspositivismi s. 175). Ks. myös *Tolonen* s. 152–167 (joka käsittelee ”reaalista harkintaa” nimenomaan viimesijaisena oikeuslähteenä). Kaikkien seurausväitteiden oikeuslähdeopillinen samastaminen on nähdäkseni perusteltua myös siksi, että väitteiden tueksi esitetyt empiiriset havainnot saattavat olla uskottavuudeltaan vaihtelevia. Relevanteiksi väitettyihin havaintoihin voi sisältyä samalla tavoin oikeuspoliittisesti (normatiivisesti) värittyä ainesta kuin vaikutusoletuksiinkin; havainnot ovat aina tekijänsä tulkitsemia. – Reaalisen argumentoinnin viimesijaisuus on pitkälti periaatteellista ja opillista, koska oikeudellisten ongelmien ratkaiseminen on vain harvoin mahdollista ilman minkäänlaista teleologista elementtiä.

⁵ *Brusiin*, s. 3–4, käsittelee intressejä juuri konkreettisten tarpeiden muodostamina *tarveluokkina*; ks. mts. 4 (viittaukset poistettu): ”Intressin käsitteelle on siis ominaista abstraktinen yleiskatsauksellinen hahmottaminen, johon liittyy organisoimistendenssi: siksi siitä on muodostunut modernin oikeusteorian keskeisimpiä apuneuvoja.” Brusiinin tapa hyödyntää intressin käsitettä on nähdäkseni edelleen elinvoimainen ja etenkin tälle tutkimukselle huomionarvoinen. Laajempaa viitekehystä voitaneen haluttaessa pitää myös käsitystä, jonka mukaan lainsäädännöllä ja lainkäytöllä tavoitellaan *aina* tiettyjen intressien tyydyttämistä ja tämä tavoite sitoo kaikkea tulkinta- ja soveltamistoimintaa. Ns. intressilainopillisesta ajattelutavasta ks. *Aarnio* Laintulkinnan teoria s. 124–126 ja *Tolonen* s. 153. Tässä tutkimuksessa ei kuitenkaan ’sitouduta’ intressilainopilliseen ajattelutapaan, ei ainakaan siinä mielessä, että teleologiset argumentit asetettaisiin aina ensisijaisiksi tulkintaperusteiksi.

nimenomaisen säännöksen mukaan jäävät saneerausmenettelyssä vallitsevan maksunlakkautuksen ulkopuolelle. Jos velkojan oikeutta suoritukseen pidetään tärkeänä, tällainen saatava on maksettava, eikä se voi joutua esimerkiksi velkajärjestelyn kohteeksi.

Mikäli täytäntöönpanointressin nykytilalle halutaan etsiä kestävämpää perustaa kuin minkä vaihteleva oikeuspoliittinen ilmasto kulloinkin näyttäisi tarjoavan, on pureuduttava velkojien ja velallisen välisen suhteen perustavampiin oikeuspoliittisiin ja moraaliteoreettisiin arvostuksiin. Näin pyritään tutkimuksen ensimmäisessä luvussa tekemään. Käsitystä saneerausvelkojien oikeusaseman teoreettisista perusteista pyritään konkretisoimaan myöhemmissä, voimassa olevan oikeuden tulkintaa, systematisointia ja mahdollisia muutoksia koskevissa jaksossa.

Tarkastelua ohjaa läpi tutkimuksen käsitys, jonka mukaan saneerauslainsäädäntö toteuttaa *samanaikaisesti sekä saneeraus- että täytäntöönpanointressiä*. Tämä asettaa vaatimuksia niin kollektiivisen insolvenssioikeuden perusteorialle kuin saneerausjuridiikkaa koskeville tulkintakannanotoillekin. Oikeudenalan yleisen teorianmuodostuksen on rakennuttava molempien intressien vastavuoroiselle tunnustamiselle. Ja vaikka konkreettiset tulkintakannanotot eivät aina voikaan edistää useampia intressejä samanaikaisesti, tulkintavaihtoehtojen punninnassa on mahdollisuuksien mukaan pyrittävä sekä saneeraus- että täytäntöönpanointressin huomiointiin. Enempää yleinen teorianmuodostus kuin tulkintasuosituksetkaan eivät saa nojautua yksipuoliseen *ajattelutapaan*. Kysymykset, onko saneerausmenettely velallisen *vai* velkojien oikeussuojakeino tai onko menettely yrityksen elvytystä *vai* täytäntöönpanoa, ohittavat jotain olennaista, kolmannen vaihtoehdon. Saneerausmenettelyssä on kysymys *molemmista*. Se on velallisen ja velkojien *yhteinen* hanke.

Täytäntöönpanointressin asema saneerausmenettelyssä ei meillä ole ollut systemaattisen tutkimuksen kohteena. Saneerausoikeuttamme koskenut lainoppi – joka toistaiseksi on ollut miltei kokonaan Risto Koulun työn varassa – on asettanut kysymykset toisin. Tutkimuksen kohteeksi on otettu saneerausmenettelyn aloittamisen ja ohjelman vahvistamisen edellytykset⁶ sekä vahvistetun ohjelman toteuttaminen. Näiden ongelmakokonaisuuksien – erityisesti niitä koskevien normien sisällön – selvittäminen ei ole edellyttänyt täytäntöönpano- ja saneerausintressien välisen jännitteen teoreettissystemaattista haltuunottoa. Niinpä meillä ei ole aiemmin ollut tarvetta muodostaa yhtenäistä näkemystä niistä teoreettisista ja oikeuspoliittisista perusteista, joiden varassa saneerauslainsäädäntöä ja menettelyn osapuolten oikeusasemaa voitaisiin arvioida.

⁶ Menettelyn aloittamisen ja ohjelman vahvistamisen edellytyksiä koskee Koulun tutkimusten lisäksi Niemi-Kiesiläisen väitöskirja (ks. *Niemi-Kiesiläinen* s. 2 ja 323–393).

Sen sijaan Yhdysvalloissa insolvenssioikeuden laaja uudistus, vuoden 1978 Bankruptcy Reform Act ja erityisesti liittovaltion uuden konkurssilain (Bankruptcy Code, BC) yrityssaneerausta koskeva 11 luku, johti ennennäkemättömän syvälliseen keskusteluun kollektiivisen insolvenssioikeuden tehtävistä, tavoitteista ja poliittisideologisesta ”syvärakenteesta”. Keskustelu pakotti syventämään tarkastelun ristiriitaisten tavoitteiden poliittisiin, moraaliteoreettisiin ja taloudellisiin perusteisiin. Tämä keskustelu on jäänyt meillä huomiotta. On kuitenkin selvää, että tuossa keskustelussa esiintyneiden suuntausten ja toisilleen vastakkaisten perusnäkemysten tunteminen olisi hyödyllistä – akateemisessa tutkimuksessa suorastaan välttämätöntä. Tämän tutkimuksen keskeisiin tavoitteisiin kuuluukin *tarjota kokonaiskuva BC 11 luvun ympärillä käydyistä keskustelusta*. Tämä on tarpeen jo siksi, että BC 11 luku on, kuten tunnettua, oman saneerauslainsäädäntömme esikuva. Melko suuri osa tutkimuksen ensimmäisestä luvusta käytetäänkin Yhdysvalloissa käydyin keskustelun esittelyyn ja analysointiin.

Täytäntöönpanointressin *merkityksen* selventäminen ymmärretään tässä tutkimuksessa lainopilliseksi ongelmaksi. Merkityksen selventämisessä kysymys on siitä, miten velkojien oikeudet ja niitä sääntelevät normit vaikuttavat saneerausmenettelyn olennaisiin ratkaisuihin. Tämä on tietenkin mahdollista vain, jos näiden normien sisältö selvitetään lainopillisella analyysillä. Täytäntöönpanointressin merkityksen selventämisessä päähuomio kohdistuu velkojien oikeuksia koskevien normien tulkintaan ja systematisointiin.

1.3 TUTKIMUSTAVASTA

1.3.1 Oikeuden sisältöön suuntautuva tutkimustapa

1.3.1.1 Ajattelutapa tutkimustapana

Oikeustieteen osa-alueista tämä tutkimus on valtaosin lainoppia eli oikeusdogmatiikkaa; tavoitteena on voimassa olevan oikeuden tulkinta ja systematisointi. *Tiedonintressi* suuntautuu *oikeuden sisältöön*.

Samalla kun lainopin tavoitteista ollaan laajalti yksimielisiä, oikeusdogmatiikan tutkimustapa – metodi – on pysynyt pitkään kiistanalaisena. Metodikeskustelua voidaan sanoa käydyin ainakin siitä lähtien, kun ns. analyttinen tarkastelutapa alkoi 1900-luvun jälkipuoliskolla syrjäyttää siihen saakka vallinnutta käsitelainoppia (konstruktiivista ajattelua yleensäkin).⁷ Keskustelun pai-

⁷ Itse asiassa koko 1900-luvun puolivälin jälkeistä aikaa voitaneen pitää jonkinlaisena murroskautena oikeustieteessä. Seuraava siteeraus *Zittingiltä* puolen vuosisadan takaa (LM 1953 s. 590) on edelleen osuva: ”On sanottu, että oikeustiede on nykyään kriisitilassa – Jos kiinnitämme

notukset ovat kuitenkin vaihdelleet. Kun analyttävän ajattelutavan läpimurto perustui oikeudellisten käsitteiden normatiivisen latauksen purkamiseen sekä aiempaa täsmällisempien kysymysten asettamiseen, 1900-luvun lopulla metodikeskustelu laajentui jossain määrin uusille alueille. Tavoitteeksi asetettiin etenkin tutkijan itseymmärryksen laajempien perusteiden yksilöinti.⁸

Tutkijan itseymmärryksen vahvistaminen yleisin metodiopein koituu etupäässä tutkijain itsensä eduksi. Mutta metodologisten vaatimusten voimistumisella lienee myös ulkoisia päämääriä: lainopin tutkijoiden itseymmärryksen voidaan olettaa tai ainakin toivoa vaikuttavan myös siten, että tutkimuksen ulkopuolisilla tarkastelijoilla olisi entistä paremmat mahdollisuudet kontrolloida tutkimusprosessin vaiheita. Vaatimuksena on siten sekä itseymmärryksen että ulkoisen kontrolloitavuuden lisääminen.

huomiota siihen, miten suuresti eri oppisuunnat poikkeavat toisistaan ja miten suuri epävarmuus vallitsee oikeustieteen metodiin ja muihin peruskysymyksiin nähden, ei mainittua huomautusta voitane pitää liioiteltuna.” Ks. myös *Aarnio* Oikeudellisen ajattelun perusteista s. 4–11. Käsiteläinopin syrjäytymisen alkuvuodet on sijoitettu 1940-luvulle, jota ennen ”konstruktivinen metodi” oli yksittäisistä kritikoista huolimatta vallitseva; näin *Helin* s. 330–351. Konstruktivisen ajattelutavan alkuvaiheista ja elinvoimasta Suomen oikeustieteessä ks. myös *Björne* s. 169–207 (erit. prosessi- ja täytöntöönpano-oikeudessa s. 193–196) ja 230–239.

Helinin, s. 322, mukaan vielä 1930-luvulla ”siviilioikeudellinen normaalitiede” rakentui Suomessa käsitteistä päättelyä suosiville taustaoletuksille. Vaikkei käsitteistö yksinomaisesti hallitsekaan Suomen nykyisen juristikunnan ajattelua, on konstruktivismilla edelleen tiettyä vetovoimaa. Käsitteissä piileviä normatiivisia houkutuksia ei ole voitettu, eikä niistä välttämättä edes haluta kokonaan eroon. Juridiikan sisällöstä esitettäviä kannanottoja perustellaan usein konstruktivisin argumentein, jollei suoraan normatiivisiksi miellettyin käsittein, niin vaikkapa oikeudenalasytematiikalla, esimerkiksi ”katsomalla” tietty normisto joko prosessuaaliseksi tai materiaaliseksi. Pohdittaessa, oliko OK 21 luvun L:lla 368/1999 muutettuja kulusäännöksiä sovellettava taannehtivasti vai ei, ratkaisuperusteena käytettiin lakiesityksen eduskuntakäsittelyssä sitä, että kulusäännöstö on prosessioikeudellinen. Prosessioikeudellisten säännösten ”ulottuvuudesta aikaan nähden” taas seurasi lakivaliokunnan mukaan, että uusia säännöksiä ryhdytään noudattamaan kesken vireillä olevan oikeudenkäynninkin; ks. LaVM 26/1998 s. 5 (jossa tosin erotetaan toisistaan valitus pelkästä kuluratkaisusta ja itse pääasiasta, ja vain jälkimmäisissä uusia kulusäännöksiä olisi sovellettava taannehtivasti). Korkein oikeus ratkaisi asian sillä perusteella, että vaikka kulusäännökset koskevatkin sinänsä oikeudenkäyntiä, ne vaikuttavat laajemmin kuin vain menettelyyn ja ovat siten ”luonteeltaan aineellisoikeudellisia” (KKO 1999:80). Uusien kulusäännösten taannehtiva soveltaminen johtaisi asianosaisten aseman merkittävään muuttumiseen kesken oikeudenkäynnin. Vaikka KKO:n argumentointi siis korosti sääntelyn tosiasiallisia vaikutuksia, mukana oli myös selvä oikeudenalasytemaattinen ulottuvuus.

⁸ Metodiooppien merkitystä juuri tutkijan itseymmärrykselle korostavat niin *Aarnio* (Oikeussäännösten systematisointi ja tulkinta s. 39) kuin *Siltalakin* (s. 103). Siltalan mukaan tutkijan itseymmärryksellä on jopa ratkaiseva merkitys tutkimuksen onnistumiselle tai epäonnistumiselle. Oikeustieteilijöiden keskuudessa näin pitkälti lieneekin. On kuitenkin huomattava, että tutkimuksen ’onnistumista’ arvioidaan monilla muillakin tahoilla ja varmasti usein sen metodologisista ansioista tai puutteista riippumatta. Esimerkiksi tuomarin tai asianajajan kannalta tutkimus lienee yleensä onnistunut, kun siinä käsitellään käytännössä relevantteja aiheita ja annetaan perusteltuja tulkintasuosituksia. Samasta näkökulmasta tutkimus voi näyttää täysin epäonnistuneelta, vaikka sen tieteenteoreettiset ansiot olisivat kiistattomat. Asetelma ilmentää nähdäkseni

Tämän tutkimuksen lainopilliset tavoitteet toteutetaan analyttisen perinteen mukaisesti jäljempänä täsmennettävien tavoin. Lainopissa vallitsevaa tutkimustapaa ei siis kyseenalaisteta. Metodikeskusteluun kuitenkin osallistutaan korostamalla ajattelun merkitystä lainopillisen tutkimuksen perimmäisenä 'metodina'. Lainopin tutkija *ajattelee oikeutta*. Juuri ajattelu on oikeusdogmaatikon työväline uuden tiedon etsinnässä, eikä mikään voi korvata sen merkitystä. Itse asiassa tärkein edellytys lainopillisen tutkimuksen onnistumiselle on, että tutkija on perusteellisesti ajatellut sanottavansa. Tämän edellytyksen täyttämiseen ei ole oikotietä.

Voidakseen ajatella oikeutta kulloisenkin tutkimuksensa edellyttämässä laajuudessa lainopin tutkija tietenkin myös *lukee ja kirjoittaa* – työstäen samalla aiempia ajatuksiaan ja tekstejään. Ajattelun etenemiselle ja kehittymiselle on myös välttämätöntä seurata järjestelmällisesti ainakin tutkijan omimman oikeudenalan sekä relevanttien lähialojen kirjallisuuden, oikeuskäytännön ja norminannon kehitystä. Parhaassa tapauksessa tutkijalla on myös vakiintuneita yhteyksiä käytännön lakimiehiin, joilta hän saa tietoa tutkimuskohteidensa merkityksestä oikeuselämälle. Mutta kaikki tämä jalostuu julkaistaviksi tutkimustuloksiksi viime kädessä ajattelun kautta. Ja koska ajattelu jää aina lopulta ulkoisen kontrollin tavoittamattomiin, on aivan perusteltua väittää, että lainopilta puuttuu sellainen yhtenäinen, *ulkoisesti havaittava* metodi, joka vastaisi monien muiden yhteiskunta- ja ihmistieteiden soveltamia menetelmäoppeja.

Juuri todetusta ei kuitenkaan ole syytä päätellä, ettei lainopillisen tutkimusprosessin rakenteen ja kulun valaiseminen ulkopuolisille olisi lainkaan mahdollista. Vaikka ajattelu onkin viime kädessä vain tutkijan itsensä (jos aina hänenkään) kontrollissa, jää *ajatattelutavasta* – jolla tarkoitan ajatuksenkulun perusrakenteita ja muita säännönmukaisuuksia – myös ulkoisia jälkiä. Jos oikeusdogmaatikko suhtautuu myönteisesti vaatimukseen lainopillisen tutkimuksen paremmasta ulkoisesta kontrolloitavuudesta, hänen on kyettävä *eksplikoimaan ajattelutapaansa*, formalisoimaan ja esittelemään oikeudellisen ajattelunsa yleisiä perusteita. Tämä ei luonnollisestikaan ole helppoa.⁹ Nähdäkseni ajattelutavan eksplikointivaatimus sisältää ainakin tutkimukseen vaikuttavien *poliittisideologisten vakaumusten* avoimen ilmaisemisen ja niiden tiivistämisen ym-

hyvin oikeustieteen roolia oman tutkimuskohteensa määrittäjänä. Oikeustiede ei ole vain tieteilistä, vaan myös oikeudellista aktiviteettia. Oikeustieteen ”kaksoiskansalaisuudesta” (normatiivisuudesta) ks. Tuori Kriittinen oikeuspositivismi s. 303–313. Näkemys, jonka mukaan lainopillisen tutkimuksen onnistuneisuutta tulisi arvioida pelkästään tai ainakin selvästi painokkaammin tieteenteoreettisin kuin normatiivisin kriteerein, osoittaa pyrkimystä pakottaa lainoppi irti sille perinteisesti kuuluneesta kaksoiskansalaisuudesta.

⁹ Ajattelutavan eksplikointi toteuttaa metodin välitystehtävää, jonka merkitystä *Siltala* (s. 471–493) korostaa. Tavoitteena on muuntaa tutkijakohtaista oivaltamisen logiikkaa tiedeyhteisölliseksi perustelemisen logiikaksi. Ongelmana on, että lainopissa nämä useinkin samastuvat toisiinsa.

märrettävään muotoon. Lisäksi ulkopuolinen tarkkailija lieenee usein kiinnostunut niiden *ajatusoperaatioiden perusrakenteesta*, joiden varassa tutkimuksen keskeiset johtopäätökset ovat syntyneet. Kysymys, onko lainopin tutkijalla metodi ja millainen se on, on nähdäkseni varsin usein ymmärrettävä juuri kysymykseksi, kuinka kattavasti ja ymmärrettävästi tutkija kykenee eksplikoidaan ajattelutapaansa. Samoin kysymys lainopin 'yleisestä' metodista saattaa monesti viitata käsitykseen, jonka mukaan lainopillisen tutkimuksen yleisiin onnistumiskriteereihin kuuluisi ajattelutavan riittävä eksplikointi.

1.3.1.2 Oikeusdogmatiikka ja de lege ferenda -tutkimus oikeuden sisältöön kohdistuvina tutkimusotteina

Suomen oikeustieteessä on perinteisesti erotettu melko selvästi toisistaan voimassa olevan oikeuden kulloistakin sisältöä koskeva lainoppi (de lege lata- eli dll-tutkimus) ja oikeuden muutostarpeita kartoittava tutkimus (de lege ferenda- eli dlf-tutkimus).¹⁰ Vuosituhannen vaihteen tienoilla erottelu on kuitenkin selvästi lieventynyt.¹¹ Käsittääkseni tutkimusta ei olekaan enää tarvetta luokitella jyrkästi sillä perusteella, onko tavoitteena voimassa olevan oikeuden tulkinta ja systematisointi vaiko muutostarpeiden analysointi. Olennaista on, että molemmissa tapauksissa *tiedonintressi kohdistuu oikeuden sisältöön*. Voitaneen sanoa, että perinteinen lainoppi ja dlf-tutkimus ovat sulautumassa yhteen, *oikeuden sisältöä painottavaksi tutkimusotteeksi*, jonka sisällä dll- ja dlf-näkökulmien painoarvo vaihtelee. Tämä on ilmeisesti varsin luonnollinen ja väistämätön seuraus oikeuden kiihtyvistä muutostahdistista. Tietoa tarvitaan *samanaikaisesti* sekä voimassa olevasta oikeudesta että siitä, miten oikeutta ehkä olisi muutettava.

Voimassa olevan oikeuden sisällön selvittäminen onkin Linnan mukaan tärkeä osa dlf-tutkimusta: ”Uudistustarpeen arvioinnissa voimassa olevan oikeuden lähtökohtaisella tarkastelemisella on oleellinen merkitys.”¹² Edelleen hän toteaa,¹³ että voimassa oleva oikeus itsessään on eräs argumentti de lege ferenda. Toisaalta lainopillinen tutkimus osana dlf-tutkimusta on Linnan mukaan metodiltaan erilaista kuin varsinainen oikeusdogmatiikka. Erityisesti hän katsoo, että dlf-tutkimusta palvelevan lainopin tärkeimpänä tehtävänä ei ole tulkintakannanoton antaminen, vaan muutettavan normin ration selvittäminen.¹⁴ Nähdäkseni tähän voidaan yhtyä pääosin, muttei ehdottomasti. Linna kirjoitti

¹⁰ Ks. Linna s. 1–11 ja Timonen s. 105–106, molemmat viitteineen.

¹¹ Linnan ja Timosen juuri viitattujen tutkimusten lisäksi varsinkin Koulun saneeraustutkimuksissa, jotka ovat toki pääosin voimassa olevan oikeuden tulkintaa, on usein selvä (kriittinen) dlf-ulottuvuus.

¹² Linna s. 66.

¹³ Mts. 66–67 viittauksineen.

¹⁴ Mts. 67.

tutkimuksensa siitä lähtökohdasta, että ulosottorealisointia koskeva *kokonaisuudistus* oli suunnitteilla.¹⁵ Tällöin ei varmastikaan ollut välttämätöntä selvittää jokaisen yksittäisen normin sisältöä *de lege lata*, vaan keskittyä siihen, millainen normikokonaisuus tulevaisuudessa *joka tapauksessa* halutaan. Sen sijaan jos lainvalmistelijalle tai tutkijalle annetaan tehtäväksi selvittää jonkin suppeamman osanormiston uudistustarvetta, pitäisin voimassa olevaa oikeutta koskevia täsmällisiä tulkintakannanottoja yhtä tärkeinä kuin varsinaisessa dll-tutkimuksessakin. Näin siksi, että lain muuttaminen on työlästä ja kallista. Jos toivottuun tulokseen voidaan päästä muutoin, esimerkiksi osoittamalla oikeuskirjallisuuden ja ylimpien tuomioistuinten käytännön perusteella tietty, riittävän yksiselitteinen kanta, pitäisin tämän kannan selvittämistä aivan yhtä tärkeänä kuin sen tueksi esitettyjen perustelujen etsimistä. Vasta tulkinnan ja sen perusteiden selvittämisen jälkeen kirkastuu lopullisesti, kuinka laajalti lainvalmistelukoneisto on tarpeen käynnistää. Toisin sanoen täsmälliset tulkintakannanotot auttavat oikeuden muuttamista siten, että muutostarve voi lainopillisen tutkimuksen perusteella osoittautua toiseksi – laajemmaksi tai suppeemmaksi – kuin ehkä oli ajateltu.

Tämä tutkimus sisältää sekä voimassa olevan oikeuden tulkintaa ja systematisointia että ehdotuksia *de lege ferenda*. Tarkastelun kohteena ei ole vain se, miten asiat ovat, vaan myös, miten niiden pitäisi olla.¹⁶ Koska tavoitteena ei kuitenkaan ole – kuten pian tarkemmin havaitaan – kyseenalaistaa saneerauslainsäädäntömme voimassaolon oikeutusta eikä ehdottaa laajoja muutoksia, kukin dlf-ehdotus perustuu tarkkaan analyysiin voimassa olevan oikeuden tilasta. Vain jos tulkinnalla ei päästä (tässä tutkimuksessa) toivottuun tulokseen, oikeutta saatetaan ehdottaa muutettavaksi lainsäädäntötoimin.

1.3.1.3 *Insolvenssioikeuden järjestelmäkriitistä sisältykysymyksiin*

Insolvenssioikeuden sääntelykohde osuu oikeuspoliittisesti arkaan paikkaan, rahavelkaa koskevan vastuun sisältöön. Jo pelkästään velkavastuun (toiselta puolelta saamisioikeuden) sisältöön kajoaminen riittäisi varmasti herättämään voimakkaita intohimoja. Kun lisäksi tiedetään, että kollektiivinen insolvenssimenettely ”imee” sisäänsä puhtaiden raha-asoiden taustalla vaikuttavat sosiaaliset ja taloudelliset ongelmat, on selvää, että järjestelmä ei koskaan ole kaikkien, ehkei edes useimpien, mielestä tyydyttävä.¹⁷ Kuten jäljempänä tarkemmin

¹⁵ Mts. 38–39.

¹⁶ Tämä ilmeni edellä jo peruskysymysten esittelemisen yhteydessä.

¹⁷ Warren Yale L.J. 1992 s. 478: ”The bankruptcy system also attracts criticism because it is the place where problems are aired. Many intractable economic and social problems...are dumped into the bankruptcy system for resolution. Even if bankruptcy provides the best available opportunity to solve these problems, it is the system’s failure to provide perfect solutions that captures the greatest attention.”

havaitaan, Yhdysvaltain vuoden 1978 uudistus onkin ollut ankaran kritiikin kohteena. Kritiikki on kohdistunut nimenomaan saneerauslainsäädännön voimassaolon perusteisiin, koko saneerausajattelun legitimitettiin. Akateemisia resursseja on uhrattu valtavasti sen osoittamiseen, ettei saneerauslainsäädännöllä ole hyväksyttäviä olemassaolon perusteita etenkään, kun sitä tarkastellaan taloudellisen tehokkuuden tai (vielä) epätasällisemmän ”rationaalisuuden” näkökulmasta. Samalla tutkijat ovat visioineet yhä uusia ja monimutkaisempia vaihtoehtoisia malleja. Selvästi vähemmälle huomiolle on jäänyt sen selvittäminen, miten olemassa olevan järjestelmän kanssa tultaisiin parhaiten toimeen.

Myös Suomessa saneerauslainsäädäntöä on arvosteltu. Saneerausmenettelyn olemassaolon oikeutusta ei kuitenkaan ole vakavasti kyseenalaistettu, ja jos jotain tämän suuntaista on sanottukin, kysymys ei ole ollut läheskään yhtä kärjekkästä väittelystä kuin Yhdysvalloissa.¹⁸ Silti meilläkin yrityksen insolvenssioikeuden tutkimus on kokenut järjestelmän kritisoinnin aivan erityiseksi tehtäväkseen.¹⁹

Tämä tutkimus poikkeaa sekä yhdysvaltalaisesta että kotimaisesta insolvenssioikeudellisesta tutkimuksesta. Ensinnäkään legaalisen saneerausmenettelyn olemassaolon oikeutusta ei kyseenalaisteta. Saneerausintressillä on kiistaton paikkansa nykyiset mitat saavuttaneessa luottoyhteiskunnassa, etenkin yhteiskunnassa, jossa yksityisen yritystoiminnan merkitys työllisyydelle ja tätä kautta hyvinvoinnille on huomattava, ja jossa yritysten perustaminen, toiminta ja kehittyminen perustuvat luottosuhteisiin (sekä yritysten omana luotonottona että niiden asiakkailleen ja liikekumppaneilleen myöntämänä luottona). Voimassa olevalle lainsäädännölle ei tässä tutkimuksessa pyritä myöskään etsimään kokonaan uusia vaihtoehtoja, eikä tarkoituksena ole lähestyä voimassa olevan saneerauslainsäädännön perusratkaisuja tai yksittäisiä normeja siten, että niiden oletettaisiin olevan epäonnistuneita. Toisaalta niiden ei oleteta olevan myöskään onnistuneita. Tutkimusote ja lähestymistapa ovat aivan toisenlaisia. Tarkoituksena on selvittää, millainen vallitseva järjestelmä on *sisällöltään*, kun sitä tarkastellaan mahdollisimman vapaana ennakkokäsityksistä. Tavoitteena on osoittaa, miten velkojat voisivat tulla nykyjärjestelmän kanssa *parhaiten toimeen*, miten sen kanssa pitäisi ”elää”, kun järjestelmän olemassaolo on väistämätön tosiasia.

¹⁸ *Koulu*, Vahvistaminen s. 322–326, pohtii USA:n keskusteluun verrattuna varsin hillitysti erillisen saneerausmenettelyn olemassaolon oikeutusta päätyen siihen, että vastauksia saadaan vasta kokemusten myötä.

¹⁹ Tämä näkyy erityisesti Koulun tuotannossa. Hän toteaa (*Koulu* Insolvenssioikeus s. 67), että ”Insolvenssioikeudellinen tutkimus tavoittelee systeemikriittisyyttä.” Sikäli kuin toteamus koskee suomalaista tutkimusta, sitä ei voida ymmärtää yleisenä insolvenssioikeudellisen tutkimuksen kuvauksena, sillä meillä ei todellakaan vallitse mitään vakiintunutta insolvenssioikeudellisen tutkimuksen viitekehystä. Ainakaan YSL:n ajalta tällaista ei voida löytää, sillä tutkimus on ollut pääosin yhden henkilön, Koulun, varassa. YSL:a edeltävälle konkurssioikeudelliselle tutkimukselle taas ei voida pitää ominaisena mitenkään korostunutta kriittisyyttä.

On ehkä helppo väittää, että tällaisesta tutkimusotteesta puuttuu kriittinen perusasenne, jonka taas voidaan epäillä johtavan vallitsevan järjestelmän sisällölliseen puolusteluun. Nähdäkseni tutkimusotteiden kirjo on kuitenkin laajempi; kysymystä ei tarvitse nähdä kaksijakoisena siten, että lainopillinen tutkimus olisi aina voitava luokitella kriittiseksi tai kritiikittömäksi – Siltalan sanoin: normatiivis-kriittiseksi tai analyttis-deskriptiiviseksi. Näiden ääripäiden välisäkin nimittäin on jotain.²⁰ Tämän tutkimuksen ytimenä onkin käsitys, että voimassa olevan oikeuden sisältöä, lainvalmistelua ja oikeuskäytäntöä on arvosteltava, *kun siihen on aihetta*. Tutkimuksen keskeiseksi tavoitteeksi muodostuu näin selvittää, onko tällaista aihetta. Kritiikkiä esitetään, jos tarkastelun kohteena oleva normin, normiston tai instituution sisällön katsotaan – perusteellisen selvityksen jälkeen – olevan epätydyttävä. Arvosteluun ei uhrata tutkimusresursseja, jos siihen ei sisältöanalyysin perusteella ole aihetta; tulkintaongelmaan annetun ratkaisusuosituksen jälkeen on aika siirtyä seuraavaan ongelmaan.

Entä mitkä ovat ne yleiset edellytykset, joiden perusteella kritiikkiin katsotaan olevan aihetta? Vallitsevan järjestelmän sisältöön tartutaan tässä tutkimuksessa, kuten tutkimustehtävä edellyttää, *täytäntöönpanointressin näkökulmasta*. Tämä vaatii sen selvittämistä, mitä voimassa olevat normit merkitsevät täytäntöönpanointressille, miten niitä voidaan tai pitää tulkita, jotta myös täytäntöönpanointressi tulisi saneerausmenettelyssä kohtuullisesti huomioiduksi. Tämä ei tarkoita, että normeja tulkittaisiin sillä tavoin täytäntöönpanomyönteisesti, että niille pyritäisiin etsimään täytäntöönpanomyönteinen sisältö silloinkin, kun tämä ei laintulkinnassa noudatettavien yleisten periaatteiden mukaan olisi mahdollista tai olisi mahdollista vain väkijäisesti. Jos normille ei ole löydettävissä järkevää sisältöä, joka huomioisi kohtuullisesti täytäntöönpanointressin, normia saatetaan ehdottaa muutettavaksi. Muutosehdotuksia harkitaan kuitenkin myös ja erityisesti sitä vasten, onko täytäntöönpanointressin sivuuttamisesta aiheutuva haitta niin suuri, että lainvalmistelukoneiston käynnistäminen haitan poistamiseksi on todella tarpeen.

Yllä kuvaillun tutkimusotteen tavoitteena on siirtää insolvenssioikeudellisen tutkimuksen painopistettä itsetarkoituksellisesta kriittisyydestä kohti asiakysymyksiä. Tutkimusotteen taustalla on se tosiasia, että saneerausintressi ja sitä toteuttava lainsäädäntö ovat tulleet jäädäkseen. Nykyjärjestelmä on tämä – velkojien kannattaa etsiä sen asettamissa puitteissa parhaat mahdolliset toimintatavat. Täytäntöönpanointressin riittävää huomiointia ei edistä se, että järjestelmän olemassaolon perusteet jatkuvasti kyseenalaistetaan, vaihtoehtoisia malleja visioidaan tai yksittäisiä normeja ja niiden esitöitä arvostellaan. On

²⁰ Myös Siltala, s. 141, toteaa, että ”Usein tai jopa tavallisesti yksittäisessä lainopin tutkimuksessa on aineksia molemmista”.

viimein syvennyttävä tarkastelemaan velkojien oikeusaseman *sisältöä* vallitsevassa järjestelmässä.

Vastaava lähestymistapa näyttää ottavan paikkaansa Yhdysvaltalaisessa insolvenssitutkimuksessa. Vuosituhannen vaihteen tienoilla on todettu, että massiivisesta kritiikistä huolimatta BC 11 lukua ei kumota, ei muuteta perusteiltaan, eikä täydennetä radikaalisti erilaisella, vaihtoehtoisella järjestelmällä. Tällöin on yksinkertaisesti järkevämpää siirtää huomio olemassa olevan järjestelmän sisältöön.²¹

1.3.2 Ajattelutavan eksplikointia

1.3.2.1 Lainopin yleiset metodiopit tutkijan itseymmärryksen perustana

Lainopillisen tutkimuksen tehtävä on, kuten tunnettua, voimassa olevan oikeuden tulkinta ja systematisointi.²² Kuten mm. Timonen toteaa, näin tulee ilmaistuksi vain tutkimuksen kohde. Avoimeksi jää, ”mitä tällainen tutkimus todella on”.²³ Tähän kysymykseen on vastattu osoittamalla, miten lainoppia tulisi yleensä tehdä. Näin on syntynyt joukko lainopin yleisiä menetelmällisiä lähtökohtia, joita meillä on muotoillut Aarnio ”lainopin matriisissaan”, sittemmin Siltala ”seitsemän T:n listassaan”. Molemmat yksilöivät tutkijan itseymmärryksen kannalta välttämättömiä elementtejä. Tutkijan on sisäistettävä mm., että tutkimuksen kohteena on voimassa oleva oikeus eri lähteineen, noiden lähteiden käyttöä ohjaavat tietyt oikeuslähdeopilliset periaatteet, lainopillisen tiedon tavoittelussa noudatetaan muutoinkin määrättyjä metodisia sääntöjä ja periaatteita, tutkijan arvot ja arvostukset vaikuttavat tutkimuksen etenemiseen ja että tutkimuksen tavoitteet ilmentävät aina jotain erityistä tiedonintressiä.²⁴

²¹ Uudesta, sisältöpainotteisesta lähestymistavasta ks. *Kordana – Posner* N.Y.U. L. Rev. 1999 s. 163 ja *Tene Bankr. Dev. J.* 2003 s. 291 ja 294–295. – Yhdysvalloissa perustettiin vuonna 1994 säädetyllä lailla erityinen konkurssilainsäädännön asiantuntija- ja seurantaelin – National Bankruptcy Review Commission – tehtäväänään esittää myös tarpeellisia ehdotuksia BC:n muuttamiseksi. Evästyksiksi annettiin kuitenkin samalla, että (silloinen) kongressi oli tyytyväinen BC:n perusteisiin, joten mahdollisten muutosehdotusten olisi jätettävä järjestelmän institutionaaliset valinnat koskemattomiksi. Ks. *Herbert* s. 53 viitteineen. Vuonna 1997 julkaistussa mietinnössä todetaankin, että BC 11 lukua ei tällä hetkellä ole tarpeen muuttaa perusteiltaan; ks. *Bankruptcy: The Next Twenty Years* s. 303.

²² Lista lähteistä, joissa tämä todetaan, olisi miltei loputon. Ks. esim. *Tuori* Kriittinen oikeuspositivismi s. 303, *Siltala* s. 67 ja *Linna* s. 1.

²³ *Timonen* s. 106.

²⁴ Lainopin matriisista tarkemmin ks. *Aarnio* Oikeussäännösten tulkinnasta s. 28–30 ja *sama* (tosin lainopin paradigmana) *Laintulkinnan teoria* s. 59–60, seitsemän T:n listasta *Siltala* s. 103–158.

1.3.2.2 Lainopin funktiot ja konkreettinen tutkimustapa

a) *Lainoppi – miksi ja miten?* Nähdäkseni kysymys, mitä lainopillinen tutkimus todella on, sisältää (ainakin) kaksi osakysymystä, joista kumpikaan ei avaudu suoraan metodioppien yleisistä lähtökohdista. Ensinnäkin vastaus siihen, miten lainoppia yleensä tulisi tehdä, ei kerro, *miksi* sitä tehdään. Mitä voimassa olevan oikeuden tulkinnalla ja systematisoinnilla oikeastaan tavoitellaan?²⁵ Tutkijan käsitys lainopin perimmäisestä tehtävästä ohjaa hyvin luultavasti myös tutkimustapaa. Toiseksi yleisten metodilähtökohtien osoittaminen ja tunteminen ei kerro myöskään sitä, miten noita lähtökohtia sovelletaan yksittäisessä tutkimuksessa. Jokaisella tutkijalla ja tutkimuksella on oma *konkreettinen metodinsa*, joka vasta osoittaa, miten tarkasteltava tutkimus lopulta syntyy.

Tutkijan käsitys sekä lainopin funktiosta (miksi sitä tehdään) että oman tutkimuksensa syntyprosessista (konkreettisesta metodista) kertovat hänen ajattelutavastaan. Jos hän haluaa ulkopuolisten saavan siitä selkoa muutoinkin kuin implisiittisesti – so. päättelemällä ajatuksenkulun vaiheita tutkimustuloksista ja niiden perusteluista – hänen on, kuten yllä on todettu, eksplikoitava ajattelu-tapaansa. Tätä ei voida kiertää, oli tehtävä kuinka vaikea tahansa. Seuraavassa pyrin ensin eksplikoimaan käsitystäni lainopin perimmäisestä funktiosta ja samalla osoittamaan, miten tuo käsitys on vaikuttanut tutkimukseni yleisiin perusteisiin. Tämän jälkeen pyrin valaisemaan niiden ajatusoperaatioiden perusrakennetta, joiden varassa tämän tutkimuksen konkreettiset tulkinta- ja systematisointikannanotot ovat syntyneet.

b) *Oikeudellisen ajattelun selventäminen.* Pidän lainopin tärkeimpänä tehtävänä *oikeudellisen ajattelun selventämistä*. Tämä sisältää enemmän kuin tulkinta-vaihtoehtojen kartoittamisen ja vertailun. Ajattelun selventäminen vaatii ensinnäkin tulkintaongelmien taustalla vaikuttavien peruskysymysten paljastamista ja täsmentämistä; tämä koskee sekä tutkijan havaitsemia uusia tulkintaongelmia että aiemmalle tutkimukselle epäselviksi jääneitä alueita. Samoin on selvítettävä, millainen yhteys näin esiin saaduilla peruskysymyksillä on toisiinsa sekä oikeudenalan yleisiin periaatteisiin ja käsitteisiin. Tämän tutkimuksen kannalta on tärkeää huomata, että insolvenssioikeudellisilla tulkintaongelmissa on monesti relevantti yhteys useampaankin oikeudenalaan – etenkin yleiseen va-

²⁵ Kysymys, miksi lainoppia tehdään, voidaan vielä jakaa yleiseen ja erityiseen osaan, ts. miksi lainoppia ylipäänsä tehdään (lainopin yleinen funktio) ja miksi juuri tietty tutkimus tehdään (konkreettisen tutkimuksen erityinen funktio). Vastauksilla on kiinteä keskinäinen yhteys siten, että jo lainopin yleinen tehtävä usein osoittaa, miksi tiettyyn tutkimukseen on ryhdytty. Tutkimuksen erityinen funktio ilmenee yleensä sen kysymyksenasettelusta, mutta saattaa toki joskus kaivata nimenomaistakin esittelyä.

rallisuus- ja prosessioikeuteen – joiden keskeisiä periaatteita ja oppijärjestelmiä ei insolvenssilainopissa siten voida ohittaa.

Juuri todetusta käynee jo osaltaan ilmi, kuinka suuri merkitys täsmällisyyteen ja selkeyteen pyrkivällä ajattelutavalla on ollut tämän tutkimuksen syntymiselle. Jos tälle *analyttiselle* ajattelutavalle haluttaisiin nimetä vain yksi keskeinen persoona suomalaisesta lainopista – joka olisi epäkiitollinen tehtävä – on varsin todennäköistä, että hän olisi Simo Zitting. Erityisesti laajojen, epätasällisten yleiskäsitteiden välttäminen ja pyrkimys ongelmien hajotteluun täsmällisemmiksi osakysymyksiksi (”yhtenäistämispyrkimyksen vastavaikutus”) on juuri sellaista oikeudellisen ajattelun selventämistä, johon tässä tutkimuksessa pyritään.²⁶

Oikeudellisen ajattelun selventäminen asettaa vaatimuksensa myös *esitustavalle*, jonka on oltava *selkeä*. Tämä ei tarkoita vaikeiden ongelmien välttämistä eikä yksinkertaistamista, vaan *ymmärrettävyyden vaatimusta*. Lainopin tutkijan on jatkuvasti huolehdittava siitä, että muutkin kuin hän itse ymmärtävät tutkimuksen sanoman. Vähintään tutkimusaiheen asiantuntijoiden on kyettävä vaivatta seuraamaan ajattelun etenemistä. Aidon *tutkimuksen* on kuitenkin erotettava pelkästä asiantuntijalausunnosta siten, että muutkin valveutuneet, aiheesta kiinnostuneet juristit voivat hyödyntää – hyväksyen tai torjuen – tutkimuksessa esitettäviä argumentteja ja tulkintasuosituksia.

Vaikka ajattelun selventämistavoite edellyttää oikeudellisissa ongelmissa piilevien osakysymysten havaitsemista ja esille ottamista, se asettaa niiden erittelylle myös rajoja. Ongelmien hajottelu ja kysymyksenasettelun täsmen-

²⁶ Ks. jo hänen väitöskirjansa (*Zitting Omistajanvaihdoksesta*) s. 1, jossa kritisoidaan oikeustieteen pyrkimystä ”työskennellä mahdollisimman vähillä peruskäsitteillä” sekä tähän liittyvää yhtenäistämistä ja yksinkertaistamispyrkimystä. Zittingin mukaan analyttinen ajattelutapa on syntynyt tämän kehityksen ”vastavaikutukseksi”. Kattava lista myöhemmistä lähteistä, joissa käsitellään ongelmien hajottelun merkitystä lainopilliselle tutkimukselle, olisi valtava. Konstruktivismin syrjäytymisestä analyttisen ajattelutavan tieltä suomalaisessa siviililainopissa yleensä ks. *Helin* erit. s. 330–351. Edustavana esimerkkinä analyttisen ajattelutavan merkityksestä viime vuosilta *Tammi-Salminen* s. 21–22 (jonka tutkimus tosin kehittää merkittävällä tavalla myös puhtaasta analyysistä irrotettua argumentaatiota, ks. mts. 239–319).

Termejä ”analyttinen” ja ”analyysi” käytetään useissa yhteyksissä. Lainopissa, kuten oikeustieteessä yleensäkin, niillä viitataan ajattelutapaan, joka korostaa reaali maailman tosiseikkojen täsmällistä erottelua, oikeusnormien soveltamista noihin seikkoihin ja tästä seuraavien oikeusvaikutusten tarkastelua nimenomaan eri henkilörelaatioissa. Puhutaan oikeustositseikka-oikeusvaikutusanalyysistä. Analyttisella ajattelutavalla, perinteellä tai metodilla viitataan yleensä myös oikeudellisten käsitteiden normatiivisen latauksen purkamiseen; oikeudellisia johtopäätöksiä ei perusteta käsitteisiin, vaan juuri kuvatus analyysin lopputulokseen. Tällöin myöskään lainopillinen tutkimus ei kohdistu siihen, minkä käsitteen alainen jokin oikeudellisesti relevantiksi mielletty ilmiö on, vaan mitä ilmiössä tapahtuu, ks. *Aarnio* Oikeudellisen ajattelun perusteista s. 5. Niinpä käsitelainoppi mielletään yleensä analyttisen oikeustieteen vastakohdaksi, vaikka myös käsitteillä operointi saattoi sisältää tarkkaakin (käsite)analyysiä.

minen eivät saa kääntyä selventämistavoitetta vastaan. Kaikkien kuviteltavissa olevien detali- jen erittely ei selvennä, vaan vaikeuttaa oikeudellista ajattelua. Lainopillisen tutkimuksen tehtävänä on osoittaa ongelmanerittelyn – ja sille rakentuvan tulkintasuosituksen – perusteet, joita arvioimalla ja soveltamalla on mahdollista tarttua hyvinkin monimutkaisiin yksittäistapauksiin.

c) *Selventämisprosessin lähtökohdista ja etenemisestä.* Lainopin merkitys on tietenkin suurimmillaan silloin, kun voimassa olevan oikeuden sisältö on epäselvä. Varsin usein epäselvyydet kuitenkin alkavat jo siitä, ettei itse ongelmaa saada kirkastumaan, koska konkreettinen fakta-asetelma ei näytä sijoittuvan minkään normiston alaisuuteen. Juuri tällöin lainopin tehtävät alkavat jo ongelman yksilöinnistä ja selventämisestä, tavallaan huipentuen tulkintasuositukseen.

Zitting on kuvannut tätä lainopilliselle tutkimukselle ominaista ajatusoperaatiota seuraavalla kolmijajolla: ”1) ongelmien esiin saaminen sekä käsitteisiin ja ajatteluun sisältyvien epäselvyyksien havaitseminen (problemointi); 2) käsitteiden ja kysymyksenasettelujen täsmentäminen tapahtuneen erittelyn pohjalla (explicatio) ja 3) vastausten kriittinen arvostelu ja perusteleminen (argumentaatio).”²⁷ Analyttisellä ajattelutavalla on perinteisesti nähty olevan suurin merkitys kahdessa ensimmäisessä kohdassa, oikeudellisten kysymysten problematisoinnissa ja eksplikaatiossa.²⁸ Kun ongelma on saatu täsmennettyä ja siihen aletaan etsiä vastausta, kuvaan astuvat arvostukset ja oikeudenmukaisuuskäsitykset – niin muiden kuin tutkijan omatkin. Näitä *punnitaan*, ei niinkään eritellä eli hajoteta täsmällisemmiksi osiksi. Ongelman yksilöinnissä ja täsmentämisessä voidaan sen sijaan turvautua ”puhtaammin” objektiivisiin perusteisiin, joita ovat erityisesti voimassa olevan oikeuden normilauseet ja niitä koskeva, oikeustieteen keinoin luotu systematiikka.

Eräs lainopillisen metodin ydinkysymyksistä on kuitenkin juuri se, missä vaiheessa neutraalista, systemaattisiin perusteisiin nojautuvasta ongelman jäsentelystä (problematisoinnista ja eksplikaatiosta) olisi siirryttävä ratkaisuvaihtoehtojen perusteleamiseen. Tämä tarkoittaa pitkälti samaa kuin kysymys, missä vaiheessa (yleiset ja subjektiiviset) arvostukset ja oikeudenmukaisuuskäsitykset voivat tulla ajatusoperaatioon mukaan (ja toisin päin: mihin saakka arvostusten vaikutuksia olisi kyettävä torjumaan). Vaikka Zittingin kolmijako on havainnollinen, se ei – kuten ei mikään muukaan inhimillisen ajatusoperaation ulkoinen kuvaus – tyhjentävästi osoita, millä tavoin arvostukset muokkaavat ajattelun etenemistä eri vaiheissa. Sanottaessa, että analyttisen ajattelutavan painopiste on muualla kuin ratkaisuvaihtoehtoja koskevassa argumentaatiossa,

²⁷ Zitting JJ Curt Olsson s. 426.

²⁸ Mas. 426–427.

ei kerrota myöskään, kuinka merkittävä asema objektiivissystemaattisilla perusteilla lopulta kuitenkin voi olla *myös* tulkintaprosessin lopputulosta koskevissa punninnissa. Kysymykset ovat tärkeitä, koska niihin annettavat vastaukset kertovat jotain olennaista siitä, millaiseksi yhteiskunnallis-humanistiseksi ilmiöksi tutkija oikeuden mieltää. Toisaalta kyseessä on ikuisuusongelma siinä mielessä, että yleispätevää vastausta on tuskin koskaan löydettävissä. Voimme päästä ainoastaan entistä valaisevampiin kuvauksiin oikeudellisen ajattelun rakenteista. Erityisesti olisi korostettava, että lainopillisessa tutkimuksessa olisi pyrittävä ilmaisemaan riittävästi *myös subjektiivisia* arvolähtökohtia, jotta ulkopuolisilla olisi edes jonkinlaiset mahdollisuudet kontrolloida niiden merkitystä ajatusoperaatioiden eri vaiheissa.²⁹

Arvostuksille annettu merkitys tutkimuksen syntyprosessissa kuvaa perimmältään tutkijan käsitystä siitä, *mitä oikeus on* (oikeuden ontologia). Tämä todetaan usein oikeusteorian sitkeäksi ydinongelmaksi,³⁰ jonka ytimessä on oikeuspositivismin ja luonnonoikeudellisen ajattelun välinen jännite: onko oikeus erotettavissa siitä, mitä sen pitäisi olla?³¹ Yhä voimistuvat vaatimukset yhtäältä tutkijoiden itseymmärryksen vahvistamisesta, toisaalta metodin ulkoisestakin yksilöitävyydestä voidaan *äärimuodossaan* ymmärtää niin, että kunkin tutkijan tulisi *valita* – tehdä itselleen ja muille selväksi – pitääkö hän oikeutta viime kädessä inhimillisen päätöksenteon kohteena (positivismi) vai jonain sellaisena, mihin ihminen ei lopulta voi päätöksillään vaikuttaa (luonnonoikeusajattelu).³²

²⁹ Tämä vaatimus sisältyy tietenkin jo Aarnion ja Siltalan yleisiin metodiopepeihin. Viime vuosien lainopillisista tutkimuksista ks. *Tammi-Salminen* s. 21. Nähdäkseni subjektiivisten lähtökohtien ilmaiseminen on eräs heikoimmin toteutuva metodiopillinen vaatimus nykyisessä lainopissamme. Tämä saattaa osittain perustua positivismin voittokulkuun modernin oikeuden teoriassa.

³⁰ *Siltalan*, s. 26, mukaan tämä on ”oikeustieteen ja oikeusfilosofian perustavin mahdollinen kysymys”. Kuten tunnettua, *Hart* aloittaa *The Concept of Law* -teoksensa otsikolla ”Persistent questions” todeten: ”Few questions concerning human society have been asked with such persistence and answered by serious thinkers in so many diverse, strange, and even paradoxical ways as the question ‘What is law?’”. Ks. edelleen *Dworkin* Taking rights seriously s. 14, jonka mukaan kysymys oikeuden olemuksesta ei ole ainoastaan sitkeä, vaan myös kiusallinen, muodostaen ”Embarrassing questions” ja ”sources of continuing embarrassment”.

³¹ Ks. *Siltala* eri kohdin, esim. s. 26, 59–67, 72–73, 97 ja 144, *Hart* s. 181 ja *Cotterrell* s. 120.

³² Inhimillisen päätöksenteon rooli luonnonoikeudellisessa ajattelutavassa on toki vaihdellut. Klassisessa luonnonoikeudessa ihmisjärjellä oli lähinnä vain oikeutta koskeva tiedostava rooli, koska oikeus oli ikuisesti muuttumattoman jumalallisen tahdon ilmentymä. Rationaalisessa luonnonoikeudessa luonnollisten oikeuksien olemassaolo perustuu inhimilliseen järkeen, joka kuitenkin samalla asettaa rajoja oikeuden muuttamiselle. Luonnolliset oikeudet ovat yleisiä, kaikille ihmisille yhteisiä juuri siksi, että ihmisjärkeen perustuva oikeusajattelu nähdään ihmisluonnolle ominaiseksi – ei esimerkiksi tietynlaiselle yhteiskunnalle tyypilliseksi – oikeuden perustaksi. Vasta Tuorin kuvaama moderni oikeus tekee selvän eron inhimilliseen päätöksenteon perustuvan positiivisen oikeuden ja luonnonoikeusajattelun välillä. Klassisen ja rationaalisen luonnonoikeuden välisestä siirtymästä sekä jälkimmäisen syrjäytymisestä positiivisen oikeuden tieltä *Tuori* Kriittinen oikeuspositivismi s. 8–19.

Näin ankaraa vaatimusta en pidä tarpeellisena enempää lainopin tutkijan riittävälle itseymmärrykselle kuin tutkimuksen ulkopuoliselle kontrolloitavuudellekaan. Nähdäkseni riittää, että tutkija on *asettanut itselleen kysymyksen*: millaisena yhteiskunnallis-humanistisena ilmiönä ymmärrän oikeuden? Tutkijan on siis kylläkin syytä pyrkiä selvittämään itselleen, *onko hänellä vastausta* kysymykseen oikeuden perimmäisestä luonteesta – ja jos on, miten tuo vastaus ehkä ilmenee tutkimuksen kysymyksenasettelussa, etenemisessä ja johtopäätöksissä.

Ajattelutavan eksplikointivaatimus puolestaan edellyttää, että tutkimuksessa pyritään antamaan myös ulkopuolisille jonkinlainen käsitys tästä tutkimuksen taustalla ehkä vaikuttavasta perusnäkemyksestä ja sen merkityksestä tutkimuksen syntymiselle. Ontologista *valintaa* en siis kuitenkaan pidä tarpeellisena. Ylipääntään puhuisin mieluummin teoreettismetodologisista *vaikutteista* kuin valinnoista ja sitoumuksista, joiden noudattaminen läpi lainopillisen tutkimuksen olisi tutkimuksen laadun olennainen mittari. Näen tässä tietynlaisen analogian oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden välisen erottelun kanssa. Teoreettismetodologia *vaikutteita* voidaan verrata oikeusperiaatteisiin ja muihin oikeudellisiin ratkaisustandardeihin, joiden *keskinäinen painoarvo voi vaihdella* tilanteen mukaan. Tilannekohtaista (asia- tai aihekohtaista) joustavuutta pidän myös tutkimuksellisten vaikutteiden ominaispiirteenä. Tutkimukselliset *valinnat ja sitoumukset* taas muistuttavat oikeussääntöjä, joiden väliset suhteet ovat *lukittuja*; keskinäisiä konflikteja ei voi lainkaan olla, tai ainakin niihin annettava ratkaisu on selvä jo ennalta, muodollisin perustein – mitään punnintaa ei tarvita eikä sallita.³³

Tuorin kriittisissä positivismissa tietyt luonnonoikeudellisia aineksia muistuttavat elementit (eettiset ja moraaliset periaatteet, ks. mts. 335–336) ovat erityisessä *vuorovaikutussuhteessa* asetettuun oikeuteen nähden. Oikeuden pintatasolta – jonka keskeisiä osia ovat lainsäädäntö, oikeuskäytäntö ja oikeustieteen tulokset – sedimentoituu ydinelementtejä oikeuden pinnanalaissiin tasoihin, joita Tuori kutsuu oikeuskulttuuriksi ja oikeuden syvärakenteeksi (sedimentaatio-suhde). Näin myös oikeuskulttuuri ja syvärakenne saavat osansa asetetun oikeuden vaikutuksista. Oikeuden pinnanalaiset kerrostumat puolestaan luovat (konstituovat) perusedellytyksiä lainsäädännölle ja muulle pintatason aktiviteetille, oikeudellisille käytännöille (konstituutiosuhde). Vuorovaikutukseen kuuluu edelleen, että oikeudelliset käytännöt konkretisoivat pinnanalaisten kerrostumien luomia perusedellytyksiä (konkretisaatiosuhde). Ks. mts. 220–224 ja 229–233.

³³ *Siltala*, s. 144, toteaa, että lainopin tutkijan itseymmärrykselle keskeisen tutkijanideologian vaihtoehdot ovat tiivistettävissä kahteen: tutkija pitää oikeutta joko *yhteiskunnallisena tosiasiana* tai *yhteiskunnallisena ideaalina, mahdollisuutena*. Luonnollisesti Siltala, kuten hän itsekin toteaa, esittää näin ainoastaan kokoavasti eri näkökulmia oikeuteen tutkimuskohteena. Toisaalta hänen asettamiensa metodisten vaatimusten jyrkkyys vaihtelee; ks. juuri todettuun verrattuna selvästi tiukempi kannanotto sivulla 30: ”– tutkijan on tehtävä arvo- ja ideologiasidonnainen valinta siitä, mihin tai millaiseen oikeuden ja oikeustieteen määrittelyyn hän katsoo parhaaksi sitoutua.” Ks. myös mts. 51. Kuten todettu, en pidä näin ehdottomia vaatimuksia lainopillisen tutkimuksen onnistuneisuuden kriteereinä. Päinvastoin, ne saattavat ohjata yleisemminkin demarkatiiviseen ajattelutapaan, jota voimassa olevaa oikeutta koskevassa tutkimuksessa ja keskustelussa olisi nähdäkseni pyrittävä mieluummin välttämään. Erityisen ongelmalliselle alueella siirrytään, jos lainopillisen tutkimuksen onnistuneisuutta ryhdyttäisiin tarkastelemaan ensisijaisesti tiukkojen metodisten ’virhelistojen’ läpi.

Tämän tutkimuksen konkreettinen metodi rakentuu positivismia ilmentävälle, *mutta siihen sitoutumattomalle* lähtökohdalle, jonka mukaan lainopillisia tulkintaongelmia on syytä lähestyä ilman arvostuskiistoja – mieluiten mahdollisimman neutraaleista systemaattisista lähtökohdista.³⁴ Ongelmien yksilöimisessä ja jäsentämisessä olisi ainakin *pyrittävä välttämään* keskustelun ohjautumista arvostuksenvaraisiin kiistoihin, ”lykäten” nuo kiistat ratkaisuvaihtoehtoja koskevaan punnintavaiheeseen. Tämä on nähdäkseni välttämätön edellytys rationaaliselle lainopilliselle keskustelulle. Jos tulkintaongelmia lähestyttäisiin alusta saakka arvostuksista käsin, ei voitaisi koskaan olla varmoja edes siitä, mistä itse asiassa keskustellaan. Tällöin ei vaarantuisi ainoastaan rationaalinen keskustelu, vaan myös hyväksyttävä lopputulos, joka lopulta on kaiken päämääränä. Erisuuntaiset oikeudenmukaisuuskäsitykset ja arvostukset voidaan päästää ”valloilleen” vasta, kun siirrytään ratkaisuvaihtojen punnintaan. Tämä on käsillä olevassa tutkimuksessa tavoitteena, oli sen toteuttaminen kuinka vaikeaa tahansa.

Nähdäkseni ajatus, jonka mukaan lainopilliset ongelmat olisi ainakin pyrittävä yksilöimään ja täsmentämään ilman arvostuksiin liittyviä kiistoja, ei ole läheskään niin ankaran positivistinen – eikä niin epärealistinen – kuin vaatimus lainopillisen jäsentämisprosessin täydellisestä ”puhtaudesta” eli jäänöksettömästä erottamisesta kaikista arvostuksista. Lainopillista ongelmaa *voidaan* lähestyä esimerkiksi niistä oikeuspoliittisista tavoitteista käsin, joita kyseisellä normistolla tiedetään suojattavan; nämä tavoitteet muodostavat usein niin kiinteän osan itse systematiikastakin, ettei niiden absoluuttinen eliminointi olisi edes mahdollinen. Ja mitä laajemmin hyväksytään käsitys, että perinteinen lainoppi ja *de lege ferenda* -tutkimus ovat sulautumassa oikeuden sisältöä koskevaksi tutkimusotteeksi, sitä painavampia perusteita on hyväksyä systematiikan ja yleisten oppien jatkuva sidonnaisuus oikeuspolitiikkaan.³⁵

Juuri todetussa mielessä tämän tutkimuksen konkreettinen metodi eroaa selvästi analyttisen perinteen ortodoksisimmista vaatimuksista, joiden mukaan esimerkiksi ”taloudellinen intressi” on aina siinä määrin ei-oikeudellista ainesta, ettei sillä ole sijaa lainopillisten ongelmien yksilöinnissä.³⁶ Yllä esitetty näkemys lainopillisen jäsentämisen perusteista edellyttää vähintään, ettei ongelmien jäsentämisvaiheessa vielä ryhdytä *kiistelemään* subjektiivisten arvostusten ansaitsemasta suojasta suhteessa muihin suojaa odottaviin arvostuksiin. Kun ongelma on kirkastunut tiettyjen lähtökohtien varassa, on jokainen vapaa aloittamaan problematisoinnin ja eksplikaation *omista lähtö-*

³⁴ *Siltalan* (eri kohdin, ks. esim. s. 59 ss. ja 141 ss.) termin: tulkintaongelmia on lähestyttävä analyttis-deskriptiivisistä lähtökohdista.

³⁵ Tämä tarkoittanee osin samaa kuin mitä *Tuori*, Yleiset opit s. 3–4, on todennut korostaessaan yleisten oppien merkitystä sekä eri oikeudenalojen identiteetin perusteina että joustavina järjestelminä (joiden joustavuus perustuu etenkin periaatteiden joustavuuteen).

³⁶ Ks. tästä *Zitting* LM 1952 s. 391.

kohdistaan. Lopuksi voidaan sitten kiistellä erilaisten lopputulosten paremmuudesta ja tietenkin siitä, mitä on pidettävä voimassa olevan oikeuden kantana.

Samalla tämä tutkimus rakentuu näkemykselle, jonka mukaan enempää kysymysten jäsentämisessä kuin – varsinkaan – ratkaisuvaihtoehtojen punninnassa ei yleensä voida *jäännöksettä* erottaa toisistaan oikeutta ja moraalia, ts. ajattelun positivistisia ja luonnonoikeudellisia vaikutteita.³⁷ Molemmilla, sekä loogisysteemäätisillä että arvostuksenvaraisilla, perusteilla on usein merkittävä rooli lainopillisen tulkintaprosessin kaikissa vaiheissa, alusta loppuun. Tämä tosiasia on pakko tunnustaa, jos pidemmällä aikavälillä halutaan pitää yllä tavoitetta, että asetetun oikeuden ja oikeudenmukaisuuskäsitysten välillä olisi *enemmän yhdistäviä* kuin erottavia piirteitä.³⁸ Olennaisinta tulkintaongelmien

³⁷ Oikeusteoriassa ja -filosofiassa tätä demarkaatiota pidetään siis edelleen mielekkäänä ongelmana. On mielenkiintoista havaita, että lainopissa kysymyksenasettelu on ollut päinvastainen jo pitkään; olemuspohdiskelujen hedelmällisyyteen suhtaudutaan skeptisesti ja huomio kiinnitetään reaalistien oikeusvaikutusten selvittämiseen ja punnintaan. Oikeudellisen ongelman olemuksen selvittäminen ei sellaisenaan valaise sitä, mitä todella etsimme, nimittäin oikeuden sisältöä. Nähdäkseni tiukka sitoutuminen johonkin, esimerkiksi positivistiseen, näkemykseen oikeuden ontologiasta saattaa johtaa aivan samalla tavoin itseriittoiseen argumentointiin kuin käsitelainoppi sitoessaan oikeuden sisällön johonkin kiinteään, jo ennalta olemassa olevaan käsitteistöön (positivistinen päätelmä voisi olla esimerkiksi muotoa ”koska kyseessä oleva normi on vallitsevan määritelmän mukainen oikeusnormi, sitä on noudatettava...jne.” sen sijasta, että selvitetäisiin, ovatko normin noudattamisen vaikutukset sellaisia, että ne voidaan hyväksyä voimassa olevan oikeuden sisällöksi).

Jos haluaisin vastata oikeuden ontologian ongelmaan, olisin varmaankin taipuvainen pitkälti hyväksymään Tuorin kriittisen positivismin. Tarkemmin sanoen katson, että *hyvin suuri osa* oikeudesta on inhimillisen päätöksenteon alaista – ainakin pitkällä aikavälillä. Mutta tämä *ei* tarkoita, että pitäisin oikeutta viime kädessä positiivisena. Epäilen koko demarkaatioproblematiikan mielekkyyttä siten asetettuna, että ilman henkilökohtaista demarkaatoratkaisua tutkijan ei olisi mahdollista esittää rationaalisia kannanottoja voimassa olevan oikeuden sisällöstä. Pidän hyvin mahdollisena, ettemme koskaan saa ’tietää’, ts. osaa selittää, mihin oikeus ja sen noudattaminen *viime kädessä* perustuu; kysymys näyttää jäävän inhimillisen päätöksenteon ulkopuolelle. Jos juuri todettu halutaan sijoittaa Tuorin tasotelluideaan, kysymys olisi ehkä siitä, että oikeuden pintataso ja suuri osa oikeuskulttuurista olisi positiivista, mutta kysymys vaikeutuu merkittävästi lähestyttäessä oikeuden syvärakenteen ydintä. Oikeuden tasoista *Tuori* Kriittinen oikeuspositivismi s. 163–216. Erityisen kyseenalaisena pidän ajatusta, jonka mukaan aiemmin luonnonoikeudellisiksi miellettyjen institutionaalisten periaatteiden, kuten ihmisoikeuksien, positivistointi (kodifointi ihmisoikeussopimuksiin ja kansallisiin perustuslakeihin) ilmentäisi niiden *perimmäistä* positiivisuutta.

³⁸ Tekstistä käynee ilmi dworinilaisia vaikutteita: lainopillisen tulkintaongelman käsittelyssä ei ole kysymys ainoastaan Dworinin tarkoittamasta konventionalismista – käsityksestä, että oikeusnormi on olemassa, tulkinnan tehtävänä on ’vain’ sen löytäminen – eikä ainoastaan pragmatismista – käsityksestä, että normi luodaan tavoiterationaalisella tulkinnalla. ’Hyvä’ (paras mahdollinen) lainopillinen ajattelutapa tunnustaa sekä asetetun oikeuden että oikeuspoliittisten tavoitteiden roolin yhdistäen ne parhaaksi mahdolliseksi tulkinnaksi (law as integrity). Näin tulkinta ei rajoitu esimerkiksi lainvalmistelutöissä tai aiemmassa oikeuskäytännössä nimenomaisesti muotoiltuihin oikeuksiin ja velvollisuuksiin, vaan tukee kannanottoonsa myös näiden oikeuksien ja velvollisuuksien moraalisiin perusteisiin. Oikeudesta parhaana mahdollisena tulkintana *Dworkin Law’s Empire* s. 94–96 ja 176–275.

ratkaisemisessa kuitenkin on pyrkimys nähdä systematiikan ja johdonmukaisuuden ”yli”, ts. ratkaisuvaihtoehtojen hyväksyttävyyden punninta oikeusvaikutusten tasolla. Jos tarjolla ei näytä olevan systematiikan ja materiaallisen hyväksyttävyyden yhdistävää ratkaisua, toisesta on tingittävä.

Juuri todettu voidaan tiivistää seuraaviksi tutkimukselliseksi periaatteiksi, joilla on ollut merkittävä vaikutus tämän tutkimuksen lainopillisten päätelmien kehittymiselle:

- tulkintaongelmaan etsitään ensin oikeudenalan systematiikkaa vastaava johdonmukainen ratkaisu, jonka reaalisia vaikutuksia verrataan oikeuspoliittisiin arvostuksiin
- jos systematiikan ja arvostusten välillä on ristiriitaa, eikä voimassa oleva oikeus estä arvostusten preferointia, tulkintasuositukseksi valitaan oikeuspoliittisia tavoitteita paremmin toteuttava vaihtoehto
- jos voimassa oleva oikeus taas ei salli arvostusten preferointia, oikeutta saatetaan ehdottaa muutettavaksi.

On syytä korostaa, että juuri todettu koskee *tulkintatilanteita*, ts. tilanteita, joissa niin lakitekstin, valmisteluaineiston kuin oikeuskäytännönkin perusteella on epäselvää, mikä on voimassa olevan oikeuden sisältö. Insolvenssioikeuden tulkinnassa tällaiset tilanteet johtuvat varsin usein siitä, että kirjoitetun säännöksen sisältö joudutaan selvittämään ilman tietoa tai edes aavistusta lainsäätäjän tarkoituksesta. Erityisesti lainsäätäjän subjektiivinen, historiallinen tarkoitus jää usein epäselväksi tai täysin avoimeksi. Perinteisessä konkurssioikeudessa tämä johtuu luonnollisesti lainsäädännön pitkäikäisyydestä ja osittaisuudistusten runsaudesta, saneerauslainsäädännössä taas valmisteluun suuntautuneesta poliittisesta paineesta sekä tästä aiheutuneesta kiireestä. Yhtä kaikki, insolvenssilainsäätäjän tarkoitus joudutaan monesti konstruoimaan, ts. arvioimaan, mitä tietyllä normiformulaatiolla olisi tarkoitettu, jos nyt esillä olevaa tulkintaongelmaa olisi käsitelty valmistelu- ja säätämisvaiheessa (lainsäätäjän hypoteettinen, konstruoitu tarkoitus).³⁹

³⁹ Lainsäätäjän historiallisen tarkoituksen epäselvyys voi johtua joko siitä, että kysymystä on kyllä käsitelty valmistelu- ja säätämisvaiheessa, mutta tarkoitus jää silti epäselväksi, taikka siitä, että kysymystä ei ole lainkaan käsitelty. Jälkimmäisessäkin tilanteessa puhutaan joskus lainsäätäjän *rekonstruoidusta* tarkoituksesta, ts. uudelleen rakennetusta intentiosta. Nähdäkseni kyse on kuitenkin alun perin tarkoituksettomasta tilanteesta juuri siksi, että kysymystä ei ole pohdittu valmistelu- ja säätämisvaiheessa. Koska kysymys ei ole ollut esillä, sille ei ole voitu ’tarkoittaa’ mitään ratkaisua. Niinpä lainsäätäjän oletettu tarkoitus on tällöin rakennettava kokonaan alusta, konstruotava olettaen, mitä ilmeisesti olisi tarkoitettu, jos asiaa olisi käsitelty. Lainsäätäjän tarkoituksen rekonstruoinnista puhuisin silloin, kun tiedetään, että kysymys on ollut valmistelu- ja säätämisvaiheessa esillä, mutta lainsäätäjän alkuperäistä tarkoitusta on vaikea saada selville. Vrt. Aarnio Laintulkinnan teoria s. 228. *Siltala*, s. 338, puhuu norminantajan *alkuperäisen* tarkoituksen rekonstruoinnista erottelematta juuri selostettuja tilanteita. Suurta yleistä merkitystä jaotellulla ei toki olekaan, mutta tässä tutkimuksessa käsiteltävien ongelmien kannalta siihen on aihetta kiinnittää huomiota.

Oikeuspoliittisten arvostusten perusteella tässä tutkimuksessa kuitenkin päädytään paikoin myös sellaiseen tulkintasuositukseen, joka ei näytä toteuttavan edes norminantajan oletettuja päämääriä. Voi usein olla makuasia, sanotaanko tällaista lopputulosta 'objektiiviseksi' lain tarkoitukseksi (ratio legis tulkintahetkellä)⁴⁰ vaiko esim. insolvenssioikeuden yleisten periaatteiden edellyttämäksi lopputulokseksi. Oikeuslähteopillisesti keskeisintä on, että tulkintasuositus nojautuu tällöin selvästi muihin perusteisiin kuin julkaistuun valmistelumateriaaliin.⁴¹

1.3.2.3 Oikeuden reiluus moraaliteoreettisena vaikutteena

Juuri päättynyt jakso vaatii viimein vastausta kysymykseen, mikä on tämän tutkimuksen taustalla vaikuttavien oikeudenmukaisuuskäsitysten poliittinen ja moraaliteoreettinen viitekehys.⁴² Jossain määrin kärjistäen vastaus kuuluu: liberalistinen oikeudenmukaisuuskäsitys, jonka perusteet ovat kahtaalla. Ajatukseksi on ensinnäkin, että oikeudessa – nimenomaan myös kollektiivisessa insolvenssioikeudessa – on olennaisesti kysymys *reiluudesta* (justice as fairness). Toiseksi, reilun järjestelmän perusedellytysten osoittamisessa voidaan hyödyntää *yhteiskuntasopimuksen ideaa*. Nämä ovat, kuten tunnettua, John Rawlsin yhteiskunta- ja moraaliteorian lähtökohdat, jotka hän esitteli osin jo 13 vuotta ennen A Theory of Justice -teostaan.⁴³

'Aksiologista' perusnäkemystäni voitaneenkin pitää pitkälti rawlsilaisena: *oikeudellisen ajattelun ytimeen kuuluu oikeudenmukaisuus*, joka taas moniarvoisessa yhteiskunnassa voi toteutua tyydyttävässä määrin ainoastaan jonkin sellaisen perustelun nojalla, joka *yhdistää oikeudenmukaisuuden pluralistisiin*

⁴⁰ Ks. Aarnio Laintulkinnan teoria s. 229.

⁴¹ Kuten Aarnio mts. 228–229 toteaa, jos lainsäätäjän tarkoitus jää epäselväksi, joudutaan *aina* turvautumaan muihin oikeuslähteisiin kuin julkaistuun valmistelumateriaaliin.

⁴² Tässä on nähdäkseni kysymys Siltalan (s. 97) tarkoittamasta oikeuden *aksiologiasta*, jossa arvioidaan "oikeuden yhteiskunnallista ja institutionaalista arvoperustaa ja suhdetta arvoihin". Edelleen hän toteaa, että oikeuden suhde arvoihin on "sidoksissa yksittäisen oikeuden tutkijan – omaksumaan oikeuskäsitykseen". Analyysisessä oikeuspositivismissa, kuten Siltala niin ikään toteaa, oikeuden suhdetta arvoihin tarkastellaan oikeuden sisältä, oikeuden itsensä asettamista lähtökohdista. Koska tässä tutkimuksessa ei *sitouduta* enempää oikeuspositivismiin kuin luonnonoikeudelliseenkaan ajatteluun, ei ole *lopullisesti* määriteltävissä, miten arvostukset, erityisesti oikeudenmukaisuuskäsitykset, lopulta vaikuttavat tulkintakannanottoihin. Tähän kysymykseen voidaan antaa vain viimekätisiltä perusteiltaan avoimiksi jääviä osavastauksia, joita on toisaalta pyrittäväkin antamaan.

⁴³ Ks. Rawls Phil. Rev. 1958 s. 164: "– I wish to show that the fundamental idea in the concept of justice is fairness; and I wish to offer an analysis of the concept of justice from this point of view. To bring out the force of this claim, and the analysis based upon it, I shall then argue that it is this aspect of justice for which utilitarianism, in its classical form, is unable to account, but which is expressed, even if misleadingly, by the idea of the social contract".

arvostuksiin ja intresseihin. Tällainen perustelu löytyy juuri liberalistisesta oikeudenmukaisuuskäsityksestä – erityisesti Rawlsin oikeudenmukaisuusteoriasta – jossa rationaaliset, vapaat ihmiset, tietämättöminä omista ja toistensa yhteiskunnallisesta asemasta, sopivat kaikkein perustavimmista oikeudenmukaisuuden periaatteista. Kun yhteiskuntatodellisuus sitten paljastetaan tietämättömyyden verhon takaa, jokaisen on sopeuduttava yhteiskuntaan, joka rakennetaan verhon toisella puolella sovittujen perusperiaatteiden varaan. Näin nimenomaan siitä riippumatta, millaiseksi yksittäisen ihmisen todellinen yhteiskunnallinen asema paljastuu.⁴⁴

Rawlsilainen oikeudenmukaisuuskäsitys, kuten liberalistinen moraaliteoria muutoinkin, perustuu sille *vastavuoroisuudelle*, johon jokainen järkevästi ajatteleva ihminen todennäköisesti nojautuisi joutuessaan sopimaan *myös itseään koskevista* oikeudenmukaisuuden fundamenteista tietämättömyyden verhon takana. Järkevästi ajattelevista ihmisistä jokainen haluaisi todennäköisesti varmistaa, että mikäli tietämättömyyden verhon takana odottava todellinen yhteiskunta asettaakin juuri hänet heikkoon asemaan, kaikilla muilla on sopimukseen perustuva velvollisuus ottaa hänen kova osansa huomioon.⁴⁵

Kuten jäljempänä havaitaan, oikeuden reiluusvaatimuksen perusteet ovat siirrettävissä melko luontevasti siihen kollektiiviseen ongelmatilanteeseen, joka saneerausmenettelyssä – kuten myös perinteisessä konkurssissa – vallitsee. Erityisesti Donald Korobkinin ajatteluun tukeutuen olen vakuuttunut siitä, että jos oikeudenmukaisuudelle halutaan raivata merkittävä asema kollektiivisessa insolvenssioikeudessa, oikeudenmukaisuusvaatimukselle on osoitettava jokin sellainen perusta, jonka insolvenssimenettelyn osapuolet kokevat edistävän *myös heidän omaa yksilöllistä intressiään*. Oikeudenmukaisuutta ei yksinkertaisesti voida jättää osapuolten hyvän tahdon tai kollektiivisen yhteisyyden tunteen varaan. Näin siitä huolimatta, että Korobkin – kuten niin ikään jäljempänä yksityiskohtaisesti havaitaan – osoittaa oikeudenmukaisuusvaatimukselle myös niin vakuuttavan arvoperustan, että jo se todennäköisesti riittäisi hyvin monille (muttei ehkä riittävän monille) osoittamaan oikeudenmukaisuusvaatimuksen välttämättömyyden kollektiivisessa insolvenssioikeudessa.

Vaikka liberalistisen oikeudenmukaisuuskäsityksen voidaan sanoa olevan tämän tutkimuksen moraaliteoreettinen perusta, se *ei* tarkoita, että henkilökohtaisesti pitäisin yhteiskuntasopimusteorioita oikeudenmukaisuusvaatimuksen – saati asetetun oikeuden – perimmäisinä fundamentteina.⁴⁶ Tässä

⁴⁴ Ks. *Rawls* s. 145.

⁴⁵ Vastavuoroisuudesta liberalistisen oikeudenmukaisuuskäsityksen perustana laajemmin ks. *Rawls* Political liberalism s. 16–18 ja *Hellsten* Oikeutta ilman kohtuutta s. 71 ja 94–99.

⁴⁶ Yleisestikään en näe ristiriitaa siinä, että samassa lainopillisessa tutkimuksessa tulkintaongelmat pyritään jäsentämään mahdollisimman neutraalisti, oikeuden sisäisin – positivistisin, jos niin halutaan sanoa – perustein, ja samalla kuitenkin osoitetaan jokin moraaliteoreettinen viitekehys,

yhteydessä en pidä tarpeellisena pyrkiä tyhjentävästi selvittämään niitä perimmäisiä perusteita, joiden nojalla pidän oikeudenmukaisuutta tärkeänä moraalisen arvona.⁴⁷ En nimittäin todellakaan osaa *lopullisesti* sanoa, arvostanko oikeudenmukaisuutta viime kädessä esimerkiksi sen yhteiskuntarauhaa ylläpitävän vaikutuksen johdosta vai siksi, että ihmisillä on – ihmisyytensä vuoksi – oikeus oikeudenmukaiseen kohteluun. Ilmeisesti kysymys on molemmista, jälkimmäistä painottaen.⁴⁸

Liberalistista oikeudenmukaisuuskäsitystä ja yhteiskuntasopimusta käytetään tässä tutkimuksessa siten vain *välineinä*, joilla toisaalta avoimesti myönnetään olleen kiistaton vaikutus tutkimuksen muotoutumiseen.⁴⁹ Olen-

jonka avoimesti ilmoitetaan vaikuttaneen *tulkintatilanteita* koskeviin kannanottoihin, samoin kuin dlf-ehdotuksiin. Oikeuden reiluusvaatimuksen hyväksyminen – ja sen ottaminen vakavasti – ei tarkoita myöskään peiteltyä ontologista sitoumusta; en esimerkiksi väitä, että illegitiimiksi koettu laki pitäisi lainkäytössä syrjäyttää oikeudenmukaisuusargumenttien tieltä. Eri asia tietenkin on, jos tietty legitiimiysongelma täyttää PerL 106 §:ssä tarkoitetun ilmeisen ristiriidan perustuslain ja tavallisen lain välillä.

⁴⁷ Sama tuli jo aiemmin esiin oikeuden ontologian osalta.

⁴⁸ Rawlsin oikeudenmukaisuusteoria luetaan deontologisiin moraaliteorioihin, koska siinä oikeudenmukaisuusvaatimusta ei sidota mihinkään nimenomaisesti määriteltyihin tavoitteisiin. Oikeudenmukaisuudella, erityisesti oikeudenmukaisuusperiaatteiden valintaprosessin reiluudella, on *itseisarvo*. Ks. *Hellsten* Oikeutta ilman kohtuutta s. 33–35. Rawlsin nimenomaisena tavoitteena onkin irrottaa oikeudenmukaisuus kaikista metafyyisisistä oletuksista ja käsityksistä siitä, mikä on hyvää. Näin teorian on tarkoitus ottaa selvä etäisyys utilitarismiin eli mahdollisimman suuren nettohyödyn tavoitteluun yhteiskunnan moraalisen perustana. Utilitarismista konsekventialistisena (tai teleologisena) moralioppina ks. *Häyry* 9–10. Toisaalta Rawlsia on kritisoitu juuri siitä, että hän määrittelee oikeudenmukaisuuden puhtaasti menetelmällisin keinoin (tietämättömyyden verholla ja hypoteettisella sopimuksella), ilman kannanottoa oikeudenmukaisuusvaatimuksen viimekätisiin, mahdollisesti metafyyysiin perusteisiin. Ks. jo *Nagel* Reading Rawls s. 14 ja *Dworkin* mts. 45–46. Dworkin toteaa, että oikeudenmukaisuusteorian taustalla on oltava jokin oikeuksia sellaisinaan kunnioittava oletama, ”a right-based deep theory”, jonka juuret näyttävät juontavan luonnonoikeuteen (jota termiä Dworkin ilmoittaa käyttävänsä sillä uhallakin, että se saattaa herättää ongelmallisia assosiaatioita). Myös suomalaisessa Rawls-tutkimuksessa on todettu, että vaikenemalla taustaoletuksistaan oikeudenmukaisuusteoria lähinnä perustelee olemassaolevia vallankäytön rakenteita ja korostaa oikeudenmukaisuuden myönnteisiä vaikutuksia vallitsevan elämäntapamme kestävyydelle. Se ei kerro mitään oikeudenmukaisuudesta länsimaisen yhteiskuntajärjestyksen ulkopuolella. Ks. *Hellsten* In defense of moral individualism s. 35–41 ja *sama* Oikeutta ilman kohtuutta s. 11–14. Ks. myös *Fried* Phil. & Publ. Aff. 2003 s. 45–62, joka jakaa yhteiskuntasopimusteoriat retrospektiivisiin ja prospektiivisiin (karkeasti ottaen) sillä perusteella, onko niiden perustana jokin olemassaoleva, yleensä jälkäteollista demokraattista yhteiskuntajärjestystä ilmentävä malli (retrospektiiviset teoriat, joita sopimusteoriat yleensä ovat) vai jokin olemassaolevista järjestyksistä riippumaton malli (prospektiiviset teoriat, joiden perustana oleva yhteiskuntamalli on ensin luotava ”out of nothing”).

⁴⁹ Jos liberalistisen oikeudenmukaisuuskäsityksen merkitys tämän tutkimuksen syntymiselle halutaan sijoittaa Siltalan seitsemän T:n listaan, se osuisi ilmeisesti ainakin tieteenkuvaan, osin myös tutkimusmetodiin ja tutkijanideologiaan (tutkimustuloksista puhumattakaan). Kyseessä on tutkimukseen vaikuttava arvoperustainen, poliittisideologinen sitoumus, mutta vain *osana tutkimusmetodia*. Ja koska liberalistinen oikeudenmukaisuuskäsitys osaltaan vaikuttaa tutkimuksessa esitettyihin tulkintakannanottoihin, se täytyy lukea myös osaksi *tutkijanideologiaa*. Tutkimusmetodista, tutkijanideologiasta ja tieteenkuvasta tutkijan itseymmärryksen perusteina ks. *Siltala* s. 137–150.

naista on liberalistiseen oikeudenmukaisuusajatteluun sisältyvä idea oikeudenmukaisuuden ja individuaalisen intressin yhdistymisestä, niiden samanaikaisesta edistämisestä. Sopimuksentekotilanne, ns. alkutila (original position) havahduttaa useimmat ajattelemaan vakavasti sitä mahdollisuutta, että oman elämänhallinnan edellytykset olisivat uhattuina ja etenkin sitä, mitä rationaalinen ihminen tällöin odottaisi muilta – nimittäin *vastavuoroisuutta*. Näin liberalistinen käsitys sopimusoletuksineen on todennäköisesti varsin tehokas tapa saada ihmiset suhtautumaan vakavasti oikeudenmukaisuusvaatimukseen alueella, jota viime vuosikymmeninä ovat hallinneet lähinnä loogisuutta ja ääriutilitaristista arvomaailmaa korostavat näkemykset.

Oikeuden reiluusvaatimus esiintyy tässä tutkimuksessa siinä mielessä ”aidoimmillaan”, että sitä käytetään klassisen, ahtaan utilitarismin vastavoimana. Kuten tunnettua, Rawls nostaa juuri klassisen utilitarismin keskeisimmäksi vastakohdaksi oikeuden reiludelle ja koko oikeudenmukaisuusteorialleen.⁵⁰ Erityisesti hän haluaa kaataa utilitarismin siinä äärimmäisessä muodossa, joka määrittelee yhteiskunnan onnistuneeksi silloin, kun se tuottaa mahdollisimman suuren nettohyödyn kiinnittämättä lainkaan huomiota siihen, miten hyöty jakautuu.⁵¹ Kollektiivisessa insolvenssioikeudessa ääriutilitarismia – tosin tiukasti rajattuna velkojille koituvaan hyötyyn – edustaa jäljempänä tarkasteltava, yhdysvaltalaisen Thomas Jacksonin ja Douglas Bairdin nimissä kulkeva creditors’ bargain -teoria. Tämän tutkimuksen eräänä tehtävänä on esitellä kyseinen teoria suomalaiselle insolvenssioikeuden teoriataustasta kiinnostuneelle auditoriolle ja osoittaa, että se perustuu ääriutilitaristisille arvoille, pyrkien kuitenkin esiintymään ulospäin yhteiskuntasopimusteorianä. Jäljempänä arvellaan, että tällaisen kaksoisroolin motiivina saattaa olla pyrkimys peittää yksipuoliset, puhtaasti poliittiset vakaumukset yleistä arvostusta nauttivan moraalifilosofisen teorian alle.

Kollektiivista insolvenssimenettelyä tarkastellaan tässä tutkimuksessa liberalistisen oikeudenmukaisuuskäsityksen mukaisena *järkevien ihmisten vastavuoroisena toimintana*. Saneerausmenettely sitä sääntelevine normeineen nähdään nimenomaan kompromissina täytöntöönpano- ja saneerausintressin välillä, *hyvin järjestettynä prosessina*, jossa tavoitellaan vastavuoroista kokonaisratkaisua.⁵² Velkojien ja velallisen on kyettävä rationaaliseen yhteistoimintaan ja otettava vakavasti niin omat kuin toistensakin oikeudet ja velvollisuudet.

⁵⁰ Ks. Rawls s. 22.

⁵¹ Rawls s. 26. Rawls (mts. 22) toteaa itsekin, ettei tämä ole utilitarismin ainoa muoto. Utilitarismin vaiheista ja muodoista laajasti ja selkeästi ks. Häyry passim.

⁵² Tämän voidaan nähdä vastaavan, tosin karkeasti, Rawlsin ajatusta hyvin järjestäytyneestä yhteiskunnasta (well ordered society) reilun yhteistoiminnan foorumina (fair system of co-operation). Ks. Rawls Political liberalism s. 15–22 ja 35–40. Saneerausmenettely nähdään tässä tutkimuksessa eräänlaisena hyvin järjestettynä ’pienoisyhteiskuntana’, jonka olemassaolon oikeutus (ja samalla välttämättömyys) pyritään osoittamaan hypoteettisella alkutilasopimuksella.

Huomionarvoista etenkin Korobkinin insolvenssifilosofiassa on oikeudenmukaisuuden yhtäläinen merkitys niin *velallisen ja velkojien välillä* kuin *velkojien keskinäisissäkin* suhteissa. Hän purkaa perinteisen kahtiajaon ankariin velkoihin ja oikeudenmukaisuutta vaativiin velallisiin osoittamalla, että *samat inhimillisen kanssakäymisen perusarvot* ovat läsnä myös velkojien keskinäisissä suhteissa ja itse asiassa kaikkialla, minne tietyn yrityksen taloudellisen ahdingon vaikutukset ulottuvat. Näin myöskään yhteiskuntasopimuksen ideaan perustuva oikeudenmukaisuus ei aseta vaatimuksia ainoastaan velkojien käyttäytymiselle velallista kohtaan, vaan yhtäläisesti kaikille, joiden yhteiskunnalliseen asemaan taloudellinen ahdinko voi jollain tavoin vaikuttaa.

Järkevien ihmisten välinen vastavuoroisuus ei kuitenkaan voi käytännössä perustua vain vastavuoroisuuden ideaan ja niihin perusperiaatteisiin, joihin tietämättömyyden verhon takana on sitouduttu. Näiden institutionaalisten perusteiden ohella tarvitaan arkipäivän konfliktitilanteita ohjaavia juridisia ratkaisuja, joilla kyetään myös konkreettisesti suojaamaan insolvenssitilanteessa aktualisoituvia oikeussuojaodotuksia.

1.3.2.4 Analyyttinen ajattelutapa ja insolvenssioikeuden yleisten oppien kehittäminen

Lainopin tärkeimmäksi tehtäväksi ilmeni edellä oikeudellisen ajattelun selventäminen. Samalla tuli esiin, että selventämisfunktion täyttämiseen pyritään tässä tutkimuksessa analyttisen ajattelutavan keinoin, ts. tavoitellen täsmällisiä kysymyksenasetteluja ja välttämällä laajoja, epätasällisiä yleiskäsitteitä.

Täsmällisen kysymyksenasettelun ilmeinen vaara on kokonaisuuden sivuuttaminen. Erottelukyvyyn korostaminenhan heikentää ehkä jo luonnostaan kokonaiskuvaa. Näin *oikeusjärjestelmän kehittäminen* on vaarassa jäädä tutkimuksessa toissijaiseen asemaan. Juuri tähän kohdistuukin ns. uuden varallisuus-oikeuden piirissä esitetty kritiikki ja pyrkimys luoda uusia, varsin laaja-alaisia peruskiinnekohia varallisuus-oikeudelliselle ajattelulle (toimintaympäristö, kokonaisjärjestely, intressitaho ja riskipositio).⁵³ Tällaisten laajojen kiinnekohien tavoitteena on mahdollistaa ns. tilanneherkkä (varallisuus-oikeudellinen) harkinta ja näin välttää ajattelua *etukäteen* ohjaava, dogmaattiseksi koettu systematisointi.⁵⁴

Vaara kokonaiskuvan katoamisesta on otettava vakavasti. Erityisesti on otettava huomioon, että tutkimuksen keskeisiä instituutioita ja niitä koskevia normeja – rauhoitusaikaa määräysvallan järjestelyineen, konkurssivertailua ja saneerausyritykseen kohdistuvaa konkurssiuhkaa – ei meillä ole toistaiseksi

⁵³ Ks. Pöyhönen LM 1997 s. 542–559 ja sama Uusi varallisuus-oikeus s. 159–184.

⁵⁴ Tästä tavoitteesta Pöyhönen LM 1997 s. 540–541 ja erityisesti sama Uusi varallisuus-oikeus s. 193–201.

systematisoitu lainkaan. Kollektiivisessa insolvenssioikeudessa näyttäisi siten vallitsevan ilmeinen tilaus *sekä* normiston sisällön selvittämiseksi *että* systematisoivalle, järjestelmää luovalle otteelle.

Lainopin järjestelmää luovaa tehtävää koetetaan tässä tutkimuksessa toteuttaa siten, että tarkasteltavat lainopilliset ongelmat yhtäältä jäsennetään täsmällisiksi osakysymyksiksi, toisaalta pyritään sijoittamaan osaksi laajempaa systeemiä, joka on tarvittaessa luotava alusta saakka. Esimerkiksi YSL:n maksu- ja vakuudenasettamiskielto sekä perintäkielto sijoitetaan yhteiseen viitekehyyseen luomalla erityinen *laillistetun maksunlakkautuksen järjestelmä*, jonka rakenteen ja sisäisen logiikan avulla voidaan hallita – paitsi täsmällisesti jäsennettyjä tulkintaongelmia – myös rauhoitusaikaa yleisesti koskevaa oikeudellista ajattelua. Velallisarallisuutta koskevan määräysvallan tarkasteluun taas konstruoidaan erityiset periaatteet, määräysvallan siirtymisen ja pysyvyyden periaatteet, jotka kuvaavat perinteisen konkurssioikeuden ja modernin järjestelmän välisiä peruseroja. Samalla nämä periaatteet voivat ohjata tulkintakannanottoja kokonaan sääntelemättömissä tai ainoastaan standardinormein (YSL 29 ja 30 §:t) säännellyissä tilanteissa. Järjestelmän kehittämistavoite ohjaa itse asiassa jo tarkastelun kohteiksi asetettavia tulkintaongelmia; tavoitteena on selvittää sellaisia tulkintakysymyksiä, joilla on *yleisinsolvenssioikeudellista merkitystä*. Kuten edellä on todettu, jo lainopin selventämisfunktio edellyttää itsetarkoituksellisen nyanssitarkastelun välttämistä; oikeuden sisältöä painottava tutkimusote merkitsee tutkimusresurssien suuntaamista periaatteellisesti merkittäviin sisältöongelmiin.

Uudeksi varallisuus oikeudeksi kutsuttu suuntaus näyttää edellyttävän oikeustieteeltä samanaikaisesti sekä tilannekohtaisuuden sallimista että laajahkon järjestelmän luomista. Tämä voi tarkoittaa vain muuntumiskykyisen järjestelmän rakentamista – tavoitteena on oltava joustava systematiikka. Lainopin yleisiä oppeja kehittelevälle funktiolle tämä asettaa haasteen, jonka mukaan systematiikkaa olisi rakennettava periaatteiden, ei niinkään oikeudellisten käsitteiden varaan.⁵⁵ Toisaalta on huomattava, että yleiset opit tarvitsevat aina käsitteellisiä kiinnekohtia. Voi olla pitkälti makuasia, kutsutaanko noita kiinnekohtia ”käsitteiksi”, systemaattisiksi ”perusteiksi” vai ”periaatteiksi”. Termeistä riippumaton, yhdistävä piirre on ajattelun kiinnekohtien *standardimaisuus*.

Tämän tutkimuksen päämääränä onkin tavoiteorientoituneiden viitekehysten luominen insolvenssioikeudellisiin tulkintatilanteisiin, innoittajanaan (mutta ei sitoumuksenaan) Ronald Dworkinin oikeudellisia tulkintastandardeja korosta-

⁵⁵ Yleisten oppien periaatehakuisuudesta ks. *Tuori* Yleiset opit s. 3: ”tarvitsemme sellaista systematisointia, joka ei estä tilanne- ja tapauskohtaista joustavuutta”. Systematisoinnin ja joustavuuden yhdistäminen on mahdollista rakentamalla kunkin oikeudenalan yleiset opit juuri periaatteiden varaan, sillä periaatteet voidaan aina asettaa toisiinsa nähden tarkoituksenmukaisimpaan etusijajärjestykseen. Ks. mts. 3–4.

va ajattelu, jonka merkitys on suurimmillaan ns. vaikeissa tapauksissa.⁵⁶ Esimerkiksi jäljempänä hahmoteltavan laillistetun maksunlakkautusjärjestelmän systemaattiset perusteet voidaan esitellä ja ymmärtää sekä käsitteinä että periaatteina. Eräs näistä systemaattisista perusteista on maksunlakkautuksen ulkopuolisten velvoitteiden suorituspakko. Tämä voidaan esittää ja ymmärtää myös *suorituspakon periaatteena*, ei joustamattomana, ajattelua sitovana käsitteenä.⁵⁷

1.4 TUTKIMUKSEN ETENEMISESTÄ, RAJAUKSISTA JA LÄHTEISTÄ

1.4.1 Etenemisestä

Tutkimuskohteen ja -tehtävän sekä tutkimustavan esittelyn jälkeen siirrytään seuraavassa luvussa tarkastelemaan velkojien oikeusaseman teoreettisia ja oikeuspoliittisia perusteita. Kuten jo lyhyesti on mainittu, tämä tarkastelu koos-

⁵⁶ Kuten tunnettua, Dworkin tekee selvän eron sääntöjen ja periaatteiden välille, mutta ei yhtä selvää eroa periaatteiden ja *muiden standardien* välille. Tosin periaatteilla hän kyllä viittaa vahvemmin oikeudenmukaisuuteen ja moraaliin kuin vaikkapa pelkillä oikeuspoliittisilla tavoitteilla. Jälkimmäiset voivat tähdätä jonkin päämäärän edistämiseen sinänsä, ilman kytkentää tiettyyn oikeudenmukaisuus- tai moraalikäsitukseen. Ks. *Dworkin* Taking rights seriously s. 22–48 ja 81–130. – Pohjoismaisessa laintulkintaopissa merkittävä ja osin Dworkinin ajattelua vastaava tulkintametodi on, kuten tunnettua, Ekelöfin teleologinen metodi. Siinä Dworkinin ajattelua vastaa oikeustapausten jakaminen selviin (klara fall) ja erityisiin (säregna fall). Ydinajatus on, että normin yhteiskunnallinen tarkoitus – joka Ekelöfin mukaan on aina löydettävissä selville tapauksille – osoittaa, miten normia on tulkittava *myös* erityistapauksissa. Ks. *Ekelöf* I s. 79–88, erit. s. 84–85. Näin ollen myös Ekelöfin tulkintametodin ratkaisuvoima on suurimmillaan vaikeissa tulkintatilanteissa. Ekelöfin ajattelun nähdäkseni erottaa Dworkinista hyvin tiukka sitoutuminen juuri lain(säätäjän) tarkoituksen toteuttamiseen. Tämän taustalla taas on Ekelöfin vakautus, jonka mukaan materiaalisella lainsäädännöllä pyritään aina ohjaamaan oikeussubjekteja tietyn moraalikäsitteen mukaiseen käyttäytymiseen, ja että prosessin funktiona on vastaavasti sanktioiden avulla huolehtia juuri näiden käsitysten ja käyttäytymismallien läpilyönnistä yhteiskunnassa (prosessi sanktiomekanismina). Ks. mts. 13–27.

⁵⁷ Tässä tutkimuksessa ei ole mahdollista arvioida laajemmin Kaiston 2000-luvun tuotannossaan soveltamaa tutkimusotetta, jossa oikeudellisen ajattelun määritelmällisen perustan etsiminen on tutkimuksen alkuunpaneva (ja sitä eteenpäin vievä) voima. Todettakoon silti, että vaikka itsekin arvostan lainopillisessa tutkimuksessa täsmällistä kysymyksenasettelua ja terminologista johdonmukaisuutta, en pidä määritelmäjärjestelmän luomista lainopin varsinaisena tehtävänä. Jos määritelmiä tarvitaan, tarve on instrumentaalinen, ts. johtuu tarpeesta kuvata oikeuden sisältöä selkeästi ja tavalla, joka täyttää kulloisenkin esityksen tarpeen. Jossain toisessa kontekstissa saattavat jotkin toiset määritelmäratkaisut osoittautua käytännöllisemmiksi. Esimerkiksi se, että joillakin keskeisillä käsitteillä ei ole yksiselitteisiä lainopillisia määritelmiä, ei nähdäkseni sellaisenaan muodosta tutkimuksellista haastetta. Tärkeää on, että kulloisessakin keskustelussa käytetään kieltä, jonka merkityksen osanottajat voivat hyväksyä tai ovat siitä ainakin tietoisia. Tältä osin toisin *Kaisto* Sopimusvapaus s. 35–41, ks. myös *sama* Velkojasuoja välihenkilön konkursissa s. VIII.

tuu huomattavilta osin Yhdysvalloissa käydyn keskustelun esittelystä ja analysoinnista. Tarkastelu kuitenkin aloitetaan kuvaamalla saneerausintressin oikeudellistumista, jonka pääpiirteistä nähdäkseni suuri osa kuvaa myös Suomessa tapahtunutta kehitystä.

Vastakkaisista perusnäkemyksistä esitellään ensin Thomas Jacksoniin ja Douglas Bairdiin henkilöityvä suuntaus, jota tässä tutkimuksessa kutsutaan yrityksen insolvenssioikeuden taloudellirationaaliseksi teoriaksi. Tämän jälkeen esitellään taloudellirationaalista ajattelua vastaan suunnattu kritiikki, jonka merkittävimpiä edustajia ovat olleet Elizabeth Warren ja Donald Korobkin. Heidän argumenteistaan muodostuvaa kokonaisuutta kutsutaan tässä tutkimuksessa yrityksen insolvenssioikeuden arvorelatiiviseksi teoriaksi. Taloudellirationaalisen teorian ('jacksonismin') vaatimus loogisesta, tehokkaasta järjestelmästä sai vastaansa Warrenin ja Korobkinin vaatimuksen oikeudenmukaisesta insolvenssioikeudesta. Pyrin tuossa vaiheessa esittelemään erityisesti Korobkinin systemaattisen teorian oikeudenmukaisuuden perusedellytyksistä kollektiivisessa insolvenssioikeudessa.

Insolvenssioikeudellisen keskustelun ja perusteorioiden esittelyn jälkeen näkökulma vaihtuu lainopilliseksi. Tutkimuksen kolmannessa luvussa tarkastellaan rauhoitusaikaa keinona, jonka avulla yrityksen taloudellisen ahdingon aiheuttama intressikonflikti asetetaan kontrolloidun, vastavuoroisen harkinnan ja päätöksenteon kohteeksi. Tämä edellyttää muun ohessa rauhoitusajan funktioiden, erityisesti sen selvitysfunktion käsittelyä YSL:n kaltaisessa järjestelmässä, joka lähtökohtaisesti edellyttää yrityksen saneerauskelpoisuuden selvittämistä jo *ennen* kuin rauhoitus aika voi alkaa. Tämän jälkeen kolmannessa luvussa suoritetaan YSL:n mukaisen rauhoitusajan alkamista ja päättymistä koskevien normien lainopillinen analyysi.

Tutkimuksen neljäs ja viides luku käsittelevät velallisvarallisuutta koskevaa määräysvaltaa saneerausmenettelyssä. Ensin neljännessä luvussa tarkastellaan määräysvallan jakautumisen perusteita, joista keskeisimmiksi hahmotellaan määräysvallan siirtymisen ja pysyvyyden periaatteet. Tässä luvussa perustellaan myös laillistetun maksunlakkautuksen järjestelmä sekä suoritetaan selvittäjän lupaan kytketyn määräysvallan (YSL 29.2 §) sekä ns. ylimääräisten vallinnanrajoitusten (YSL 30.1 §) lainopillinen analyysi. Viidennessä luvussa tarkastellaan määräysvallan rajojen noudattamista sekä noiden rajojen ylittämisen seuraamuksia.

Kuudes luku käsittelee konkurssia täytäntöönpanointressin takeena. Tuolloin perustelen näkemyskonkurssin *kaksoisfunktioista* modernissa insolvenssioikeudessa. Perinteisen pakkotäytäntötehtävänsä ohella konkurssilla on nykyään myös *vertailufunktio*. Saneerausvelkojilla on oikeus vertailla oikeusasemansa eroja saneerausmenettelyssä ja kuvitellussa konkurssissa. Pakkotäytäntöfunktio toteutuu puolestaan siten, että edellytysten täyttyessä saneerausvelkojilla on mahdollisuus käynnistää todellinen konkurssi joko jo ennen saneerausohjelman

vahvistamista (mitä on lainsäädännöllä nimenomaisesti vaikeutettu) tai yrityksen toteuttaessa vahvistettua ohjelmaa (jolloin ovat voimassa konkurssin yleiset edellytykset).

Kuudennessa luvussa pyrin erityisesti osoittamaan, että nykyisen vertailuinstituution todellinen merkitys ei ole täysin auennut suomalaiselle saneeraustutkimukselle. Esimerkiksi saneerausohjelman ja kuvitellun konkurssin tuottamien suoritusten *arvojen* vertailussa on meillä katsottu, että saneerausohjelmaan perustuvaa maksuajan pidentymistä ei otettaisi vertailussa huomioon. Kuitenkin juuri maksuajan pidentämisen huomiointi on eräs keskeisimpiä elementtejä koko vertailuinstituutiossa, jollei suorastaan sen pääasiallinen tarkoitus. Oikeuskäytännön perusteella näyttää jopa siltä, että meillä vallinnut virheellinen käsitys maksuajan pidentymisen merkityksestä on saattanut toimia esteenä vertailunormiston laajemmalle soveltamiselle käytännössä.

Nykymuotoista vertailunormistoamme ja siitä vallitsevia käsityksiä kritisoidaan kuudennessa luvussa muutoinkin. Tavoitteena on osoittaa, että konkurssivertailussa tulisi pyrkiä muodostamaan sellainen kuva konkurssirealisaation tuloksesta, joka vastaa *vertailuhetken* olosuhteita. Nykymuodossaan vertailunormisto edellyttää aivan liiaksi hypoteettisia pohdintoja siitä, olisiko yrityksen tilanne ehkä muodostunut toisenlaiseksi, jos saneerausta ei koskaan olisi aloitettu, ts. jos yritys olisi asetettu jo alun perin konkurssiin. Nämä pohdinnat eivät edistä (edes) täytäntöönpanointressiä, koska tällaisen ajattelun varaan rakentuva vertailukonkurssi ei voi enää koskaan toteutua. Vertailussa tulisi päinvastoin keskustella siitä, millainen realisointitulokseksi on todennäköinen siinä tapauksessa, että yritys ei ryhdykään toteuttamaan saneerausohjelmaansa, vaan tämän *siijasta* aloitetaan ja toteutetaan konkurssirealisaatio. Kun ajattelu käännetään tällä tavoin menneisyyttä koskevista fiktioista nykyhetkeen ja tulevaisuuteen, myös kysymys vertailukonkurssin alkuhetkestä osoittautuu hyödyttömäksi – kysymys, joka tähän saakka on aiheuttanut runsaasti päänvaivaa ja on mahdollisesti sekin muodostanut esteen vertailuinstituution laajemmalle käytölle.

1.4.2 Rajauksista

Tutkimuksen rajausten peruskysymys on, miksi saneeraus oikeuden eri instituutioista tarkastellaan juuri rauhoitusaikaa, määräysvallan jakautumista ja konkurssivertailua. Tähän on useita perusteita. Ensinnäkään meillä ei toistaiseksi ole tutkimusta mainituista teemoista. Vähintään yhtä painava argumentti on, että juuri rauhoitus aika ja määräysvallan järjestely muodostavat ne *perusteet, joiden varassa koko saneerausmenettely viedään läpi* (tai sitä ei onnistuta viemään läpi). Kaikki yksittäistapaukselliset ratkaisut – kuten velkajärjestelykeinojen valinta ja mitoitus – tehdään näiden perusinstituutioiden ’sisällä’.

Rauhoitusajan ja määräysvallan jakautumisen oikeuspoliittista merkitystä ei itse asiassa voida korostaa liikaa. Tätä osoittaa jo sekin, että tämän tutkimuksen kannalta keskeisimmissä oikeusjärjestyksissä niin rauhoitusaika kuin määräysvallan järjestelykin perustuvat toisiinsa nähden aivan erilaisille lähtökohdille. Suomessa rauhoitusaika alkaa vasta saneeraushakemuksen hyväksymisellä, velallinen säilyttää pääosan määräysvallastaan ja yritykseen määrätään ulkopuolinen selvittäjä. Yhdysvalloissa rauhoitusaika alkaa jo saneeraushakemuksen vireillepanolla, velallisella on menettelyssä huomattavan itsenäinen asema, eikä yritykseen määrätä ulkopuolista selvittäjää. Saksassa ei edes voida puhua varsinaisesta rauhoitusajasta, vaan velallinen menettää määräysvaltansa ulkopuoliselle selvittäjälle heti insolvenssimenettelyn alkaessa.⁵⁸

Konkurssivertailun tutkimuksellinen merkitys perustuu puolestaan siihen, että vertailuinstituutio muodostaa kollektiiviselle insolvenssioikeudelle *järjestelmän sisäisen perustestin*. Vaikka vertailu on säännöstason ilmiönä puettu saneerausohjelman vahvistamisen edellytykseksi, taustalla on perustavampi jännite. Vertailunormisto *kärjistää täytöntöönpano- ja saneerausintressin välisen vastakkainasettelun* konkretisoimalla kysymyksen, onko velallisen liiketoiminnan jatkaminen velkojen näkökulmasta hyväksyttävää. Vertailunormiston perusajatus on, että jatkaminen ei ole hyväksyttävää, jos siitä todennäköisesti aiheutuisi velkojille vielä merkittävämpi tappio kuin likvidaatiokonkurssista.⁵⁹

Vertailuoikeuden olemassaolo, laajuus ja käyttäminen ovat siten erittäin merkittäviä saneerausvelkojan oikeusaseman perusteita. Vertailumahdollisuuden periaatteellista tärkeyttä korostaa sen velkojakohtaisuus; konkurssivertailu on yksittäisen velkojan suojakeino. Yhdenkään saneerausvelkojan ei tarvitse hyväksyä huonompaa suoritusta kuin minkä juuri kyseinen velkoja todennäköisesti saisi konkurssissa. Meillä vertailunormisto on kuitenkin käytännössä jää-

⁵⁸ Suomessa saneerainsäädännön valmistelu jouduttiin suorittamaan ilman sisällöllisiä perusratkaisuja koskenutta julkista keskustelua. Rauhoitusajan ja määräysvallan jakautumisen nykykäytäntöä ei ole meillä myöhemminkään kyseenalaistettu. Yhdysvalloissa molemmat aiheet ovat saaneet osakseen runsaasti huomiota ja kritiikkiä, mikä myös kertoo näiden perusnormistojen merkityksestä. Rauhoitusaikaa pidetään usein BC 11 luvun tärkeimpänä instituutiona, ks. esim. *Tuula* s. 83, *Keating* Vand. L. Rev. 1992 s. 71 ja viimeksi *Ehrenfeld* U. Chi. L. Rev. 2003 s. 623 (jonka mukaan rauhoitusaika on "The Bankruptcy Code's primary mechanism"). Määräysvallan jakautumisen merkityksestä ks. esim. *Broude* § 3.03 (s. 3–22), jonka mukaan kysymys velallisen määräysvallan jakautumisesta oli BC 11 luvun valmistelun kiistellyin aihe. Saksassa suhtauduttiin InsO:n valmistelun alkuaikoina kielteisesti velallisen mahdollisuuteen säilyttää missään tilanteessa osaakaan määräysvallastaan. Määräysvallan menetys onkin Saksan oikeuden vahva pääsääntö. Lainvalmistelun edetessä kuitenkin päädyttiin siihen, että velallinen voi laissa säädettyjen edellytysten täyttyessä säilyttää määräysvaltansa, mutta vain yritykseen määrättävän ulkopuolisen valvojan kontrollissa. Oikeuspoliittisten näkemysten muutoksista ks. *Wittig* Münch. Komm 3, Vorbemerkungen vor §§ 270 bis 285, Rdnr 3–15.

⁵⁹ Ks. esim. *LoPucki* Am. Bankr. L.J. 1983 s. 258.

nyt periaatteellista merkitystään vähäisempään rooliin. Tässä tutkimuksessa pureudutaan eräisiin konkurssivertailun ydinkysymyksiin, joiden perusteellinen uudelleenarviointi saattaisi nähdäkseni nostaa vertailuinstituution myös käytännössä insolvenssioikeuden keskiöön.

Konkurssin edellä kuvatut kaksi funktiota – vertailu- ja pakkotäytäntöfunktio – toimivat yhdessä *täytäntöönpanointressin takeina* modernissa järjestelmässä. Tämä edellyttää tutkimuksen kohdistamista myös todellisen konkurssin edellytyksiin niin saneerausmenettelyn hakemis- ja vireilläolovaiheessa kuin ohjelman toteutusaikanakin.

Tutkimus kohdistuu vain yrityksen saneerausmenettelyyn ja yrityksen konkurssiin, so. oikeushenkilön insolvenssioikeuteen. Yksityishenkilön velkajärjestelyä ei käsitellä.⁶⁰ Tämä ei johdu pelkästään tutkimusekonomisista syistä, vaan myös siitä, että kyseessä ovat hyvin erilaiset menettelyt. Perusero voidaan tiivistää niin, että yrityssaneerauksessa velallisen maksukyky pyritään palauttamaan velkavastuun edellyttämälle tasolle, kun yksityishenkilön velkajärjestelyssä velkavastuu palautetaan maksukykyä vastaavalle tasolle.⁶¹

Tutkimuksen perusongelmat ovat melko universaaleja. Lainsäätäjä, joka tunnustaa saneerausintressin oikeussuojaa ansaitsevaksi, joutuu tekemään merkittäviä oikeuspoliittisia valintoja, muotoilemaan rauhoitusajan sekä määräysvalan rajat ja ottamaan jollain tavoin kantaa siihen, miten valinta saneerauksen ja konkurssin välillä yksittäistapauksessa tehdään. Varsinainen lainopillinen analyysi kohdistuu tässä tutkimuksessa kuitenkin vain Suomen oikeuteen. Ulkomaisista järjestelmistä huomiota kiinnitetään erityisesti oman saneerauslakimme esikuvaan, BC 11 lukuun. Tämän lisäksi tarkastellaan perusratkaisujen tasolla Saksan uutta insolvenssikodifikaatiota (Insolvenzordnung, InsO) erityisesti sen tarjoamaa mahdollisuutta ns. velallishallintoon (Eigenverwaltung), sekä Ruotsin saneerauslakia (Lag om företagsrekonstruktion, LFR). Tietyissä, erityisesti maksunlakkautuksen, takaisinsaannin, yleisen varallisuus oikeuden ja siviiliprosessioikeuden peruskysymyksissä huomiota pyritään kiinnittämään myös asianomaista problematiikkaa koskevaan pohjoismaiseen traditioon. Maksunlakkautusinsituutioista huomiota kiinnitetään erityisesti säännösten kehittyneimpään järjestelmään, Tanskan konkurssilain (konkursloven) 2 luvun mukaiseen betalingsstandsning-normistoon.

⁶⁰ Oikeushenkilön insolvenssioikeus ymmärretään tässä laajasti eli niin, että se kattaa myös yksityisen elinkeinonharjoittajan yrityssaneerauksen. Rajausperusteena on siten mahdollisuus *liiketoiminnan uudelleenjärjestelyyn*. Liiketoiminnan ja luonnollisen henkilön velkavastuun välisestä rajanvedosta ks. KKO 1995:168, 1999:72, 2000:80 ja 2003:56.

⁶¹ Tämä on tietenkin kärjistys. Myös yrityssaneerauksessa velkavastuun leikkaaminen on hyvin keskeinen osa koko menettelyä. Vastaavasti yksityishenkilön velkajärjestelyssä velallisen maksukyvyn palauttamismahdollisuuksilla voi olla huomattava merkitys, ks. yleisesti *Niemi-Kiesiläinen* s. 155–162.

Missään vaiheessa tavoitteena ei ole varsinainen oikeusvertailu esimerkiksi siinä Husan kuvaamassa mielessä, että eri oikeusjärjestelmät asetettaisiin ”rinna-kkain tarkastelun kohteeksi tiedonhankkimiseksi”.⁶² Ulkomaisiin järjestel-miin kiinnitetään huomiota tarkoituksin *ymmärtää paremmin omaa järjestel-määmme*. Vertailuhuomioilla on mahdollista saada ainakin alustava käsitys siitä, voitaisiinko yhteisiä kysymyksiä säännellä toisin kuin meillä, jolloin näkökulma omaan järjestelmäämme laajenee. Vertailuhuomioita voidaan siten pitää lähinnä inspiroivina puheenvuoroina, ”toisina mielipiteinä” siitä, miten tiettyjä peruskysymyksiä voitaisiin *myös* lähestyä. Toisaalta vertailuhuomioilla on kieltämättä ollut myös tulkinnallista relevanssia. Etenkin silloin, kun oman normistomme taustalla on amerikkalainen esikuva, mutta tuon normiston alku-peräinen tarkoitus on jäänyt meillä epäselväksi, tulkinta-argumentteina käyte-tään myös Yhdysvaltain oikeutta ja sitä koskevaa tutkimusta. Olettamana on tällöin, että jos meillä ei ole omaksuttu selvästi amerikkalaisesta poikkeavaa perusratkaisua kyseisestä saneeraus-oikeuden instituutiosta, omalla normistol-lamme tavoitellaan lähtökohtaisesti samoja päämääriä kuin esikuvana toimi-neella BC 11 luvun sääntelyllä. Olettamalla on suuri merkitys erityisesti kon-kurssivertailua koskevassa 6. luvussa.

Tutkimuksen neljännen ja viidennen luvun määräysvaltaa koskevassa tarkas-telussa huomio kiinnitetään irtainta omaisuutta, arvopapereita ja arvo-osuuksia koskeviin oikeustoimiin. Olettamana on, että enimmäkseen tulkintaongelmat sisäl-tyvät juuri tällaisten disponointien sallittuisuuden ja kiellettyisyyden väliseen rajankäyntiin – ja näin myös kiellon vastaisesti tehtyjen disponointien seuraa-muksiin. Se mahdollisuus, että saneerausvelallinen esimerkiksi luovuttaisi omistamansa kiinteistön menettelyn aikana, tai antaisi kiinteistöönnsä kiinnite-tyt panttikirjan saneerausvelan vakuudeksi, on toki olemassa, mutta melkoises-ti epätodennäköisempi kuin edellä mainittuihin varallisuuslajeihin kohdistuvat määräämistoimet. Muuhun kuin yrityksen vaihto-omaisuuteen kuuluvan kiin-teistön luovutus kuuluu miltei poikkeuksetta selvittäjän lupaan sidottuihin oi-keustoimiin (YSL 29.2 §)⁶³ ja kiinteistödisponointeja koskevan lupaharkinnan tulee myös olla erityisen huolellista. Niinpä kiinteistöoikeuden alueella voinee vain hyvin poikkeuksellisissa oloissa ilmetä epäselvyyttä siitä, oliko selvittäjä antanut oikeustoimeen asianmukaisen suostumuksensa. Irtaimisto-, arvopape-ri- ja arvo-osuusdisponoinneissa tällaisia riitoja voi sen sijaan esiintyä useam-

⁶² Husa s. 13 (kurs. poistettu). Myöskään ei pyritä yleisellä tasolla ”selittämään ja arvioimaan eri oikeusjärjestysten välisten erojen ja yhtäläisyyksien syitä” (mts. 13–14, kurs. poistettu). Eri asia on, että etenkin Saksan uuden insolvenssioikeuden teoreettiset juuret pyritään – ja kyetäänkin varsin helposti – jäljittämään Thomas Jacksonin ajatteluun. Tämä ei kuitenkaan ole oikeusjärjes-tysten eikä -järjestelmien asettamista vertailtaviksi. Paikoin esitetään myös yksittäisiä huomioita eurooppalaisen ja amerikkalaisen insolvenssiajattelun peruseroista.

⁶³ Ks. myös *Tepora – Kartio – Koulu – Wirilander* s. 405–406.

min, koska selvittäjälle ja velallisy yritykselle on usein tarkoituksenmukaista kartoittaa ainakin luvanvaraisuuden periaatteelliset rajat jo etukäteen, heti menettelyn alkaessa, jolloin kysymys yksittäisen oikeustoimen luvanvaraisuudesta voi hyvinkin nousta riidan aiheeksi myöhemmin.

Kiinteistödisponointien rajaaminen tarkastelun ulkopuolelle on perusteltua myös siksi, että YSL ei suojaa kiinteistöpankin saajan vilpittöntä mieltä vakuudenasettamiskieltoa vastaan (YSL 17.3 § e contrario). Arvopaperi- ja arvosuusoikeudelle keskeinen, vilpittömän mielen suojaa koskeva problematiikka ei siten aktualisoidu kiinteistöpankin yhteydessä. Varsin vaikeaa on myös kuvitella, että ulosottomies panisi vastoin YSL 21 §:ssä säädettyä kieltoa täytäntöön saneerausvelallisen omistamaan kiinteistöön kohdistuvan hypoteekkituomion. Tutkimuksessa ei muutoinkaan käsitellä systemaattisesti ulosottoviranomaiseen kohdistuvaa ulosmittaus- ja täytäntöönpanokieltoa (YSL 21 §), koska oletetaan, että viranomaiset tuntevat YSL:n kieltojärjestelmän ja noudattavat sitä. Yksittäiset tulkintaongelmat ovat tietenkin mahdollisia, mutta niiden tarkastelu on soveliaampaa jättää muihin yhteyksiin. Sama koskee kysymystä, missä määrin siviilioikeudellista disponointivaltaa koskevilla kannanotoilla voi ehkä olla merkitystä myös täytäntöönpanokiellon alueella ja vastaavasti, voiko irtaimisto-, arvopaperi- ja arvosuusoikeutta koskevalla tarkastelulla olla tiettyä relevanssia myös kiinteistöoikeudessa.

1.4.3 Lähteistä

Tutkimuksen lähdeaineiston keräämisen ja käytön johtavana periaatteena on ollut, että kutakin aihepiiriä koskevien lähteiden määrä tai saatavuus *ei saa vaikuttaa kysymyksenasetteluun eikä tutkimuksen rakenteeseen*. Näin siksi, että tutkimuskohdetta koskee Suomen oikeustieteessä suoranainen tyhjiö. Oli välttämätöntä edetä tätä tyhjiötä paikaten riippumatta siitä, voitiinko eri lukuja koskevaa lähdeaineistoa tällöin hyödyntää yhtenäisesti läpi tutkimuksen.

Yhdysvalloissa käydyin keskustelun esittely ja analysointi perustuu luonnollisesti sikäläiseen aineistoon, erityisesti oikeustieteellisten tiedekuntien aika-kausijulkaisujen huomattavan laajaan artikkelimateriaaliin. Teoreettinen keskustelu on todellakin käyty artikkelikirjoittelussa, vaikka sen sysäsiikin varsinaisesti alkuun Jacksonin monografia ”The Logic and Limits of Bankruptcy Law” (1986). Kuten jäljempänä ilmenee, kyseinen monografiakin perustuu pääosin kirjoittajansa aiempaan artikkelituotantoon.

Lainopilliseen osuuteen siirryttäessä myös lähdeaineisto muuttuu. Yhdysvaltalaisista rauhoitusaikaa koskee toki melko laaja kirjallisuus ja oikeuskäytäntö, mutta niitä voidaan hyödyntää vain osittain YSL:n rauhoitusajanormiston sisältöä selvitettyä. Vaikka BC 11 luku muodostikin YSL:lle esikuvan, meillä on omaksuttu tiettyjä, osin merkittäviäkin, omaleimaisia lainsäädäntöratkai-

suja. Ensinnäkään suomalainen velallinen ei saa rauhoitusaikaa käyntiin pelkästään saneeraushakemuksen vireillepanolla. Toiseksi meillä on voimassa nimellinen, tiukka maksukielto, jonka ympärille koko maksunlakkautusjärjestelmämme rakentuu. Yhdysvalloissa järjestelmä perustuu perintäkiellolle, eikä nimenomaista maksukieltoäännöstä ole. Suomalaisella saneerausvelallisella ei myöskään ole BC 11 luvun takaamaa, rauhoitusajan alkamisesta lasketavaa määräaikaista yksinoikeutta saneerausohjelmaehdotuksen jättämiseen.

Juuri mainittujen eroavuuksien johdosta oman rauhoitusajanormistomme lainopillinen analyysi on suoritettava lähinnä saneerauslain hallituksen esityksen (HE 182/1992), Pauliine Koskelon kommentaariateoksen sekä (hovi)oikeuskäytännön tuella. Kun nämäkin lähteet jättävät – yleensä täysin tarkoitustaan vastaten – useita keskeisiä kysymyksiä avoimiksi, tämän tutkimuksen rauhoitusaikaa koskevat jaksot lähtevät monin paikoin ns. puhtaalta pöydältä, miltei lähteettömästä tilasta. Myös pohjoismaiset rauhoitusajanormistot poikkeavat omastamme niin suuresti, ettei niitä koskevasta lainopista saada juurikaan argumentteja konkreettisten sisältöongelmien selvittelyyn. Saksan uuden insolvenssioikeuden perusratkaisuna taas on määräysvallan riistäminen velalliselta vanhan konkurssioikeuden tapaan, joka jo lähtökohtana poikkeaa Suomen oikeudesta. Eri asia on, että juuri toisistaan poikkeavien perusratkaisujen esittelyssä voidaan ja tuleekin hyödyntää niin pohjoismaista (lähinnä ruotsalaista ja tanskalaista) kuin amerikkalaista ja saksalaistakin lähteistöä.

Lähteiden kannalta (osin myös sisällöllisesti) ongelmallisin tutkimuskohde oli konkurssivertailu. Vertailuinstituutiota koskevien lähteiden riittämättömyys oli eräässä vaiheessa johtaa jo siihen, että aihe jää kokonaan tämän tutkimuksen ulkopuolelle, odottamaan ”parempia aikoja”. Yhdysvaltalaisen esikuvanormiston, *best interest of creditors* -doktriinin, tutkimus näytti jääneen sikäläisessä kirjallisuudessa erittäin vähiin (varsinkin verrattuna moniin muihin kysymyksiin, kuten saneerausohjelman pakkovahvistamiseen ja absoluuttisen etuoikeuden periaatteeseen). Ongelma ratkesi edes tyydyttävällä tavalla, kun ilmeni, että vertailuproblematiikka kuuluu aiheisiin, joita on Yhdysvalloissa käsitelty laajemmin vain kaikkein massiivisimmissä käsikirjoissa, sellaisissa kuin ”Collier on bankruptcy”, ”Cowans: Bankruptcy Law and Practice” ja ”Norton: Bankruptcy Law and Practice”. Yksiosaisissa kommentaareissa konkurssivertailulle on riittänyt tilaa vain perusteiden esittelyn verran. Myös artikkelikirjoittelussa aihe on ilmeisesti koettu vaikeasti haltuunotettavaksi. Mutta vakaa käsitys siitä, että vertailuinstituutio on tärkeä osa saneerausjuridiikkaa – erityisesti velkojien oikeusasemaa – ja kaipaa kipeästi lainopillista analyysia, johti siihen, että aihe päättyi alkuperäisen suunnitelman mukaisesti osaksi tätä tutkimusta, muodostuen lopulta varsin merkittäväksikin jaksoksi. Tämä oli mahdollista vain hyödyntämällä juuri todettuja massiivisimpia käsikirjoja, joiden mielekkyys tutkijan työvälineinä voi monesti olla muilta osin kyseenalainen.

1.5 KESKEISIMPIÄ TERMEJÄ

Tutkimuksessa käytetään pohjoismaissa vakiintunutta insolvenssi- eli maksukyvyttömyysoikeudellista terminologiaa silloinkin, kun tarkastelun kohteena on Yhdysvaltain oikeus. Niinpä pyritään johdonmukaisesti erottamaan toisistaan *saneerausmenettely* (rehabilitaatiomenettely) ja *konkurssi* (likvidaatiokonkurssi). Yhdysvalloissahan sana ”bankruptcy” sisältää molemmat (sekä BC 7 luvun mukaisen likvidaation että 11 luvun mukaisen rehabilitaation), mikä on syytä huomioida englanninkielisiä lainauksia luettaessa.⁶⁴ Kun tutkimuksessa puhutaan *modernista insolvenssioikeudesta*, ei viitata mihinkään yhteiskuntatieteelliseen käsitykseen modernista (vast. esim. postmodernista). Modernilla insolvenssioikeudella ja modernilla järjestelmällä tarkoitetaan yksinkertaisesti oikeusjärjestystä, joka antaa oikeussuojaa sekä täytäntöönpano- että saneerausintressille, ts. jossa saneerausintressi on oikeudellistunut täytäntöönpanon rinnalle. Erityisesti on kuitenkin syytä korostaa, että järjestelmän modernius edellyttää enemmän kuin pelkän akordi- eli velkajärjestelynormiston. Modernilla insolvenssioikeudella tarkoitetaan tässä tutkimuksessa järjestelmää, joka velkajärjestelyn lisäksi tarjoaa mahdollisuuden yrityksen liiketoiminnan uudelleenjärjestelyyn eli toiminnalliseen saneeraukseen.

⁶⁴ Terminologia vastaa siten suurelta osin *Tuulan* (s. 36–37) käyttämää.

2 Velkojen oikeusaseman teoreettiset ja oikeuspoliittiset perusteet

2.1 SANEERAUSINTRESSIN OIKEUDELLISTUMINEN TÄYTÄNTÖÖNPANON RINNALLE

Ulosotto ja konkurssi ovat pakkorealisaatiomenettelyinä myötäilleet luontevasti siviiliprosessin ideologisia ja funktionaalisia kehyksiä. Edelleenkin ne ilmentävät prosessin perinteisintä tehtävää, aineellisen siviilioikeuden toteuttamista oikeussuojan antamisen tarkoituksessa (oikeussuojafunktio). Suoritusviivästyksket ja laiminlyönnit sekä muut luottosuhteen häiriöt loukkaavat velkojan oikeutta suoritukseen, jota valtion on oikeussuojakoneistollaan suojattava. Oikeussuojan antaminen on perinteisessä järjestelmässä sisältänyt (laajimmillaan)

- oikeudenkäynnin tuomioistuimessa
- ulosoton erityistäytäntöönpanona tai (ja) edellytysten täytyessä
- konkurssin yleistäytäntöönpanona.¹

Velkavastuuta voidaan pitää eräänä juridisen vastuun perusmuodoista, johon kohdistuvat mielikuvat ja käsitykset muuttuvat erittäin hitaasti. Juuri tästä johdunee, että saneerausintressin tie täytäntöönpanon rinnalle, oikeussuojaa ansait-

¹ Valtion velvollisuus oikeussuojan antamiseen sisältyy nykyään kiistatta oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimukseen (PerL 21 §, EIS 6 art.). Vanhemmassa prosessioikeusdoktriinissa tämä velvollisuus johdettiin ns. oikeussuojateorian mukaisesta oikeussuojavaateesta. Vaade perustui subjektiivisen oikeuden loukkaukseen ja kohdistui nimenomaan tuomioistuimeen valtion toimielimenä; oikeussuoja(vaade)teoriasta yleensä ks. *Olivecrona* s. 20 ja 376–400, erityisesti konkurssi- ja muussa täytäntöönpano-oikeudessa *Palmgren* s. 32–35 ja *Niemi-Kiesiläinen* s. 594–599. Ks. myös *Linna – Hupli* LM 2001 s. 601. Ainakaan meikäläisessä prosessioikeusdoktriinissa ei nykyään juuri operoida oikeussuojavaateella, saati sitä koskevalla itsenäisellä teorialla. Niihin kohdistuvat epäilykset johtunevat ainakin osin käsitteistä päättelyn pelosta, joka taas perustunee oikeussuojateorian ja Oscar von Bülowin kehittämän ns. prosessioikeussuhdeteorian läheiseen ajalliseen yhteyteen (teorioiden yhteyksistä, eroista ja käsitelainopillisesta perustasta ks. *Olivecrona* s. 345). Prosessioikeussuhdeteorian mukaan oikeudenkäynti perusti asianosaisten välille heidän siviilioikeudellisesta suhteestaan erkanevan oikeussuhteen, prosessioikeussuhteen. Prosessioikeussuhteen edellytyksiä taas olivat nykyäänkin prosessinedellytyksinä – oikeudenkäynnin laillisuuden takeina – toimivat tosiseikat. Von Bülowin merkityksestä ruotsalais-suomalaisen siviiliprosessidoktriinin kehitykselle ks. *Lindblom* s. 82–88. – Oikeussuojavaateesta puhumista ei nähdäkseni ole sinänsä syytä kavahtaa. Käsite on edelleen käyttökelpoinen, kunhan sitä käytetään ainoastaan kuvaamaan valtion velvollisuutta oikeussuojan antamiseen PerL 21 §:n ja EIS 6 art.:n mukaisessa oikeudenmukaisessa oikeudenkäynnissä. Voimassa olevan oikeuden sisältöön käsite sellaisenaan ei tietenkään vaikuta, vaan tämä määräytyy juuri mainittujen normien sekä niitä koskevan tulkintakäytännön perusteella.

sevaksi tarpeeksi, oli pitkä.² Vaikka maksunlakkautus- ja akordi-instituutioilla oli jo kauan ollut tietty sijansa pohjoismaisessa täytäntöönpanojuridiikassa, niistä ei koskaan seurannut merkittävää muutosta luottosuhteiden intressiasettelmaan.³ Akordijuridiikka ei ilmentänyt velallisen *oikeutta rehabilitaatioon* siten kuin moderni saneerausajattelu. Meillä saneerausintressi alkoi vasta YSL:n myötä todella ottaa paikkaansa siinä laajemmassa *oikeudellistumiskehityksessä*, joka monilla muilla talous- ja yhteiskuntaelämän alueilla oli vaikuttanut jo pitkään.

Kuten tunnettua, oikeudellistumisella tarkoitetaan oikeuden eri ilmenemis-
muotojen laajentumista yhä uusille alueille yhteiskunnallisissa toiminnoissa. Oikeudellistumisen eräänä muotona voidaan pitää alkuaan ei-oikeudellisten intressien siirtymistä kyseisen alan juridiseen kysymyksenasetteluun, sieltä oikeuselämän käytäntöihin ja lopulta – jos intressi saa riittävästi kannatusta – oikeudelliseen sääntelyyn. Juuri näin näyttää tapahtuneen velkavastuulle ja sen pakkotäytäntölle myös Suomen oikeudessa. Oikeudellistumista on meillä analysoinut laajimmin Tala, joka on eritellyt kehityksen osatekijöitä ja pyrkinyt konkretisoimaan hieman epämääräiseksi jäänyttä oikeudellistumiskeskustelua. Hän on jakanut oikeudellistumisen säännöstäsoon, lainkäyttötasoon ja kansalaistasoon, joista viimeksi mainittu kattaa myös yritykset.⁴ Säännöstäsoella oikeudellistuminen ilmenee lakien ja alemmanasteisten säädösten määrällisenä kehityksenä, niiden kohdealueiden laajentumisena sekä sääntelyn tiheytenä ja syvyytenä; lainkäyttötasolla kysymys on taas siitä, kuinka paljon ja minkä laatuaisia asioita nyky-yhteiskunnassa käsitellään tuomioistuinorganisaatiossa.⁵ Tämän tutkimuksen kannalta erityisen mielenkiintoinen on Talan määritelmä,

² Väite velkavastuuta koskevien käsitysten hitaasta muuttumisesta kohdistuu nimenomaan suoritusvastuun ytimeen, *normiin, jonka mukaan velat on maksettava*. Sen sijaan vastuun toteuttamisen muodot ovat muuttuneet oikeuden pitkässä kehityskulussa varsin nopeasti ja radikaalisti. Fyysiseen koskemattomuuteen puuttumisesta, jopa velallisen surmaamisesta, on edetty velallisen suojan yhdenvertaisuuteen, paikoin priorisointiinkin. Olennaista on kuitenkin, että velan maksuun velvoittava normi on pysynyt voimassa eikä sitä itse asiassa ole edes kyseenalaistettu. Rehabilitaatiolainsäädäntökin perustuu suoritusvastuun voimassaololle. Voidaan ehkä sanoa, että velan maksuun velvoittava normi sijoittuu Tuorin jaottelussa oikeuskulttuurisen aineksen keskiöön, tarkemmin sanoen oikeuskulttuurin normatiiviseen puoleen eli yleisiin oikeusperiaatteisiin. Tanne *Tuori* (Kriittinen oikeuspositivismi s. 196) sijoittaa esimerkiksi *pacta sunt servanda* -periaatteen, jota ainakin sopimusperusteisten velkojen maksuvelvollisuus sellaisenaan ilmentää. Sopimusperusteisten velkojen maksamiseen velvoittavan normin 'metateoreettisista' perusteista ks. myös *Kilpi* s. 63–64 (laajemmin mts. 16–64), jonka mukaan normin perustaa voidaan hakea etenkin vapaan tahdon nojalla annetusta lupauksesta, tarkemmin sanoen tällaisten lupauksen täyttämiseen velvoittavan normin moraalaisesta hyväksyttävyydestä.

³ Maksunlakkautus- ja akordi-instituution kehityksestä Ruotsissa ks. *Arnesdotter* s. 39–51, Tanskassa *Heiberg – Lindencrone Petersen – Ørgaard* s. 1–9 ja Norjassa *Huser* 1 s. 43–67. Laajasti velkavastuusta vapautumista koskevan oikeusajattelun kehityksestä *Niemi-Kiesiläinen* s. 397–590.

⁴ *Tala Oikeus* 1986 s. 295.

⁵ Ks. *Tala Oikeus* 1986 s. 289 ja 291.

jonka mukaan oikeudellistuminen näkyy kansalaistasolla sekä ”ongelmien mieltämisessä juuri oikeudellisiksi” että ”erilaisten ristiriitojen ratkaisemisen keinoissa ja menettelytavoissa”.⁶

Saneerausintressin oikeudellistuminen ilmenee nähdäkseni kaikilla Talan erittelemillä tasoilla, mutta kehityksen alkua täytynee etsiä juuri kansalaistasolla tapahtuneista muutoksista. Rehabilitaatioajattelun voittokulussa on nähdäkseni kysymys ennen kaikkea siitä, että aiemmin puhtaasti liiketaloudelliseksi mielletty mahdollisuus alettiin – varsinkin yrityskonkurssien yhteydessä – *kokea myös oikeudelliseksi*. Likvidaatio-oikeuden valtakaudella elvytysintressin yhteys voimassa olevaan oikeuteen ilmeni lähinnä sopimusvapautena sekä sopimusten sitovuuteen perustuvana luontoissuoritus- ja korvausvastuuna. Tähän ei 1900-luvun lopulla enää tyydytty, koska sopimusvapaus ei tarjonnut intressille riittävää oikeussuojaa. Juuri siksi tarvittiin uutta oikeussuojakeinoa, säänneltyä saneerausta. Näin täyttyi toinen Talan systematiikan mukaisista oikeudellistumisen elementeistä, ristiriitojen ratkaisukeinojen ja yleensäkin *menettelytapojen juridisoituminen*.

Voidaan kysyä, kuka tai ketkä sitten alkoivat tunnistaa saneerausintressin oikeudelliset ulottuvuudet. Clark arvelee, että ainakin Yhdysvalloissa avainasemassa olivat juristit.⁷ Hän pitää ensinnäkin mahdollisena, että lakimiehet eivät aiemmin yksinkertaisesti havainneet saneerausintressin taloudellista järkevyyttä. Saattaa yleisestikin olla niin, että intressin oikeudellistuminen on sattumanvaraista ja riippuvaista siitä, osuvatko oikeat ihmiset oikeiden asioiden kanssa sopivasti sellaiseen tilanteeseen, jossa muutostarve herää. Toinen – tosin edellistä lähellä oleva – mahdollisuus on, että vaikka muutostarve ja -mahdollisuudet olivat ehkä jatkuvastikin insolvenssijuristien nähtävissä, he olivat tottuneet ajattelemaan likvidaatio-orientoituneesti (”were intellectually blinded by the influence of their modes of legal thought”). Joidenkin avainasemassa olevien juristien oli ensin havahduttava muuttamaan ajattelunsa perusteita, ennen kuin muutoksen mahdollisuus tajuttiin, otettiin vakavasti ja lopulta toteutettiin.⁸

⁶ Tala Oikeus 1986 s. 295.

⁷ Clark Yale L.J. 1981 s. 1253–1254.

⁸ Ajatus juristien avainroolista vaikuttaa järkevältä. Sitä puoltaa myös Suomen insolvenssioikeuden kehitys, sillä saneerausintressi heräsi ja sitä pidettiin esillä lähinnä oikeudellisissa julkaisuissa. Ks. KM 1978:37 s. 601–620, jossa käsitellään uudistuksen tarvetta ja keinoja; Kurkela DL 1984 s. 444–452 ja sama DL 1991 s. 96–106 (erit. s.105–106). Merkittävä puheenvuoro saneerausintressin puolesta on luonnollisesti Ovaska passim.; saneerauslainsäädännön puute todetaan kriittisesti myös Havansin yleisesityksessä (Konkurssioikeus s. 3–8). Periaatteessa on toki mahdollista, että ajatus rehabilitaation juridisoimisesta lähti velallisen velkojasuhteen osapuolilta itseltään, mutta tämä on epätodennäköisempää. Velkojien voidaan tuskin kuvitella sysänneen saneerausintressiä kohti voimakkaampaa oikeudellistumista; se ei ole heidän intressissään. Velallispuolellakin kapasiteetti suuntautui luultavammin täytäntöönpanovaateesta selviämiseen, ei siitä vapautumiseen oikeudellista ajattelua syvällisesti muuttavan uuden järjestelmän avulla.

On yllättävää havaita, kuinka yhdensuuntaisesti saneerausintressin oikeudellistumista on jäsennetty eri oikeuskulttuureissa. Eroa esimerkiksi mannereurooppalaisen perinteen ja common law -kulttuurien välillä ei juuri näytä olevan. Yhdysvalloissa insolvenssioikeuden kehitystä onkin pidetty edustavana esimerkkinä oikeuden yleisemmästä muutosprosessista. Oikeuden 'evoluutiotutkimuksessa' pyritään Robert Clarkin mukaan – muun ohessa – yksilöimään ja testaamaan norminkaltaisia yleistyksiä ("lawlike generalizations") jonkin oikeudenalan muutoksista.⁹ Oikeuden muuttuminen alkaa hänen mukaansa teknologisesta, sosiaalisesta tai muusta oikeudenulkoisesta tapahtumasta, joka aiheuttaa sääntelyn tarpeen.¹⁰ Tämän jälkeen syntyy uusi oikeudellinen innovaatio, tai sitten jokin aiemmin tunnettu oikeudellinen periaate tai instituutio otetaan uudelleen käyttöön ja jalostetaan uuden tarpeen mukaiseksi. Olennaisinta innovaatiovaiheelle on, että jotkin innovaatiot havaitaan tehokkaammiksi kuin toiset; samalla juuri tehokkaimpien innovaatioiden hyväksikäyttö yleistyy. Näin innovaatio tekee itsensä tarpeelliseksi ja alkaa sellaisenaan synnyttää yhä uusia tarpeita ja soveltamismahdollisuuksia.¹¹ Oikeudellinen evoluutio huipentuu, kun kyseinen tarve ja sen tyydyttämiseksi syntynyt innovaatio omaksutaan osaksi voimassa olevaa oikeutta joko yleisinä, kirjoitettuinä normeina tai ainakin tuomioistuinkäytännössä.¹²

Saneerauslainsäädäntöön myös Suomessa johtanut kehitys ilmentää nähdäkseni varsin hyvin Clarkin 'evoluutioteoriaa' – vaikka tällaisten rinnastusten mielekkyydestä voidaan tietenkin esittää erilaisia mielipiteitä.¹³ Kehitys alkoi saneerausintressin mieltämisestä oikeudelliseksi, jota seurasi vaatimus uusista oikeussuojakeinoista. Lopulta elvytysintressi ja sitä koskeva prosessi päätyivät osaksi kirjoitettua lainsäädäntöä. Luonnontiederinnastuksen ohella on syytä korostaa, että näin etenevä oikeudellistuminen on myös demokratian ihanteiden

⁹ Clark Yale L.J. 1981 s. 1238.

¹⁰ Clark Yale L.J. 1981 s. 1241. Hän korostaa erityisesti, että uuteen, sääntelemättömään tilanteeseen sopeutuminen aiheuttaa transaktiokustannuksia, joihin voidaan vaikuttaa oikeudellisella sääntelyllä. Transaktiokustannusten korostaminen johtuu siitä, että Clark esittää 'evoluutioteoriaansa' rajatun oikeudenalan sisällä. Hän ei omien sanojensa mukaan (mas. 1242) edes pyri väittämään, että oikeuden muuttuminen seuraisi samaa kaavaa "outside the corporate and financial sphere."

¹¹ Tässäkin Clark (Yale L.J. 1981 s. 1241) korostaa nimenomaan uusien kustannussäästötarpeiden ja -mahdollisuuksien itseään ruokkivaa vaikutusta.

¹² Clark Yale L.J. 1981 s. 1241.

¹³ Keskustella voidaan oikeastaan jo siitä, onko saneerauslainsäädännön syntyprosessia lainkaan tarpeen selittää oikeudellistumiskehityksenä. Eikö selitykseksi riittäisi, että poliittinen paine konkurssien vähentämiseen yksinkertaisesti saavutti lakipisteensä, ja jotain oli tehtävä? Näin pelkistetty näkemys ei kuitenkaan tyydytä juristin, ei ainakaan oikeustieteen tutkijan, tiedonintressiä. Kuten edellä jo todettiin, pelkkä konkurssien vähentämistarve on pikemmin taloudellista praktinen kuin oikeudellinen argumentti. Oikeustieteellinen tutkimus ei tyydy tähän, vaan kysyy, onko jokin muuttunut myös oikeudellisessa ajattelussamme – sekä sen taustalla vaikuttavissa poliittisideologisissa ja moraalisisissa käsityksissämme.

mukaista. Tietyn intressin oikeudellistumisen on kansanvaltaisessa järjestelmässä lähdettävä juuri siitä, että talous- ja yhteiskuntaelämässä toimivat ihmiset kokevat intressin oikeudelliseksi ja kehittävät sen edistämiseksi uusia käytäntöjä. Oikeusvarmuuden (ennakoitavuuden) nimissä vaaditaan yleensä samalla, että norminantovallan haltija antaa intressille tunnustuksensa. Tällöin oikeudellistuminen on kansanvaltaa vahvistava, myönteinen ilmiö.¹⁴

On kuitenkin paikallaan korostaa, että Clarkin käsitys oikeudellisesta evoluutiosta perustuu olennaisesti taloudelliseen tehokkuuteen, ei demokratian ihanteisiin eikä muihinkaan arvopunnintoihin. Saneerausintressin menestys evoluutiotistelussa nojaa hänen mukaansa siihen kustannussäästöön, joka syntyy, kun riittävän suuren yrityksen jatkamisarvo ylittää riittävästi likvidaatioarvon. Taloudellinen tehokkuus kasvaa sitä mukaa, mitä suurempi ja monimutkaisempi velallisyrittäjä on, koska yrityskoon kasvaessa käy yhä vaikeammaksi ja kalliimmaksi löytää yritykselle riittävästi informoituja ulkopuolisia ostajaehdokkaita.¹⁵ Oikeudellistumista ei siis selitetä sillä, että saneerausintressillä olisi jokin taloudellisesta tehokkuudesta riippumaton, itsenäinen arvo. Saneerausintressin itsenäisen arvon kiistäminen vastaa hyvin niitä teoreettisia perusteita, jotka Yhdysvalloissa luotiin BC 11 luvun ympärille pian Clarkin kirjoituksen jälkeisinä vuosina. Tehokkaimpien – taloudellisesti voimakkaimpien – innovaatioiden korostaminen on luonnollista myös siinä mielessä, että Clark pyrkii rinnastamaan oikeudessa tapahtuvat muutokset mahdollisimman pitkälti luonnon valintaan; kuten tunnettua, luonnon valinnassa pärjätään voimalla ja tehokkuudella.¹⁶

¹⁴ Oikeudellistuminen nähtäneen kuitenkin usein juuri päinvastaisena kehityksenä eli siten, että 'ylhäältä' säännellään asioita, joita ei koeta oikeudellisiksi tai ei ainakaan nimenomaista sääntelyä kaipaaviksi. Yleinen mielikuva oikeudellistumisesta lieneekin enemmän kielteinen kuin myönteinen. Kritiikki on pureutunut erityisesti kirjoitettujen normien muodossa ilmenevään oikeudellistumiseen, normitulvaan. Norminantoa pidetään tällöin liiallisena todelliseen tarpeeseen nähden. Nykyoloissa tietyllä tavoin vastaava kritiikki voidaan ehkä kohdistaa Euroopan unionin norminantoon. Kysymys ei tällöin ole välttämättä siitä, tarvitaanko sääntelyä, vaan tarvitaanko (todella) unionitason sääntelyä. EU:n demokratiavajeen eräänä ilmentymänä voidaan nähdäkseni pitää sitä, että unionin kansalaisten (ml. yritysten) harmonisointitahdon olemassaolo, sisältö tai vastaavasti harmonisoinnin vastustus ei kanavoidu ainakaan riittävän tehokkaasti aloitemonopolia hallussaan pitävälle komissiolle (sen avainasemassa oleville virkamiehille). Oikeudellistumiseen liittyvistä kielteisistä ja myönteisistä mielikuvista yleensä ks. *Tala Oikeus* 1986 s. 296. Keskustelua oikeudellistumisen vaikutuksista on meillä käyty erityisesti hallinto-oikeudessa, ks. *van Aerschot* s. 15–19 ja *Aer* s. 15–23.

¹⁵ Ks. *Clark Yale L.J.* 1981 s. 1254. Ks. myös *sama* s. 1242, jossa todetaan, että oikeudellinen muutos on yleisestikin kytkeytynyt taloudellisten intressien – mm. yrityskoon ja transaktioiden – valtavaan kasvuun viimeisten parin vuosisadan aikana. Tässäkin saneerausintressin oikeudellistuminen näyttäisi meillä seuraavan valtavirtaa; yleinen käsitys Suomessa on, että YSL soveltuu parhaiten suurille yrityksille.

¹⁶ Rehabilitaatioajattelun oikeudellistumisen muista(kin) kuin puhtaasti taloudellisista perusteista ks. *Korobkin Colum. L. Rev.* 1991 s. 745–755, *Veach Ind. L.J.* 1997 s. 1215–1230 ja *Tuula* s. 70–74 (joista kaikista ilmenee, kuinka saneerausajattelu alkoi kehittyä Yhdysvaltain rautatieverkostoa ylläpitäneiden yhtiöiden vaikeuksista ja kuinka julkisilla, 'yhteisöllisillä' intresseillä

Riippumatta siitä, pidetäänkö saneerausintressin oikeutuksena taloudellista tehokkuutta, oikeudenmukaisuutta tai näiden jonkinlaista yhdistelmää, tosiasiassa on, että saneerausintressi on oikeudellistunut. Sillä on kiistaton paikkansa oikeusjärjestyksessä, suhtauduttiinpa siihen myönteisesti, kielteisesti tai neutraalisti. Tämä on, kuten todettu, myös käsillä olevan tutkimuksen lähtökohta.

2.2 TALOUDELLISRATIONALISET PERUSTEET JA TALOUDELLISRATIONALINEN TEORIA

2.2.1 Jackson ja Baird keskustelun avaajina

Saneerauslainsäädäntöön suunnatun kritiikin perusteet kehittyivät Yhdysvaltain oikeustieteessä koherentiksi järjestelmäksi melko pian – vajaassa vuosikymmenessä – vuoden 1978 uudistukseen jälkeen. Vuonna 1986 ilmestyi sekä Thomas Jacksonin monografia ”The Logic and Limits of Bankruptcy Law” että Douglas Bairdin artikkeli ”The Uneasy Case for Corporate Reorganization”.¹⁷ Vaikka Jackson ja Baird olivat jo 1980-luvun aiemmissa kirjoituksissaan ilmaisseet näkemyksensä kollektiivisen insolvenssioikeuden asemasta ja merkityksestä oikeusjärjestyksessä, juuri viitatu puheenvuorot ovat muodostuneet heidän edustamansa ajattelun merkkipaaluiksi.¹⁸

Jacksonia ja Bairdia on epäilemättä pidettävä yrityksen insolvenssioikeutta koskevan modernin teorianmuodostuksen perustajina. Juuri heihin viitataan (myönteisessä tai kielteisessä mielessä) aina, kun halutaan sanoa jotain kollektiivisen insolvenssioikeuden, erityisesti saneerauslainsäädännön, tehtävistä ja tavoitteista, rationaalisuudesta tai teoreettisesta jäsentämisestä.

Amerikkalaisessa lainvalmistelussa ja artikkelikirjoittelussa oli tosin jo 1970-luvulla pyritty muotoilemaan kollektiivisen insolvenssioikeuden teoreettisia perusteita. Vuonna 1973 mietintönsä julkaissut konkurssilakikomi-

on näin jo alun perin ollut merkittävä sija saneeraus-oikeudessa; velallishallinnolle rakentuvien debtor in possession -menettelyjen esikuvina toimivat alkujaan equity receivership -prosessit; *ibid*). Clarkin taloudellispainotteista ajattelua korostetaan tässä tutkimuksessa siksi, että hän tuo selvästi esiin oikeudellistumisen dynaamisen luonteen; sääntelyn kohteena oleva intressi *etenee* kansalaistalolta säännös- ja lainkäyttötasoille. Oikeudellistumisen dynamiikka voi olla pitkälti sama riippumatta siitä, onko kehityksen alkuunpanevana voimana taloudellisen tehokkuuden tavoittelu vai myös jokin muu päämäärä. Rehabilitaatioajattelun ominaispiirre onkin, että siinä taloudellisen järkevyyden vaatimus yhdistyy oikeudenmukaisuuden vaatimukseen.

¹⁷ Bairdin artikkeli ilmestyi *The Journal of Legal Studies* -aikakausjulkaisussa (*Baird J. Leg. Stud.* 1986 s. 127–147).

¹⁸ Aiemmistä yhteisistä puheenvuoroista ks. *Baird – Jackson U. Chi. L. Rev.* 1984 s. 97–101 ja 125–129, jossa jo selvästi esitellään kirjoittajien käsitys kollektiivisen insolvenssioikeuden funktioista.

tea otti kantaa ”konkurssin filosofisiin perusteisiin” (”the basic philosophy of bankruptcy”).¹⁹ Komitea pohti mietinnössään konkurssin (maksukyvyttömyyden) syitä sekä konkurssilainsäädännön tavoitteiden kehittymistä puhtaasta likvidaatista kohti veloista vapautumista todeten, että Yhdysvaltain tuolloinen konkurssilainsäädäntö, vuoden 1898 Bankruptcy Act, toteutti molempia tavoitteita.²⁰

Varsinaista oikeus- tai yhteiskuntateoreettista perustaa konkurssioikeudelle ei konkurssilakikomitea kuitenkaan kyennyt osoittamaan tai luomaan.²¹ Komitea tarkasteli insolvenssimenettelyä sekä menettelyn sisältä (”internal process”) että sen ulkopuolelta (”external process”).²² Insolvenssimenettelyn tärkeimpänä ulkoisena tavoitteena pidettiin avoimen luottoyhteiskunnan (”open credit economy”) tukemista, sisäisinä tavoitteina taas laajaa konkurssikelpoisuutta (avointa mahdollisuutta konkurssin hakemiseen niin velalliskuinkin velkojapuolellakin) sekä velkojien yhdenvertaisuutta, veloista vapautumista ja konkurssihallinnon taloudellisuutta. Komitea totesi erikseen, että konkurssin sisäiset tavoitteet ovat ensisijaisia avoimen luottoyhteiskunnan yleiseen tukemiseen verrattuna.²³

Komitean työtä jatkoi Philip Shuchman, joka monin kohdin korosti, että konkurssin filosofisilla perusteilla olisi oltava yhteys konkurssin vaikutuksia koskevaan empiiriseen tietoon.²⁴ Kun tällaista tietoa ei ollut riittävästi saatavilla, Shuchman katsoi ’konkurssifilosofian’ laajemman kehittelyn jäävän tulevaisuuteen.²⁵

Yleinen näkemys onkin, että vasta Jacksonin ja Bairdin kirjoitukset (jotka tosin eivät perustu empirialle sen enempää kuin edeltäjänsäkään) muodostavat sellaisen yhtenäisen perustan, jonka varaan modernin insolvenssioikeuden teoria on rakennettavissa. Tämä tunnustetaan myös niiden piirissä, jotka eivät jaa samoja mielipiteitä. Esimerkiksi Warrenin ja Westbrookin mukaan ”Logic and Limits” on teoksena ”landmark in modern theorizing about bankruptcy because it is an attempt to define the proper scope of bankruptcy law by understanding its functions”.²⁶

¹⁹ Tämä ei ilmentänyt komitean omaa kunnianhimoa, vaan tehtävä sisältyi kongressin toimeksiantoon. Ks. U.S. Bankr. L. Comm. Report s. 1 ja *Kennedy* UCLA L. Rev. 1973 s. 382–383, 387–389. Tällainen toimeksianto lainvalmisteluelimelle on nähdäkseni jo sellaisenaan hieman oudoksuttava.

²⁰ U.S. Bankr. L. Comm. Report s. 63–65, jossa USA:n konkurssioikeuden katsotaan perustuvan sekä ”kostolle” että yhteistyölle (retaliatory/cooperative action).

²¹ Ks. U.S. Bankr. L. Comm. Report s. 66–67.

²² U.S. Bankr. L. Comm. Report s. 66–83.

²³ U.S. Bankr. L. Comm. Report s. 75. Näistä vuoden 1978 uudistuksen taustoista perusteellisesti *Niemi-Kiesiläinen* s. 440–448.

²⁴ Ks. *Shuchman* UCLA L. Rev. 1973 s. 413, jossa filosofisen perustan jäsentämisen todetaan olevan vaikeaa myös siksi, että konkurssia koskevat käsitykset todennäköisesti vaihtelevat eri puolilla Yhdysvaltoja (mm. kaupunkien ja maaseudun välillä). Ks. myös mas. 418–424 ja 439–441 sekä *sama* L. & Contemp. Prob. 1977 s. 68–69.

²⁵ *Shuchman* UCLA L. Rev. 1973 s. 476.

²⁶ *Warren – Westbrook* s. 933. Jackson oli jo aiemmin 1980-luvulla julkaissut myös omia artikkeleitaan, joista ilmeni hänen perussanomansa; ks. erityisesti Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements, and the Creditors’ Bargain, *Yale L.J.* 1982 s. 857–907 ja ”Translating Assets and Liabilities to the Bankruptcy Forum”, *J. Leg. Stud.* 1985 s. 73–114. ”Logic and Limits”-teoksessaan hän kuitenkin esitti teoriansa yhtenäisenä. Kuten hän esipuheessaan (s. vii) toteaa: ”One of the advantages of writing this book is that I have returned to my earlier writings in an attempt to integrate them.”

Jackson ja Baird ovat kiistatta *täytöntöönpanointressin puolustajia*; heidän ydinsanomansa on, että kollektiivinen insolvenssioikeus on edelleen velkojen oikeutta. Kollektiivimenettely – olipa kyseessä perinteinen likvidaatio tai moderni saneeraus – on velkojen keino oikeuksiensa toteuttamiseksi. Muiden tehtävien antaminen insolvenssioikeudelliselle järjestelmälle asetetaan vakavasti kyseenalaiseksi. Yhdistävänä piirteenä on lisäksi *argumentoinnin taloudellirationalaalinen painotus*. Kuten jäljempänä tässä luvussa havaitaan, oikeudenmukaisuus- ja arvopunninnat jäävät Jacksonin ja Bairdin ajattelussa selvästi järjestelmän johdonmukaisuuden ja taloudellisen rationaalisuuden varjoon. Vaikka he eivät omista teksteissään nimenomaisesti sitoudu oikeustaloustieteelliseen tutkimustapaan, heidän oppinsa yhdistetään täysin vakiintuneesti law and economics -liikkeen voittokulkuun juridisessa ajattelussa.²⁷ Taloudellisten argumenttien korostus ja paikoin suorastaan mekaaninen loogisuus ovat johtaneet siihen, että Jacksonin ja Bairdin ajattelua pidetään kansainvälisessä keskustelussa systemaattisena velkojaintressien puolustusohjelmana.

Jacksonin ja Bairdin kirjoitukset aloittivat Yhdysvalloissa laajan ja syvällisen keskustelun maksukyvyttömyys-oikeuden tehtävistä, arvoista ja teoreettisesta jäsentämisestä. Heti seuraavana vuonna kumpikin sai omat 'nimikkovastustajansa'; Jackson *David Carlsonin*, Baird puolestaan *Elizabeth Warrenin*. 1990-luvulle siirryttäessä kritiikkiin yhtyi ja sen teoreettisia perusteita kehitteli varsinkin Donald Korobkin. Keskustelu jatkui vilkkaana koko 1990-luvun alkupuolen, jonka jälkeen se jonkin verran laantui. 'Viimeistä sanaa' aiheesta on silti tuskin vielä sanottu; Karen Grossin kiitetty ja kiistelty teos "Failure and Forgiveness" vuodelta 1997 (uusi painos 1999) edustaa Jacksoniin ja Bairdiin nähden vastakkaista äärilaitaa. Nähtäväksi jää, miten 2000-luvulla vaikuttava tutkijapolvi tulee jäsentämään kollektiivisen insolvenssioikeuden perusteet, ja mikä merkitys Jacksonin ja Bairdin ajattelulla tulee heille olemaan. Joka tapauksessa on selvää, ettei yhtäkään teoreettista puheenvuoroa voida esittää ottamatta kantaa Jacksonin ja Bairdin luomaan perustaan.

Jacksonin ja Bairdin muovaama kuva insolvenssioikeuden tehtävistä ja systematiikasta kulkee kirjallisuudessa useiden otsikoiden alla, mutta kaikista käy kiistatta selville, mistä on kysymys. Puhutaan mm. *velkojen hyödyn maksimointimallista* (creditor wealth maximisation approach)²⁸ ja *(oikeus)taloustieteellisestä*

²⁷ Ks. *Carlson* Mich. L. Rev. 1987 s. 1341, *Korobkin* Colum. L. Rev. 1991 s. 718, *Finch* s. 28 ja myös *Bairdin* itsearvio Yale L.J. 1998 s. 575 alav. 7. Jacksonin ja Bairdin kirjoitustyyli on nähdäkseni lähempänä perinteistä jurisprudentialia kuin 'puhtaasti' oikeustaloustieteellistä teorianmuodostusta (jota tosin en ole kompetentti arvioimaan syvällisemmin). Heidän tutkimukselliset intressinsä ovatkin yleensä suhteellisen kiinteässä yhteydessä kulloinkin voimassa olevaan insolvenssioikeuteen, eivätkä he kavahda konkreettisiakaan kannanottoja normien sisällöstä. Tosin Baird on myöhemmässä tuotannossaan siirtynyt paikoin hyvinkin formaaliin taloustieteelliseen esitystapaan, ks. erit. *Baird – Morrison* JLEO 2001 s. 356–372.

²⁸ *Finch* s. 28 ja *Korobkin* Tex. L. Rev. 1993 s. 544 ("a normative principle of creditor wealth maximation").

mallista tai -koulukunnasta (economic account, law and economics or L&E school).²⁹ Tässä tutkimuksessa Jacksonin ja Bairdin argumentteja kutsutaan yrityksen insolvenssioikeuden *taloudellirationaalisiksi perusteiksi* ja näille perusteille rakentuvaa järjestelmää yrityksen insolvenssioikeuden *taloudellirationaaliseksi teoriaksi*. Terminologinen valinta johtuu siitä, että Jacksonin ja Bairdin tavoitteena on osoittaa ne teoreettislogiset kriteerit ja rajaukset (sananmukaisesti ”logic and limits”), joiden varassa insolvenssioikeuden järjestelmää voidaan pitää taloudellisesti rationaalisena.³⁰ Olennaista teorialle on, että loogisuus ja taloudellinen järjestyys määräävät koko järjestelmän oikeutuksen.

Lähemmin tarkasteltuna taloudellirationaalinen teoria rakentuu useista osatekijöistä, joita kutakin tarkastellaan seuraavassa erikseen.

2.2.2 Insolvenssioikeudellisten ongelmien erottaminen muista ongelmista – velkavastuun toteuttaminen ja common pool -ongelman tehokas ratkaiseminen

Taloudellirationaalinen teoria perustuu näkemykselle, jonka mukaan insolvenssioikeudelliset ongelmat *voidaan ja pitää* erottaa muista ongelmista. Tavoitteena on osoittaa, mihin yhteiskunnallisiin vaatimuksiin insolvenssilainsäädännöllä tulisi vaikuttaa, mitkä taas on jätettävä vaikutuspiirin ulkopuolelle.³¹ Taloudellirationaalisen teorian ongelmanasettelussa insolvenssilainsäädännöllä on vain yksi perusongelma, josta käsin kaikkia insolvenssioikeudellisia kysymyksiä tarkastellaan. Tuo ongelma on velkavastuun toteuttaminen, erityisesti *kollektiiviperinnän rationaalisuus*.³² Tämän tutkimuksen terminologiaa käyttäen voidaan todeta, että insolvenssilainsäädäntö – myös saneerauslainsäädäntö – on taloudellirationaalisen teorian mukaan olemassa vain täytäntöönpanointressiä varten.

Kollektiiviperintä on taloudellirationaaliselle teorialle taloudellinen ongelma. Niinpä myös siihen tarjottavat ratkaisut perustellaan argumentein, jotka on mahdollisimman pitkälti riisuttu muista ulottuvuuksista kuin taloudellisesta tehokkuudesta. Teorian taloudelliset lähtökohdat haetaan neoklassisen (neoliberaalin) taloustieteen perusoletuksista. Jackson ja Baird katsovat neoklassisen perinteen mukaisesti, että *insolvenssioikeuden järjestelmä on rationaalisten*

²⁹ Korobkin Colum. L. Rev. 1991 s. 718, Veach Ind. L.J. 1997 s. 1212 ja Delaney Strategic bankruptcy s. 42–43.

³⁰ Ks. myös Finch s. 29. Hän toteaa, että Saksan InsO, jota pidetään selvimmin Jacksonin ja Bairdin teoriaa toteuttavana lainsäädäntönä, ”aims to establish a system that will...rationalise debt collection”.

³¹ Ks. Jackson Logic and Limits s. 5.

³² Ks. Jackson Yale L.J. 1982 s. 857, sama Logic and Limits s. 3 ja 7.

*toimijoiden kenttä, jossa yksittäiset velkojat tavoittelevat oman hyötynsä maksimointia.*³³ Kollektiivisen insolvenssioikeuden tehtävänä on hillitä klassista egoismia ohjaamalla velkojat oman etunsa tavoittelemisen sijasta *yhteisen* etunsa havaitsemiseen, kasvattamiseen ja toteuttamiseen.

Näin edetään taloudellirationaalisen teorian seuraavaan kulmakiveen, *common pool* -ongelmaan, joka tässä tutkimuksessa suomennetaan *yhteisen edun ongelmaksi*. Velkojien yhteinen etu tarkoittaa, että suhteessaan yhteiseen velalliseen velkojien kannattaa toimia koordinoitusti, koska näin päästään kollektiivisesti parempaan täytäntöönpanotulokseen kuin kunkin pyrkiessä oman hyötynsä maksimointiin. Yksilöllisestä egoismista (klassisesta rationaalisesta käyttäytymisestä) on siirryttävä kollektiiviseen järjestelmään silloin, kun velallinen ei selviydy kaikista velvoitteistaan. Ilman kollektiiviseen perintään pakottavaa sääntelyä velkojat jatkaisivat subjektiivista oman edun tavoitteluaan, koska heillä ei olisi velvollisuutta ottaa toisiaan huomioon – eikä tähän yleensä olisi myöskään riittäviä keinoja, vaikka niin haluttaisiinkin. Kollektiivinen insolvenssilainsäädäntö toisin sanoen *pakottaa kollektiiviseen perintään* ja tarjoaa näin mahdollisuuden yhteisen edun toteuttamiseen.³⁴

Taloudellirationaalisen teorian mukaan kollektiivinen insolvenssimenettely on oikeutettu vain sillä edellytyksellä, että se edistää yhteisen edun ongelman ratkaisemista velkojien kokonaisuhyötyä toteuttavalla tavalla.³⁵ Kokonaisuhyöty taas määritellään juuri klassisen *common pool* -asetelman mukaisesti. Asetelma syntyy välittömästi velallisen joutuessa maksukyvyttömäksi, koska tällöin velkojien välille syntyy kilpailutilanne. Kun velkojat olettavat kaikkien pyrkivän maksimoimaan oman etunsa (tai kun ei ole ainakaan riittäviä perusteita luottaa muuhun), jokaisella on intressi ”ehdiä ensin” kohdistamalla velallisarallisuuteen erityistäytäntöönpano oman saatavansa hyväksi. Tällöin jää selvittämättä, saataisiinko velallisarallisuudesta kokonaisuutena parempi täytäntöönpanotulos pidättymällä yksittäisistä perintätoimista ja siirtämällä varallisuusmassa (*common pool of assets*) velkojien yhteisen kontrollin alaiseksi. Jos parempi tulos olisi näin saatavissa, yksittäiset perintätoimet johtavat velkoja-

³³ Neoklassismista Jacksonin ja Bairdin ajattelun taustalla ks. *Korobkin* Colum. L. Rev. 1991 s. 726–731. Samansuuntaisesti, mutta kytkemättä neoklassista taloustiedettä kiinteästi juuri Jacksonin ja Bairdin kirjoituksiin, *Niemi-Kiesiläinen* s. 573–574. Kuten tunnettua, neoklassisen taloustieteen yleiset perusteet on suomalaiselle juristikunnalle esittänyt kattavasti *Timonen*, s. 44–48.

³⁴ *Jackson* Logic and Limits s. 16–17. Jackson (mts. 9) käyttää yksilöllisestä erityistäytäntöönpanosta ja sitä sääntelevästä normistosta nimitystä ”grab law”. Koska grab law perustuu first-come, first-served -periaatteelle, vain nopeimmat velkojat ehtivät hyötymään velallisarallisuudesta tämän ollessa kykenemätön maksamaan kaikkia velkojaan. Hitaammin reagoivat velkojat kantavat riskin siitä, etteivät saa suoritusta lainkaan. Näin grab law toimii vastoin velkojakollektiivin kokonaisuutta, jonka suojaaminen on kollektiivisen insolvenssioikeuden päämäärä. Ks. myös *sama* J. Leg. Stud. 1985 s. 74–75.

³⁵ *Baird – Jackson* U. Chi. L. Rev. 1984 s. 100.

kollektiivin kannalta taloudellisesti tehottomampaan tulokseen kuin yleistäyt-
töntöönpano. Juuri tällä edellytyksellä yleistäytöntöönpanoon velvoittava lain-
säädäntö on taloudellisesti tehokasta.³⁶ Niemi-Kiesiläistä³⁷ mukaillen common
pool -ongelma, jonka tehokkaaseen ratkaisemiseen yleistäytöntöönpanolla siis
pyritään, voidaan pelkistää seuraavasti:

Yrityksellä on kaksi velkojaa, A ja B, jotka lain mukaan voivat valita joko
erillis- tai yleistäytöntöönpanon. Yleistäytöntöönpanossa varallisuudesta saa-
taisiin 200 000 €, mutta tämä edellyttää, että kumpikin velkoja pidättyy
erityistäytöntöönpanosta (so. poikkeaa klassisesta rationaalisen käyttäytymi-
sen oletuksesta). Erityistäytöntöönpanossa varallisuudesta voidaan saada
vain 150 000 €. Jos ainoastaan A pidättyy erityistäytöntöönpanosta B:n
turvautuessa siihen, B saa kokonaan itselleen 150 000 €. Koska velkojat
eivät kykene yhteistoimintaan, eikä kumpikaan voi luottaa siihen, että toinen
pidättyy oman etunsa tavoittelemisesta, lopputuloksena on, että molemmat
turvautuvat (samanaikaisesti) erityistäytöntöönpanoon. Näin kumpikin saa hei-
koimman mahdollisen täytöntöönpanotuloksen eli $(150\,000:2=) 75\,000$ €.

Omaa etuaan rationaalisesti maksimoivat velkojat, kuten koko yhteisen edun
ongelma, ovat kautta aikojen toimineet konkurssin oikeuttajina. Juuri niiden
avulla on selitetty, mihin kollektiivista perintämenettelyä ylipäänsä tarvitaan;
velkojien yhdenvertaisuus ja yhteinen etu toteutuvat vain, jos yksilöllisestä
perinnästä siirrytään kollektiiviseen.³⁸ Tässä mielessä taloudellISRationaalinen
teoria ei millään tavoin muuta perinteistä – myös meillä Pohjoismaissa vallin-
nutta – näkemystä kollektiivisen insolvenssioikeuden tehtävistä oikeusjärjes-

³⁶ Kuten tunnettua, common pool -ongelmalla on (oikeus)taloustieteessä monta sovellusta ja
myös useampia nimityksiä (ehkä tunnetuimpana ”vargin dilemma”). Yleistäytöntöönpano on
siten vain eräs common pool -problematiikan ilmentymistä, joskin ongelman perusolekset
toteutuvat tässä yhteydessä poikkeuksellisen selvästi (=ongelman osapuolet eivät jostain syystä
kykene ennakkolliseen yhteistoimintaan, he ovat itsekkäitä tai eivät ainakaan altruistisia ja yksit-
täisen osapuolen intressin toteuttaminen on kokonaishyödyn kannalta haitallista). Ks. *Jackson*
Yale L.J. 1982 s. 862: ”The central feature of a prisoner’s dilemma is rational individual
behaviour that, in the absence of cooperation with other individuals, leads to a sub-optimal
decision when viewed collectively. This occurs whenever certain rules are in the interest of an
entire class of persons but, because of an inability to reach a collective solution, each class
member acts out of immediate self interest in such a way that a less efficient solution results.”
Kuten havaitaan, velkojien kollektiivinen hyöty samastuu taloudelliseen tehokkuuteen. Ks. myös
mas. 864–865 ja *Logic and Limits* s. 7 ja 10–11. Vrt. *Adler* *Stan. L. Rev.* 1993 s. 313–315, joka
toteaa, että yksittäisen velkojan lupaus pidättyä oman etunsa tavoittelemisesta ei välttämättä
takaa velkojakollektiiville vapaasti hyödynnettävää taloudellista etua. Tästä syystä yhteisen edun
ongelmaa ei hänen mukaansa pitäisikään asettaa kollektiivisen insolvenssioikeuden ydinkysy-
mykseksi; Adlerin mukaan nykyteoria perustuu yhteisen edun illuusiolle (common pool illusion).

³⁷ *Niemi-Kiesiläinen* s. 611.

³⁸ Konkurssin kollektivointifunktio mainitaan luonnollisesti jokaisessa esityksessä, jossa vähän-
kään pohditaan konkurssin tehtäviä, ks. vain esimerkkeinä *Palmgren* s. 15–17 ja 32–35, *Havansi*
Konkurssioikeus s. 2–3, *Ovaska* 71–74, *Welamson* *Konkursrätt* s. 2–3, *Baird* *J. Leg. Stud.* 1986
s. 131.

tyksessä.³⁹ Omintakeista Jacksonin ja Bairdin ajattelulle sen sijaan on, että perinteisen funktion nähdään tiukasti *rajoittavan muiden tehtävien antamista insolvenssioikeudelle*. Kaikki, mikä ei välittömästi edistä saatavien perintää eikä yhteisen edun ongelman tehokasta ratkaisemista, katsotaan insolvenssioikeuden ulkopuoliseksi ongelmaksi (non-bankruptcy problem).⁴⁰ Sellaisina ne on jätettävä insolvenssioikeudellisen sääntelyn ulkopuolelle, kyseistä elämänanaluetta koskevan materiaallisen politiikan ja lainsäädännön varaan. TaloudellISRationaalisen teorian keskeinen käsite onkin *non-bankruptcy entitlement*. Käsite sulkee sisäänsä ne materiaalliseen lainsäädäntöön perustuvat oikeudet, jotka (rahaksi muunnettuina ja suhteellistettuina) toteutetaan insolvenssimenettelyssä.⁴¹ Juuri materiaallinen lainsäädäntö osoittaa, *keillä on oikeuksia* velallista kohtaan ja *minkä sisältöisiä* nuo oikeudet ovat. Tähän kysymykseen vastaaminen ei ole insolvenssioikeudellinen, vaan materiaallinen, viime kädessä poliittisessa päätöksenteossa ratkaistava ongelma (a matter of substantive non-bankruptcy policy).⁴²

Kun insolvenssioikeudelliset ongelmat voidaan ja pitää erottaa muista ongelmista, on johdonmukaista, että myös insolvenssioikeudellista suojaa nauttivat tahot voidaan ja pitää erottaa muista tahoista. TaloudellISRationaalinen teoria hyväksyykin insolvenssioikeudellisen suojan kohteiksi vain velkojat. Velkojia tässä mielessä ovat ne ja vain ne, joilla on *velallisen varallisuuteen kohdistuva aktualisoitunut vaade*.⁴³ Insolvenssioikeuden on keskittyttävä aktuaalisten varallisuusvaateiden mahdollisimman tehokkaaseen, kollektiiviseen toteuttamiseen, ja tämä tehtävä estää muiden intressien huomioinnin. Näin esimerkiksi yrityksen työntekijöiden intressi selvittää, kykenisikö yritys tarvittavien saneeraustoi-
mien avulla työllistämään heidät tulevaisuudessaakin, ei ole insolvenssioikeu-

³⁹ Erona perinteiseen oikeudelliseen argumentointiin on kuitenkin se, että velkojien kokonaisyödyn tavoittelu perustellaan (vain) taloudellisen tehokkuuden nojalla. Yleistäytäntöönpanon juridinen oikeutus on perinteisesti lähtenyt siitä, että kokonaisyödyn tavoittelu on (myös tai ensisijaisesti) *oikeudenmukaista*, erityisesti velkojien yhdenvertaisuusperiaatteen edellyttämää. Kollektiivisen insolvenssioikeuden oikeudenmukaisuutta tarkastellaan jäljempänä erikseen.

⁴⁰ *Baird J. Leg. Stud.* 1986 s. 128, *Jackson Logic and Limits* s. 11 ja 24. Yleistäytäntöönpanon juridista perustelua – oikeudenmukaisuutta erityisesti yhdenvertaisuusperiaatteen muodossa – ei havaintojeni mukaan ole koskaan esitetty argumenttina, joka sellaisenaan estäisi uusien tehtävien asettamisen kollektiiviselle insolvenssioikeudelle. Päinvastoin, saneerausfunktioita voidaan itse asiassa perustella juuri oikeudenmukaisuudella (velallisen oikeudenmukaisella kohtelulla) ja velkojien yhdenvertaisuuden vahvistamisella. *Warren (U. Chi. L. Rev.* 1987 s. 813) pitää juuri kysymyksenasettelun ankaraa rajoittamista pahimpana epäkohtana Bairdin ajattelussa.

⁴¹ *Jackson Yale L.J.* 1982 s. 859.

⁴² Ks. *Jackson Logic and Limits* s. 20–27 ja *Baird J. Leg. Stud.* 1986 s. 134 ja 144–145.

⁴³ Ks. *Baird – Jackson U. Chi. L. Rev.* 1984 s. 100 (erit. alav. 15) ja *Jackson Logic and Limits* s. 20 (Jackson kutsuu velkojia toisinaan jopa yrityksen omistajiksi, tosin lainausmerkeissä; ks. laajemmin mts. 20–35). Jäljempänä lähemmin tarkasteltava velkojien sopimusmalli (creditors' bargain model) korostaa taloudellISRationaalisen teorian velkojakeskeisyyttä, koska insolvenssioikeudellisen järjestelmän edellytetään olevan *vain velkojille* niin houkutteleva, että he todennäköisesti sopisivat sen olemassaolosta ex ante.

dellinen ongelma; kyseessä ei ole yrityksen varallisuuteen kohdistuva materiaallinen oikeus (substantive right against the assets).⁴⁴

2.2.3 Materiaalisten oikeuksien kunnioittaminen insolvenssimenettelyssä

TaloudellISRationaalisen teorian mukaan insolvenssioikeuden keskeisiin vaatimuksiin kuuluu juuri todettujen materiaalisten oikeuksien kunnioittaminen.⁴⁵ Voidaan puhua *puuttumattomuusperiaatteesta*, jonka mukaan insolvenssioikeudellisella sääntelyllä ei saa kajota siihen aineellisoikeudelliseen asemaan, joka osapuolille on syntynyt ennen insolvenssimenettelyä.⁴⁶ Insolvenssilainsäädännön tulee ainoastaan toteuttaa materiaaliseen lainsäädäntöön perustuvat oikeudet. Koska tämä ei kollektiiviprosessissa voi tapahtua täysimääräisesti, toteuttaminen tapahtuu määrittelemällä kullekin oikeudelle se suhteellinen arvo (relative value), joka yksittäiselle oikeudenhaltijalle insolvenssitilanteessa kuuluu.⁴⁷

Insolvenssioikeuden on pysyttävä toteuttavassa roolissaan. Kysymys on *menettelyoikeudesta*, joka ei saa vaikuttaa osapuolten materiaaliseen asemaan. Tämä tarkoittaa, että *insolvenssilainsäädäntö ei saa perustaa uusia oikeuksia*, ts. sellaisia vaatimuksia, joita ei voida esittää kollektiiviprosessin ulkopuolella.⁴⁸ Siirtymä kollektiiviseen perintään on toteutettava siten, että materiaallinen oikeustila jää voimaan, tai ainakin siihen kohdistuvien poikkeamien on oltava mahdollisimman vähäisiä – sellaisia, jotka ovat välttämättömiä siirryttäessä yksilöllisestä perinnästä kollektiiviseen.⁴⁹ Insolvenssimenettelyssä on keskityttävä vain siihen, miten olemassa olevat varallisuus oikeudet suhteellistetaan ja miten nämä suhteelliset arvot voidaan toteuttaa mahdollisimman vähin kustannuksin. Mahdollisuus aineellisten oikeuksien muuttamiseen aiheuttaa sen sijaan epäterveitä kannustimia, joiden johdosta yritys saatetaan hakea kollektiivimenettelyyn jonkin muun tavoitteen kuin tehokkaan kollektiiviperinnän toteu-

⁴⁴ Jackson Logic and Limits s. 24–25.

⁴⁵ Jackson Yale L.J. 1982 s. 858 ja sama J. Leg. Stud. 1985 s. 75 ja 77–78.

⁴⁶ Carlson (Mich. L. Rev. 1987 s. 1341–1342) puhuu tässä yhteydessä insolvenssioikeuden neutraaliudesta (bankruptcy neutrality). Kuten jäljempänä huomataan, Carlson on 'jacksonismin' vastustaja (ja heistä ehkä aggressiivisin).

⁴⁷ Common pool -tilanteessa ei siis suojata itse materiaalisia oikeuksia, vaan nimenomaan niiden suhteellisia arvoja; ks. Jackson Logic and Limits s. 20 ja 29 ja sama J. Leg. Stud. 1985 s. 75–76.

⁴⁸ Jackson Logic and Limits s. 22, Baird J. Leg. Stud. 1986 s. 134 ja 145. – Uusien oikeuksien perustamiskielto on johdonmukainen seuraus puuttumattomuusperiaatteesta. Common pool -tilanteessa perustettavat uudet oikeudet eivät vaikuttaisivat välittömästi jo syntyneisiin oikeussuhteisiin ja rikkoisivat näin puuttumattomuusperiaatetta. Jos puuttumattomuusperiaatteesta luovutaisiin, loogista estettä uusien oikeuksien perustamisellekaan ei olisi.

⁴⁹ Ks. Jackson Logic and Limits s. 20–27 ja sama J. Leg. Stud. 1985 s. 73.

tumiseksi.⁵⁰ Koska kollektiivimenettelyä käytetään tällöin muuhun kuin yhteisen edun ongelman ratkaisemisen, tällaiset kannustimet ovat taloudellisesti tehottomia.

Ei ole yllättävää, että taloudellirationaalisen teorian tähtäimessä on erityisesti maksukyvyttömän yrityksen oikeus liiketoiminnan jatkamiseen. Huomattava osa teorianmuodostuksesta uhrataan sen perusteleamiseen, miksi jatkamisintressi tulisi jättää itsenäisenä tavoitteena insolvenssioikeudellisen sääntelyn ulkopuolelle. Pääargumentteja on kaksi. Ensinnäkään liiketoiminnan jatkaminen ei välittömästi edistä perinnän tehokasta kollektivointia. Päinvastoin, se koskee etupäässä velallisen oikeuksia ja siirtää näin huomion pois insolvenssioikeuden taloudellisista rationaalisuusehdoista (common pool -ongelman tunnistamisesta ja tehokkaasta ratkaisemisesta). Toiseksi jatkamisintressi on tyyppillinen 'non-bankruptcy problem' eli ongelma, joka tulee ratkaista materiaalisessa lainsäädännössä, ei konkurssi- eikä saneeraus oikeudessa. Jatkamisintressin oikeussuojan tulee kytkeytyä siihen, millainen painoarvo po. intressille annetaan 'sisällöllisen' yhteiskuntapolitiikan arvopunninnoissa ja näitä punnintaratkaisuja toteuttavassa lainsäädännössä. Vastuuta jatkamisongelman ratkaisemisesta ei saa siirtää insolvenssioikeudelle.⁵¹ Tästä seuraa johdonmukaisesti, että jos vallitseva 'substantive policy' ei insolvenssioikeuden ulkopuolella suojaa vaikeuksissa olevaa liiketoimintaa, näin ei pidä tehdä myöskään insolvenssilainsäädännössä.⁵²

2.2.4 Velkojen hypoteettinen sopimus (Creditors' Bargain Model)

Taloudellinen rationaalisuus vaatii ainoastaan, ettei insolvenssilainsäädäntö suosi jatkamisintressiä. Toiminnan jatkaminen ei saa olla itsenäinen päämäärä, johon lainsäädännössä pyrittäisiin vastoin velkojen (enemmistön) tahtoa. Mikään ei sen sijaan estä velkoja neuvottelemasta ja sopimasta siitä, että yritys jatkaa toimintaansa ja saatavat peritään (osittain tai kokonaan) näin kertyvästä varallisuudesta. Taloudellirationaalinen teoria pitääkin saneerausohjelmaa täysin hyväksyttävänä keinona täytäntöönpanointressin toteuttamiseksi. Saneeraus kuitenkin selitetään velkojen väliseksi sopimukseksi, johon he järkevästi

⁵⁰ *Baird – Jackson* U. Chi. L. Rev. 1984 s. 101, *Jackson* Logic and Limits s. 26–27 ja *Jackson – Scott* Va. L. Rev. 1989 s. 161.

⁵¹ Ks. *Jackson* Logic and Limits s. 210: "If it is important for firms to stay in business because of the jobs they save or because of their importance to their communities, that policy should be implemented as a matter of general law." Ks. myös *Baird* J. Leg. Stud. 1986 s. 134.

⁵² Ks. *Jackson – Scott* Va. L. Rev. 1989 s. 160–161. Ks. myös *Baird* Yale L.J. 1998 s. 581: "Outside of bankruptcy, our legal system does not intervene to keep firms in economic distress in business". – Oireellista on, että päinvastaisesta tilanteesta ei mainita mitään, ts. että insolvenssimenettelyssä olisi suojattava jatkamisintressiä, mikäli näin tehtäisiin materiaalisessa oikeudessa.

käyttäytyessään päätyisivät legaalisen menettelyn ulkopuolellakin, ts. sopimusvapauden turvin. Itse asiassa kollektiivimenettelyjä koskevan normiston tulisi kokonaisuudessaan heijastaa velkojen oletettua sopimusta siitä, miten yhteisen velallisen maksukyvyttömyystilanteessa toimitaan. Tämä Jacksonin alun perin vuonna 1982 esittelemä ns. *creditors' bargain model*, joka voidaan suomentaa vaikkapa velkojen sopimusmalliksi tai -teoriaksi, on ollut insolvenssioikeutta koskeneen keskustelun kiistellyimpiä aiheita jo parin vuosikymmenen ajan.

Jackson esitteli sopimuskonstruktion ensi kerran artikkelissaan ”Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements, and the Creditors’ Bargain”.⁵³ Kysymys on siitä, että kollektiivisen insolvenssimenettelyn nähdään heijastavan velkojen välistä hypoteettista sopimusta, jonka he olisivat todennäköisesti tehneet ennen velallisen maksukyvyttömyyttä, jos tämä olisi ollut mahdollista (”to view bankruptcy as a system designed to mirror the agreement one would expect the creditors to form among themselves were they able to negotiate such an agreement from an *ex ante* position.”).⁵⁴ Sopimusmallin tarkoituksena on osoittaa, miksi velkojen kannattaa suostua – ja miksi heidän voidaan olettaa jo etukäteen suostuvan – keskinäiseen yhdenvertaisuuteen ja yleensäkin pakottavasti säänneltyyn kollektiivimenettelyyn. Voidaan sanoa, että tältä osin kysymys on *kollektiivisen insolvenssilainsäädännön perusteleemisesta velkojille*. Tavoitteena on erityisesti argumentoida, miksi velkojen ei kannata jättää oikeutensa toteutumista yksilöllisen perintäkilpailun varaan.

Jackson esittää sopimusoletukselleen kolme pääargumenttia, joiden välttämätön taustaoletus on, että velkojat ovat insolvenssimenettelyn ulkopuolella keskenään yhdenvertaisia, ts. heillä on lain mukaan samanlaiset mahdollisuudet oman oikeutensa toteuttamiseen velallista vastaan.⁵⁵ Ensimmäinen argumentti sopimusteorian puolesta on, että velkojat ilmeisesti haluavat mieluummin *ennalta torjua* velallisen insolvenssista aiheutuvaa riskiä kuin spekuloida mahdollisilla, mutta epävarmoilla strategisilla eduilla, jotka olisivat mahdollisia yksilöllisessä perintäkilpailussa. Koordinoimaton perintäkilpailu antaa toki kullekin velkojalle mahdollisuuden parempaan suoritukseen muiden kustannuksella, mutta sisältää samalla riskin siitä, että yksittäinen velkoja jää kokonaan ilman suoritusta muiden ehtiessä hyödyntämään koko velallisvarallisuuden (first-come, first-served).⁵⁶ Tämä oletus sisältää vähintäänkin implisiittisen väitteen,

⁵³ Jackson Yale L.J. 1982 s. 857–907.

⁵⁴ Jackson Yale L.J. 1982 s. 860 (tätä määritelmää ei ole Logic and Limits -teoksessa). Sittenmin creditors’ bargain -malli on herättänyt, kuten todettu, laajaa keskustelua ja samalla muodostanut kiinteimmän yhteyden Jacksonin ja Bairdin välillä, ks. esim. Baird J. Leg. Stud. 1986 s. 127–128. Adler, Cornell L.Rev. 1992 s. 444, käyttää samassa tarkoituksessa termiä *hypothetical contract theory*.

⁵⁵ ”...unitary group of creditors...”. Jackson Yale L.J. 1982 s. 861.

⁵⁶ Jackson Logic and Limits s. 9.

jonka mukaan velkojat ovat riskin välttäjiä (risk avert); juuri riskin torjumisen tarkoituksessa he ovat valmiita etukäteiseen yhteistoimintaan, jolla luovutaan strategisen edun mahdollisuudesta.⁵⁷ Sopimus yhdenvertaisesta kollektiiviprosessista takaa riskiä kaihtaville velkojille suhteellisen oikeussuojan jo ennen kuin insolvenssiriski on merkittävä tai jopa toteutunut.⁵⁸

Toinen argumentti hypoteettiselle sopimukselle on, että kollektiivimenettelyssä säästyy suoria kuluja, joita yksilöllisistä perintätoimista aiheutuisi ja jotka kukin velkoja saisi itse kantaa.⁵⁹ Kolmanneksi sopimusmallia puoltaa velallisvarallisuuden systemaattisen lisäämisen tavoite. Koordinoitu kollektiivimenettely tarjoaa mahdollisuuden toimia suunnitelmallisesti velallisvarallisuuden arvon kasvattamiseksi ja siten velkojen kokonaishyödyn lisäämiseksi. Koordinomaton taistelu velallisvarallisuudesta perintäkilpailun muodossa sitä vastoin tuhoaa varallisuuskokonaisuuksia. Siten se on vaikutuksiltaan päinvastainen; epäedullinen ja tehoton velkojille kollektiivina. Vain yleistäytöntöönpanossa voidaan saavuttaa ”increased aggregate pool of assets”.⁶⁰

Kuten havaitaan, creditors’ bargain -teorian kolme perusedellytystä (oletta- mineen) ovat varsin yksinkertaisia ja konkurssioikeudessa jo kauan tunnettuja. Tässä vaiheessa ei kuitenkaan vielä paneuduta sopimusmallin kritisointiin, kuten ei taloudellistrategiaalisuuden teorian arviointiin muutoinkaan. Eräs selven- nys on kuitenkin tarpeen tehdä jo nyt. Jos insolvenssilainsäädäntö nimittäin nähdään saman sisältöisenä kuin järkevien velkojen välinen sopimus, on luon- nollisesti kysyttävä, mihin legaalista menettelyä lopulta tarvitaan. Voidaanhan väittää, että jos creditors’ bargain -mallin oletamat pitävät paikkansa, säännel- tyä insolvenssimenettelyä ei tarvita. Ensinnäkin on todettava, että strategisen edun mahdollisuus on egoistisille velkojille usein liian houkutteleva, jotta lain- säätäjä voisi jättää kollektiivijärjestelmän sopimusvapauden varaan.⁶¹ Usein legaalisen prosessin tarve selitetään myös viittaamalla kollektiivisen sopimisen tosiasialliseen vaikeuteen (siis vaikka egoismi kyettäisiin kitkemään vähimpään

⁵⁷ Jackson Yale L.J. 1982 s. 862.

⁵⁸ Ks. tästä Jackson Yale L.J. 1982 s. 861–862. Kuten Jackson toteaa (s. 861 alav. 23), enempiä kollektiivinen sopimus kuin legaalinen kollektiivimenettelykään eivät takaa riskiä kaihtavalle velkojalle mitään tiettyä vähimmäissummaa velallisen maksukyvyttömyystilanteessa, vaan sen, että muiden velkojen mahdollisuus strategiaan hyötyihin poistuu (”– the advantage of a collective system is not that it provides, *ex ante*, a fully determinable sum, but only that one form of uncertainty (relative entitlements *vis-a-vis* other creditors) is eliminated.”). Hän jatkaa edel- leen (s. 862), että kollektiiviprosessi vähentää velkojen saamien suoritusten vaihtelua yksilöl- liin perintätoimiin verrattuna, mikä jo sinänsä on arvokasta riskiä kaihtavalle velkojalle. Ilman kollektiiviprosessiahan kukaan velkojista ei voisi olla varma, etteikö pahin vaihtoehto – jääminen kokonaan vaille suoritusta – toteutuisi juuri omalla kohdalla.

⁵⁹ Jackson Yale L.J. 1982 s. 862 ja 866–867.

⁶⁰ Jackson Yale L.J. 1982 s. 864–865.

⁶¹ Egoismia olemassa olevana faktana ei ole syytä epäillä. Sitä kuvaa mm. takaisinsaantilainsäädännön huomattava merkitys.

mahdolliseen). Yrityksen ajaututtua maksukyvyttömäksi velkojia on jo lukumääräisesti paljon⁶², kullakin on velallista kohtaan subjektiivinen intressi valvottavanaan, eikä velkojilla ole tietoa siitä, jääkö sopimuksen ulkopuolelle ehkä vapaamatkustajia, joko epähuomiossa tai tarkoituksellisesti.

Viimeksi mainittu ongelma, ns. hold out problem, tarkoittaa yksittäisen velkojan mahdollisuutta jäädä tai jättäytyä vapaaehtoisten saneerausjärjestelyjen ulkopuolelle. Näin saamisoikeus säilyy koskemattomana muiden velkojien luopuessa oikeuksistaan (leikatessa saataviaan) yhteisen edun nimissä. Hold out -ongelmaa on pidetty eräänä merkittävimmistä esteistä vapaaehtoisille saneerauksille; sellaisena se muodostaa myös erään keskeisimmistä perusteista legaalisen järjestelmän olemassaololle.⁶³ Näissä oloissa tarvitaan välttämättä laissa säännelty menettely, jossa yhteisen edun ongelma otetaan haltuun ja ratkaistaan koordinoitusti.⁶⁴

Kuten yllä esitetystä ilmenee, creditors' bargain -teoria perustellaan puhtaasti velkojien näkökulmasta – velkojien halulla varmistaa etukäteen tietty suhteellinen oikeussuoja, vähentää kustannuksia sekä kasvattaa velallisvarallisuutta täytäntöönpanotuloksen parantamiseksi. Oppi korostaa kauttaaltaan täytäntöönpanointressin ensisijaisuutta kollektiivisessa insolvenssioikeudessa. Jatkamisintressillä on sijaa vain sikäli kuin velkojat neuvotteluissaan näin sopivat. Itsenäistä, velkojien tahdosta riippumatonta arvoa jatkamisintressillä ei ole. Onkin vielä paikallaan korostaa, että sopimusteoria koskee myös likvidaatio konkurssia; BC 7 luvun mukaisen konkurssin ajatellaan ilmentävän velkojien välistä sopimusta, jonka mukaan yritys(varallisuus) realisoidaan ja varat jaetaan velkojille.⁶⁵

⁶² Jackson Yale L.J. 1982 s. 866 ja Baird J. Leg. Stud. 1986 s. 142–143.

⁶³ Ks. Finkelstein s. 2221. – Jäljempänä tarkastellaan, miten ns. pre-packaged -saneerauksella – ts. vahvistamalla valmiiksi neuvoteltu sopimus legaaliseksi saneerausohjelmaksi – voitaisiin ehkä torjua hold out -ongelma tai ainakin merkittävästi vähentää sen tarjoamia strategisia etuja.

⁶⁴ Kuten Niemi-Kiesiläinen (s. 612) toteaa, ”Täytäntöönpanoon liittyvä ’vangin dilemma’ on yleensä ratkaistavissa vain lainsäädäntöteitse”. Ks. myös Jackson – Scott Va. L. Rev. 1989 s. 159, joiden mukaan ”Reconciling the tensions among the individual interests of claimants of an insolvent debtor poses an obvious problem, one unlikely to be resolved collectively without legal intervention.” Legaalisen intervention mahdollisuus onkin välttämätön, jos hallitun ratkaisun edellytykset halutaan varmistaa kaikissa tapauksissa ex ante. Yksittäisiä tilanteita todennäköisesti kyettäisiin ratkaistamaan ilman säänneltyä menettelyäkin. Kuten Niemi-Kiesiläinen (s. 612) niin ikään on todennut, joissakin oikeusjärjestyksissä (mm. Ruotsissa) onkin onnistuttu vakiinnuttamaan menettelyjä, joissa velkojat pidättyvät erityistäytäntöönpanosta kollektiivisen edun nimissä (tosin akordilainsäädännön varjossa).

⁶⁵ Ks. Jackson Yale L.J. 1982 s. 864, Adler Cornell L. Rev. 1992 s. 445.

2.2.5 Saneerausmenettely yrityksen myyntinä velkojille

Saneerailainsäädäntö on – myös taloudellirationaalisen teorian kannattajalle – olemassa oleva tosiasia. Saneerausintressiä ei voida oikeudellistumiskehityksen tässä vaiheessa enää sivuuttaa. Taloudellirationaalinen teoria on siten eräänlaisen valinnan edessä. Ensinnäkin se voisi luopua näkemyksestä, jonka mukaan insolvenssioikeus on olemassa vain velkojia varten ja pyrkii kehittämään uusia yleisiä oppeja, joissa myös saneerausintressin nähtäisiin edustavan oikeussuojaa ansaitsevia arvoja; tämän ei tietenkään tarvitsisi eikä se saisiakaan johtaa täytäntöönpanointressin unohtamiseen. Toinen vaihtoehto on pitää kiinni yksinomaan täytäntöönpanointressille rakentuvista lähtökohdista. Tällöin saneerausmenettely on kyettävä sijoittamaan likvidaatioparadigman klassisiin perusteisiin. Kuten pian havaitaan, taloudellirationaalinen teoria on valinnut jälkimmäisen tien.

Jacksonin ja Bairdin mukaan saneerausmenettely kylläkin on olemassa oleva ja käytännössä merkittävä ilmiö, mutta siinä on kysymys vain perinteisen pakkomyyntin modifikaatiosta. Taloudellirationaalinen teoria nimittäin selittää saneerausmenettelyn *yrityksen myynniksi velkojille*.⁶⁶ Likvidaation ja rehabilitaation välisenä erona on ainoastaan, että edellisessä tapahtuu todellinen, jälkimmäisessä hypoteettinen yritysvarallisuuden myynti.⁶⁷ Hypoteettinen myynti velkojille tarkoittaa, että nämä luopuvat osasta vaatimuksiaan ja saavat tätä vastaan saneerausohjelman mukaisen suorituksen (tai ainakin suorituslupauksen). Todellinen myynti taas tapahtuu perinteiseen tapaan sivullistarjoajalle, minkä jälkeen velkojille jaetaan etuoikeusjärjestyksen mukaiset suoritukset.⁶⁸

Taloudellirationaalisen teorian mukaan ydinkysymys yrityksen insolvenssitilanteessa on siten aina, *kenen hallussa yritysvarallisuus on arvokkain, ts. tuottaa parhaan suorituksen velkojille*. Jos varallisuus on parhaassa käytössään nykyisillä haltijoillaan, yritys on ”myytävä” velkojille (=rehabilitaatio). Jos taas ulkopuoliset voivat saada varallisuudesta enemmän irti ja ovat valmiita

⁶⁶ Jackson Yale L.J. 1982 s. 893, *sama* Logic and Limits s. 210–218 ja Baird J. Leg. Stud. 1986 s. 127 ja 139. Itse asiassa tämän totesi jo Clark (s. 1252) tarkastellessaan saneerausmenettelyjen kehittymistä kohti nykymuotoaan (”...all or many of the creditors of the insolvent business debtor could themselves act as the buyers of the business – which would be kept as a going concern, if that made sense – using not cash as the means of payment, but their creditor claims...”).

⁶⁷ Baird J. Leg. Stud. 1986 s. 127 ja 139.

⁶⁸ Jackson (Logic and Limits s. 211) toteaa, että saneerausmenettelyssä tapahtuu toiminnallisen kokonaisuuden myynti velkojille, eikä asetelma perusteiltaan eroa likvidaatiosta: ”This process, like any liquidation procedure, involves two steps: first, the assets of the firm are sold; second, the claims against the debtor are paid out of the proceeds of this sale.” Ks. myös *sama* Yale L.J. 1982 s. 894, jonka mukaan saneerausmenettely ”provides nothing more than a method by which the sale of an enterprise as a going concern may be made to the creditors themselves”. Ks. myös Baird J. Leg. Stud. 1986 s. 138–140.

maksamaan siitä velkojia tyydyttävän summan, myynnin on tapahduttava parhaan tarjouksen tehneelle ulkopuoliselle (=likvidaatio).⁶⁹ Jotta insolvenssioikeus pysyisi funktiossaan, sen tulee keskittyä turvaamaan juuri tämän ratkaisun oikeellisuus, ts. oikean ostajan valinta. Oikean ostajan ongelma osoittaa, mistä saneerausmenettelyssä tulee neuvotella. Neuvottelujen on kohdistuttava siihen – ja vain siihen – saadaanko yrityksen varallisuudesta parempi nettohinta, jos se myydään velkojille eikä ulkopuoliselle tarjoajalle.⁷⁰ TaloudellISRationaalisen teorian mukaan saneerauslainsäädäntö ei saa sisältää mitään sellaisia materiaallisia oikeutuksia, jotka ohjaavat neuvotteluja epäolennaisiin ongelmiin, erityisesti liiketoiminnan jatkamiseen muutoin kuin velkojen kollektiivisen hyödyn turvaamiseksi.⁷¹

Päätelyn edettyä tähän pisteeseen Jackson ja Baird ovat pyrkineet osoittamaan, ettei velkojen juuri koskaan kannattaisi valita saneerausvaihtoehtoa, so. yrityksen myyntiä itselleen. Ensinnäkin hypoteettisessa myynnissä myös *yrityksen arvo on hypoteesi*. Oikeaa myyntiähän ei tapahdu, joten yrityksen arvostukseen ei konkretisoidu tietynsi rahamääräksi, kuten perinteisesti tapahtuu sekä esinekohtaisessa realisaatiossa että toimivan kokonaisuuden luovutuksessa.⁷² TaloudellISRationaalinen teoria kiistää myös sen saneerauksen puolesta esitetyn perustelun, että vain yrityksen sisäpiiri kykenee tekemään luotettavan arvostusratkaisun. Teoria kylläkin myöntää, että yritysjohdolla on ”superior information” yrityksen tilasta, mutta jos tätä pidetään saneerausmenettelyn oikeutuksena, on loogisesti edellytettävä, että *sama informaatio jaetaan kaikille velkojille*, joilla on päätösvaltaa saneerausohjelman hyväksymisestä. Näin ei käytännössä kuitenkaan tapahdu, vaan velkojat tekevät äänestysratkaisunsa epäsymmetrisen informaation varassa.⁷³ Lisäksi on kysyttävä, *miksi täsmälleen samaa informaatiota ei voitaisi antaa myös markkinoille*, jotka tällöin voisivat tehdä oikeista lähtökohdista oikean arvostusratkaisun ja näin välttää alihintaisen tarjouksen – jota yleisesti pidetään eräänä likvidaatiokonkurssin pahimmista epäkohdista.⁷⁴ TaloudellISRationaalinen teoria kritisoi myös sitä, että jos

⁶⁹ Jackson Logic and Limits s. 214, Baird J. Leg. Stud. 1986 s. 136.

⁷⁰ Jackson Logic and Limits s. 215.

⁷¹ Kuten yllä on todettu, saneerauslainsäädännön tarjoamat materiaalliset edut vaikuttavat suoraan niiden materiaallisten oikeuksien suhteellisiin arvoihin, joiden toteuttamiseen insolvenssilaainsäädäntö on tarkoitettu. Kun tällaisista eduista käydään kauppaa saneerausmenettelyssä, neuvottelu kohdistuu ”väärin asioihin”. Ks. Baird J. Leg. Stud. 1986 s. 145: ”To the extent a reorganization promotes bargaining over rights that do not exist elsewhere, it may promote bargaining about the wrong thing.” Hän jatkaa (sama sivu): ”Such bargaining is a cost of a reorganization, not a justification for it.”

⁷² Baird J. Leg. Stud. 1986 s. 128: ”An actual sale eliminates the potential distortions from a fictive valuation of the firm.” Ks. myös Baird – Jackson U. Chi. L. Rev. 1984 s. 121–125.

⁷³ Äänestyspäätöksen tueksi esitettävä informaatio voi BC:n nimenomaisen säännöksen (1125(c) §:n) mukaan vaihdella velkojaryhmittain.

⁷⁴ Jackson Logic and Limits s. 218–219.

saneerausohjelmaa ei voida vahvistaa yksimielisenä, yrityksen lopullinen arvostus jää saneeraustuomioistuimen tehtäväksi. Tunnettu tosiasia on, että tuomioistuimella ei ole sen parempia mahdollisuuksia luotettavaan arvioon kuin millään muullakaan yrityksen sisäpiirin ulkopuolisella taholla; päinvastoin, tuomioistuimet ovat empiirisen kokemuksen mukaan taipuvaisia liialliseen optimismiin.⁷⁵ Todellisessa likvidaatiomyyntissä arvostus sen sijaan tehdään markkinaehtoisesti ja yrityksen arvo myös konkretisoituu realisaatiohinnaksi. Markkinoilla määräytyvää arvostusta pidetään (oikeus)taloustieteessä luonnollisesti oikeampana ja taloudellisesti tehokkaampaan tulokseen johtavana vaihtoehtona kuin hypoteettista, epäsymmetriseen informaation perustuvaa arviota.⁷⁶

Etenkin Baird pitää myös todennäköisenä, että saneerausmenettelyn *kustannukset ovat korkeammat* kuin likvidaatiokonkurssin. Tämän väitteensä hän esitti ilman empiiristä tukea ”Uneasy Case” -artikkelissaan.⁷⁷ Teoreettinen peruste väitteelle on, että juuri todetut arvostusvaikeudet aiheuttavat saneerausneuvotteluissa viiveitä ja spekulatiota velkojen käydessä kauppaa uusista oikeuksistaan. Likvidaatiokonkurssissa tällaisia kustannuksia ei synny, koska materiaalistien oikeuksien muuttamisesta ei tarvitse eikä ole edes mahdollista neuvotella.⁷⁸

Bairdin väitettä voidaan arvioida myöhemmän empiirisen tutkimuksen perusteella, jota vuosituhannen lopulla tehtiin sekä Ruotsissa että Suomessa. On kiintoisaa havaita, että empiirisen taloustieteen eksakteista metodeista huolimatta evidenssi insolvenssikustannuksista on ristiriitaista (osin tukee Bairdin väitettä, osin ei). Thorburnin tutkimusten perusteella näyttää siltä, että toiminnallisen kokonaisuuden myynti konkurssissa, kuten myös perinteinen esineittäinen konkurssirealisaatio, olisi kustannuksiltaan ainakin yhtä tehokas kuin laissa säännelty toiminnallinen saneeraus. Hänen aineistonsa kattoi 263 ruotsalaista yritystä, jotka hakeutuivat (filed for)⁷⁹ likvidaatiokon-

⁷⁵ Baird J. Leg. Stud. 1986 s. 136–137 (erit. alav. 14), Jackson Logic and Limits s. 220. Huomautus tuomioistuinten optimismista voidaan ymmärtää myös kannanotoksi, jonka mukaan tuomioistuimissa on vallalla liiallinen saneerausmyönteisyys. Thorburnin, Cash Auction s. 10, mukaan taloudellinen tehokkuus on vaarassa, koska tuomioistuimilla ei ole riittävää omakohtaista intressiä tehokkuuden ylläpitoon.

⁷⁶ Ks. Baird J. Leg. Stud. 1986 s. 128 ja 136. Ks. myös Bradley – Rosenzweig Yale L.J. 1992 s. 1046: ”The common assertion is that market-determined prices are better indicators of value than judicially-determined estimates”.

⁷⁷ Baird J. Leg. Stud. 1986 s. 128.

⁷⁸ Baird J. Leg. Stud. 1986 s. 139: ”In a liquidation, what various claimants are entitled to receive is relatively fixed. If a firm is sold outright, substantive nonbankruptcy entitlements largely determine who gets what in what order. There is often little to argue over because rights are fixed and payments are made in cash. In a reorganization, on the other hand, many more issues are open.”

⁷⁹ Taloustiede ei näytä olevan kiinnostunut siitä, onko konkurssi (tai saneeraus) velallis- vai velkoja-aloitteinen. Termi ”file for bankruptcy” – jota käytetään laajalti – kattanee empiirisissä aineistoissa molempia tilanteita. Kysymyksellä ei lieneäkään yhteyttä välittömiin insolvenssikus-

kurssiin vuosina 1988–1991.⁸⁰ Näitä konkursseja hän vertaili Yhdysvaltain BC 11 lukua koskeneisiin tutkimuksiin.⁸¹ Tulosten mukaan ruotsalaisista yrityksistä suurimman kolmanneksen konkurssikustannukset olivat samalla tasolla tai alemmat kuin vertailuyritysten kustannukset BC 11 luvun mukaisessa saneerauksessa.⁸² Johtopäätöksensä Thorburn totesi, että likvidaatio-konkurssi ratkaisee tehokkaasti yrityksen taloudellisten vaikeuksien aiheuttaman ongelmatilanteen.⁸³

Suomen voimassa olevan oikeuden kannalta edustavin evidenssi sisältyy Sundgrenin tutkimukseen, jonka tulokset hän julkaisi vuonna 1998 *European Journal of Law and Economics* -aikakausjulkaisussa. Tulokset ovat meikäläisittäin edustavia, sillä tutkimus kohdistui juuri suomalaisiin saneeraus- ja konkurssiyrityksiin. Sundgren vertaili 362 saneerausyritystä 83 konkurssiin, jotka olivat alkaneet vuosina 1982–1992. Tulosten mukaan välittömät kustannukset YSL-menettelyssä olivat keskimäärin selvästi alemmat kuin toimivan kokonaisuuden konkurssirealisaatioissa.⁸⁴ Sundgren oli saavuttanut samansuuntaisia tuloksia jo aiemmin, vuonna 1995 julkaistussa väitöstutkimuksessaan. Tuolloin hän vertaili suomalaisia konkursseja (toimivan kokonaisuuden realisoiteja) Yhdysvaltain BC 11 lukua koskeviin empiirisiin tutkimuksiin.⁸⁵ Tulosten mukaan myös BC 11 luvun mukainen saneeraus oli kustannustehokkaampi kuin toiminnallisen kokonaisuuden realisointi Suomen silloisessa konkurssimenettelyssä.⁸⁶

2.3 ARVORELATIIVISET PERUSTEET JA ARVORELATIIVINEN TEORIA

2.3.1 TaloudellISRationaaliseen ajatteluun suunnatun kritiikin ydin

Kuten yllä todettiin, Jacksonin ja Bairdin kirjoitukset avasivat Yhdysvalloissa perusteellisen keskustelun kollektiivisen insolvenssioikeuden tehtävistä ja tavoitteista. Aiheesta kiisteltiin yliopistojen oikeustieteellisissä aikakausjulkai-

tannuksiin. Sen sijaan välillisten kustannusten kannalta on hyvinkin ajateltavissa, että velallisen vastustuksesta aiheutuvaa viivettä käsiteltäisiin välillisenä insolvenssikustannuksena (edellyttäen, että hakemus lopulta hyväksytään). Eräs selitys sille, että yhdysvaltalaisessa kirjallisuudessa ei kiinnitetä juuri lainkaan huomiota menettelyn hakijaan lienee se tosiasia, että maksukyvyttömyysmenettelyt alkavat nykyään lähes poikkeuksetta velallisen hakemuksella. Ks. tästä *Warren – Bussel* s. 19–20 ja *Bradley – Rosenzweig* Yale L.J. 1992 s. 1047–1050.

⁸⁰ Aineisto sisältyy tutkimusraporttiin *Strömberg – Thorburn*.

⁸¹ Vertailukohteina olevista tutkimuksista *Thorburn* Cash auction s. 19–22 sekä taulukot 3, 4, 7 ja 9 (sivuilla 60–61, 64 ja 66) selityksineen.

⁸² *Thorburn* Cash auction s. 50–51. Ks. myös *sama* Finansiell kris s. 26–27.

⁸³ Ks. *Thorburn* Cash auction s. 52–53 ja *sama* Finansiell kris s. 26.

⁸⁴ Ks. *Sundgren* EJLE 1998 s. 179 ja 192.

⁸⁵ Tutkimuksen aineistosta ja rajauksista Suomen osalta ks. *Sundgren* Bankruptcy costs s. 82–85. Välittömien kustannusten määrästä ja koostumuksesta mts. 88–90.

⁸⁶ *Sundgren* Bankruptcy costs s. 105.

suissa lähes vuosikymmenen ajan. Sananvaihto oli kiivasta; pohjoismaiseen keskustelukulttuuriin totunut lukija näkee paikoin jo asiallisuuden rajojen olevan uhattuina.⁸⁷

’Jacksonismiin’ suunnatun kritiikin ydin on nähdäkseni siinä, että taloudellisationaalisen ajattelun katsotaan *sivuuttavan tärkeitä oikeuspoliittisia ongelmia* – ja samalla tietenkin niiden vaihtoehtoisia ratkaisumalleja.⁸⁸ Oikeuspoliittiset ongelmat taas perustuvat viime kädessä siihen, että voimassa olevalta oikeudelta odotetaan suojaa keskenään ristiriitaisille arvoille. Ja kun kaikkia kollisioivia arvoja ei voida täysin toteuttaa, on tehtävä *arvovalintoja*. Taloudellisationaalinen ajattelu ei ota nimenomaisesti kantaa arvoihin eikä niiden väliin valintoihin; velallisarvallisuuksien saattaminen tehokkaan täytäntöönpanon kohteeksi asetetaan ’hiljaisesti’ insolvenssioikeuden ainoaksi päämääräksi. Keskustelua siitä, *miksi* näin on ja miten muita intressejä pitäisi insolvenssilanteessa kohdella, ei käydy.⁸⁹

Taloudellisationaalisen teorian kritisoijat korostavat, että yrityksen insolvenssioikeudessa on kysymys paljon muustakin kuin saatavien perinnästä ja sen tehokkaasta kollektivoinnista. Perusongelma on laajempi, yritykseen kohdistuvien ristiriitaisten odotusten ja arvojen konflikti. Sekä velkoja- että velallisperuolella on suojan arvoisia odotuksia yritystä kohtaan, tunnustettiinpa tätä avoimesti tai ei. Ainakaan sitä ei voida kiistää vain selittämällä, että insolvenssioikeus ”on olemassa” pelkästään velkojen odotuksia varten; tarvitaan *argumentteja*, joiden perusteella tällainen väite on hyväksyttävissä. Lisäksi on otettava huomioon, että yritykseen kohdistuu odotuksia, jotka eivät perustu rahamääräiseen tai edes sellaiseksi muunnettavaan vaateeseen. Yrityksen maksukyvyttömyys nimittäin vaikuttaa usein myös välittömien asianosaisten ulkopuolella, yhteiskunnan (yhteisön, ”community”) tasolla. Yhdysvalloissa käydyssä keskustelun viimekätinen kohde voidaan nähdäkseni tiivistää kysymykseen, otetaanko ja missä määrin insolvenssioikeudessa huomioon myös velallisen ja ympäröivän yhteisön tyypillisiä odotuksia. Argumentteja puolesta ja vastaan on esitetty sekä avoimen oikeuspoliittisista että objektiivisuuteen pyrkivistä lähtökohdista.

⁸⁷ Raskasta kieltä käyttää etenkin *Carlson* läpi koko artikkelinsa ”Philosophy in Bankruptcy” (Mich. L. Rev. 1987 s. 1341–1389, joka lienee alun perin tarkoitettu kirjallisuusarvosteluksi Jacksonin ”Logic and Limits” -teoksesta). Ks. myös *LoPucki* Wis. L. Rev. 1993 s. 730 hänen arvioidessaan puhtaasti taloudellisin perustein esitettyä kritiikkiä BC 11 luvusta: ”Much of the criticism is sheer nonsense, spun from misunderstanding of the reorganization process or economists’ fantasies of what life would be like in a world of perfect markets and zero transaction costs.”

⁸⁸ Ks. *Warren* U. Chi. L. Rev. 1987 s. 796–797 ja 802–803, *sama* Mich. L. Rev. 1993 s. 338.

⁸⁹ *Carlson* s. 1341: ”No important sociological issues are discussed or even mentioned”. Ks. myös *Delaney* L. & Soc. Rev. 1989 s. 663.

2.3.2 Warren ja Korobkin arvorelatiivisen argumentoinnin kehittäjinä

2.3.2.1 Arvorelatiivisuus – tausta ja käsite

Warrenin mukaan kollektiivisella insolvenssioikeudella pyritään puuttumaan kokonaisvaltaisesti niihin haitallisiin vaikutuksiin, joita yrityksen taloudellisesta epäonnistumisesta aiheutuu lukuisille intressitahoille. Kollektiivista insolvenssioikeutta tarvitaan, jotta maksukyvyttömyyden haitalliset vaikutukset jakautuisivat oikeudenmukaisesti ristiriitaisten intressien kesken, eivätkä jäisi vain joidenkin tahojen kannettaviksi. Kysymys on haittojen hyväksyttävästä distribuutiosta. Nähdäkseni olennaisinta Warrenin käsityksessä on, että *mikään intressi, jonka toteutumiseen maksukyvyttömyys vaikuttaa, ei yksinään ole hallitseva*.⁹⁰ Oikeuspoliittisen tavoitteenasettelun kannalta tämä tarkoittaa, että insolvenssioikeuden tavoitteita ei *lähtökohtaisesti* pidä asettaa vain yhden intressin perusteella, jonka 'varjossa' muille intresseille ehkä voitaisiin – mahdollisuuksien mukaan – antaa merkitystä. Parhaimmillaankin oikeuspoliittisessa keskustelussa saavutetaan vain entistä parempi vastaus kysymykseen: miten maksukyvyttömyyden haitat tulisi jakaa?⁹¹ Koska kysymykseen tarjottavien vastausten ytimenä on käsitys siitä, mikä on oikein, mikä väärin (jolla Warren tarkoittaa ongelman 'normatiivisuutta'), vastauksia ei saavuteta turvautumalla pelkästään logiikkaan ja tehokkuuteen, kuten taloudellistationaalisessa teorias- sa tehdään. Johdonmukaisuus ei sellaisenaan vastaa asetettuun kysymykseen; tarvitaan argumentteja, jotka kertovat myös – ensisijaisesti – lopputuloksen oikeudenmukaisuudesta.⁹² Kun insolvenssioikeuden tehtävänä on Warrenin mukaan varmistaa haittojen oikeudenmukainen jakautuminen, insolvenssijärjestelmää koskeva oikeuspoliittinen keskustelu pitäisi kohdistaa siihen, keiden kannettaviksi erilaiset haitat asetetaan. Tämä keskustelu puolestaan kohdistuu viime kädessä ja väistämättä siihen, *mitä arvoja insolvenssioikeudella halutaan suojata* ja millainen järjestelmä parhaiten toteuttaa tehtyjä arvovalintoja.⁹³

"Bankruptcy Policy" -artikkelissaan Warren tunnusti avoimesti, että hänen esille nostamiaan kysymyksiä, oikeudenmukaisen distribuution ongelmaa sii-

⁹⁰ Warren U. Chi. L. Rev. 1987 s. 777.

⁹¹ Warren U. Chi. L. Rev. 1987 s. 777, 796 ja 808.

⁹² "The approach I describe denies that the uncomfortable normative issues can be avoided by playing a narrow game of logic." Warren U. Chi. L. Rev. 1987 s. 797.

⁹³ Warrenin ydinsanoma ilmenee hyvin hänen seuraavista lauseistaan (Warren U. Chi. L. Rev. 1987 s. 796, alaviite poistettu): "If the central policy justification is nothing more than a single economic construct, specific conclusions with systemwide impact follow neatly from an abstract principle. But if the justification for bankruptcy is also distributional, the relevant inquiry is necessarily larger: what are the values to be protected in the distributional scheme, and is the implementation scheme effective?"

hen sisältyvine arvovalintoineen, ei voida ratkaista samanlaisella loogisella järjestelmällä kuin minkä Jackson ja Baird ovat rakentaneet taloudellisationaalista lähtökohdistaan.⁹⁴ Warren ei siis tuossa vaiheessa pyrkinyt systemaattisiin oikeuspoliittisiin valintoihin, varsinaiseen omaan insolvenssioikeudelliseen 'ohjelmaan'.⁹⁵ Hänen kirjoituksensa asetti kuitenkin tärkeitä merkkipaljuja, jotka viitoittivat tietä keskustelun jatkamiselle ja argumenttien kehittelylle.

Neljä vuotta myöhemmin ilmestyneessä artikkelissaan Korobkin saattoikin rakentaa Warrenin luomalle pohjalle. Artikkelissaan "Rehabilitating Values: A Jurisprudence of Bankruptcy" Korobkin astui melkoisen askeleen Warrenia pidemmälle pyrkien kokoamaan kollektiivisen insolvenssioikeuden perustaksi argumenttien järjestelmän, jota hän kutsuu *arvoperustaiseksi malliksi* (value-based account).⁹⁶ Sen perustana on väite, että taloudellisationaalinen teoria on erehtynyt ongelmanasettelussaan katsoessaan insolvenssioikeuden kohteeksi pelkästään saatavien tehokkaan kollektiiviperinnän. Arvoperustainen malli näkee problematiikan selvästi laajempana: kollektiivisen insolvenssioikeuden perusongelma on yrityksen *taloudellinen ahdinko* (financial distress) – eikä ainoastaan taloudellisena, vaan myös moraalisenä, poliittisena, henkilökohtaisena ja sosiaalisena ongelmana.⁹⁷ Taloudellista ahdinkoa ei myöskään pyritä tunnistamaan pelkästään rahavaateiden täyttämiskyvyn (maksukyvyn) avulla, vaan tässäkin näkökulma on laajempi; taloudellinen ahdinko ymmärretään yritykseen kohdistuvien *vaatimusten ja odotusten vaarantumisena*. Liiketoimintaa harjoittava yritys on jatkuvasti lukuisten odotusten ja vaatimusten kohteena. Vain osa näistä on välittömästi taloudellisia, so. pelkällä rahamaksulla tyydytettäviä. Yrityksen normaaliin toimintaan kuuluu aktuaalisten vaatimusten täyttä-

⁹⁴ Warren U. Chi. L. Rev. 1987 s. 795–797 ja 811–812.

⁹⁵ Ibid. – Myöhemmässä artikkelissaan "Bankruptcy Policymaking in an Imperfect World" (Mich. L. Rev. 1993 s. 336–387) Warren pyrki konkretisoimaan näkemystään hyvästä insolvenssipolitiikasta ja sitä toteuttavasta lainsäädännöstä. Hyvään insolvenssipolitiikkaan kuuluu Warrenin mukaan sekä maksukyvyttömän yrityksen arvon suojaaminen ja lisääminen (varsinkin erityistytäntöönpanoon verrattuna), mutta näiden ohella tuon arvon oikeudenmukainen jakautuminen. Lisäksi – pitkälti näihin tavoitteisiin sisältyen – insolvenssioikeuden tulisi edistää maksukyvyttömyydestä aiheutuvien kustannusten oikeaa kohdentumista sekä kollektiivimenettelyn oikea-aikaista aloittamista. Warrenin kyseinen puheenvuoro on jatkoa vuoden 1987 artikkelille ja (samoin kuin edeltäjänsä) sisällöltään puhtaasti oikeuspoliittinen. Hän keskittyy insolvenssilainsäädännön tärkeimpien tavoitteiden hahmottamiseen omien arviointiensä pohjalta, sanoutuen nimenomaisesti irti laajemmista teoreettisista viitekehyksistä; ks. Warren Mich. L. Rev. 1993 s. 338 ja 341 alav. 11. Jäljempänä Warrenin insolvenssipoliittisiin artikkeleihin viitataan eri yhteyksissä lähinnä silloin, kun niissä esitetyillä päämäärillä on muutakin kuin oikeuspoliittista relevanssia, ts. objektiivista(kin) selitysvoimaa kollektiivisen insolvenssioikeuden rakenteesta, toiminnasta ja teoreettisesta jäsentämisestä. Tällaisia yhtymäkohtia on erityisesti Warrenin ja Korobkinin kirjoitusten välillä.

⁹⁶ Korobkin Colum. L. Rev. 1991 s. 721.

⁹⁷ Korobkin Colum. L. Rev. 1991 s. 762: "Bankruptcy law is a response to the problem of financial distress – not only as an economic, but as a moral, political, personal, and social problem that affects its participants."

minen, tulevien vaateiden ennakkointi ja odottamattomiin vaateisiin sopeutuminen. Normaalisti yritys suoriutuu näistä kaikista ilman insolvenssinormiston kaltaista ulkopuolista järjestelmää. Insolvenssioikeuden tehtävät alkavat, kun yrityksen kyky täyttää siihen kohdistuvat taloudelliset ja muut odotukset on vakavasti heikentynyt.⁹⁸

Jo tässä vaiheessa on korostettava, ettei myöskään Korobkin tavoitellut mitään arvojen priorisointijärjestelmää – hän ei vaadi esimerkiksi velallisen suojan yksipuolista vahvistamista.⁹⁹ Warrenin ajatusten kehittäminen Korobkinilla siten, että hän merkittävällä tavalla täsmentää ja systematisoi vaikeaa aluetta, arvoilla argumentointia kollektiivisessa insolvenssioikeudessa. Juuri Korobkin muotoilee *arvoperustaisuuden käsitteen*, joka sisältää vaatimuksen

⁹⁸ Taloudellisen ahdingon käsitteestä näin ymmärrettynä *Korobkin* Colum. L. Rev. 1991 s. 763–766 ja *sama* Tex. L. Rev. 1993 s. 546 ja 566. Taloustieteessä – ja oikeustaloustieteellisesti painottuneessa insolvenssioikeudessa – erotetaan tilanne, jossa yritys ei kykene tulorahoituksellaan kattamaan toimintansa kuluja (economic distress), tilanteesta, jossa yritys ei rahoitusrakenteensa johdosta kykene vastaamaan velvoitteistaan (financial distress). Vain yrityksen kannattamattomuus eli tulorahoituksen riittämättömyys liiketoimintakulujen kattamiseen (economic distress) on sellaisenaan peruste poistaa yritys markkinoilta. Liiallinen velkaantuminen (financial distress) sen sijaan ei välttämättä indikoi liiketoiminnan epäonnistumista. Ks. esim. *Rasmussen – Skeel, Jr.* Am. Bankr. Inst. L. Rev. 1995 s. 87–88. Kannattamattomuuden ja rahoitusrakenteen tiukka erottelu johtaa loogisesti sovellettuna siihen, että rehabilitaatiolainsäädäntöä pitäisi soveltaa vain vinoutuneen rahoitusrakenteen vaivaamiin yrityksiin, kun taas liiketoiminnan epäonnistumisen tulisi olla kohtalokasta eli johtaa likvidaatiokurssiin – ts. epäonnistunutta liiketoimintaa ei saa yrittää muuttaa oikeussuojakoneiston avulla. Korobkin ei erottele yrityksen ahdingon syitä näin, eikä millään muullakaan perusteella, vaan sijoittaa financial distress -käsitteen piiriin kaikki tilanteet, joissa yrityksen kyky täyttää siihen kohdistuvat odotukset on vakavasti heikentynyt.

Kuten Rasmussen ja Skeel, Jr. toteavat (mas. 88), tulorahoituksen riittämättömyys ja liiallinen velkaantuminen ovat käsitteinä itsenäisiä. Usein lienee myös käytännössä mahdollista osoittaa jonkinlaisella tarkkuudella, mikä osuus yrityksen vaikeuksista johtuu liiketoiminnan heikosta kannattavuudesta, mikä taas liiallisesta velkaantumisesta. Toisaalta on täysin selvää, että yksiselitteistä eroa on mahdoton tehdä. Tämän tunnustavat myös Rasmussen ja Skeel, Jr. (mas. 88) todeten, että usein yrityksen ahdinko sisältää molemmat elementit erityisesti niin, että kannattavuusvaikeudet johtavat liialliseen velkaantumiseen. Vaikka tässä tutkimuksessa tunnustetaan yrityksen ongelmien syiden vaihtelevuus, niille ei anneta taloustieteilijöiden edellyttämää kohtalokasta merkitystä. Tämä johtuu ensinnäkin siitä, että selvän eron tekeminen on liian vaikeaa, jotta kohtalokkaat *juridiset* seuraukset olisivat perusteltuja. Vielä tärkeämpää on, että vaikka yrityksen ongelmien voitaisiin hypoteettisessa tilanteessa osoittaaakin johtuvan jopa pelkästään tulorahoituksen riittämättömyydestä, tämän seikan ei yksinään pidä johtaa *rehabilitaatiomahdollisuuden menettämiseen*. Päinvastoin, juuri tällöinhän on todellinen tarve määrittellä yrityksen olemassaolon tarkoitus uudelleen.

⁹⁹ Korobkin ei nosta mihinkään erityisasemaan myöskään yritystä ympäröivää 'yhteisöä'. *Warren* (Mich. L. Rev. 1993 s. 354–356) korostaa, että insolvenssilainsäädännön distributiivinen funktio sisältää velvollisuuden huolehtia muidenkin kuin suoraan lakiin perustuvien oikeuksien haltijoista ("parties with no formal legal rights"). Hän pitää tätä lainsäätäjän harkittuna tarkoituksena kuitenkin myöntäen, että sikäläinen lainsäätäjän tarkoitus (congressional intent) on välttää käsite (mas. 355 alav. 45). Warrenin mukaan insolvenssioikeuden yhteisölle tarjoama suoja on myös alisteinen menettelyn välittömien osapuolten, velallisen ja velkojien, intresseihin nähden.

yritykseen kohdistuvien moninaisten odotusten ja niiden taustalla vaikuttavien arvojen yhdenvertaisesta tunnustamisesta. Tässä tutkimuksessa Warrenin ja Korobkinin edustamaa ajattelua kutsutaan *arvorelatiiviseksi* ja siihen tukeutuvaa argumenttien järjestelmää (yrityksen insolvenssioikeuden) *arvorelatiiviseksi* teoriaksi. Termin valinta johtuu siitä, että Warren ja Korobkin kehottavat tunnustamaan ja huomioimaan taloudellisen rationaalisuuden ja johdonmukaisuuden ohella ne moraaliset, inhimilliset, sosiaaliset ja poliittiset arvot, joihin yrityksen kriisi vaikuttaa ja jotka vastavuoroisesti vaikuttavat kriisin ratkaisukeinoihin. *Arvorelatiivisuus* viittaa erityisesti siihen, että argumentoinnin tavoitteena ei ole jonkin absoluuttisen 'perusarvon' – kuten velallisen suojan – priorisointi, vaan sen tunnustaminen, että taloudelliseen ahdinkoon liittyy toisiinsa monimutkaisissa suhteissa olevia, usein ristiriitaisia, intressejä.

Lähemmin tarkasteltuna Korobkinin arvoperustaisesta mallista voidaan erottaa seuraavat elementit:

- kriisiyrityksen *dynaamisen subjektiuden* tunnustaminen ja korostaminen
- tarkastelun syventäminen *välittömien taloudellisten arvojen taakse* (taloudellisen intressin yhdistäminen moraalisiin, sosiaalisiin, poliittisiin ja henkilökohtaisiin arvoihin) ja
- *yrityksen tulevaisuutta koskevan perustellun käsityksen* muodostaminen – arvojen rehabilitointi – insolvenssimenettelyssä (kvalifioitu rehabilitaatiokäsite).

Kutakin osatekijää tarkastellaan seuraavassa erikseen.

2.3.2.2 *Kriisiyritys aktiivisena, dynaamisena subjektina*

Korobkin kiistää Jacksonin ja Bairdin lähtökohdan, jonka mukaan taloudellisessa ahdingossa oleva yritys olisi pelkästään velkojakollektiivin toimenpiteiden kohde, "common pool of assets". Yritys on edelleen myös taloudellinen, moraalinen ja sosiaalinen toimija.¹⁰⁰ Toisin kuin pelkällä varallisuusmassalla, joka on passiivinen objekti, yrityksellä on kriisinkin aikana toiminnallista potentiaalia, jota ei pidä kategorisesti sivuuttaa. Taloudellinen ahdinko ei siten herätä ainoastaan kysymystä siitä, mitä velkojien tulee tehdä saataviensa tehokkaaksi perimiseksi, vaan tämän ohella on kysyttävä, mitä yritys voi ja mitä sen kannattaa tehdä itse.¹⁰¹ Myös taloudellisessa kriisissä oleva yritys on siten *enemmän kuin sille kuuluva omaisuus*.¹⁰² Tämä voidaan nähdäkseni ilmaista

¹⁰⁰ *Korobkin* Colum. L. Rev. 1991 s. 745, 749 ja (viitaten kuuluisaan Johns Manvillen saneeraukseen) s. 761; ks. myös m.a.s. 768.

¹⁰¹ *Korobkin* Colum. L. Rev. 1991 s. 745: "...a corporation is not merely acted upon; it is, like an individual debtor, a moral, political, and social actor".

¹⁰² *Korobkin* Colum. L. Rev. 1991 s. 769.

myös niin, että kun taloudellISRationaalinen teoria pitää kriisiyritystä vain (passiivisena, staattisena) objektina, arvorelatiivinen teoria näkee yrityksen myös (aktiivisena, dynaamisena) subjektina.

Kun yrityksen asema dynaamisena subjektina tunnustetaan ja tätä asemaa tarkastellaan järkevästi, insolvenssioikeuden erääksi tehtäväksi nousee yrityksen subjektiivisen potentiaalin turvaaminen ja mahdollisuuksien mukaan jalostaminen tuottavaan muotoon. Kollektiivisen insolvenssioikeuden ydin on juuri siinä, että se tarjoaa mahdollisuuden *harkita ja määritellä uudelleen, mitä tarkoitusta varten yritys on olemassa*. Samalla insolvenssioikeus sisältää erityisesti tähän tarkoitukseen suunnitellut keinot (oikeusnormit), joiden avulla voidaan hallitusti selvittää yrityksen mahdollisuudet ja muokata toiminnan edellytyksiä uudelleen.¹⁰³ Näin ollen insolvenssinenettely ei todellakaan sisällä vain yritysvarallisuuden myyntiä, vaan kysymyksessä on yrityksen kokonaisvaltaiseen uudelleenmäärittelyyn tähtäävä prosessi. Juuri tämä tekee insolvenssioikeudesta tärkeän ja erityisen oikeudenalan; mikään muu normisto ei täytä tätä erityistä yhteiskunnallista tehtävää.

Korobkin uhraa melkoisesti kirjoitustilaa ja älyllistä kapasiteettia osoittaakseen, miksi insolvenssioikeus on erityinen (distinct) oikeudenala. Hän konstruoi kolme oikeudenalan 'erityisyyden' kategorioita, nimittäin sisällöllisen (content), rakenteellisen (structural) ja täydellisen (complete) erityisyyden. Sisällöllinen erityisyys tarkoittaa, että tietty oikeudenala vastaa ongelmiin, joihin mikään muu oikeudenala ei vastaa. Rakenteellinen erityisyys on puolestaan sitä, että normisto tarjoaa oman erityisen keinovalikoiman jonkin sellaisen ongelman ratkaisemiseen, joka sinänsä on muidenkin normistojen sääntelykohteena. Täydellinen erityisyys taas sulkee piiriinsä sekä sisällöllisen että rakenteellisen erityisyyden, ts. oikeudenala vastaa ainutlaatuiseseen ongelmaan omalla ainutlaatuisella tavallaan.¹⁰⁴

Insolvenssioikeus on Korobkinin mukaan täydellisen erityinen oikeudenala, koska se vastaa taloudellisen ahdingon ongelmaan tarjoten siihen oman erityisen keinovalikoimansa. Mikään muu oikeudenala ei vastaa yrityksen taloudelliseen kriisiin *myös* moraalisenä ja sosiaalisena ongelmana, eikä mikään muu oikeudenala tarjoa keinoja puuttua kriisiin insolvenssioikeuden tavoin.¹⁰⁵ Tässä(kin) arvorelatiivinen teoria eroaa merkittävästi taloudellISRationaalisesta ajattelusta. TaloudellISRationaalisen teorian mukaanhan kollektiivisen insolvenssioikeuden kohdeongelma on saatavien perintä, joka on muidenkin normistojen, kuten erityistäytöntöönpanoa koskevien sääntöjen, kohteena. TaloudellISRationaalinen teoria pyrkii myös ratkaisemaan ongelmansa maksimoimalla velallisvarallisuuden arvon ja myymällä sen parhaaseen mahdolliseen hintaan, jotka molemmat tavoitteet ovat tuttuja muilta oikeudenaloilta, erityisesti Yhdysvaltain osavaltioiden sisäis-

¹⁰³ Korobkin Colum. L. Rev. 1991 s. 722 ja 766.

¹⁰⁴ Erityisyyden tyypittelystä ks. Korobkin Colum. L. Rev. 1991 s. 732.

¹⁰⁵ Korobkin Colum. L. Rev. 1991 s. 766.

tä täytöntöönpanonormistoista. Tällä perusteella Korobkin katsoo, että taloudellirationaalinen teoria ei onnistu osoittamaan kollektiivisen insolvenssioikeuden erityisyyttä (distinctness).¹⁰⁶

Tässä tutkimuksessa ei enemmälti käsitellä Korobkinin erityisyytsjaotte-lua, eikä muutoinkaan pyritä osoittamaan, onko kollektiivinen insolvenssioikeus erityinen oikeudenala, millä perusteilla näin ehkä olisi tms. Kysymyksellä ei nähdäkseni ole merkitystä, ei ainakaan käytännössä, mutta ei sanottavammin myöskään teorianmuodostuksessa. Tietyillä Korobkinin jaot-teluun sisältyvillä argumenteilla voi toki olla merkitystä arvioitaessa, mihin ongelmiin insolvenssioikeudella voidaan vaikuttaa ja millä keinoilla tähän vaikuttamiseen tulisi pyrkiä.

Kun yrityksen sanotaan olevan ”jotain enemmän” kuin sille kuuluva omaisuus, tarkoituksena voi olla vain sen korostaminen, että yrityksen arvo ei koostu pelkästään sille kuuluvista fyysisistä varallisuusobjekteista. Tällöin viitataan tavallisesti ainakin immateriaalioikeuksiin, usein myös yrityksen liikeideaan, asemaan ja imagoon markkinoilla, asiakaskuntaan jne. eli liikearvoon kokonai-suutena (goodwill). Tässä ei ole mitään uutta; myös taloudellirationaalisen ajattelun mukaan ”common pool of assets” sisältää yrityksen aineettomat talou-delliset arvot.¹⁰⁷ Mutta Korobkin ei tarkoita vain tätä. Yrityksen potentiaaliin on hänen mukaansa luettava myös se, *miten yritys voi muuttua* käyttäen hyväksi voimassa olevan insolvenssioikeuden tarjoamia keinoja. Olennaista on ymmär-tää, ettei taloudellinen ehdinko lakkauta yrityksen muuntumiskykyä. Velallinen (niin saneeraus- kuin konkurssivelallinenkin) on *uudelleenmäärittelyä odotta-va yritys*. Sen perusluonne on edelleen dynaaminen – muiden yritysten ta-voin.¹⁰⁸

2.3.2.3 Tarkastelun syventäminen taloudellisten arvojen taakse

Taloudellinen ehdinko ja käsitys yrityksestä dynaamisena subjektina ovat arvo-relatiivisen teorian lähtökohtia, jotka eivät vielä kerro paljonkaan arvojen huo-mioon ottamisen konkreettisesta merkityksestä. Mitä Korobkin siis tarkoittaa

¹⁰⁶ Ks. tästä Korobkin Colum. L. Rev. 1991 s. 732–735.

¹⁰⁷ Ks. esim. Baird – Rasmussen Stan. L. Rev. 2002 s. 758 alav. 28: ”Human capital, of course, is one of the assets located inside a firm.” Lause ilmaisee hyvin, että inhimillinen työvoima on taloudellirationaalisessa ajattelussa todellakin vain eräs yritysvarallisuuden muoto.

¹⁰⁸ ”As a refined version of the corporation, the estate has the dynamic characteristics of the corporation” (Korobkin Colum. L. Rev. 1991 s. 770). Korobkin kuuluu tutkijoihin, jotka suhtau-tuvat periaatteessa myönteisesti ajatukseen yrityksen itsenäisestä(kin) persoonallisuudesta. Muu-tospotentiaalia voidaan tällöin selittää myös yrityksen kyvyllä vaikuttaa omaan persoonallisuu-teensa, ks. mas. 745, 755 ja 768. Yrityksen persoonallisuutta koskevasta keskustelusta ks. Kilpi s. 158–176, jonka mukaan yrityksen toimintaa ei aina voida palauttaa sillä tavoin välittömästi omistajiensa, johtonsa tai muiden yrityksen toimintaan vaikuttavien ihmisten toiminnaksi, ettei-kö keskustelu yrityksen persoonallisuudesta olisi periaatteessa järkevää. Yritykseltä kuitenkin puuttuu vapaus (autonomia), joka vasta mahdollistaa moraalisen henkilöiden.

puhuessaan arvojen huomioon ottamisesta, millä perusteella hän ylipäänsä puhuu arvoperustaisesta mallista?

Ensinnäkin on vielä tässä yhteydessä syytä korostaa, että arvoperustaisuus *ei* tarkoita insolvenssitilanteessa huomioitavien arvojen luettelemista ja 'rankkaamista'. Arvorelatiivinen argumentointi ei ylipäänsäkään pyri osoittamaan mitään arvojen ja tavoitteiden etusijajärjestystä. Pikemminkin kysymys on sen korostamisesta, että yrityksen taloudellinen ahdinko ei johda pelkästään rahassa mitattaviin tappioihin, vaan myös yritykseen kohdistuvien *muiden odotusten vaarantumiseen*. Samalla näiden muiden odotusten taustalla vaikuttavat arvot ajautuvat kriisiin, koska luottamus niiden toteutumiseen ei enää voi kohdistua yritykseen samalla tavoin kuin ennen taloudellista ahdinkoa.¹⁰⁹ Olennaista on, että tällaiset muut odotukset eivät koske yrityksen oikeuksia ja velvollisuuksia oikeushenkilönä yhtä välittömästi kuin rahavelkojen vaateet. Sen sijaan ne koskevat *ihmisiä, joiden elämässä yrityksellä on merkittävä sija*. Kun yrityksen omistajat ja henkilöstö taistelevat liiketoiminnan jatkuvuusedellytysten säilymisestä ja (tai) elvyttämisestä, he eivät taistele rahasta sellaisenaan, vaan viime kädessä siitä, mitä raha merkitsee heidän elämälleen. Rahaan kohdistuvan intressin takana on siten aina perustavampia arvoja, joilla on pohjimmiltaan moraalinen, henkilökohtainen, sosiaalinen ja poliittinen merkitys.¹¹⁰ Kärjistäen voidaan ehkä sanoa, että taloudellinen intressi "vain" indikoi muita arvoja antaen niille edes jonkinlaisen objektiivisen mittapuun.

On ehkä helppo väittää, että Korobkin sortuu tässä ideologiseen argumentointiin, jolla vähintäänkin peitellysti korostetaan velallisen intressejä velkojen kustannuksella. Väite on torjuttavissa kahdella perusteella. Ensinnäkin arvorelatiivinen ajattelu ei pyri syrjäyttämään velkojen taloudellista intressiä insolvenssioikeudellisen suojan kohteista, eikä edes asettamaan sitä mitenkään toissijaiseen asemaan. Tavoitteena on vain osoittaa, että yritykseen kohdistuvat muutkin odotukset on, niiden taustalla vaikuttavine arvoineen, otettava vakavasti. Toiseksi – mikä ehkä tärkeämpää – Korobkin korostaa samojen inhimillisten arvojen olevan suojanarvoisia *myös velkojapuolella*. Sielläkään ei ole kysymys rahasta sellaisenaan, vaan perimmältään siitä, mitä raha merkitsee ihmiselämälle. Toisin sanoen myös velkojen täytöntöönpanointressin takana on perustavampia arvoja, joilla on pohjimmiltaan moraalinen, henkilökohtainen, sosiaalinen ja poliittinen merkitys.¹¹¹

¹⁰⁹ Korobkin Colum. L. Rev. 1991 s. 773: "...financial distress is best understood as not merely a crisis of dollars, but of values, only some of which are economic".

¹¹⁰ Ks. Korobkin Colum. L. Rev. 1991 s. 765 ja 773; ks. myös s. 781: "In financial distress, money is not only a measure of economic value; money is particularly charged with noneconomic meaning."

¹¹¹ Tämä käy selvästi ilmi seuraavasta (Korobkin Colum. L. Rev. 1991 s. 765): "Meanwhile, creditors must deal, on their own terms, with the financial distress. They may be forced to choose between their continuing loyalties to individuals in the corporation or to the corporation itself, and their need for immediate payment, which may reflect other kinds of loyalties – to their own businesses or to their families."

Arvojen huomiointi on vain eräs osa kollektiivimenettelyssä tapahtuvaa laajempaa uudelleenarviointiprosessia. Arvorelatiivisen teorian mukaan insolvenssimenettelyn alkaminen sisältää vaatimuksen juuri yritykseen kohdistuvien odotusten uudelleenarvioinnista.¹¹² Menettelyn alkaessa syntyy uusi, itsenäinen oikeushenkilö,¹¹³ jolle pyritään löytämään uusi tehtävä (olemassaolon tarkoitus), uudet oikeudet ja uudet velvollisuudet. Tämä uudelleenarviointi tapahtuu insolvenssilainsäädännön luomassa erityisessä neuvottelu- ja päätöksentekomekanismeissa, jota Korobkin kutsuu insolvenssidiskurssiksi (Bankruptcy Discourse).¹¹⁴ Insolvenssidiskurssi korvaa yrityksen normaalin hallinto- ja päätöksentekoprosessin. Merkittävin muutos tapahtuu siinä, että neuvottelut ja päätöksenteko eivät enää ole vain yrityksen sisäisiä asioita, vaan niihin ovat oikeutettuja osallistumaan insolvenssimenettelyn eri intressitahot, erityisesti velkojat, mutta tavallista laajemmin myös esimerkiksi työntekijät ja julkisen vallan edustajat.¹¹⁵ Näin yritystä koskeva päätöksentekovalta ulkoistuu; se ei enää ole vain yhtiön omissa käsissä eikä perustu yhtiölainsäädäntöön ja yhtiöjärjestykseen. Insolvenssidiskurssin perustana on sen sijaan voimassa oleva insolvenssilainsäädäntö. Kun jokaisella intressentillä on oikeus osallistua tähän erityisesti säänneltyyn uudelleenarviointiprosessiin, voidaan sanoa, että insolvenssilainsäädäntö 'demokratisoi' yritystä koskevan päätösvallan.¹¹⁶

Insolvenssimenettely ei kuitenkaan merkitse muutosta vain päätösvallan jakautumisessa ja päätöksenteon muodoissa. Vielä tärkeämpää on, *mistä asioista* päätetään ja *mitä* niistä päätetään. Korobkin ei hyväksy näkemystä, jonka mukaan kollektiivisessa insolvenssimenettelyssä on rajoitettava päättämään vain yrityksen (varallisuuden) myymisestä parhaan mahdollisen tuloksen tuottavalla tavalla joko velkojille tai ulkopuoliselle. Päätöksenteon kohde on laajempi, *yrityksen olemassaolo* ja *olemassaolon tarkoitus*. Kun insolvenssimenettely kyseenalaistaa yrityksen olemassaolon ja alkuperäisen tarkoituksen, se samalla pakottaa osapuolet arvioimaan, ovatko yrityksen olemassaolon perusteet määritettävissä uudelleen.¹¹⁷ Tällöin ei luonnollisestikaan voida tyytyä vain parhaan mahdollisen realisointitavan selvittämiseen. Kysymys on siitä, onko yrityksellä vielä olemassaolon edellytyksiä, voidaanko yritystä muuttaa havait-

¹¹² Juuri tämä on Korobkinin kirjoituksen otsikon ("Rehabilitating Values") toinen päämerkitys. Toinen on arvonaökökulman nostaminen taloudellisarvonaalisen näkökulman rinnalle.

¹¹³ Yhdysvaltain oikeudessa "konkurssipesä" (bankruptcy estate) syntyy riippumatta siitä, onko menettely saneeraus vai likvidaatio sekä siitä, määrätäänkö yritykselle ulkopuolinen hallinnoija vai ei (BC 541(a) §). Ks. *Warren – Bussell* s. 28.

¹¹⁴ *Korobkin* Colum. L. Rev. 1991 s. 768.

¹¹⁵ Toisin kuin meillä, Yhdysvalloissa merkittävä julkisen vallan edustaja kollektiivisissa insolvenssimenettelyissä on julkisia pääomamarkkinoita valvova viranomainen (Securities and Exchange Commission, SEC).

¹¹⁶ Ks. *Korobkin* Colum. L. Rev. 1991 s. 771.

¹¹⁷ Ks. *Korobkin* Colum. L. Rev. 1991 s. 771–772.

tujen edellytysten vaatimaan suuntaan ja jos voidaan, millaisin toimenpitein tarvittavat muutokset ovat toteutettavissa. Osapuolten väliset neuvottelut ja päätöksenteko ('insolvenssidiskurssi') kohdistuvat juuri näihin kysymyksiin. Yrityksen olemassaolon edellytyksiä, muutosmahdollisuuksia ja -keinoja arvioitaessa yritystä on tarkasteltava nimenomaan perusluonteeltaan dynaamisena toimijana, johon kohdistuvilla odotuksilla on viime kädessä moraalinen, taloudellinen, sosiaalinen ja poliittinen merkitys.¹¹⁸ Näitä odotuksia ja arvoja ei yksinkertaisesti voida sivuuttaa, jos yrityksen taloudellisesta kriisistä halutaan muodostaa todellisuutta vastaava kuva. Tämän tunnustaminen on realismia, eikä sellaisenaan edellytä mitään erityistä sympatiaa tiettyä intressitahoa kohtaan, saati poliittista vakaumusta mihinkään suuntaan.

2.3.2.4 *Kvalifioitu rehabilitaatiokäsite: perusteltu näkemys yrityksen tulevaisuudesta*

Koska arvorelatiivinen teoria ei väitä, että insolvenssilainsäädännön olisi edistettävä saneerausintressiä täytöntöönpanointressin kustannuksella, ei voimassa olevan insolvenssioikeuden onnistuneisuuttakaan tule mitata sillä perusteella, tuottaako se 'riittävästi' saneerattuja yrityksiä eikä edes sillä perusteella, onnistuvatko aloitetut saneerausmenettelyt tuottamaan toteutumiskelpoisia ohjelmia. Korobkin antaa rehabilitaatiolle ja sen onnistumiselle kokonaan uuden sisällön. Yritys on hänen mukaansa menestyksekkäästi rehabilitoitu, jos osapuolet onnistuvat insolvenssimenettelyssä muodostamaan perustellun, kokonaisvaltaisen näkemyksen yrityksen tulevaisuudesta.¹¹⁹ Näin määritelty rehabilitaatio ei rajoitu vain laissa saneerausmenettelyksi säädettyyn prosessiin, eikä edellytä saneerausohjelman vahvistamista. Korobkin toteaa nimenomaisesti, että perusteltu näkemys yrityksen tulevaisuudesta voi johtaa yritysvarallisuuden esinekohtaiseen myyntiin likvidaatiokonkurssin tavoin. Jos tämä on yhdenmukaista yritystä koskevan perustellun, kokonaisvaltaisen tulevaisuudenkuvan kanssa, rehabilitaatio on onnistunut.¹²⁰ Kuten havaitaan, rehabilitaatio tässä erityisessä merkityksessä on osa jokaista insolvenssimenettelyä.

Yrityksen tulevaisuudesta voidaan kuitenkin muodostaa *perusteltu kokonaiskuva* vain, jos menettelyssä huomioidaan ja tarvittaessa määritellään uudelleen kaikki odotukset, joita yritykseen kohdistuu. Kokonaisvaltaisuus tarkoit-

¹¹⁸ Korobkin Colum. L. Rev. 1991 s. 772.

¹¹⁹ Korobkin Colum. L. Rev. 1991 s. 773–774.

¹²⁰ "This vision may include, among its features, the kinds of activities that are usually associated with liquidation – the piecemeal sale of most, if not all, of the major assets and the effective dissolution of the corporation. Yet if these activities are consistent with an informed and coherent vision of the aims of the enterprise, then the rehabilitation has succeeded." Korobkin Colum. L. Rev. 1991 s. 774. Ks. myös mas. 777.

taakin, että yrityksen tulevaisuutta koskevassa arvioinnissa ja päätöksenteossa otetaan huomioon sekä välittömästi rahassa mitattavat taloudelliset vaateet (velkojen saamisoikeudet) että yritykseen kohdistuvat muut odotukset.¹²¹ Tämä puolestaan edellyttää viime kädessä, että ne ihmiset, joiden elämässä yritys on keskeisellä sijalla, arvioivat odotuksiaan uudelleen – ja tarvittaessa myös määrittelevät ne uudelleen. Näin tehdessään he ottavat kantaa sellaisiin arvoihin, joilla on pohjimmiltaan moraalinen, taloudellinen, sosiaalinen ja poliittinen merkitys. Juuri tähän perustuu ajatus insolvenssimenettelystä arvojen reabilitointiprosessina.

Korobkinin kvalifioitu rehabilitaatiokäsite on täsmällisemmin kuvattu ja perusteellisemmin teoretisoitu kuin Warrenin näkemys onnistuneesta insolvenssimenettelystä, mutta sisällöllistä eroa heidän ajattelunsa välillä ei juuri ole. Myös Warren katsoo, että legaalinen saneerausmenettely voi usein olla hyödyllinen riippumatta siitä, saadaanko saneerausohjelma aikaan ja vahvistettua. Vaikka saneeraushakemus tulisi hylätyksi tai aloitettu saneeraus jouduttaisiin muuntamaan likvidaatiokonkurssiksi, kollektiiviprosessin vireillepanolla on yleensä jo sellaisenaan myönteisiä vaikutuksia yrityksen viimeisten aikojen tapahtumiin.

Ensinnäkin vain legaalinen kollektiiviprosessi takaa, että yritysvarallisuus jaetaan lainsäätäjän oikeaksi katsoman etuoikeusjärjestyksen mukaisesti ja että menettelyssä huomioidaan kaikki lain mukaan toteutettavissa olevat vaatimukset (esim. myös erääntymättömät saatavat). Vain legaalisessa menettelyssä voidaan peräyttää varoja, jotka muutoin jäisivät insolvenssinormiston vaikutuspiiriin ulkopuolelle. Näillä varoilla voidaan taas maksaa enemmän sellaisia velkoja, jotka ilman legaalista menettelyä todennäköisesti jäisivät vaille suoritusta (esim. työntekijöiden, vahingonkorvausvelkojen, verottajan ja yrityksen vastuulla olevien eläkkeensaajien saatavia). Kaikki tämä tapahtuu konkurssituomioistuimen ja pesänhoitajan valvonnassa. Mikä tärkeintä, legaalisen menettelyn vireillepanolla saadaan viimeinen mahdollisuus analysoida organisoidusti yrityksen käytettävissä olevia vaihtoehtoja. Näin pidetään huoli siitä, että yrityksen jäljellä olevia resursseja ei käytetä vain joidenkin yksittäisten (de facto vaikutusvaltaisimpien) intressinhaltijoiden hyväksi.¹²²

Samoin kuin taloudellistationaalinen ajattelu, myös arvorelatiivinen näkemys korostaa lakiin perustumattoman kollektiivitoiminnan vaikeutta. Kollektiivista insolvenssilainsäädäntöä tarvitaan nimenomaan koordinoimaan kriisiyritystä

¹²¹ ”Through the bankruptcy case, both economic and noneconomic values of participants are rehabilitated into a coherent, new vision of what the enterprise shall exist to do.” *Korobkin* Colum. L. Rev. 1991 s. 774.

¹²² Ks. *Warren* Mich. L. Rev. 1993 s. 374–375. Käsitys, jonka mukaan Ch. 11 -prosessin onnistuneisuus ei kytkeydy vain saneerausohjelman vahvistamiseen, näyttää olevan laajalti hyväksytty yhdysvaltalaisen insolvenssijuristien keskuudessa; ks. jo *LoPucki* Am. Bankr. L.J. 1983 s. 106 ja *Roundtable Discussion*, Am. Bankr. Inst. L. Rev. 1994 s. 229–235.

koskevia toimenpiteitä, jotka muutoin johtaisivat kaaokseen. Ongelman ytimeä ei kuitenkaan nyt pidetä pelkästään yksittäisten perintätoimien muodostamaa uhkaa taloudelliselle tehokkuudelle. Kuten todettu, tehokkuuden ohella yrityksen kriisi uhkaa myös muita yritykseen kohdistuvia odotuksia. Ilman laissa säänneltyä kollektiiviprosessia yksittäiset ihmiset, joiden odotukset ja arvot ovat kriisissä yrityksen taloudellisen ahdingon johdosta, tekisivät summittaisia valintoja ilman perusteltua kokonaiskäsitystä siitä, mitä yritys voi ja mitä sen pitäisi tehdä tulevaisuudessa. Kollektiivisen insolvenssioikeuden tehtävä on tarjota keinot, joilla tuo perusteltu kokonaiskuva ja siihen perustuva järkevä toiminta mahdollistuvat.¹²³

Kuten Warren vuonna 1987, myöskään Korobkin ei vielä vuoden 1991 artikkelissaan edes pyrkinyt argumenttijärjestelmään, joka välittömästi tukisi tulkintaratkaisuja *de lege lata*. Hän toteaa nimenomaisesti, että arvoperustaisen mallin soveltaminen voimassa olevaan oikeuteen ei tuossa vaiheessa kuulunut hänen tavoitteisiinsa.¹²⁴ Olennaista oli vapauttaa insolvenssioikeudellinen ajattelu ahtaista, pelkästään loogisuuden ja taloudellisen tehokkuuden perusteella asetetuista rajoista. Ankarana ”logic and limits” -järjestelmän torjumalla hän pyrki tarjoamaan uuden mahdollisuuden keskustella ja kirjoittaa *vapaasti* insolvenssioikeudesta monimutkaisine oikeuspoliittisine ulottuvuuksineen. Korobkin päättää vuoden 1991 artikkelinsa:¹²⁵

”What kind of writing will it be? Suddenly that question is open. We are no longer barred – as the economic account would bar us – from urging changes that alter substantive nonbankruptcy rights or that promote noneconomic outcomes as independent values. At times, we will urge such changes, at other times, we will not. In any event, we are free to engage in rational debate. For the value-based account releases us, in writing about bankruptcy policy, to acknowledge the diverse values that find expression in financial distress.”

Korobkinin teorian myöhempi kehittely liittyy kiinteästi taloudellistationaaliseen ajatteluun suunnattuun kritiikkiin. Ennen kuin hänen ajatuksiaan esitellään ja analysoidaan laajemmin, onkin välttämätöntä tarkastella taloudellistationaalisen teorian syvempiä oikeuspoliittisia ja teoreettisia perusteita sekä niihin kohdistettua arvostelua.

¹²³ Korobkin Colum. L. Rev. 1991 s. 773–774. Ks. myös mas. 775: ”Bankruptcy rules operate to prevent a situation in which unorchestrated choices would preempt a debate that might lead to a coherent and informed vision of what the estate as enterprise shall exist to do.” Ks. edelleen Warren Mich. L. Rev. 1993 s. 375 (legaaliseen menettelyyn liittyvät velallisen tiedonantovelvoitteet parantavat rationaalisen päätöksenteon edellytyksiä) ja mas. 376: ”...the parties got their last, best chance to preserve the going-concern value of the business through sale or confirmation of a plan.”

¹²⁴ Korobkin Colum. L. Rev. 1991 s. 780.

¹²⁵ Korobkin Colum. L. Rev. 1991 s. 789 (viittaukset poistettu).

2.4 VELKOJEN SOPIMUSMALLIN KONTRAKTARIANISTINEN KRITIIKKI

2.4.1 Jacksonin ja Bairdin ääriutilitaristinen arvomaailma

Edellä todettiin, että taloudellisationaalista argumentointia on arvosteltu oikeuspoliittisten ongelmien sivuuttamisesta. On kuitenkin syytä korostaa, että oikeuspoliittinen vakaumus vaikuttaa kyllä merkittävästikin Jacksonin ja Bairdin ’ohjelmaan’, mutta he eivät tuo poliittisideologisia vaikutteitaan avoimesti esiin. Velkojen sopimusmallin aksiologian selvittäminen on jätetty auditoriolle, ts. kuulijoiden implisiittisesti pääteltäväksi.

Kun insolvenssioikeuden ainoaksi tavoitteeksi asetetaan kollektiiviperinnän tehokkuus, samalla esitetään arvostelma, jonka mukaan täytöntöönpanointressi on *oikeuspoliittisesti arvokkaampi* kuin muut huomiosta kilpailevat intressit. Jacksonin ja Bairdin ajattelun taustalla on voimakkaasti velkojamyönteinen vakaumus, oikeistolaisille arvoille perustuva ideologia.¹²⁶ Jos velkojen sopimusmallin taustalta halutaan erottaa jokin moraaliteoreettinen vaikutte, se voisi olla klassinen utilitarismi äärimuodossaan – juuri sellaisena, jota vastaan Rawls kehitti oikeudenmukaisuusteoriaansa. ’Jacksonismin’ arvomaailmaa voitaneen pitää jopa poikkeuksellisen kärjistettynä versiona klassisesta utilitarismista. Kollektiivisen insolvenssioikeuden tehtäväksi asetetaan ainoastaan velallisvarallisuuden arvon maksimointi, eikä sillä, miten näin kertyvä taloudellinen hyöty jakautuu, ole merkitystä. Erityisesti on huomattava, että hyödyn jakautuminen on irrelevanttia myös velkojen kesken. Etuoikeusjärjestyskin nimittäin jää velkojen sopimusmallissa insolvenssioikeudellisen kysymyksenasettelun ulkopuolelle.¹²⁷

¹²⁶ Flessner (s. 23) sijoittaa Jacksonin ja Bairdin edustaman ajattelun poliittiseen keskustaoikeistoon, jälkimmäistä painottaen (”centre-Right”).

¹²⁷ Ks. *Jackson Logic and Limits* s. 24, jossa hän toteaa, että insolvenssimenettelyssä kylläkin on kysymys sekä siitä, miten velallisvarallisuuden arvo saadaan maksimoitua että siitä, miten tuo arvo jakautuu velkojen kesken, mutta vain edellisen pitäisi olla insolvenssioikeudellinen sääntelykohde. – Jackson on sittemmin antanut hieman periksi ajatukselle, että velkojen keskinäisellä oikeudenmukaisuudella voisikin olla tietty sija myös kollektiivisessä insolvenssioikeudessa. Yhdessä Robert Scottin kanssa vuonna 1989 julkaisemassaan artikkelissa hän myöntää, että velkojat ilmeisesti suostuisivat kollektiiviseen prosessiin myös siksi, että näin voidaan vaikuttaa myös riskiin yhteisestä tuhosta (common disaster). Tämä laajennettu sopimusmalli (”An Expanded Model of the Creditors’ Bargain”) tunnustaa, että kollektiivisessä maksukyvyttömyys-oikeudessa voi olla kysymys muustakin kuin velallisvarallisuuden maksimoinnista ja varallisuuden jakamisesta materiaalisten vaateiden suhteellisten arvojen perusteella. Huomioon voidaan nyt ottaa myös kysymys, miten velkojia kohdannut yhteinen riski pitäisi jakaa heidän kesken. Ks. *Jackson – Scott* Va. L. Rev. 1989 s. 156 ja 164–174. Mistään syvemmästä ajattelutavan muutoksesta ei kuitenkaan ole kysymys. Ensinnäkin oletettu sopimus on edelleen vain velkojen välinen (”An Essay On Bankruptcy Sharing And The Creditors’ Bargain”); toiseksi tavoitteena on osoittaa, että taloudellisen hyödyn maksimoinnin ja riskinjakoproblematiikan kesken ei välttämättä tarvitse olla ristiriitaa (ks. mas. 157, 165–167 ja 202–204).

Kaiken teoretisoinnin rinnalla on syytä jatkuvasti tiedostaa, että taloudellisrationaalisen argumentoinnin taustalla on yllä kuvailtu poliittisideologinen vakaumus. Se vaikuttaa tavalla tai toisella – voimakkuudeltaan vaihdellen – jokaiseen ’tieteen nimissä’ esitettyyn puheenvuoroon. Periaatteessa on toki yhdentekevää, esitetäänkö velkojamyönteinen vakaumus avoimesti, oikeuspoliittisena keskustelunavauksena, vai yritetäänkö se pukea teoreettisloogiseksi välttämättömyydeksi, jonka avulla oikeuspoliittinen keskustelu pyritään päinvastoin tukahduttamaan. Taloudellisrationaalisen ajattelun kritiikissä onkin todettu, että vaikka Jackson ja Baird eivät suostu avoimeen oikeuspoliittiseen keskusteluun insolvenssioikeuden tehtävistä, heidän poliittisideologinen arvomaailmansa on kiistaton ja käy selvästi ilmi heidän kirjoituksistaan.¹²⁸

Taloudellisrationaalinen ajattelu ei tietenkään ole ainoa insolvenssioikeudellisen keskustelun suuntaus, johon poliittiset vakaumukset vaikuttavat. Insolvenssioikeudesta käytävää keskustelua on yleisestikin hyvin vaikea pitää erossa subjektiivisista arvostuksista.¹²⁹ Viime kädessä juuri niiden varaan rakentuvat käsitykset hyvästä insolvenssioikeudesta, eikä teoreettisesti täysin puhdasta jäsentämistapaa liene koskaan mahdollista saavuttaa. Oikeuspoliittisesti värityneessä keskustelussa taloudellisrationaalisen ajattelun edustama konservatiivisuus on sinänsä usein tervetulluttakin, jottei uudistuksia ’runnota’ läpi pelkästään radikaalin uudistushengen voimalla, todelliset tarpeet sivuuttaen. On myös aivan kiistatonta, että täytäntöönpanointressillä on paikka insolvenssioikeuden keskiössä, eikä sitä saa sivuuttaa oikeudenalan kehittyessä. Kollektiiviseen insolvenssioikeuteen ei myöskään pidä kohdistaa täysin epärealistisia toiveita. Mutta perinteisten (tai konservatiivisten, jos niin halutaan sanoa) arvojen korostaminen on pidettävä erossa pysähtyneisyydestä; kollektiivisen insolvenssioikeuden mahdollisuuksia ei ole syytä rajata pitämällä kiinni oikeudenalan historiallisista juurista.¹³⁰ Jos historiaa käytetään kehityksen väistämättömänä jarruna, välttämättömätkin muutokset jäävät tekemättä tai ainakin viivästyvät niin, että tästä voi aiheutua vaaraa kaikille suojaa ansaitseville intresseille, täytäntöönpano mukaan lukien. Eräs jacksonilais-bairdilaisen ajattelun merkittävimmistä ongelmista on nähdäkseni siinä, että se ei edusta konservatiivista ”järjen ääntä”, joka tarjoaisi omat tärkeät näkökohtansa insolvenssioikeuden tehtävistä käytävään keskusteluun. Tämän sijasta kollektiiviperinnän tehokkuus on valjastettu palvelemaan suoranaista pysähtyneisyyttä. Korobkin sanoo asian

¹²⁸ Ks. Warren U. Chi. L. Rev. 1987 s. 802–803 ja 812.

¹²⁹ Insolvenssioikeuden funktiokäsitysten poliittisesta värikartasta ks. Flessner s. 23–24.

¹³⁰ Jackson (Logic and Limits s. 5) lähtee juuri siitä, että täytäntöönpano on kollektiivimenettelyn alkuperäinen tehtävä ja tästä seuraa sellaisenaan rajoituksia muiden tehtävien asettamiseen. Ks. myös mts. 33, jossa korostetaan muun kuin taloudellisesti tehokkaan täytäntöönpanon jäävän jo historiallisista syistä insolvenssioikeuden tavoitteiden ulkopuolelle. Ks. edelleen sama Yale L.J. 1982 s. 860 alav. 18.

suoraan: Jacksonin ja Bairdin näkemys kollektiivisesta insolvenssioikeudesta on *taantumuksellinen* (reactionary). Sen toteutuminen ajaisi oikeudenalan takaisin tilaan, jossa saneerausintressiä ja siihen liittyviä mahdollisuuksia ei ollut vielä lainkaan havaittu.¹³¹

Myös väite, jonka mukaan saneerausintressi on materiaalsen lainsäädännön ongelma, eikä sillä tästä syystä voi olla itsenäistä arvoa insolvenssioikeudessa, perustuu velkojamyönteiselle vakaumukselle. Tämä on syytä panna merkille erityisesti insolvenssioikeudellisia uudistuksia harkittaessa tai voimassa olevaa oikeutta tulkittaessa. Kun väitettä yritetään tarkastella teoreettisena oppilauseena, havaitaan, että koko vastakkainasettelu (materiaalinen oikeus vs. insolvenssioikeus) on konstruktiiivinen, kevyt ja keinotekoinen. Sen perustana ei ole loogisuus – vaikka taloudelliserationaalinen teoria näin väittää – vaan jälleen oikeuspoliittinen ja moraalifilosofinen näkemys siitä, onko saneerausintressi oikeussuojan arvoinen. Jackson ja Baird yksinkertaisesti siirtävät saneerausintressin materiaalsen yhteiskuntapolitiikan ongelmaksi, koska se haittaa täytäntöönpanointressin toteuttamista ja puhdasoppista (ääriutilitaristista) insolvenssioikeudellista järjestelmää. Tarkempaa keskustelua siitä, minkä alan sääntelyyn – ja yleensäkin kenen huoleksi – saneerausintressi kuuluisi, ei käydä. Arvioitaessa jonkin normiston mahdollisia sääntelykohteita ratkaisevaa kuitenkin pitäisi olla, mihin yhteiskunnallisiin ongelmiin ko. normistolla *tosiasiassa* voidaan vaikuttaa ja onko haluttu vaikutus aikaansaataavissa oikeuspoliittisesti järkevällä tavalla, so. oikeudenmukaisuuskäsitykset tyydyttäen ja kohtuullisin kustannuksin.

Niinpä kun insolvenssilainsäädännöllä tosiasiallisesti voidaan vaikuttaa saneerausintressin toteutumiseen – tätä ei kukaan voine uskottavasti kiistää – on jälleen *oikeuspoliittinen valinta*, käytetäänkö tätä mahdollisuutta ja missä laajuudessa näin ehkä tehdään. Tyydyttävä kokonaisratkaisu sen sijaan *ei* synny pelkkien johdonmukaisuuspäätelmien varassa, alkaen saneerausintressin luokittelemisesta jonkin toisen alan normistoon 'kuuluvaksi', päättyen insolvenssioikeuden loogisten rajojen sulkemiseen taloudellista tehokkuutta koskevien oletusten nojalla.

Yrityksistään huolimatta Jackson ja Baird eivät onnistu esittämään mitään loogisesti pakottavia perusteluja, joiden nojalla täytäntöönpanointressin ylivaltalta sivuuttaisi muut intressit, tai jotka vaatisivat insolvenssioikeuden tiukkaa erottamista materiaalisesta oikeudesta. Eräs heidän käyttämistään keinoista on lainsäädäntövalan jakautuminen Yhdysvaltain osavalttioiden ja liittovaltion kesken. Yleistäytäntöönpano (bankruptcy law) on Yhdysvaltain

¹³¹ Korobkin Colum. L. Rev. 1991 s. 744. Ks. myös Carlson Mich. L. Rev. 1987 s. 1381, jonka mukaan vaatimus materiaalsen oikeuksien koskemattomuudesta "seems anti-reform, anti-efficiency, anti-fairness."

perustuslain mukaan liittovaltion oikeutta, täytäntöönpantavien oikeuksien sisältö puolestaan osavaltioiden oikeuden varassa.¹³² Lainsäädäntövallan jakautumisen perusteella olisi siten mahdollista väittää, että liittovaltio ylittää toimivaltansa kajoessaan saneerauslainsäädännöllä velkojan oikeuteen, joka on syntynyt osavaltion lain nojalla. Tätä käsitystä vastaan on kuitenkin yhtä helppo huomauttaa, että insolvenssioikeuden federaalisuus ei kerro mitään siitä, minkä *sisältöistä* insolvenssioikeuden tulee olla. Federaalisuudesta ei seuraa loogisesti vaatimusta, jonka mukaan insolvenssioikeuden olisi pitävädyttävä osavaltioiden lakiin perustuvien oikeuksien täytäntöönpanossa.

2.4.2 Carlsonin metodologinen kritiikki

Velkojien sopimusmallin oikeuspoliittinen tausta on juuri todetuin tavoin kiistaton. Koska oikeuspoliittinen arvokannanotto nojaa aina viime kädessä subjektiiviseen vakaumukseen, kannanoton onnistuneisuudesta tms. ei ole syytä tämän enempää kiistellä. Ongelmallista on vain, että viime kädessä poliittinen ideologia esitetään teoreettisloogisena välttämättömyytenä, jolle ei haluta tunnustaa mitään vaihtoehtoja.

Sen sijaan se teoreettinen viitekehys, jonka varaan täytäntöönpanointressin ylivalta rakennetaan, on jo huomattavasti ongelmallisempi ja altis kiivaallekin väittelylle. Tuo viitekehys on creditors' bargain model, teoria velkojien hypoteettisesta sopimuksesta, jota kollektiivisen insolvenssioikeuden katsotaan ilmentävän. Useat Jacksonin ja Bairdin (etenkin edellisen) kritisoijat katsovat, että velkojien sopimusteoria lainaa olennaisia elementtejä John Rawlsin yhteiskuntasopimusta koskevasta teoriasta, joka tunnetaan Suomessa *oikeudenmukaisuusteorian* (A Theory of Justice). Kyseiset kriitikot pitävät creditors' bargain-doktriinia epäonnistuneena yrityksenä soveltaa hypoteettisten alkutilasopimusten teoriaa – kontraktarianismia – insolvenssioikeuteen. Kuten pian havaitaan, Carlson on tämän kritiikin aggressiivinen, ankara edustaja, Korobkin maltillisempi ja rakentavampi.

¹³² Liittovaltion konkurssioikeuden juurista ja kehityksestä ks. Tuula s. 61–69. Jackson, Yale L.J. 1982 s. 859 alav. 15, viittaa oikeuskäytännössä esitettyihin käsityksiin federaalisen konkurssioikeuden ja osavaltioiden oikeuden välisestä suhteesta pyrkiessään asettamaan yleistä normia, jonka mukaan konkurssioikeuden on jätettävä osavaltioiden lainsäädäntöön perustuvat intressit koskemattomiksi. Toimivallan jakautuminen liittovaltion ja osavaltioiden välillä perustetaan kirjallisuudessa useimmiten ratkaisuun Butner v. United States, 440 U.S. 48, 55 (1979), jossa lausuttiin, että "Congress has generally left the determination of property rights in the assets of a bankrupt's estate to state law". Bairdin mukaan ratkaisu ilmaisee yleisen periaatteen, jonka mukaan kollektiivinen insolvenssioikeus muuttaa ainoastaan velkojien käytettävissä olevia oikeussuojakeinoja, mutta ei puutu osavaltioiden oikeuteen perustuvien vaatimusten sisältöön, jollei jokin erityinen peruste toisin vaadi. "This is known as the Butner principle." Ks. Baird Elements s. 5.

Kritiikin analysoinnissa on nähdäkseni syytä pureutua kahteen peruskysymykseen:

- onko creditors' bargain -teoria ”sitoutunut” kontraktarianismiin niin, että sitä on ylipäänsä mielekästä tai oikeudenmukaista pitää *tällä perusteella* epäonnistuneena (onko kyseessä teoreettismetodologinen sitoumus vai pelkkä vaikutte) ja
- missä kontraktarianismin elementeissä creditors' bargain -teoria sitten epäonnistuu?

Jackson¹³³ kieltämättä esiintyy vähintään kontraktarianistisessa viitekehyksessä pyrkiessään osoittamaan, että velkojat luultavasti jo ex ante suostuisivat pakottavan kollektiivijärjestelmän olemassaoloon saavuttaakseen jotain itselleen arvokasta (=alentaakseen strategista riskiä sekä suoria kuluja ja mahdollistaakseen täytöntöönpanon kohteena olevan varallisuuden systemaattisen arvonnousun). Kontraktarianismin ydinajatushan on osoittaa edellytykset, joiden nojalla pakottavan (normi)järjestelmän olemassaolo on perusteltavissa järjestelmän vaikutuspiirissä olevien ihmisten vapaalla tahdolla ja heidän oman intressinsä edistämiseksi.¹³⁴ Haluttaessa lienee myös mahdollista katsoa, että materiaalsen oikeuden koskemattomuusvaatimus on 'jacksonilainen' implikaatio rawlsilaisesta alkutilasta, jossa sovitaan, miten tietämättömyyden verhon takaa paljastuvassa tilanteessa menetellään. Oikeudenmukaisuusteorian perusolettamiinhan kuuluu, että alkutilaan ja siinä sovituihin periaatteisiin ei verhon noustua voida enää puuttua, kuten ei Jacksonin mukaan materiaalsiin oikeusasemiin insolvenssimenettelyssä.¹³⁵

Juuri todetuista (osin melko väkinäisistä) yhteyksistä huolimatta ei nähdäkseni ole mitenkään selvää, että Jacksonin tavoitteena todella oli puhdasoppinen insolvenssioikeudellinen sovellus rawlsilaisesta kontraktarianismista. Hän viittaa Rawlsin keskeisiin ajatuksiin lähinnä inspiroivina vaikutteina, viitteellisinä analogioina muutamassa kohdin ”Logic and Limits” -teosta.¹³⁶ On tietenkin

¹³³ Sopimusmallin 'rawlsilainen' kritiikki on kohdistunut nimenomaan Jacksoniin. Kritiikin esittelyssä ja analysoinnissa puhutaan siksi tässäkin tutkimuksessa vain Jacksonista, vaikka onkin selvää, että arvostelu koskee yhtä lailla creditors' bargain -teorian toista ikonia, Bairdia. Sama pätee yleensäkin po. teorian kannattajiin.

¹³⁴ *Korobkin* Tex. L. Rev. 1993 s. 562, yleisemmällä tasolla *Niemi* s. 142 ja 149.

¹³⁵ Tällaisen analogian esittää *Carlson*, Mich. L. Rev. 1987 s. 1345 (konstruoidessaan Jacksonille – tämän puolesta – kontraktarianistista metodia; ks. myös mas. 1350).

¹³⁶ *Jackson* Logic and Limits s. 17 alav. 22: ”As such, it (kollektiivinen insolvenssimenettely, lisäys tässä) reflects the kind of contract that creditors would agree to if they were able to negotiate with each other before extending credit. This is an application of the famous Rawlsian notion of bargaining in the 'original position' behind a 'veil of ignorance'”. Ks. myös mts. 236–237. Molemmissa yhteyksissä Jackson viittaa suppeaan, joskin tärkeään, jaksoon A Theory of Justice -teoksesta (s. 136–142, joilla Rawls esittelee ideansa tietämättömyyden verhosta alkutilassa). Yleisesti on syytä huomata, että hypoteettisen sopimuksen teoria on Logic and Limits -teoksessa selvästi vähäisemmässä roolissa kuin Jacksonin artikkelituotannossa.

mahdollista vaatia, että tietyn teoreettisen viitekehyksen (tässä 'rawlsilaisen projektin') mainitseminen jo tällaisena inspiroivana vaikutteena edellyttää absoluuttista sitoutumista tuohon viitekehykseen – muussa tapauksessa se olisi jätettävä kokonaan sivuun ja pyrittävä perustelemaan sanomansa muilla keinoin. Carlson näyttää edellyttävän juuri tällaista muodollismetodologista puhautta, ehdotonta tutkimuksellista valintaa. Hän argumentoi aggressiivisesti – ja epäilemättä asiantuntevasti – miksi Jacksonin 'konktraktarianistinen metodi' (jonka Carlson tosin itse konstruoi) on peruuttamattomasti puutteellinen ja epäjohdonmukainen.

Eri asia kuitenkin on, kuinka pitkälti pelkillä teoreettismetodologisilla perusteilla on oikeutettua tehdä myös *sisällöllisiä* päätelmiä velkojien sopimusmallin onnistuneisuudesta. Carlsonin kritiikki painottuu niin vahvasti teoreettismetodologisiin kysymyksiin, että sisällöllinen arvio jää niiden varjoon. Hänen keskeisiä moitteitaan on, että Jackson siirtyilee epäjohdonmukaisesti ("shifts without warning") utilitaristisista lähtökohdista oikeudenmukaisuutta (oikeuden reiluutta) painottavaan argumentointiin – ja takaisin. Suoraan tällä perusteella Jacksonin teorianmuodostus on Carlsonin mukaan "ad hoc and inconsistent".¹³⁷ Carlson ei hyväksy etenkään sitä, että Jackson perustelee velkojien yhdenvertaisuutta utilitaristisilla nettohyötyargumenteilla, mutta samalla kuitenkin luonnollisen henkilön velasta vapautumista oikeuden reiluusvaatimuksella.¹³⁸ Tällaiseen kritiikkiin voidaan nähdäkseni päätyä vain hyvin ahtaan, muodollismetodologista ehdottomuutta korostavan ajattelutavan seurauksena: laadukas tutkimus edellyttää absoluuttisia teoreettismetodologisia valintoja ja näin tehtyjen sitoumusten tiukkaa seuraamista.

Omasta puolestani en näe kovinkaan ongelmallisena sitä, että luonnollisen henkilön insolvenssioikeudessa, erityisesti velasta vapautumisessa, korostetaan oikeuden reiluutta (oikeudenmukaisuutta), vaikka samalla oltaisiin valmiita antamaan utilitarismille huomattavakin paino kollektiivisessä insolvenssioikeudessa muutoin, erityisesti yrityksen insolvenssioikeudessa. Päinvastoin, tämä on aivan hyväksyttävä *sisällöllinen* näkemys, jota ei pidä hylätä siksi, että koherentti metodologia joutuu väistymään. Ainakaan tällainen metodologinen 'halkeama' ei oikeuta sellaiseen äärireaktioon, jota Carlsonin kritiikki edustaa, ja joka jättää substanssikysymykset sivuun. Toki Jacksonia ja hänen metodiaan (jos sellaisesta halutaan puhua) voidaan arvostella siitä, että hän ylipäänsä viittaa rawlsilaiseen alkutilaan perustellakseen rawlsilaisuuden täydellistä vastakohtaa, ääriutilitarismia. Mutta tällöinkin on huomattava, että vaikka argu-

¹³⁷ Carlson Mich. L. Rev. 1987 s. 1345.

¹³⁸ M.a.s. 1357, jossa Carlson katsoo tällaisen epäjohdonmukaisuuden olevan "totally unjustified in Jackson's book", koska "A competent philosopher is supposed to develop *consistent* systems" (kurs. alkup.). Ks. edelleen mas. 1370.

mentaation metodologista koherenssia on syytä jatkuvasti kontrolloida, siihen ei pidä takertua niin, että sisällöllisesti hyväksyttävät näkemykset joudutaan uhraamaan menetelmälliselle johdonmukaisuudelle.

Itse asiassa Carlsonin vaatimus, jonka mukaan luonnollisen henkilön insolvenssioikeutta – erityisesti discharge-instituutiota – olisi lähestyttävä samoista teoreettismetodologisista lähtökohdista kuin yrityksen insolvenssioikeutta, on sisällöllisesti varsin kyseenalainen. Insolvenssioikeuden tutkimuksessa näkemys on yleensä juuri toinen; tutkimukselliset lähtökohdat voivat aivan hyvin olla erilaiset, koska tarkasteltavat ilmiöt ovat erilaisia. Tästä näkemyksestä ei ole syytä luopua siitä huolimatta, että myös yrityksen insolvenssioikeuden tutkimuskohteella on väistämätön yhteys inhimillisiin arvoihin, kuten Korobkin on vakuuttavasti osoittanut. Yrityksen maksukyvyyttömyys on sekä taloudellisenä tapahtumana että sääntely- ja tutkimuskohteena edelleen syytä erottaa luonnollisen henkilön maksukyvyyttömyydestä. Eräs keskeisimmistä erottavista tekijöistä on 'saneerauskelpoisuuden' merkitys rehabilitaation edellytyksenä. Yrityksen rehabilitaatiolle ei ole perusteita, jos yritys on menettänyt tulontuottamiskykynsä, eikä sitä voida enää palauttaa. Luonnollisen henkilön rehabilitaatiossa samaa kysymystä ei tietenkään voida arvioida aivan samalla tavoin. Yhtä selvää on, että tämä perusero voi vaikuttaa niihin teoreettismetodologisiin ja moraalisiin lähtökohtiin, joista käsin insolvenssioikeudellista tutkimusta tehdään.

2.4.3 Korobkinin kontraktarianistinen valintamalli

2.4.3.1 Johdatus valintamallin teoreettisiin perusteisiin

Rakentavampaa kritiikkiä Jacksonin sopimusmallia kohtaan esittää Korobkin vuonna 1993 Texas Law Review:ssa julkaistussa artikkelissaan "Contractarianism and the Normative Foundations of Bankruptcy Law".¹³⁹ Tässä laajassa ja perusteellisessa kirjoituksessaan Korobkin kehittää pari vuotta aiemmin luomaansa arvoperusteista mallia, nyt nimenomaisena tarkoituksenaan tukea sitä rawlsilaisella yhteiskuntasopimusteorialla (kontraktarianismilla).¹⁴⁰

¹³⁹ Korobkin Tex. L. Rev. 1993 s. 541–631.

¹⁴⁰ Seuraavassa käytetään paljon termiä kontraktarianismi. Sillä kuvataan yleisesti yhteiskunta- ja moraaliteoreettista lähtökohtaa, jonka mukaan oikeudenmukaisuusvaatimus perustuu yhteiskunnan jäsenten hypoteettisesti solmimaan yhteiskuntasopimukseen ja sopimuksen heijastamaan vastavuoroisuuteen. Oikeusteoreettisessa kirjallisuudessa puhutaan tällöin usein sopimusteoriasta tai sopimusopista, ks. esim. Niemi s. 124–206, joka käsittelee sopimusoppiterminologian puitteissa myös eräitä konkreettisia siviilioikeudellisia instituutioita. Koska tässä tutkimuksessa on vaarana, että sopimusopista tai -teoriasta puhuminen saattaisi sekoittaa varsinaisen yhteiskuntasopimusteorian ensinnäkin jacksonilaiseen 'kvasiyhteiskuntasopimusteoriaan' eli yllä tarkasteltuun velkojen sopimusmalliin, toiseksi myös erilaisiin sopimusperusteisiin saneerausmalleihin (joita tarkastellaan jäljempänä), on päädytty käyttämään termiä kontraktarianismi, sen vierasperäisyydestä ja –kieltämättä – tietystä kankeudesta huolimatta.

Korobkin konstruoi erityisen insolvenssioikeudellisen valintamallin (bankruptcy choice model), jonka esikuva on rawlsilaisessa alkutilassa tapahtuva oikeudenmukaisuusperiaatteiden valinta, ts. niiden periaatteiden muotoilu, joiden varassa toimiva yhteiskunta on oikeudenmukainen.¹⁴¹ Korobkinin valintateorian tarkoituksena on vastaavin menetelmin osoittaa, millaiset periaatteet valittaisiin ohjaamaan kollektiivista insolvenssinormistoa, jos valinnan tekisivät järkevät, vapaat ihmiset rawlsilaisen tietämättömyyden verhon takana, ja kun tavoitteeksi asetettaisiin oikeudenmukainen kollektiivisen insolvenssioikeuden järjestelmä.

Carlsonin ja Korobkinin kritiikissä on sekä yhtäläisyyksiä että eroja. Kuten Carlson, myös Korobkin katsoo, että Jacksonin ja Bairdin sopimusmallia voidaan ylipäänsä arvioida rawlsilaisin perustein; hänkin käsittelee sitä epäonnistuneena kontraktarianistisena teoriana. Toisin kuin Carlson, Korobkin kuitenkin myöntää, ettei Jacksonin tavoitteena ilmeisestikään ollut luoda puhdasoppista rawlsilaista oikeudenmukaisuusteoriaa kollektiiviseen insolvenssioikeuteen, vaan osoittaa, millainen järjestelmä olisi ihanteellinen velkojien taloudellisten intressien kannalta.¹⁴² Korobkinin mukaan Jackson kuitenkin altistaa teoriansa (ja itsensä) kontraktarianistiselle kritiikille jo sillä perusteella, että hän hyödyntää hypoteettisen sopimuksen ideaa; kritiikkiä ei voida torjua vain viittaamalla siihen, että tavoitteet ja johtopäätökset ovat subtaanssiltaan taloudellisia.¹⁴³ Tässä mielessä Korobkin on samoilla linjoilla Carlsonin kanssa, mutta heidän kritiikkinsä perusteet eroavat silti huomattavasti toisistaan. Vaikka Korobkin pyrkiikin osoittamaan, missä kohdin Jacksonin teorian kontraktarianistiset puutteet ovat pahimmillaan, hänen *päähuomionsa on asiasisällössä*. Hän etenee velkojien sopimusteorian puutteista kohti omaa, vaihtoehtoista malliaan, jonka on tarkoitus muodostaa parempi kontraktarianistinen teoria insolvenssioikeudesta. Kritiikistä puuttuu Carlsonille tyypillinen, itseriittoinen metodologinen fundamentalismi.

2.4.3.2 Valintatilanteen konstruointi

Insolvenssioikeuden institutionaaliset periaatteet valitaan samankaltaisessa hypoteettisessa alkutilassa, jonka Rawls on kehitellyt oikeudenmukaisen yhteiskunnan perusperiaatteiden valintaa varten. Tämän erityisen valintatilanteen konstruoinnissa Korobkin seuraa tiiviisti Rawlsia.¹⁴⁴

¹⁴¹ Ks. *Korobkin* Tex. L. Rev. 1993 s. 544.

¹⁴² *Korobkin* Tex. L. Rev. 1993 s. 554 alav. 64.

¹⁴³ Taloudellisten päämäärien perusteleminen hypoteettisella sopimuksella johtaa siihen, että Jacksonin perustelutapa ("philosophical mode of justification") on kontraktarianistinen; *Korobkin* Tex. L. Rev. 1993 s. 554 alav. 64.

¹⁴⁴ Tätä Korobkin pitää täysin avoimesti myös tavoitteenaan (ks. *Tex. L. Rev.* 1993 s. 544). Insolvenssioikeudellisen valintatilanteen rakenteen hän esittelee johdonmukaisesti ja perusteellisesti, ks. *Tex. L. Rev.* 1993 s. 552–571. Seuraavassa viitataan juuri mainituille sivuille, jollei

Teorian rakentaminen alkaa tehtävän asettamisella: tehtävänä on valita institutionaaliset periaatteet, joiden varaan muodostettavalla normistolla tullaan sääntelemään insolvenssioikeuden perusongelmaa, taloudellista ahdinkoa ja siinä vallitsevaa monimutkaista suhdeverkostoa. Tehtävän yksilöinnin jälkeen on päätettävä, ketkä osallistuvat periaatteiden valintaan (representation of persons). Päätökseen vaikuttaa syvällisesti käsitys siitä, millaiseksi ongelmaksi taloudellinen ahdinko ymmärretään. Onko kysymys pelkästään velkojien keskinäisestä tai ehkä velallisen ja velkojien välisestä ongelmasta, vai katsotaanko asian koskevan kaikkia, joihin yrityksen olemassaolo ja sitä koskeva päätöksenteko tosiasiallisesti vaikuttavat? Johdonmukaisesti aiemmin omaksumansa arvoperustaisen mallin kanssa – joka korostaa taloudellisen ahdingon laajoja tosiasiallisia vaikutuksia – Korobkin päättyy viimeksi mainitun vaihtoehdon mukaiseen valitsijoiden piiriin. Koska yrityksen taloudellinen ahdinko vaikuttaa jollain tavoin kaikkialla yhteiskunnassa, *kaikilla yhteiskunnan jäsenillä* ("all persons in society") on oltava oikeus osallistua insolvenssioikeudellisten periaatteiden valintaan. Valitsijoiden ei edellytetä esiintyvän missään insolvenssispesifissä roolissa (luotonantajana tai muuna rahavelkojana, velallisena, yrityksen työntekijänä tms.), vaan yhdenvertaisina henkilöinä, joilla kullakin oletetaan olevan jokin intressi osallistua periaatteiden valintaan.¹⁴⁵ On helppo huomata, että ero 'jacksonilaiseen' kontraktarianismiin, joka tunnustaa hypo-

yksittäistä kysymystä pysähdytä tarkastelemaan lähemmin. – Yleisen oikeudenmukaisuusteorian edellyttämää rationaalisen valinnan tilannetta on tarkasteltu useista näkökulmista, sekä hyväksyen että kriittisemmin. Edellisiin kuuluu ymmärtääkseni *Niemi* s. 170–174, joka korostaa tietämättömyyden verhon merkitystä lainopilliselle tutkimukselle; se tarjoaa todellisen puolueettoman, yleisen tason näkökulman, jonka perusta on kuitenkin yksilöllisyydessä. Kriittisesti etenkin *Nagel* Reading Rawls s. 1–16 ja *Dworkin* mts. 37–53.

¹⁴⁵ Valitsijoiden 'roolittomuus' näyttää Korobkinilla tässä yhdistyvän taloudellisen ahdingon vaikutuspiiriin laajuuteen (ks. *Tex. L. Rev.* 1993 s. 554). Kuten jäljempänä havaitaan, roolittomuus on kuitenkin myös – ja ennen kaikkea – olennainen osa tietämättömyyden verhoa, joka takaa sen, että periaatteiden valinta tapahtuu reilusti. – Kaikkien yhteiskunnan jäsenten hyväksyminen periaatteiden valitsijoiksi saattaa tuntua ensi näkemältä liioittelulta, jopa naiivilta. Käytännössähän yrityksen maksukyvyttömyyden vaikutuspiiri pysähtyy aina johonkin yksilöitävissä olevaanajaan. On kuitenkin syytä muistaa, että kyseessä on puhtaasti teoreettisen valintatilanteen konstruointi, jossa kuvataan hypoteettisia olosuhteita. Konstruoitavan valintatilanteen on oltava mahdollinen nimenomaan ja vain teoriassa – täysin riippumatta siitä, mikä on mahdollista, saati realistista, käytännössä. Samoin kuin rawlsilaisen alkutilan, myös insolvenssioikeudellisen valintatilanteen konstruoinnissa tavoitellaan niin yleistä asiaintilaa, että kaikki reaali maailman vinoutumat (valitsijoiden henkilökohtaiset, sosiaaliset ym. eroavuudet, jotka juuri reaali maailmassa vaikuttaisivat periaatteiden valintaan) saadaan eliminoiduiksi. Näin käy ymmärrettäväksi, että kaikilla on todellakin oltava oikeus osallistua valintaan. Alkuaseman hypoteettisuudesta yleisessä oikeudenmukaisuusteoriassa ks. *Rawls* s. 12, 120 ja 136; insolvenssioikeudellisessa valintateoriassa *Korobkin* *Tex. L. Rev.* 1993 s. 564. Toisaalta alkutilan ja tietämättömyyden verhon hypoteettisuus tarkoittaa myös, että ne muodostavat keinon *edustaa* (niin ikään hypoteettisia) periaatteiden valitsijoita ("simply a device of representation", ks. *Rawls* *Political Liberalism* s. 25, laajemmin mts. 24–28).

teettisen sopimuksen osapuoliksi vain yrityksen velkojat, voi tästä tuskin enää syventyä.¹⁴⁶

Kuten tunnettua, rawlsilaisen kontraktarianismin keskeinen presumtio on tietämättömyyden verho (veil of ignorance). Se tarkoittaa oletusta, jonka mukaan oikeudenmukaisuusperiaatteiden valitsijat ovat tietämättömiä sekä omasta asemastaan että toistensa asemasta yhteiskunnassa. Tietämättömyyden verho on välttämätön, jotta periaatteiden valinta olisi reilu; verho takaa valitsijoille yhdenvertaisen aseman, ns. alkutilan, jossa valinta tapahtuu vapaana subjektiivisista intresseistä. Jos valitsija (jokainen tai osa heistä) olisi tietoinen yhteiskunnallisesta asemastaan (ja tämän erosta suhteessa muihin), valinnassa todennäköisesti suosittaisiin tietynsisältöisiä periaatteita, joita muut valitsijat vastavasti hylkisivät. Tietämättömyyden verho erottaa valitsijat todellisesta yhteiskunnasta, jossa yhdenvertainen valintatilanne olisi mahdoton.¹⁴⁷

Vastaava tietämättömyysoletus on välttämätön myös Korobkinin insolvenssioikeudelliselle valintateorialle. Insolvenssioikeudellisten periaatteiden valitsijat eivät saa tietää oikeudellista, poliittista tai henkilökohtaista asemaansa enempää yhteiskunnassa yleisesti kuin missään tietyissä insolvenssitilanteissa. Siten he eivät tiedä, millainen rooli heillä olisi todellisessa insolvenssitilanteessa, eivätkä edes sitä, miten maksukyvyttömyys todellisuudessa vaikuttaisi heihin. He eivät tiedä myöskään omasta mahdollisesta vaikutusvallastaan velalliseen, joka saattaisi perustua esimerkiksi tietynkaltaiseen sosiaaliseen asemaan, suhtautumisestaan taloudelliseen riskiin, henkilökohtaisesta varallisuudestaan eivätkä ylipäättään mistään sellaisesta, joka saattaisi vaikuttaa heidän arviointeihinsa ja toimintaansa yhteisen velallisen taloudellisessa ahdingossa.¹⁴⁸

Tässäkin Korobkinin kontraktarianismi eroaa radikaalisti Jacksonin hypoteettisen sopimuksen mallista. Viimeksi mainittuhan perustuu päinvastaiselle oletukselle: sopimuksen osapuolet (velkojat eli aktuaalisen varallisuusvaahteen haltijat) *tietävät asemansa insolvenssitilanteessa*. He tietävät mm., että heillä on saamisoikeus, että tuo oikeus perustuu sopimukseen ja erityisesti, missä määrin saamisoikeus on turvattu vakuudella.¹⁴⁹ Koska hypoteettisen

¹⁴⁶ Kuten *Korobkin* (Tex. L. Rev. 1993 s. 555) huomauttaa, Jackson ei onnistu perusteamaan osanotto-oikeuden ankaraa rajoittamista niin, että se olisi oikeutettu muutoinkin kuin velkojien näkökulmasta. Toisaalta voidaan huomauttaa, että creditors' bargain -teoria ei tarvitse tällaisia muita oikeuttamisperusteita, koska se lähtee enempää kyselemättä siitä, että kollektiivinen insolvenssioikeus on olemassa vain velkojia varten.

¹⁴⁷ Alkutilan (original position, initial situation) käsitteestä ja hypoteettisuudesta ks. edellä alaviite 145.

¹⁴⁸ *Korobkin* Tex. L. Rev. 1993 s. 560 ja 564–565.

¹⁴⁹ Jacksonin sopimusmallin perusoletuksiinhan kuuluu muun ohessa, että vakuusvelkoja ei tekisi sopimusta vakuuteen perustuvan oikeusasemansa heikentämisestä; ks. *Jackson* Yale L.J. 1982 s. 868–871.

sopimuksen osapuolet ovat jacksonilaisessa sopimusteoriassa tietoisia materiaalisesta oikeusasemastaan, ja koska teoria perustuu materiaalistien oikeuksien koskemattomuudelle, teoria ei kerro mitään insolvenssioikeuden distributiivisista vaikutuksista. Jacksonillehan onkin tärkeää vain se, että velallisuusvarallisuudesta saadaan irti mahdollisimman hyvä taloudellinen tulos, ei se, jakautuuko tulos oikeudenmukaisesti, kuten eivät varallisuuden jakautumisongelmat muutoinkaan.

Juuri sopimuskentekijöiden tietoisuus omasta historiastaan sekä taloudellirationaalisen ajattelun täydellinen piittaamattomuus taloudellisen hyödyn jakautumisesta osoittavat konkreettisesti, kuinka vähän *creditors' bargain*-teorialla on yhteistä rawlsilaisuuden kanssa. Tässä mielessä voidaan kyllä hyvällä syyllä kysyä, olisiko Jacksonin todella kannattanut jättää rawlsilaiset vaikutteensa kokonaan sivuun omasta teorianmuodostuksestaan. Mutta tämä ei – sitä korostettakoon – tee taloudellirationaalisesta teoriasta Carlsonin väittämän tavoin täysin kelyvontaa. Taloudellirationaalinen teoria osoittaa hyvin, millainen järjestelmä olisi velkojen kannalta paras. Rationaalinen keskustelu ei kuitenkaan pääty tähän – vaikka Jackson ja Baird itse vaikenevatkin – vaan ottaa tuloksen huomioon etsiessään oikeuspoliittisesti hyväksyttävää järjestelmää.

Samoin kuin yleisessä oikeudenmukaisuusteoriassa, myös Korobkinin valinta-teoriassa valitsijoiden on kuitenkin oltava selvillä asiantiloista, jotka ovat välttämättömiä itse tehtävän toteuttamiseksi. Kuten muistetaan, insolvenssioikeudellisessa valintatilanteessa valitsijoiden tehtäväksi on annettu niiden peruseriaatteiden osoittaminen, joiden varaan voidaan rakentaa oikeudenmukainen normijärjestelmä yhteisen velallisen taloudellisen ahdingon varalta. Järkevä valinta on mahdollinen vain, jos päätöksenteon kohteena olevan tilanteen perusolosuhteet ovat valitsijoiden tiedossa. Yleinen oikeudenmukaisuusteoria olettaa, että alkutilassa vallitsee tietoisuus ihmiselämän ja modernin yhteiskunnan yleisistä edellytyksistä. Lisäksi valitsijoiden on oltava tietoisia siitä, että tavoitteena oleva yhteiskunta on oikeudenmukaisuusvaatimuksen alainen. Rawls esittääkin, että alkutilassa vallitsee tietoisuus oikeudenmukaisuusvaatimuksesta yhteiskunnan perustana. Faktisena olosuhteena oikeudenmukaisuus taas määritellään tilaksi, jossa ihmisten välinen yhteistyö on sekä mahdollista että välttämätöntä.¹⁵⁰ Yhteistyön korostuminen johtuu siitä, että oikeudenmukaisuusteoriassa yhteiskunta ymmärretään jäsentensä vastavuoroiseen hyötyyn pyrkivänä yhteistoimintana, johon sisältyy samanaikaisesti sekä intressien yhteisyyttä että niiden vastakkaisuutta.¹⁵¹

¹⁵⁰ Rawls s. 126.

¹⁵¹ Ks. Rawls s. 126–130 ja 137. – Kun kaikki ihmiselämän ja yhteiskunnan yleiset edellytykset sekä oikeudenmukaisuuden olosuhteet oletetaan tiedetyiksi, tietämättömyyden verho kätkeekin lopulta ”vain” sellaisen tiedon, jonka perusteella valitsijat ryhtyisivät arvioimaan omaa asemaansa suhteessa toisiinsa. Ks. Korobkin *Tex. L. Rev.* 1993 s. 565 alav. 127: ”...parties in the hypothetical original position know general facts about human society but not the particular contingencies that may set them at odds with one another.”

Tietoisuus ihmiselämän ja modernin yhteiskunnan yleisistä edellytyksistä sekä oikeudenmukaisuusvaatimuksesta kuuluvat luonnollisesti myös insolvenssioikeudelliseen valintatilanteeseen, mutta ne eivät ole vielä riittäviä edellytyksiä järkevälle valinnalle. Insolvenssioikeudellisten peruseriaatteiden valitsijoiden on lisäksi oltava tietoisia niistä erityistä olosuhteista, jotka vallitsevat yrityksen taloudellisessa ahdingossa. Korobkin muotoileekin erityiset insolvenssioikeudelliset olosuhteet (”circumstances of bankruptcy”), jotka annetaan valitsijoille tiedoksi. Yleisellä tasolla hän määrittelee ne rawlsilaisten oikeudenmukaisuusolosuhteiden ’erityistapauksiksi’, ts. olosuhteiksi, joiden vallitessa insolvenssioikeudellinen järjestelmä on sekä mahdollinen että välttämätön. Edelleen Rawlsia seuraten hän jakaa insolvenssioikeudelliset olosuhteet objektiivisiin ja subjektiivisiin. Objektiiviset olosuhteet muodostuvat sosiaalisista, taloudellisista ja oikeudellisista olosuhteista, jotka ympäröivät taloudellista ahdinkoa tosiasiallisena ilmiönä. Niihin kuuluu sellaisia piirteitä kuin vapaa-seen markkinatalouteen perustuva luottoyhteiskunta, jonka avulla toteutetaan erilaisia tarpeita, käyttäen erityisesti hyväksi mahdollisuutta harjoittaa liiketoimintaa oikeusjärjestyksen tunteman yritysmuodon kautta. Keskeistä objektiivisille insolvenssioikeudellisille olosuhteille on muutoinkin, että niillä on kiinteä yhteys liiketoimintaa harjoittavien yritysten syntymiseen, toimintaan ja selviytymiseen markkinoilla. Samalla ne asettavat yrityksille ja niiden toiminnalle valtavan määrän erilaisia vaatimuksia. Normaalisti yritykset kykenevät myös täyttämään nämä vaatimukset, kun taas – kuten edellä on todettu – taloudellisessa ahdingossa yrityksen kyky siihen kohdistuvien vaatimusten täyttämiseen on vakavasti heikentynyt. Insolvenssioikeudellisen valintatilanteen osapuolet ovat tietoisia näistä objektiivisista olosuhteista. Samalla niistä ilmenee valitsijoille käsitys siitä, että taloudellinen ahdinko on monimutkainen sosiaalinen ongelma, jonka perusteet ovat yksilöitävissä, mutta jota ei koskaan voida määritellä tyhjentävästi.¹⁵²

Insolvenssioikeudellisen valintatilanteen viimeinen oletus on, että valitsijat ovat tietoisia myös ns. subjektiivisista insolvenssioikeudellisista olosuhteista. Tämä tarkoittaa tietoa siitä, että taloudellisen ahdingon vaikutukset ovat laajoja ja vaihtelevia niin henkilöpiiriltään, laadultaan kuin voimakkuudeltaankin. Joillekin taloudellinen ahdinko merkitsee (omien ja läheisten) perustavimpien tarpeiden – esimerkiksi elintarvikkeiden saannin ja asumisen – vaarantumista. Joillekin vaikutus taas ilmenee sijoitussalkun arvon taikka yksittäisen saamisoi-keuden vaarantumisena. Mitä henkilökohtaisemman tarpeen yrityksen taloudellinen ahdinko vaarantaa, sitä vakavamman subjektiivisen olosuhtemuutoksen se voi aiheuttaa. Marginaalisemman intressin vaarantuminen johtaa vastaa-

¹⁵² Objektiivisten insolvenssioikeudellisten olosuhteiden määrittelystä yllä kuvatuin tavoin ks. *Korobkin* Tex. L. Rev. 1993 s. 565–566.

vasti lievempään subjektiiviseen muutokseen.¹⁵³ Insolvenssioikeudelliselle valintateorialle on olennaista, että valitsijat tietävät subjektiivisten olosuhteiden vaihtelevuudesta ja siten siitä, että insolvenssimenettelyssä tavoitellaan erilaisen tavoitteiden toteutumista. Kuten todettu, he eivät kuitenkaan tiedä omien, läheistensä tai kenenkään muunkaan subjektiivisia olosuhteita yleisesti taikka tietyssä insolvenssitilanteessa erityisesti.¹⁵⁴

Kun insolvenssioikeudellinen valintatilanne on konstruoitu yllä kuvatuin tavoin, voidaan luottaa siihen, että mitkä tahansa periaatteet tulevatkaan valituiksi, ne on valittu reilusti, ts. olosuhteissa, joissa mitään osapuolta ei ole suosittu eikä syrjitty. Tämä vahvistaa sellaisenaan periaatteiden normatiivista merkitystä. Mitkä periaatteet sitten tulisivat valituiksi tässä erityisessä insolvenssioikeudellisessa alkutilassa?

2.4.3.3 *Insolvenssioikeuden periaatteet (Principles of Bankruptcy)*

a) *Kaksi periaatetta.* Korobkinin mukaan insolvenssioikeudellinen valintatilanne tuottaisi todennäköisesti kaksi periaatetta, *intressitahojen mukaanoton l. inklusion periaatteen* ja *järkevän suunnittelun periaatteen*. Edellinen on insolvenssioikeuden ”Ensimmäinen Periaate” (The First Principle of Bankruptcy):

¹⁵³ Subjektiivisten olosuhdemuutosten vaikutuksia voidaan ’mitata’ tarkastelemalla, kuinka voimakkaasti yrityksen taloudellinen ahdinko vaikuttaa tietyn henkilön käsitykseen itsestään ihmisenä. Esimerkiksi kodin tai työpaikan menettämisen uhka korreloi voimakkaasti subjektiivisen persoonallisuuskäsityksen kanssa. Ne ovat tavallaan korvaamattomia tai ainakin selvästi vaikeammin korvattavia persoonallisuuden suojarakenteita (”sanctuaries needed for personhood”) kuin vähemmän henkilökohtaiset varallisuuskohteet. Tässä Korobkin hyödyntää Margaret Jane Radinin teoriaa omaisuuden (varallisuuslajien ja -yksiköiden) erottelemisesta sillä perusteella, mikä merkitys tietyllä omaisuudella on henkilön käsitykselle itsestään ihmisenä, individuaalisena henkilönä. Radinin ydinväite on, että persoonallisuuskäsitykselle merkityksellistä omaisuutta on olemassa, tyypillisenä esimerkkinä pitkäaikainen koti. Jos omaisuus on omistajansa individuaalisuuskäsityksen (säilymisen) kannalta olennaista (”essential”), kyseessä on ”personal property”, jos taas ei ole, kyseessä on vain varallisuusarvoinen omaisuus (”fungible”), josta luopumisella tai jonka vahingoittumisella ei ole omistajansa persoonallisuuskäsitykseen ulottuvia vaikutuksia; tällainen omaisuus, tyypiesimerkkinään raha, on sellaisenaan myös vaihdettavissa toiseen. Ks. Radin Stan. L. Rev. 1982 s. 957 ja 959–961. Toisena subjektiivisten olosuhteiden vaihtelun mittarina Korobkin mainitsee vaarantuneen intressin eettisen merkityksen yleisten eettisten käsitysten kannalta. Hän erottaa tilanteet, joissa tietyn odotuksen vaarantuminen aiheuttaa yleisistä moraalikäsitksistä nousevaa suuttumusta, jopa raivostumista (”moral outrage”), tilanteista, joissa tappio tai sen vaara herättää vain inhimillistä sympatiaa. Ks. subjektiivisten insolvenssioikeudellisten olosuhteiden muodostumisesta kuvatuin tavoin Korobkin Tex. L. Rev. 1993 s. 567–570.

¹⁵⁴ Korobkin Tex. L. Rev. 1993 s. 570. Jo valitsijoille asetettuun tehtävään sisältyi vaatimus, jonka mukaan tavoitteena on järkevä insolvenssioikeudellinen järjestelmä. Korobkin (mas. 570) kuitenkin olettaa vielä erikseen Rawlsin esikuvaa seuraten, että järjestelmän avulla tavoitellaan ainoastaan järkeviä (subjektiivisia) päämääriä ja että valitsijat tavoittelevat oman etunsa toteutumista pyrkimättä haittaamaan toisten edun toteutumista.

Inclusion of Affected Persons), jälkimmäinen puolestaan insolvenssioikeuden ”Toinen Periaate” (The Second Principle of Bankruptcy: Rational Planning).¹⁵⁵

b) Inklusion periaate. Ensimmäinen periaate koskee insolvenssioikeudellisen oikeussuojan laajuutta. Kysymys on siitä, rajataanko suojan piiriin kuuluvat henkilöt ja intressit etukäteen, vai onko insolvenssioikeudellisen suojan oltava lähtökohtaisesti mahdollinen kaikille intresseille, joiden toteutumiseen yrityksen taloudellinen ahdinko vaikuttaa. Periaatteen tarkempi sisältö on ehkä parhaiten kuvattavissa negatiivisesti: inklusion periaate on *vastakohta* poissuljennan l. eksklusion periaateelle. Eksklusion periaate saattaa ensi näkemältä vaikuttaa houkuttelevalta taloudellisen ahdingon vaivaamalle yritykselle. Poissuljenta tarkoittaisi, että tietyiltä tahoilta jo etukäteen evättäisiin mahdollisuus esittää vaatimuksiaan kollektiivisessa insolvenssimenettelyssä. Tällöin insolvenssioikeus voisi keskittyä jäljelle jääneiden intressien toteuttamiseen; poissuljenta olisi sitäkin houkuttelevampi vaihtoehto, mitä monimutkaisempia vaatimuksia sillä voitaisiin ennalta torjua ja vastaavasti mitä helpommin käsiteltäviä vaatimuksia jäisi jäljelle. Inklusion periaate on eräs keskeisimmistä piirteistä, joilla Korobkin erottaa oman kontraktarianisminsa jacksonilaisesta hypoteettisen sopimuksen teoriasta. Velkojen sopimusmallihan (creditors’ bargain) on voimakkaasti poissulkeva ottaessaan huomioon vain vaatimukset, jotka kohdistuvat välittömästi velallisvarallisuuteen.¹⁵⁶

Miksi insolvenssioikeudellisten periaatteiden valitsijat sitten kohdistaisivat valintansa mieluummin inklusioon kuin eksklusioon, jos jälkimmäinen näyttää vaikeuksissa olevan yrityksen kannalta edullisemmalta (tarjoten sille väljemmät toimintamahdollisuudet)? Korobkin korostaa, että kysymys ei ratkea ”hyvällä” oikeuspoliittisella kannanmuodostuksella eikä sillä, että insolvenssioikeuden yhteiskunnallinen funktio ymmärretään ”oikein” (esim. että insolvenssioikeuden funktio on laaja-alainen tms.). Tällaiset kannanotot ovat liian subjektiivisia ja niistä voidaan aina olla tavalla tai toisella eri mieltä. Kestävempi vastaus löytyy objektiivisesti, *insolvenssioikeudellisen valintatilanteen* perusteella. Kuten muistetaan, periaatteiden valitsijat ovat tietämättömyyden verhon takana. He tietävät, että yrityksen taloudellinen ahdinko vaikuttaa laajalle, erilaisiin intresseihin ja vaihtelevin tavoin. Sen sijaan he eivät tiedä omaa tarkempaa asemaansa yhteiskunnassa, eivätkä näin myöskään sitä, miten yrityksen taloudellinen ahdinko vaikuttaisi juuri heihin. Tietämättömyyden tilassa on todennäköistä, että kukaan valitsijoista ei halua ottaa riskiä siitä, että poissuljenta osuisi juuri omalle kohdalle – tarkemmin sanoen sellaiseen intressiin,

¹⁵⁵ Korobkin esittelee yllä todetut periaatteet Tex. L. Rev. 1993:n sivuilla 572–589, joihin tässä jaksossa (2.4.3.3) viitataan, jollei tiettyä kysymystä tarkastella erikseen.

¹⁵⁶ Korobkin, Tex. L. Rev. 1993 s. 572, kutsuu jacksonilaista poissuljenta velkojen kelpoisuuden periaateeksi (principle of creditor eligibility).

joka tietämättömyyden verhon takana odottaa juuri yksittäistä valitsijaa. On pikemminkin oletettavaa, että omasta asemastaan tietämättömät valitsijat tekisivät valintansa siten, että insolvenssioikeudellisen suojan mahdollisuus olisi tarjolla mahdollisimman laajalle joukolle erilaisia intressejä; kukaan ei halua jäädä jo ennalta suojamahdollisuuden ulkopuolelle. Juuri tällä perusteella he valitsisivat mieluummin inklusion kuin eksklusion periaatteen insolvenssioikeuden ensimmäiseksi periaatteeksi.¹⁵⁷ Näin ollen insolvenssioikeuden ensimmäisen periaatteen sisällöksi saadaan, että *mitään intressiä tai intressitahoa, johon yrityksen taloudellinen ahdinko vaikuttaa, ei suljeta ennalta insolvenssioikeudellisen suojan ulkopuolelle* (inklusion periaate).

c) *Järkevän suunnittelun periaate*. Juuri esitelty inklusion periaate *ei vielä osoita insolvenssioikeudellisen suojan kohteita*, ts. niitä intressejä, joille tulisi antaa insolvenssioikeudellista oikeussuojaa. Tämä kysymys ratkaistaan vasta sitten, kun inklusion periaatetta on sovellettu eli – hieman yksinkertaistaen – kaikkia osapuolia kuultu. Inklusion periaate vaatii ainoastaan, että keltään henkilöltä tai miltään henkilöjoukolta, jonka odotukset ja arvot vaarantuvat yrityksen taloudellisen ahdingon vuoksi, ei *ennalta evätä* insolvenssioikeudellisen suojan mahdollisuutta.¹⁵⁸ Osapuolten kuulemisen jälkeen olisi ehkä ajatel-

¹⁵⁷ Kun inklusion periaate nojaa nimenomaan valitsijoiden tietämättömyyteen omasta asemastaan, käy selvästi ilmi, että valinta on rationaalinen. Inklusio valitaan *oman intressin suojaamiseksi*, koska näin saadaan turvattua oma asema tietämättömyyden verhon noustessa. Inklusioon kohdistuva valinta toteuttaakin kontraktarianismia puhtaimmillaan. Periaate valitaan vapaasta tahdosta, rationaalisesti, oman intressin edistämisen tarkoituksessa. Tässä on kontraktarianismin varsinainen selitysvaikutus. ”The contractarian model derives its force from showing that certain outcomes would be freely chosen by parties in pursuit of their own interests, not as an expression of any altruistic impulse of promoting the welfare of others” *Korobkin* Tex. L. Rev. 1993 s. 562. Ks. myös *Hellsten* In defense of moral individualism s. 41–43. Lopputuloksen oikeudenmukaisuus taas nojaa siihen, että jokainen valitsija on täsmälleen samojen valintaolosuhteiden edessä; he ovat tiukasti omasta historiastaan irrotettuja henkilöitä, joilla ei ole käytössään informaatiota, jonka perusteella *pelkästään* omaa etua suojaava valinta olisi mahdollinen. Informaation puuttuessa ei valittavista periaatteista ole mahdollista käydä kauppaa (’bargain’); myös erilaisten koalitioiden muodostuminen jää pois, koska niiden hyödyllisyyttä ei kyetä lainkaan arvioimaan. Näin tietämättömyys sellaisenaan takaa, että valitsijoiden oma intressi on sama kuin kaikkien yhteinen intressi. Ks. *Rawls* s. 139, joka toteaa, että jos yksikin identtisten valintaolosuhteiden alainen henkilö valitsee tietyn periaatteen, voidaan päätellä, että kaikki tulevat valitsemaan samoin. Toisaalta on selvää, että näin dehistorisoiduille henkilöille voidaan antaa valittavaksi ainoastaan kaikkein yleisimpiä periaatteita. He eivät koskaan voi neuvotella oikeuspolitiikan tarkentamista suuntauksista, vaan lyövät lukkoon ainoastaan ne perustavimmat periaatteet ja instituutiot, joiden varassa täsmällisemmistä politiikoista ryhdytään neuvottelemaan tietämättömyyden verhon noustua. Ks. *Carlson* Mich. L. Rev. 1987 s. 1343: ”...important feature of contractarians...is that they use their contractarian models to investigate only the most basic of human institutions.”

¹⁵⁸ Ks. *Korobkin* Tex. L. Rev. 1993 s. 575 alav. 162. Tämä täsmennys olisi nähdäkseni ansainnut alaviitettä näkyvämmän paikan, sillä inklusion periaate on helposti ymmärrettävissä siten, että se kehottaisi suojaamaan mahdollisimman laajaa intressijoukkoa. Väärinymmärrysten vaara on ilmeinen etenkin konservatiivisimpien ’rationalistien’ keskuudessa.

tavissa, että oikeussuojan kohdentuminen jätettäisiin täysin tapauskohtaisen harkinnan varaan (*puhdas kohtuusperiaate; principle of pure equity*). Insolvenssioikeudellisten periaatteiden valitsijat eivät tällöin ottaisi kantaa oikeussuojan kohdentumisen kriteereihin muutoin kuin vaatimalla, että yksittäistapauksessa suojan on jakauduttava kohtuullisella tavalla.

Valitsijoiden ei kuitenkaan voida olettaa päätyvän täysin vapaaseen kohtuusperiaatteeseen. Ensinnäkin norminantovallan haltija (lainsäätävä, harkintavaltaa käyttävä tuomari tms.) saattaa olla kykenemätön käyttämään valtaansa oikeudenmukaisuus- ja kohtuusvaatimuksen edellyttämien tavoin.¹⁵⁹ Inkompetenssi voi johtua esimerkiksi suosimishalusta tai tiedollisista puutteista. Ja vaikkei yksittäistapauksellista harkintaa voidakaan täysin eliminoida millään etukäteen asetetuilla periaatteilla, puhdas kohtuusperiaate on hylättävä, koska se jättäisi oikeussuojan kohdentumisen *yksinomaan* vapaan harkinnan varaan. Periaatteiden valitsijoiden ei voida olettaa päätyvän lopputulokseen, jossa yritykseen kohdistuvat odotukset ja arvot olisi sallittua syrjäyttää ilman mitään ennakkollista kontrollia. Korobkinin mukaan on todennäköisempää, että valitsijat haluavat löytää periaatteen, jolla olisi todellista ohjaavaa merkitystä. Sillä tulisi voida jollain tavoin ennalta hallita yrityksen taloudellisen ahdingon aiheuttamaa kilpailua ('kaaosta') ristiriitaisten intressien kesken.

Myös oikeussuojaa kohdentavan periaatteen valinnassa on huomioitava valitsijoiden *epävarmuus omasta ja toistensa asemasta todellisuudessa*. Tietämättömyyden verhon noustua valitsija saattaa löytää itsensä hyvästä asemasta; hän voi olla esimerkiksi täysin turvattu vakuusvelkoja, jonka varallisuus- ja oikeusasemaan yrityksen taloudellinen ehdinko ei juuri vaikuta, ei ainakaan kohtalokkaalla tavalla. Jokaisen valitsijan kohdalla on kuitenkin yhtä lailla mahdollista, että taloudellinen ehdinko vaarantaa vakavasti juuri hänen perustavimmat tarpeensa samalla, kun hänen on mahdotonta tai erittäin vaikea suojautua tällaisilta seurauksilta. Tässä epävarmuuden tilassa on todennäköistä, että insolvenssioikeudellisten periaatteiden valitsijat asettavat kaksi tavoitetta. Ensinnäkään valittava periaate ei saa täysin tuhota hyvän aseman tuottamia etuja, koska ei ole syytä olettaa, että valitsijat vapaaehtoisesti jo ennalta luopuisivat mahdollisuudesta nauttia hyvän onnen tuottamista hyödyistä. Toiseksi he kuitenkin haluavat periaatteen, joka ainakin jossain määrin lieventää huonon onnen seurauksia, ts. heikon aseman kovuutta.¹⁶⁰

Juuri todettujen edellytysten perusteella on selvää, että (myös) insolvenssioikeuden Toisen Periaatteen on oltava *laaja-alainen*, ts. sillä on voitava edistää mahdollisimman monia tavoitteita. Ja koska kaikkia tavoitteita ei kuitenkaan

¹⁵⁹ Valitsijathan tietävät, että insolvenssioikeudellinen järjestelmä on oikeudenmukaisuusvaatimuksen alainen.

¹⁶⁰ Valitsijoiden *perusasenne* tietämättömyyden verhon takana on pikemmin konservatiivinen kuin riskinottohaluinen, ks. *Korobkin* Tex. L. Rev. 1993 s. 578.

voida täyttää samanaikaisesti samassa määrin, on tarkasteltava, ovatko jotkin tavoitteet niin selvästi muita tärkeämpiä, että niiden toteutumista on edistettävä ennen muita. Näin valitsijat luultavasti etenevät strategiaan, joka maksimoi mahdollisimman monen tavoitteen toteutumisen; tätä voidaan kutsua *tavoitteiden maksimoinnin strategiaksi*.¹⁶¹ Tuon strategian sisällä suurin paino kohdistuu *kaikkein tärkeimmiksi koetuille tavoitteille*.

Näiden perusteellisten punnintojen jälkeen Korobkin päätyy katsomaan, että insolvenssioikeuden Toiseksi Periaatteeksi luultavasti valittaisiin – kieltämättä väljältä kuulostava – *järkevän suunnittelun periaate*.¹⁶² Sen ytimenä on rawlsilainen käsitys, jonka mukaan yksilö (ihminen) pyrkii suunnitelmallisesti maksimoimaan tavoitteidensa toteutumista. Itse asiassa yksilön elämänsä aikana tavoittelema 'hyvä' muodostuu juuri mahdollisimman rationaalisesta elämänsuunnitelmasta olettaen, että suunnitelmaa voidaan toteuttaa suhteellisen suotuisissa oloissa.¹⁶³

Mitä sitten tarkoittaa *järkevä* suunnittelu? Kun valitsijat eivät todennäköisesti halua jättää tätä(kään) kysymystä puhtaasti yksittäistapaukselliseen harkintaan, voidaan noudattaa tiettyjä rationaalisen valinnan ohjenuoria (guidelines of rational choice). Niiden merkitys on suurimmillaan silloin, kun kaikkia tavoitteita ei voida toteuttaa samaan aikaan samassa määrin – ja tähän on eräs kollektiivisen insolvenssioikeuden perusongelmista. Tavoitteiden kollisiossa on rationaalista preferoida sellaiset tavoitteet

- joiden maksimointi onnistuu vähemmillä kustannuksilla kuin muiden
- jotka voidaan toteuttaa pidemmälle kuin muut
- jotka ovat tärkeämpiä kuin muut ja
- jotka voidaan toteuttaa aiemmin kuin muut, paitsi jos tavoitteen lykkäämisen edut ovat suuremmat kuin siitä aiheutuvat haitat.¹⁶⁴

¹⁶¹ Ks. Korobkin Tex. L. Rev. 1993 s. 581.

¹⁶² Väljyydestään huolimatta järkevän suunnittelun periaate on valitsijoille houkuttelevampi kuin ehdoton velkojadominanssi ja eräät sitä lähellä olevat vaihtoehdot. Koska valitsijat ovat tietämättömiä omasta ja toistensa asemasta verhon noustessa, ja koska he tästä syystä haluavat varmistaa mahdollisimman monien intressien tulevan insolvenssioikeudellisen suojan piiriin, he hylkäisivät sellaiset vaihtoehtoiset periaatteet, jotka vaarantaisivat suojan laajuuden. Esimerkiksi velkojen hyödyn maksimoinnin periaate tai yleensäkin materiaalistien oikeuksien koskemattomuuden periaate eivät missään tapauksessa menestyisi tietämättömyyden verhon takana käytävissä neuvotteluissa; valitsijathan eivät tiedä, tuleeko heillä olemaan velkoja-asemaa tai mitään (muutakaan) materiaalistien vaateen perustavaa oikeusasemaa verhon toisella puolella. Toisaalta juuri samalla perusteella tulisi hylätyksi myös periaate, jonka mukaan insolvenssioikeudellista suojaa annettaisiin vain (tai ensisijaisesti) muille kuin velkojille. Jälleen havaitaan, että juuri tietämättömyyden verho pakottaa valitsijat ottamaan vakavasti kaikki intressit, jotka saattavat vaarantua yrityksen taloudellisen ahdingon johdosta. Järkevän suunnittelun periaate on sisällöltään riittävän yleinen, jotta oikeussuojaa nauttivien intressien piiri muodostuisi mahdollisimman laajaksi. Vaihtoehtoisten periaatteiden arvioinnista tarkemmin ks. Korobkin Tex. L. Rev. 1993 s. 576–581.

¹⁶³ Ks. tästä yleisessä oikeudenmukaisuusteoriassa Rawls s. 92–93 ja 395.

¹⁶⁴ Ks. Korobkin Tex. L. Rev. 1993 s. 581–582.

Kaikkiaan Korobkinin muotoilema järkevän suunnittelun periaate on yritys soveltaa Rawlsin rationaalista elämänsuunnitelmaa koskevia perusajatuksia kollektiiviseen insolvenssioikeuteen. Tavoitteiden preferointi tehdään nyt niiden kesken, joiden odotukset ja arvot vaarantuvat yrityksen taloudellisen ahdingon johdosta. Samoin kuin ihmisyksilön on tehtävä valintoja omien, keskenään kilpailevien tarpeidensa välillä, kollektiivisen insolvenssioikeuden on kyettävä sääntelemään eri intressitahojen välisiä kilpailevia päämääriä. Tämä voidaan toteuttaa vain yritystä koskevalla rationaalisella pitkän aikavälin suunnitelmalla. Kun suunnitelma laaditaan rationaalista valintaa koskevia ohjenuoria seuraten, se johtaa yrityksen kannalta parhaaseen mahdolliseen lopputulokseen – *riippumatta siitä, merkitseekö tämä yrityksen lopettamista vai jatkamista*.¹⁶⁵ Korobkinin on tietenkin myönnettävä, että järkevän suunnittelun periaate ei sisällä mitään yksiselitteistä ratkaisua kaikkiin mahdollisiin tilanteisiin. Sen sijaan se sisältää vaatimuksen *suunnitteluprosessista*, jonka avulla on mahdollista käsitellä samanaikaisesti kilpailevia intressejä, maksimoida mahdollisimman monia päämääriä ja preferoida sellaisia tavoitteita, jotka käytettävissä olevan informaation valossa ovat selvästi preferoinnin arvoisia.

Korobkin seuraa Rawlsin jälkiä niin tiiviisti, että hän ei erikseen pysähdy suhteuttamaan järkevän suunnittelun periaatetta omaan aiempaan ajatteluunsa. Nähdäkseni järkevän suunnittelun periaate voidaan nähdä luontevana *jatkeena* hänen aiemmin muotoilemalleen kvalifioidulle rehabilitaatiokäsitteelle. Järkevän suunnittelun periaate tukee juuri sellaisen perustellun kokonaiskuvan muodostamista yrityksen tulevaisuudesta, jota Korobkin erityisellä rehabilitaatiokäsitteellään tarkoitti.

Yleisesti ottaen järkevän suunnittelun periaatetta voitaisiin nähdäkseni kuvata myös *vastakohdaksi etukäteen määrättyjen ratkaisujen periaatteelle*. Kun taloudellisirationaalinen teoria osoittaa vaikeuksissa kamppailevalle yritykselle pitkälti etukäteen määrätyn kohtalon, järkevän suunnittelun periaate vaatii pidättymään tällaisista etukäteisistä sitoumuksista. Insolvenssioikeudellinen normisto on toisin sanoen muotoiltava sellaiseksi, että se ei etukäteen määrää vaikeuksissa olevien yritysten käytettävissä olevia vaihtoehtoja, vaan päinvastoin edellyttää aloitettavaksi koordinoitua suunnitteluprosessia, jossa pyritään yksilöimään mahdollisimman monia taloudellisen ahdingon vaarantamia intressejä. Näin nähtynä järkevän suunnittelun periaate on helpo nähdä inklusion periaatteen jatkeena.

Järkevän suunnittelun periaate siis sisältää, paitsi vaatimuksen koordinoitua suunnitteluprosessista, myös vaatimuksen, jonka mukaan keskenään kilpailevien tavoitteiden välillä on tehtävä oikeudenmukaisia valintoja. Nämä valinnat tehdään soveltamalla rawlsilaista eroperiaatetta (difference principle) insolvenssioikeudelliseen kontekstiin. Niinpä Korobkinin muotoileekin eroperiaat-

¹⁶⁵ Korobkin Tex. L. Rev. 1993 s. 582–583.

teesta erityisen, insolvenssioikeudellisen sovelluksen. Kuten tunnettua, Rawlsin eroperiaatteen mukaan taloudelliset, sosiaaliset ym. erot ihmisten välillä ovat oikeudenmukaisia vain, jos niistä koituu etua (myös) huonompiosaisille. Muussa tapauksessa oikeudenmukaisuus vaatii erojen tasaamista.¹⁶⁶

Korobkin näkee eroperiaatteen insolvenssioikeudellisen merkityksen taustalla kaksi kiistatonta tosiasiaa. Ensinnäkin yrityksen taloudellisen ahdingon vaikutukset ovat joillekin vakavia – suorastaan kohtalokkaita – joillekin vähemmän vakavia. Toiseksi myös mahdollisuudet suojautua näiltä vaikutuksilta ovat toisilla paremmat, toisilla huonommat.¹⁶⁷ Niitä, joihin kohdistuvat vaikutukset ovat vakavimpia ja joilla samanaikaisesti on heikoimmat mahdollisuudet suojata itseään, Korobkin kutsuu ”kaikkein haavoittuvimmiksi” (most vulnerable).¹⁶⁸ Järkevä suunnittelu tarjoaa mahdollisuuden mitata haavoittuvuuden eroja niiden kesken, joihin yrityksen taloudellinen ahdinko vaikuttaa. Yllä luetelluista rationaalisen valinnan ohjenuorista seuraa, että jos yrityksen taloudellisessa ahdingossa vaarantuu useampia intressejä, joita kaikkia ei voida toteuttaa samassa määrin, haavoittuvimpien intressien haltijoita tulisi suojata ennen vähemmän haavoittuvia.¹⁶⁹

Eroperiaatteen insolvenssioikeudellisen merkityksen toteamisen jälkeen on tärkeää heti korostaa, että Korobkin ei myöskään tällä perusteella pyri asettamaan velallisen suojaa miksiäkään insolvenssioikeuden ’ylimmäksi’ periaatteeksi. Taloudellisen ahdingon vaikutusten erittelyssä hän pyrkii muutoinkin eroon kapeasta näkökulmasta, jossa insolvenssioikeudellisen suojan oletetaan jakautuvan selkeästi velkojen ja velallisen välillä. Sekä velkoja- että velallispuoli – jos tällaisesta jaosta kuitenkin täytyy systemaattisista syistä edelleen pitää kiinni – ovat *heterogeenisiä*. Joidenkin tahojen, kuten velallisyriksen työntekijöiden, voidaan lisäksi katsoa edustavan kumpaaakin puolta. Kuten Korobkin toteaa, velallispuolella intressien haavoittuvuus vaihtelee erityisesti yrityksen työntekijöiden, yritysjohton ja omistajien välillä. Ainakaan suuryrityksen taloudellisessa ahdingossa omistajilla ei useinkaan ole ’pelissä’ kaikkein perustavimpia arvoja. Institutionaalisen sijoittajan tappionvaaralla ei yleensä ole välitöntä yhteyttä esimerkiksi kenenkään jokapäiväiseen toimeentuloon, toisin kuin työntekijöillä ja (ainakin operatiivisella) johdolla usein on. Perinteisesti velkojaintresseiksi luetut tarpeet ovat, jos mahdollista, vielä heterogeeni-

¹⁶⁶ Ks. Rawls s. 75–80. Eroperiaate muodostaa oikeudenmukaisuuden toisen periaatteen toisen elementin. Yleisellä tasolla Rawls (s. 60) määrittelee sen seuraavasti: ”social and economic inequalities are to be arranged so that they are...reasonably expected to be to everyone’s advantage”. Ks. myös *sama* Phil. Rev. 1958 s. 165 ja 167–169.

¹⁶⁷ Jos molemmat faktat halutaan tuoda esiin yhdellä ilmaisulla, voitaneen sanoa, että yrityksen taloudellisen ahdingon vaikutukset jakautuvat epätasaisesti.

¹⁶⁸ Korobkin Tex. L. Rev. 1993 s. 584.

¹⁶⁹ Ks. Korobkin Tex. L. Rev. 1993 s. 584–589.

sempiä. Esimerkiksi vakuuden määräaikainen hyödyntämiskielto ei yleensä aiheuta niin vakavan tappion vaaraa kuin vaikkapa alihankkijan liikesuhteen tai vahingonkorvausvelkojan saatavan vaarantuminen.¹⁷⁰ Eroperiaatteen insolvenssioikeudellinen sovellus ei siten kehota suojaamaan velallista ennen velkojia, vaan järjestämään insolvenssioikeudellinen oikeussuoja jollakin tavoin siten, että kaikkein haavoittuvimpia intressejä suojataan ennen vähemmän haavoittuvia. Kun keskeiseksi kriteeriksi asetetaan myös intressin haltijan kyky itse suojautua yrityksen taloudellisen ahdingon vaikutuksilta, havaitaan, että insolvenssioikeudellinen oikeussuoja jakautuisi *tarpeiden mukaisesti*; suojaa saisivat ensisijaisesti ne, jotka sitä eniten tarvitsevat.

2.5 TEOREETTISET PERUSTEET JA VOIMASSA OLEVAN INSOLVENSSIOIKEUDEN TUTKIMUS

2.5.1 Mihin hypoteettista sopimusta tarvitaan?

2.5.1.1 Korobkinin valintamalli

Kuten edellä on käynyt ilmi, kollektiivisen insolvenssioikeuden järjestelmää on pyritty kuvaamaan ja selittämään käyttäen hyväksi hypoteettisessa alkutilassa solmittavan (yhteiskunta)sopimuksen teoriaa, kontraktarianismia. Korobkinin insolvenssioikeudellisessa valintateoriassa etenkin rawlsilainen oikeudenmukaisuusajattelu valjastetaan palvelemaan kollektiivisen insolvenssioikeuden institutionaalisia, järjestelmän perustana olevia arvovalintoja. Yllä esitellyn tavoin hän ensin konstruoi insolvenssioikeudellisen alkutilan, tietämättömyyden verhon sekä insolvenssimenettelyn objektiiviset ja subjektiiviset olosuhteet. Näiden perusteella hän lopuksi argumentoi, miksi valitsijat luultavasti päätyisivät inklusion periaatteeseen ja järkevän suunnittelun periaatteeseen, jälkimmäiseen mukaan lukien rawlsilaisen eroperiaatteen insolvenssioikeudellisen sovelluksen. Korobkinin valintamallissa hypoteettisten alkusopimusten teoria – erityisesti rawlsilainen kontraktarianismi – on välttämätön, olennainen viitekehys ajattelun etene- misen ja johtopäätösten ymmärtämiseksi. Kokonaisuutena valintateoria on perusteellinen ja syvälinen argumenttikokoelma siitä, millaisten periaatteiden varassa kollektiivista insolvenssioikeutta voitaisiin pitää oikeudenmukaisena. Valintatilanteen olosuhteiden odotetaan pitkälti sellaisenaan takaavan sekä valinnan edellytyksen että itse periaatteiden sisällön reiluuden (justice as fairness).

TaloudellISRationaaliseen teoriaan ja muutoinkin insolvenssioikeuden perinteeseen paradigmaan verrattuna valintateoria on sekä rakenteeltaan monimut-

¹⁷⁰ Ks. Korobkin Tex. L. Rev. 1993 s. 585–586.

kainen että sisällöltään ongelmallinen. Konservatiivisimpien rationalistien kritiikin kohteeksi joutunee ainakin eroperiaatteen insolvenssioikeudellinen sovellus. Viimeistään tässä vaiheessa Korobkinin voidaan helposti väittää syrjivän perinteistä täytöntöönpanointressiä. Miten eroperiaatteen merkitys olisi ymmärrettävä, jos intressien yhdenvertaisuudesta ei edelleenkaan haluta luopua?

Ensinnäkään kukaan ei voine kiistää eroperiaatteen insolvenssioikeudellista relevanssia sinänsä. Taloudellisen ahdingon seuraukset todellakin vaihtelevat niin merkittävästi laadultaan, määrältään ja vakavuudeltaan, että näiden vaihtelujen täydellinen sivuuttaminen ei voi olla kenenkään rationaalisesti ajattelevan ihmisen mielestä hyväksyttävää. Tässäkin on kysymys tosiseikkojen tunnustamisesta, joka ei edellytä mitään erityistä sympatiaa tiettyjä intressitahoja kohtaan, saati poliittista sitoutumista minkään erityisintressin ajamiseen. Valintateorialle, kuten Korobkinin (ja Warrenin) ajattelulle muutoinkin on kauttaaltaan ominaista, että mitään erityisintressiä ei aseteta muiden yläpuolelle; tarkoituksena on nimenomaan intressien yhdenvertaisuuden ajaminen. Jos ja kun valintoja on kuitenkin tehtävä, ne perustellaan eri intressien tärkeydellä ihmiselämän perustarpeille ja intressin haltijan kyvyllä suojata itseään yrityksen taloudellisen ahdingon seurauksilta.

Vaikka eroperiaatteen insolvenssioikeudellinen relevanssi siis lieneekin selvä jokaiselle, joka ajattelee asiaa vapaana subjektiivisten vakaumusten aiheuttamista esteistä, ei periaatteen normatiivista merkitystä kuitenkaan ole syytä liioitella. On huomattava, että insolvenssioikeudellisen valintatilanteen tarkoituksena on tuottaa kaikkein perustavimmat institutionaaliset periaatteet kollektiiviseen insolvenssioikeuteen. Niiden on tarkoitus osoittaa, *mille arvopohjalle täsmällisempi insolvenssioikeudellinen normisto pitäisi rakentaa*. Enempää inklusion periaate, järkevän suunnittelun periaate kuin jälkimmäiseen sisältyvä eroperiaatekaan eivät ole oikeusnormeja (-periaatteita), jotka voimassa olevina normeina sitoisivat lainkäyttäjää, eivätkä ne muutoinkaan kerro juuri mitään kulloinkin voimassa olevan insolvenssioikeuden tarkemmasta sisällöstä. Ne ovat enemmänkin *norminantoa ohjaavia, perustavia arvoperiaatteita*, jotka antavat suuntaa tarkemman normiston kehittämiselle.

Insolvenssioikeuden peruseriaatteet eivät kerro mitään myöskään siitä, *millä keinoilla* niistä ilmeneviä arvoja tulisi edistää. Esimerkiksi eroperiaatteesta ei seuraa, että vahingonkorvausvelkojille, joiden perustavimmat odotukset ja arvot vaarantuvat vakavasti yrityksen maksukyvyttömyyden johdosta, tulisi säätää etuoikeus suoritukseen. Sen sijaan eroperiaate kehottaa muotoilemaan oikeusjärjestyksen *joillakin keinoin* sellaiseksi, että korvausvelkojien – ja muiden vastaavassa asemassa olevien tahojen – tukalaa tilannetta lievennetään. Tapahtuuko tämä velkojakollektiivin kustannuksella (esim. etuoikeutena) vai muulla tavoin (esimerkiksi laajemman yhteisön vastuulla olevan rahoituksen muodossa) kuuluu täsmällisemmän oikeuspoliittisen päätöksenteon piiriin, ei tietämättömyyden verhon takana tapahtuvaan institutionaaliseen arvokeskusteluun.

Hypoteettinen alkutila, erityisesti tietämättömyyden verho, osoittanee tiukimmallekin rationalistille joka tapauksessa sen, että *yksiarvoinen insolvenssioikeus on jyrkästi vastoin oikeudenmukaisuuden vaatimusta*. Yksiarvoisuutta, puhdasta logiikkaa ja 'rationalismia' on helppo puolustaa niin kauan kuin oma asema on turvattu. Välittömästi, kun oman aseman suoja – erityisesti: jo pelkkä tietoisuus oman aseman suojasta – alkaa heikentyä, on todennäköistä, että useimmat siirtyvät kannattamaan moniarvoisemmille periaatteille rakentuvaa järjestelmää. Tässä on nähdäkseni Korobkinin valintateorian merkittävin sanoma. 'Korobkinilainen kontraktarianismi' ei nojaa pelkästään vakaumukselle, jonka mukaan oikeudenmukaisuus on yhteiskunnallisen kanssakäymisen perusarvoja; se osoittaa, että oikeudenmukaisuus on myös jokaisen itseään suojaavan yksilön järkevästi valitsema arvo. Juuri tämän osoittamiseen Korobkin tarvitsee hypoteettisen sopimuksen teoriaa.

Korobkinin tarvetta turvautua sopimusideaan voidaan nähdäkseni arvioida myös vertaamalla valintamallin filosofista metodia vuoden 1991 arvoperustaisen mallin perusteisiin. Tiivistäisin tämän vertailun seuraavasti: kun "Rehabilitating values" -artikkeli korosti inhimillisten arvojen itseisarvoa, vuoden 1993 "Contractarianism"-artikkeli nojaa yhteiskuntasopimuksen välinearvoon. Voidaan ehkä sanoa, että arvoperustainen malli onnistui vakuuttamaan vain osan auditoriosta. Tämä osa koostunee pitkälti henkilöistä, jotka muutoinkin saattaisivat puoltaa kantilaisvaikutteisen moraalin perusteita, etenkin ihmisjärjen asettamaa velvollisuutta suhtautua aina ihmisyyteen itseisarvona – ihmiseen päämääränä, ei koskaan pelkkänä välineenä.¹⁷¹ Kontraktarianistista instrumenttia tarvitaan puolestaan niiden vakuuttamiseen, jotka havahtuisivat ajattelemaan oikeudenmukaisuutta vakavasti vasta tilanteessa, jossa heidän oman elämänhallintansa perusedellytykset joutuisivat tai ainakin näyttäisivät joutuvan uhatuiksi. Viimeistään insolvenssioikeudellisessa alkutilassa vallitseva epävarmuus osoittaa yksipuolisen velkojarationaliteetin riittämättömyyden. Samalla juuri tämä epävarmuus osoittanee tiukallekin velkojarationaliteetin kannattajalle, että saneerauslainsäädännön *olemassaolo* on oikeutettu; kysymykseksi jää 'vain', *millainen* tuon lainsäädännön pitäisi olla. Tätäkin taustaa vasten on hyvin luonnollista, että insolvenssioikeudellisen tutkimuksen ja keskustelun kannattaa keskittyä mieluummin vallitsevan järjestelmän sisältöön kuin sen olemassaolon oikeutuksesta kiistelemiseen.

2.5.1.2 Creditors' bargain -malli

Kuten yllä on todettu, Jacksonin ja Bairdin kirjoitusten perusteella ei jää epäselväksi, mitä *oikeuspoliittista* päämäärää hypoteettinen sopimus heidän ajattelusaan palvelee. Tavoitteena on tukea käsitystä insolvenssioikeudesta velkojien

¹⁷¹ Selkeästi Kantin kategorisesta imperatiivista ks. Sullivan s. 149–211.

kollektiivisena perintäkoneistona. Kun velkojen 'osoitetaan' todennäköisesti olevan valmiita sopimaan etukäteen tällaisen järjestelmän olemassaolosta ja sisällöstä, sitä on pidettävä oikeutettuna ja tehokkaana. Ja vastaavasti: kun velkojen 'osoitetaan' todennäköisesti torjuvan ennakkollisen sopimisen oikeuksiinsa puuttumisesta (niiden heikentämisestä), tähän pakottavia normeja on pidettävä epäoikeutettuina ja tehottomina. Lopputulos on järkeenkäypä edellyttäen, että velkojadominanssi hyväksytään oikeuspoliittiseksi johtotädeksi.

Sen sijaan Jacksonin ja Bairdin sanoman tarkastelussa jää epäselväksi, *mihin sopimuskonstruktioita lopulta tarvitaan*. Onhan selvää, että velkojat suostuisivat jo etukäteisesti järjestelmään, joka palvelee (ekskluusion periaatteen mukaisesti) vain täytöntöönpanointressiä, ja jossa heidän materiaalisiin oikeuksiinsa ei kosketa. Sen osoittaminen, että velkojat suostuisivat tähän jo ennalta, ei todellakaan ole vaikeaa, eikä millään tavoin syvennä eikä laajenna käsitystämme kollektiivisen insolvenssioikeuden rationaalisuudesta tai toiminnasta. Ainoa todellinen ongelma, johon velkojen sopimusta koskevalla hypoteesilla näyttää olevan jotain selitysvoimaa, on yhdenvertaisuusperiaate. On totta, että riskiä välttävä velkoja olisi ilmeisesti valmis luopumaan sopimusteitse strategisen edun mahdollisuudesta (so. tyytyisi jo *ex ante* suhteelliseen jako-osaan) sitä vastaan, että hän kykenee näin vähentämään omaa riskiään suorituksen täydellisestä menettämisestä. Toisaalta tähänkään ei välttämättä tarvita hypoteesia ennakkollisesta sopimuksesta; yhdenvertaisuuden edut ovat niin ilmeiset sekä yksittäiselle velkojalle että velkojakollektiiville, että edes siihen pakottamista ei olisi vaikea perustella. Vähintäänkin jälkikäteen rationaalinen velkoja antaisi hyväksyntänsä tällaiselle paternalismille. Lisäksi voidaan hyvin ajatella, että yhdenvertaisuuteen voitaisiin pakottaa jo oikeudenmukaisuusargumenteilla, koska se vastaa useimpien käsitystä siitä, mikä on oikein, oikeudenmukaista, reilua (*justice as fairness*). Tällöin ei ole tarpeen kiinnittää lainkaan huomiota siihen, voitaisiinko velkojen olettaa jo ennalta sopivan yhdenvertaisuudesta.

Jacksonismiin suunnatussa kritiikissä *creditors' bargain* -teoriaa onkin pidetty tautologisena kehänä.¹⁷² Suljettu piiri 'sopii' siitä, että piiri pidetään tiukasti suljettuna, jotta oma etu saadaa maksimoitua. Tällaisessa asetelmassa on vaikea nähdä, mihin varsinaista sopimusta ja siihen johtavia neuvotteluja (joita kumpaakin kuvaa englannin sana *bargain*) tarvitaan. Mistään ei tarvitse sopia, kun oikeusasemien aineellinen sisältökin on jo lyöty lukkoon materiaalisen oikeuden nojalla; velkojan materiaaliseen oikeusasemaanhan saa koskea vain suhteellistamistarkoituksessa. Ja koska sopimus on näin ollen tarpeeton, ei sitä

¹⁷² Ks. Carlson Mich. L. Rev. 1987 s. 1342, 1348, 1355.

koskevasta teoriastakaan saada mitään lisäarvoa perimmäisen sanoman ymmärtämiseksi.¹⁷³

Nähdäkseni olisikin selkeämpää, jos Jackson ja Baird ilmoittaisivat suoraan pitävänsä täytäntöönpanointressiä arvokkaimpana – itse asiassa ainoana oikeus-suojaa ansaitsevana – intressinä kollektiivisessa insolvenssoikeudessa. Näin päästäisiin heti itse asiaan, ts. keskustelemaan siitä, millainen järjestelmä olisi velkojien kannalta paras; ja melko pian varmasti myös siitä, voiko tällaisella oikeuspolitiikalla olla merkittävää sijaa nyky-yhteiskunnassa. Tarpeeton – jopa häiritsevä – sopimushypoteesi jäisi sivuun. Toisin kuin Korobkinin valintateoriassa, jossa kontraktarianismi on välttämätön viitekehys, Jacksonin ja Bairdin ajattelun seuraaminen on omiaan vain vaikeutumaan jatkuvista viittauksista velkojien hypoteettiseen sopimukseen.

Näissä oloissa jäljelle jää vain yksi järkevä kysymys: mihin Jackson ja Baird katsovat tarvitsevasa hypoteettista sopimusta? Eräs järkevältä kuulostava vastaus on, että sopimuskonstruktiota tarvitaan *velkojamyönteisen oikeuspolitiikan tieteellisobjektiiviseksi tueksi*. Kysymys on jonkinlaisesta markkinointikeinosta. Kun velkojamyönteinen vakaumus ja utilitaristinen arvomaailma puetaan kontraktarianistiseen formaattiin, niihin perustuvaa ohjelmaa on helpompi markkinoida teoreettisesti testattuna, tieteellisenä 'tuloksena'.¹⁷⁴

Konkreettisin osoitus creditors' bargain -mallin oikeuspoliittisesta vetovoi-masta on Saksan insolvenssioikeuden uudistus, tuloksenaan 1994 säädetty ja

¹⁷³ Alkuperäinen creditors' bargain -teoria ei valaise millään tavoin myöskään sitä, miksi kollektiivinen insolvenssioikeus kuitenkin sisältää velkojien (erityisesti vakuusvelkojien) oikeusasemaa heikentäviä normeja; ks. Adler Cornell L. Rev. 1992 s. 456: "There is a logical gap in a theory that presumes creditors would agree to an arrangement that they seem explicitly to have rejected." Kuten todettu, Jackson on (yhdessä Scottin kanssa) kuitenkin pyrkinyt juuri tältä osin täydentämään teoriaansa kehittämällä ns. laajennetun sopimusmallin, jossa insolvenssioikeudellisten ongelmien joukkoon kelpuutetaan myös kysymys maksukyvyttömyydestä aiheutuvan riskin jakautumisesta velkojien kesken.

¹⁷⁴ Carlson (Mich. L. Rev. 1987 s. 1389): "...contractarianism pervades Jackson's work and gives the appearance of a coherent deep structure, but it is a sham." Warrenin, U. Chi. L. Rev. 1987 s. 803, mukaan Bairdin utilitaristinen, puhtaaseen nettohyötyyn tähtäävää argumentointi on ainoastaan "a veil to conceal his relentless push for a single-value economic rationality, an excuse to impose a distributional scheme without justifying it, and, incidentally, a way to work in a damn good deal for secured creditors." – Hyvä esimerkki siitä, miten oikeuspoliittinen mielipide yritetään pukea loogisesti osoitetuksi totuudeksi on Jacksonin (Logic and Limits s. 209–210) vertailu yrityksen taloudellisen epäonnistumisen ja common pool -ongelman välillä. Hän toteaa, että yritys voi epäonnistua taloudellisesti riippumatta siitä, onko sillä useampia velkojia. Yhteisen edun ongelma syntyy kuitenkin vain, kun velkojia on useampia. Tästä havaitaan, että yrityksen taloudellinen epäonnistuminen ei korreloi yhteisen edun ongelman kanssa. Johtopäätös on loogisuudessaan kiistaton, eikä siihen olisi huomautettavaa, jos päättely pysähtyisi tähän. Ongelmat alkavat, kun tästä vedetään johtopäätös, jonka mukaan insolvenssioikeudella ei pidä millään tavoin puuttua yritysten taloudelliseen epäonnistumiseen. Tällainen 'logiikka' ei yksinkertaisesti ole pätevää. Oikeampaa – ja rehellisempää – olisi todeta, että paraskaan insolvenssinormisto ei välttämättä pelasta kaikkia epäonnistuneita yrityksiä, jonka vuoksi resursseja ei tule kohdistaa saneerausintressiin yksipuolisesti.

1999 voimaan tullut InsO. Yleinen näkemys kansainvälisessä keskustelussa on, että InsO on jacksonilaisen ajattelun legaalinen ilmentymä.¹⁷⁵ Jacksonin ja Bairdin ohjelma kulkee Saksassa tosin uuden otsikon alla; velkojadominanssia kutsutaankin nyt *markkinamukautuneisuudeksi* (Marktkonformität, market conformity).¹⁷⁶ Sen ydinsisältönä on, että lainsäädännöllä ei tule mitenkään ohjata yritysten ohjautumista saneerauksen ja likvidaatian välillä, vaan ongelma on puhtaasti markkinoiden käsissä. Markkinat taas samastetaan velkoihin, jotka viime kädessä päättävät, ryhdytäänkö saneeraukseen vai ei.¹⁷⁷

2.5.2 Insolvenssioikeudellisen perusteorian itseisarvo?

Yllä on pyritty tarjoamaan kokonaiskuva Yhdysvalloissa käydyistä insolvenssioikeudellisesta keskustelusta sekä tuohon keskusteluun perustuvasta teorianmuodostuksesta. Ennen lainopilliseen analyysiin siirtymistä on paikallaan kysyä, mikä merkitys näin muodostuneella kokonaiskuvalla on. Miten se vaikuttaa – jos mitenkään – Suomen voimassa olevan oikeuden tulkintaan ja systematisointiin, erityisesti tämän tutkimuksen pian alkaviin lainopillisiin pohdintoihin?

Kysymys kollektiivisen insolvenssioikeuden 'syväteorian' merkityksestä suomalaiselle insolvenssilainopille sisältää nähdäkseni kaksi osakysymystä, jotka tosin liittyvät kiinteästi toisiinsa. Ensinnäkin: onko oikeudenalan perusteorian esittelyllä ja analysoinnilla jokin *itseisarvo*? Vastaan tähän ensin ja sen jälkeen (seuraavassa jaksossa) kysymykseen: vaikuttaako teoreettinen perusnäkemys myös *konkreettisten tulkintaongelmien* käsittelyyn?

Käsillä olevan tutkimuksen osalta vastaus löytyy pitkälti jo akateemisista vaatimuksista. Lainopillisenkin väitöskirjan *opinnäytefunktion* edellyttää aiheen teoriataustan riittävää tuntemusta; eikä vain tuntemusta, vaan myös tuntemuk-

¹⁷⁵ Erityisesti itsenäisen saneerausintressin sulkeminen insolvenssioikeudellisen kysymyksenasettelun ulkopuolelle omaksuttiin suoraan Jacksonin teeseistä. Ks. jo Balz ZIP 1988 s. 1440, *sama* Kölner Schrift s. 7 ("Die Logik des Insolvenzverfahrens liegt in der Kollektivierung der Haftungsverwirklichung – und nur in dieser"; korostukset ja viittaukset poistettu). Ks. edelleen *sama* Brook. J. Int'l. L. 1997 s. 168–169. Jacksonin vaikutusta Saksan uudistukseen, nimenomaan lopulliseen hallituksen esitykseen, ei ole mitenkään pyritty peittelemään; ks. *Pape – Uhlenbruck* s. 8 ja *Kamlah* Am. Bankr. L.J. 1996 s. 421. Oireellista on, että amerikkalaisvaikutteita kyllä kritisoitiin oikeustieteessä, mutta toiseen suuntaan kuin olisi voinut kuvitella: hallituksen esitystä pidettiin liian velallismyönteisenä, koska siihen sisältyi (sittemmin hyväksytyksi tullut ja tässä tutkimuksessa myöhemmin tarkasteltava) mahdollisuus jättää määräysvalta velalliselle insolvenssimenettelyn alkaessa (Eigenverwaltung). Ks. tämänsisältöisestä kritiikistä *Gravenbrucher Kreis* ZIP 1992 s. 658–659, jossa katsotaan, että BC 11 luvun esikuvavaikutus oli "kritiklos".

¹⁷⁶ Ks. RegE s. 77, Balz Brook. J. Int'l. L. 1997 s. 167–179.

¹⁷⁷ RegE s. 78.

sen riittävää osoittamista. Jo tällä perusteella vastaisin yllä asetetun kysymyksen ensimmäiseen osaan myöntävästi: insolvenssioikeudellisen teorianmuodostuksen esittelyllä ja analysoinnilla on tälle tutkimukselle tietty itseisarvo.

Kuitenkin myös akateemisten kriteerien ulkopuoliset argumentit puoltavat oikeudenalan perusteorian melko kattavaa tarkastelua. Insolvenssimenettelyjen järjestelmä on *oikeuspoliittisesti* keskeinen sääntelykohde, johon kohdistuu voimakkaita, ristiriitaisia odotuksia. Odotusten yhteensovittaminen, 'voittojen' ja pettymysten tuottaminen, ovat osa niin lainvalmistelua kuin jokapäiväistä insolvenssioikeudellista lainkäyttöäkin. Käytännössä toimivien asianajajien, tuomareiden ja muiden asiantuntijoiden – asianosaisista puhumattakaan – on nähdäkseni hyödyllistä tietää, millaisia teoreettisia ja oikeuspoliittisia taustaoletuksia ja keskeisiä periaatteita insolvenssioikeuden on väitetty tai edellytetty toteuttavan. Kysymys ei siten ole vain tutkijoiden, vaan uskoakseni myös insolvenssioikeuden praktikkojen, halusta ymmärtää yhä paremmin, millaisista perusasetelmista kollektiivisen insolvenssioikeuden arkipäivän ongelmat nousevat (tai ainakin voidaan katsoa nousevan). Se, että perusteemoja koskeva keskustelu on käyty Yhdysvalloissa, ei nähdäkseni ole merkityksellistä. Useimmat amerikkalaisen keskustelun teemat – kuten modernin insolvenssioikeuden selittäminen pelkästään velkojien oikeudeksi ja tätä vastaan esitetty vaatimus laajasta insolvenssioikeudellisesta oikeussuojasta – koskevat *jokaista oikeusjärjestystä, joka pyrkii antamaan oikeussuojaa sekä täytäntöönpano- että saneerausintressille*.

Teorianmuodostuksen esittelyllä ja analysoinnilla on nähdäkseni itseisarvoa Suomen oikeutta koskevalle tutkimukselle myös siksi, että lähtötilanne (jossa amerikkalainen keskustelu oli vielä 1980-luvun alussa) näyttää meillä pitkälti samanlaiselta.¹⁷⁸ Meilläkin saneerausintressi on oikeudellistunut ja vaikuttaa (ainakin) juristikunnan vakiintuneeseen ajattelutapaan. Vallitsevana oikeuspoliittisena näkemyksenä voitaneen epäilyttä pitää, että insolvenssioikeudelliseen järjestelmään kuuluu saneerausmenettely, vaihtoehto likvidaatiokonkurssille. Samoin meillä on voimassa mittavahko saneerauskodifikaatio, joka osoittaa lainsäätäjän tunnustaneen elvytysintressin oikeussuojaa ansaitseväksi. Mutta uusi järjestelmä seisoo lähinnä juuri sen näkemyksen varassa, että modernin insolvenssioikeuden on yksinkertaisesti tarjottava vaihtoehto likvidaatiokonkurssille, jottei elinkelpoisia yrityksiä ajautuisi konkurssiin. Perustelu on täl-

¹⁷⁸ Insolvenssioikeudellisen keskustelun ja teorianmuodostuksen voidaan meillä sanoa olevan tässä tilassa kuitenkin vain yrityksen insolvenssioikeuden osalta. Kuluttajakonkurssin teoretointi on epäilemättä pidemmällä etenkin *Niemi-Kiesiläisen* väitöskirjan ja myöhemmän tuotannon ansiosta. Yrityksen maksukyvyttömyysoikeuteen ei meillä 1990-luvulla kohdistunut aivan samanlaista kritiikkiä eikä muutospainetta kuin yksityishenkilön velkajärjestelyyn, jonka vuoksi ei syntynyt myöskään aivan samanlaista tarvetta pysähtyä kaikkein perimmäisten kysymysten äärelle.

löin vahvasti taloudellispainotteinen ja melko praktinen; se ei kerro mitään siitä, onko myös maksukyvyttömyyttä koskeva *oikeudellinen* ajattelumme muuttunut perusteiltaan. Kiistattomien taloudellisten ja käytännöllisten argumenttien lisäksi tarvitaan – näin uskon ainakin oikeustieteellisen väitöskirjan tekijänä – perusteltu näkemys taloudellisten intressien takana vaikuttavista vastakkainasetteluista, joita voimassa olevan oikeuden nykytila ilmentää. Paljon tätä tärkeämpää tehtävää ei teorianmuodostuksen esittelylle voi nähdäkseni juuri kuvitella.

2.5.3 Teoreettisten vaikutteiden ilmentymiä

Perusteorian merkitys ei kuitenkaan rajoitu juuri kuvailtuun itseisarvoon, vaan sillä on myös konkreettista merkitystä lain tulkinnassa ja soveltamisessa. Amerikkalaisessa keskustelussa muotoutuneet vastakkainasettelut tuovat nimittäin hyvin esiin myös sen, kuinka erilaisista lähtökohdista tutkijat ovat arvioineet *voimassa olevan insolvenssioikeuden sisältöä* – ja samalla tietenkin sen, kuinka erilaisista lähtökohdista vallitsevan järjestelmän arvostelu on noussut. Teoreettinen perusnäkemys ohjaa aina jollain tavoin ja jollakin voimakkuudella myös konkreettisista normeista esitetettäviä kannanottoja (*de lege lata & ferenda*).

Jos käsillä olevalle tutkimukselle on ylipäätään osoitettavissa jokin ajattelun taustalla vaikuttava ”sitoumus” tai tutkimuksellinen ”valinta”, se olisi *puhtaan taloudellisrationaalisen ajattelutavan torjuminen*. Tutkimuksen teoriataustan edetessä olen tullut tästä yhä vakuuttuneemmaksi – ja juuri tätä pidän eräänä merkittävimmistä vaikutteista, jonka amerikkalaisen teorianmuodostuksen tutkiminen sai aikaan. On kuitenkin välittömästi syytä huomauttaa, että *kyseessä ei ole sitoumus vastustaa johdonmukaisuuspyrkimyksiä* lain tulkinnassa ja soveltamisessa, eikä taloudellista rationaalisuutta sellaisenaan. Tarkoitukseni ei myöskään ole sitoutua vastustamaan kaikkea sitä, mitä Jackson ja Baird ovat sanoneet kollektiivisen insolvenssioikeuden perusteista. Päinvastoin, pidän johdonmukaisuutta huomattavan tärkeänä päämääränä laintulkinnassa. On myös kiistatonta, että Jackson ja Baird ovat kirjoituksillaan vieneet insolvenssioikeudellista ajattelua ja keskustelua eteenpäin tavalla, jota kukaan muu ei ole tehnyt. Ilman heidän kontribuutiotaan ei koskaan olisi syntynyt samanlaista mieliteenvaihtoa, jolloin myös näkemys kollektiivisen insolvenssioikeuden teoriasta olisi selvästi nykyistä epämääräisempi.

Olennaisinta kuitenkin on, että näen arvorelatiivisen teorian realistisempänä ja oikeudenmukaisempänä kuin äärimmilleen viedyn velkojarationaliteetin. Viimeistään Korobkinin kontraktarianistinen malli osoittanee jokaiselle järkevästi ajattelevalle (ahtaista ideologisista sitoumuksista vapaalle) henkilölle, että absoluuttinen velkojarationaliteetti ei yksinkertaisesti riitä osoittamaan nyky-

järjestelmän olemassaolon syitä. Juuri tästä syystä velkojarationaliteetti ei kelpaa yksinään tulkintakannanottoja ohjaavaksi perusnäkemykseksi.

Juuri todettu tulee tutkimuksessa jäljempänä esiin etenkin silloin, kun oikeutemme sisältö on tulkinnanvarainen, ja mahdollisista tulkintavaihtoehdoista johdonmukaisin ei näytä olevan materiaalisesti – erityisesti oikeudenmukaisuusvaatimuksen kannalta – hyväksyttävä. Etenkin inklusion periaatteen kaltaisen perusajatus on taustalla, kun pyrin etsimään saneerausoikeudellemme sisältöä, joka ottaisi samanaikaisesti huomioon mahdollisimman laajan joukon oikeussubjekteja, joihin yhteisen velallisen ongelmat vaikuttavat. Konkreettisinä esimerkkeinä voidaan tässä mainita suositus, jonka mukaan saneerausmenettelyn alkua edeltävien väliaikaiskieltojen (YSL 22 §) määräämisessä on viran puolesta huolehdittava muidenkin kuin hakijan ja kieltoa mahdollisesti vaatineen velkojan eduista, sekä määrättävä kiellon laajuudesta tarvittaessa toisin kuin asiassa on nimenomaisesti vaadittu (ks. jakso 3.5.2.2).

Samankaltainen eli inklusion periaatteeseen tukeutuva ajattelutapa on vaikuttanut esimerkiksi ehdotukseeni, jonka mukaan saneerausvelkojan mahdollisuus saada vilpittömän mielen suojaa vakuudenasettamiskieltoa vastaan olisi de lege ferenda ehkä syytä poistaa kokonaan jo sillä perusteella, että velkoja tietää tai hänen pitäisi tietää saneerausmenettelyn (tai väliaikaisen kiellon) alkamisesta (jakso 5.4.2.2 c). Nykysääntely – YSL 17.3 §:n viittaus yleisiin vilpittömän mielen suojanormeihin sekä RahVakL 12.1 § – antaa ratkaisevan merkityksen vakuuden saajan käsitykselle saneerausvelallisen kompetenssista (juuri kyseisen) vakuuden antamiseen (juuri kyseisestä) velastaan. Näin toki suojataan tehokkaasti vakuuden saaneen velkojan yksilöllisiä tarpeita, mutta vastaavilta osin sivuutetaan velkojakollektiivin yhteinen intressi noudattaen saneerailainsäädännön kompetenssinjakojärjestelmää. Nähdäkseni olisi syytä pohtia vakavasti, tuleeko yksittäisen saneerausvelkojan oikeastaan koskaan saada muita saneerausvelkojia sitova vakuus, jos hänellä on tieto tai perusteltu epäily velallista koskevan saneerausmenettelyn alkamisesta.

Korobkinin muotoilemalla järkevän suunnittelun periaatteella on puolestaan ollut merkittävä vaikutus tulkintasuositukseeni, jonka mukaan saneeraushakemusta ei pitäisi hylätä konkurssivertailuargumenteilla (ks. jakso 6.2.1). Taustalla on ajatus, että saneerauksen aloittamisvaiheessa käsitykset sekä tulevasta saneeraussuunnitelmasta (ohjelmaehdotuksesta) että hypoteettisesta konkurssista ovat yleensä niin alkutekijöissään, ettei niiden varaan voida perustaa niin merkittävää ratkaisua kuin saneeraushakemuksen hylkääminen. Konkurssivertailua koskevien oletusten varassa tehtävä hylkäyspäätös olisi pikemminkin järkevän suunnittelun periaatteen vastainen ja toteuttaisi (yllä järkevän suunnittelun vastakohdaksi esittämäni) etukäteen määrättyjen ratkaisujen periaatetta.

Teoreettismetodologisista vaikutteista kuitenkin ehkä suurin merkitys tämän tutkimuksen tuleviin jaksoihin on ollut *vastavuoroisuuden idealla*. Tietyissä

jäljempänä käsiteltävissä saneeraus oikeuden keskeisissä normistoissa matka tulkintaongelman yksilöitymisestä konkreettiseen tulkintasuositukseen on ollut juuri vastavuoroisuusperiaatteen saatelema. Joitain esimerkkejä: modernissa insolvenssioikeudessa velallisella on oikeus rauhoitusaikaan edellyttäen vastavuoroisesti, että tämä aika käytetään yrityksen tilanteen tehokkaaseen selvittämiseen ja – saneeraus mahdollisuuden täytyessä – velkojen intressit huomioivan saneeraus suunnitelman laatimiseen (3 luku, erityisesti mahdollisuus selviytysrauhotusaikaan); velallisella on oikeus lakkauttaa ennen rauhoitusajan alkua syntyneiden velkojensa maksaminen edellyttäen vastavuoroisesti, että hän maksaa toiminnan jatkumisesta johtuvat uudet velkansa sekä velkansa, jotka lainsäätäjä on nimenomaisesti rajannut legaalisen maksunlakkautuksen ulkopuolelle (jaksoissa 3.5.3.2 ja 4.2.4.4 esitetty tulkintasuositus, jonka mukaan maksukiellon ulkopuoliset velat on maksettava, ja niiden on siksi oltava suojattuja saneerausohjelman velkajärjestelyiltä); velallisen oikeus maksunlakkautukseen edellyttää vastavuoroisesti, että tätä oikeutta käytetään velkojen yhdenvertaisuuden turvaamiseksi, ei joidenkin velkojen suosimiseksi (jaksossa 3.5.2.2 esitetty vaatimus, jonka mukaan saneeraustuomioistuimen on ns. väliaikaiskieltoja määrätessään huolehdittava kieltojen yhdenvertaisesta kohdistumisesta velalliseen ja velkoihin). Yhdenvertaisuus maksunlakkautuksessa asettaa vastavuoroisuus- ja reiluusvelvoitteen *myös velkojen välille*. Velalliseen nähden vaikutusvaltaiset velkojat eivät saa käyttää asemaansa väärin painostamalla velallista vapaamuotoisin, tosiasiallisiin perintäkehotuksin, tai esimerkiksi lupaamalla tukensa saneeraukselle vain saadessaan velalliselta maksun tai vakuuden velasta, joka lain mukaan kuuluu maksunlakkautuksen piiriin. Laajasti ymmärrettyä vastavuoroisuusperiaate voidaan nähdä myös konkurssivertailu-instituution taustalla: velallisella on oikeus aloittaa uuden tulevaisuudensuunnitelmansa (vahvistetun saneerausohjelman) toteuttaminen, kunhan velallinen huolehtii siitä, ettei kukaan velkojista joudu tällöin vielä huonompaan asemaan kuin konkurssissa.

Näiden konkretisointipyrkimysten lisäksi tulevaisuuden lainopillisissa jaksoissa mainitaan paikoin erikseen, että jokin tulkintasuositus tai laajempi käsitykseni tietyn insolvenssioikeudellisen normiston funktioista näyttää ilmentävän 1. ja 2. luvuissa selostamiani teoreettismetodologisia tai moraaliteoreettisia vaikutuksia. Kuten todettu, kysymys on kuitenkin juuri *vaikutteista* pikemmin kuin sitoumuksista tai valinnoista, joiden ehdoton noudattaminen olisi tämän tutkimuksen erityinen päämäärä. Tästä syystä en ole pitänyt tarkoituksenmukaisena eksplikoida vaikutteitani yhä uudelleen kunkin lainopillisen problematiikan yhteydessä.

3 Rauhoitusajan tarve, alkaminen ja päättyminen

3.1 YRITYKSEEN KOHDISTUVIEN VAATIMUSTEN KESKEYTTÄMINEN JA TILANTEEN RAUHOITTAMINEN

Edellä on tarkasteltu Donald Korobkinin käsitystä yrityksen taloudellisesta ahdingosta sekä hänen kvalifioitua rehabilitaatiokäsittettään. Tarkastelun lähtökohtana oli yrityksen kyky täyttää siihen kohdistuvat vaatimukset ja odotukset. Liiketoiminnan normaalitilassa yritys kykenee jatkuvasti lukuisten eri intressien tyydyttämiseen ja tarvittaessa myös sopeutumaan yllättäviin, ennakoimattomiin vaatimuksiin. Taloudellisen ahdingon oloissa tämä kyky on sen sijaan vakavasti heikentynyt. Tällöin tarvitaan sääntelyä, jonka avulla voidaan selvittää ahdingon syyt, mahdollisuudet puuttua niihin ja lopulta ratkaista, miten yritys ehkä voisi palauttaa kykynsä täyttää siihen kohdistuvia odotuksia. Tämän selvittelyn ja suunnittelun nojalla tehdään lopulta *perusteltu päätös* joko liiketoiminnan lopettamisesta, siirtämisestä toiselle yritykselle taikka jatkamisesta – yleensä tarpeellisin tavoin muunneltuna – samassa yrityksessä (kvalifioitu rehabilitaatiokäsitem).¹

Kun tavoitteena on *perusteltu* näkemys yrityksen tulevaisuudesta, päivittäinen vaatimusten täyttäminen on keskeytettävä tarpeellisilta osin. Vaatimukset 'jäädytetään' odottamaan yrityksen olemassaolon edellytysten ja tarkoituksen kokonaisvaltaista uudelleenmäärittelyä. Tämä tila saadaan aikaan käynnistämällä *rauhotusaika* (stay).

Rauhoitusajan käsite omaksuttiin insolvenssioikeudelliseen² terminologiaan Suomessa uusien insolvenssimenettelyjen myötä. Lakitekstissä sana ei esiinny, mutta sitä käytetään esitöissä ja oikeustieteessä; joskus puhutaan myös rauhoitus- tai välitilasta.³ Termi tarkoittaa ajanjaksoa, jonka kuluessa velallisen ja velkojien väliset suhteet on rauhoitettu poikkeussääntelyllä. Velallisella ei ole tavanomaista valtaa määrätä omaisuudestaan, eikä velkojilla vastaavasti oikeutta käyttää tavanomaisia keinoja vaatimustensa täyttämiseksi (tai turvaamiseksi). Näin voidaan kuvata rauhoitusajan ydinsisältöä. Yksityiskohdissaan rauhoitus-

¹ Korobkinin näin määrittelemästä taloudellisesta ahdingosta sekä kvalifioidusta rehabilitaatiokäsitteestä ks. edellä 2.3.2.1 ja 2.3.2.4.

² Velkasuhteita koskeva rauhoitusaika on käsitteenä ja sääntelykohteena tunnettu jäämistöoikeudessa jo kauan ennen uuden insolvenssioikeuden nousua. Laajimmin jäämistöoikeudellista rauhoitusaikaa on meillä tarkastellut Lohi, s. 241–278.

³ Ks. HE 182/1992 s. 1 ja 11, KM 1978:37 s. 608 ja Leppiniemi – Puttonen s. 305.

aikasäännöstit on mahdollista muokata hyvinkin vaihteleviksi riippuen siitä, mitä tarkempia päämääriä normistolla tavoitellaan.⁴

Rauhoitusajan tarkoituksena on torjua muutokset velallisen varallisuustilanteessa. Ilman rauhoitusajanormistoa yrityksellä ei olisi laillista keinoa suojautua velkojen aiheuttamalta paineelta, joka insolvenssimenettelyn lähestyessä on vieläpä yleensä omiaan vain kasvamaan kunkin yksittäisen velkojan pyrkinessä täyttämään tai turvaamaan oman vaatimuksensa. Rauhoitusajan pääfunktioiksi voidaankin tiivistää *tilanteen rauhoittaminen*. Tämä on kaikkien rauhoitusajanormistojen yhteinen funktio riippumatta siitä, millaisia päätöksiä tai toimenpiteitä rauhoitusajana on tarkoitus saada aikaan.⁵

Tulevaa esitystä varten on syytä täsmentää jo tässä vaiheessa, mihin rauhoitusajanormisto itse asiassa kohdistuu. Sääntelyn kohteena on

- velallisen *varallisuutta koskeva määräysvalta* ja
- velallisen *suoja velkojia vastaan*.

Tässä tutkimuksessa rauhoitusajalla tarkoitetaan normistoa, joka sääntelee *samanaikaisesti molempia*, ts. sekä velallisen määräysvaltaa että velallisen suojaa velkojiltaan. Tutkimuskohteena ei siten ole niinkään perinteisessä likvidaatio-konkurssissa tapahtuva määräysvallan siirtyminen velalliselta konkurssihallinnolle (joskin jäljempänä kiinnitetään huomiota myös disponointivallan siirtymiseen yleinsolvenssioikeudellisena tapahtumasarjana). Konkurssissa tapahtuvalla määräysvallan siirtymisellä on suojattu vain *velkojia*, jottei velallinen epälojaaleilla toimillaan aiheuttaisi heille (enempää) vahinkoa ja jottei konkurssivarallisuus hupenisi yksittäisten velkojen (sinänsä oikeutettujen) vaatimusten toteuttamiseen. Velallista suojaavaa tehtävää ei konkurssissa tapahtuvalla määräysvallan siirtymisellä sen sijaan ole ollut. Moderni rauhoitusajaka tuo perinteiseen asetelmaan sen olennaisen muutoksen, että *velallinen säilyttää määräysvaltansa* (ainakin osittain) ja saa *samalla suojaa velkojia vastaan*. Tällainen normisto suojaa nimenomaan velallista, joskin siitä koituu hyötyä myös velkojille kollektiivina. Usein todetaan, että velallinen hakee ”konkurssilainsäädännön tarjoamaa suojaa” tms., millä tarkoitetaan juuri rauhoitusajan tuottamaa suojaa velkojia vastaan. BC 11 luvun myötä konkurssi onkin Yhdysvalloissa muuttunut lähes kokonaan velallisaloitteiseksi menettelyksi.⁶ Insol-

⁴ ” – the nature and scope of this stay varies considerably among countries, this variation reflecting differing legal traditions and policy choices.” IMF s. 27.

⁵ Ks. Gross s. 41, joka vertaa rauhoitusajaka monien joukkueurheilulajien säännöissä tunnettuun aikalisään. Kansainvälisessä keskustelussa rauhoitusajaka luetaan joskus pelkästään velallisvarallisuuden suojakeinoksi. Sen tarkoituksena on ”to avoid a premature dismemberment of the enterprise”. Ks. IMF s. 56. Näkökulma on tällöin kapea, likvidaatio-oikeudellinen. Saneerausmenettelyyn liittyvällä rauhoitusajalla on paljon muitakin funktioita, kuten jäljempänä havaitaan.

⁶ Ks. Warren – Bussel s. 19–20. Stay-normisto (kulmakivenään BC 362 §) on toisaalta tarkoitettu velallisen käyttöön vain suojaksi, ei hyökkäykseksi velkojia vastaan; ks. Keating Vand. L. Rev.

venssimenettelyä hakiessaan velallinen kuitenkin tosiasiallisesti toimii myös kaikkien velkojien edun mukaisesti estäen tai pysäyttäen hallitsemattoman perintäkilpailun.⁷

3.2 RAUHOITUSAIKA LAILLISTETTUNA MAKSUNLAKKAUTUKSENA

3.2.1 Maksunlakkautusinstituution kaksi funktiota

Rauhoitusajaksäännöstöä pidetään yleisesti eräänä uuden insolvenssioikeuden kulmakivistä, mitä se epäilemättä onkin: ”The Automatic Stay is one of the fundamental debtor protections provided by the bankruptcy laws.”⁸ Tuulan mukaan rauhoitusajan perussäännös, BC 362 §, ”utgör grunden för syftet med hela Ch. 11”.⁹ Myös YSL:n yleisperusteluissa korostetaan juuri rauhoitusajaksäännösten merkitystä uudelle menettelylle.¹⁰

Superlatiivien ja uutuudenviehätyksen keskellä on kuitenkin huomattava, ettei rauhoitusajaksi ole perusteiltaan mikään mullistava innovaatio, vaan perinteisen *maksunlakkautusinstituution oikeudellistunut muoto*. Taloudellisissa vaikeuksissa olevan velallisen kollektiiviselle maksujen keskeyttämiselle on annettu oikeudellista merkitystä jo kauan ennen modernia saneerauslainsäädäntöä. Arnesdotterin mukaan maksunlakkautusinstituutio oli Ruotsissa jo 1900-luvun alussa muotoutunut sekä velallisen keinoksi suojautua velkojiltaan että

1991 s. 72. Velallisten aktiivisuus (vastaavasti velkojen passiivisuus) Ch. 11 -saneerauksissa havaittiin empiirisessä tutkimuksessa varsin pian vuoden 1978 uudistuksen voimaantulon jälkeen. Toimeliaisuuden erot ilmenivät sekä menettelyn aloittamishakemuksissa että vahvistettaviksi esitetyissä ohjelmaehdotuksissa, joihin molempiin velkojen katsottiin suorastaan menettäneen otteensa; ks. *LoPucki* Am. Bankr. L.J. 1983 s. 100, 248 ja 253–257. Vrt. kuitenkin *Rose-Ackerman* J. Leg. Stud. 1991 s. 279, jonka mukaan ainakaan yritysjohdolla ei – vastoin yleistä käsitystä – ole houkutetta hakeutua edes rehabilitaatiomenettelyyn, koska se useimmiten johtaa heille henkilökohtaisesti epäedulliseen lopputulokseen, erityisesti työpaikan ja ammattimaiseen menetykseen.

⁷ Rauhoitusajan kollektiivisesta luonteesta huolimatta on selvää, että sen tuottama suoja voi kohdistua yksittäisiin velkojiin tai velkojaryhmiin eri tavoin. Näin on erityisesti silloin, kun velallisen epäillään suosivan joitakin velkojiaan tai kun velallista painostetaan tähän. Rauhoitusajalla on tältä osin samankaltaisia tavoitteita kuin takaisinsaantisäännöstöllä, jota voidaan kuitenkin pitää voimakkaammin ex post -vaikutteisena normistona.

⁸ Ks. *Warren – Bussel* s. 245 (jotka viittaavat edustajainhuoneen lausumaan H. Rep. No. 95–595, 1978 U.S.C.C.A.N. 6296).

⁹ *Tuula* s. 83. Ks. myös *Kennedy* U. Mich. J. L. Ref. 1978 s. 3, *Keating* Vand. L. Rev. 1992 s. 71 (”One of the most significant features of the 1978 Bankruptcy Reform Act”), *Niccolini* Vand. L. Rev. 1992 s. 1663.

¹⁰ HE 182/1992 s. 1: ”Tärkeä uudistus suunnitelmallisen saneerauksen oikeudellisten edellytysten kannalta –”.

velallisen ja velkojien välisten neuvottelujen lähtökohdaksi.¹¹ Velallisen ilmoitus maksujensa lakkauttamisesta ei siten merkinnyt ainoastaan rahavelvoitteiden täyttämisen lopettamista. Vähintään yhtä tärkeä viesti oli, että velallinen on valmis niihin toimenpiteisiin, joita vastaavassa tilanteessa olevalta kunnialliselta velalliselta yleensä odotettiin.¹² Maksunlakkautus(ilmoitus) onkin perinteisesti ymmärretty juuri *konkurssia tai akordia edeltäväksi toimeksi*.¹³ Vaikka YSL:n järjestelmä edellyttääkin yrityksen saneerauskelppoisuuden toteamista jo ennen rauhoitusajan alkua, tosiasiasa yrityksen tulevaisuudesta päätetään meilläkin varsin usein vasta rauhoitusajan suojissa.

Maksunlakkautusinstituutioihin kohdistunut tutkimus on ollut vähäistä, etenkin kun otetaan huomioon niiden suuri käytännöllinen merkitys. *Arnesdotter* totesi väitöskirjassaan, että ”Lagstiftning och doktrin har inte ägnat någon större uppmärksamhet åt företeelsen betalningsinställelse. Dess praktiska betydelse och mängden intressanta rättsliga frågor som den ger upphov till har föranlett mig att ta upp den till en utförlig behandling”.¹⁴ Täsmälleen sama pätee tähän tutkimukseen.

Lainopillisen tutkimuksen vähäisyys selittyy pitkälti instituution sääntelemättömyydellä. Toisaalta voidaan kysyä, miksei meillä ole tehty syvällisempää tutkimusta, vaikka YSL:n suhteellisen kattava maksunlakkautusnormisto on ollut voimassa jo reilun vuosikymmenen. Tutkijayhteisön pienuuden ohella eräs syy voi olla soveltamisratkaisujen kiireellisyys. Tärkeätkin ongelmat jäävät vaille syvällistä käsittelyä, koska normiston soveltamisperiodit ovat – lain tarkoituksen mukaisesti – lyhyitä. Jos ongelmia herää, ne hoidetaan pikaisesti tekijäntiedolla. Käytettävissä oleva aika ei yksinkertaisesti salli problematiikan siirtämistä analyyttisempaan tarkasteluun. On kuitenkin varmaa, että rauhoitusaikanormistoon kytkeytyy lukuisia ongelmia, jotka vaativat lainopillista systematisointia ja tulkintaa. Käytännöllisen merkityksensä lisäksi suoritus- ja täytäntöönpanokiellot muodostavat omaleimaisen kokonaisuuden, jonka teoreettinen merkitys niin varallisuus- kuin siviiliprosessioikeudessaakin on huomattava.

Yhdysvaltain oikeudessa tilanne on ollut siinä mielessä toinen kuin meillä, että rauhoitusaika on ollut usein esillä oikeuskäytännössä. Aiheesta on myös kirjoitettu paljon niin käsikirjoissa, tutkimusmonografioissa kuin oi-

¹¹ Ks. *Arnesdotter* s. 175. Myös Tanskassa maksunlakkautusinstituutio oli käytännössä tunnettu jo ennen vuoden 1977 konkurssilakiin otettua nimenomaista maksunlakkautusnormistoa, ks. *Ørgaard Betalingsstandsning* s. 8–13.

¹² ”– gäldenären *dels* väddar om anstånd, *dels* förklarar sig villig att i gengäld underkasta sig den ’hederscodex’ som utbildats vad gäller en dylik supplikants fortsatta handlande.” *Arnesdotter* s. 175. Ks. myös *Heiberg – Lindencrone Petersen – Ørgaard* s. 3–4.

¹³ Ks. *Ørgaard Betalingsstandsning* s. 71 ja *sama* Betalingsstandsningsreformen s. 13 (jälkimmäisessä todetaan, että maksunlakkautuksen käyttö konkurssin valmisteluvaiheena ilmentää järjestelmän heikkoutta, mutta on käytännön näkökulmasta hyvin ymmärrettävää). Ks. myös *Høilund* s. 20–22.

¹⁴ *Arnesdotter* s. 175.

keustieteellisten tiedekuntien aikakausjulkaisuissakin.¹⁵ Pohjoismaissa aiheetta ovat käsitelleet laajimmin Niels Ørgaard ja Ingrid Arnesdotter.

3.2.2 Maksunlakkautustilanteiden jaottelusta, sääntelystä ja oikeusvaikutuksista

Maksunlakkautustilanteita voidaan jaotella eri perustein. Tärkeä erotteluperuste on *maksunlakkautusilmoitus* eli kysymys siitä, onko velallinen vain tosiasiallisesti lopettanut velkojensa maksamisen, vai onko hän tehnyt asiasta erityisen ilmoituksen ainakin merkittävälle velkojilleen tai – jos laki antaa tähän mahdollisuuden – tuomioistuimelle. Tanskassa konkursloven 2 luku, Betalingsstandsning, koskee nimenomaan alioikeudelle tehtyyn ilmoitukseen perustuvaa maksunlakkautusta (anmeldt betalingsstandsning).¹⁶ Tosiasiallinen maksujen lakkauttaminen toimii ainoastaan olettamana maksukyvyttömyydestä (konkursloven 18 §).¹⁷

Ruotsissa maksujen lakkauttaminen muodostaa konkurslagen 2:8:ssä tarkoitetun maksukyvyttömyysolettaman vain, jos velallinen on nimenomaisesti ilmoittanut velkojilleen maksujensa lopettamisesta. Ilmoituksen on ”periaatteessa” oltava suunnattu laajalle velkojajoukolle ja sen on perustuttava velallisen taloudellisiin vaikeuksiin, mutta ilmoituksen muotoa ja sisältöä ei ole säännelty laissa.¹⁸ Maksunlakkautusinstituutio on Ruotsissa jäänyt sisällöltään varsin

¹⁵ BC:n rauhoitusaiakasäännösten valmistelussa eräitä merkittäviä kysymyksiä jätettiin tarkoituksellisesti oikeuskäytännön varaan. Keskeisimpiä näistä oli velkojalle säädetty mahdollisuus hakea poikkeusta rauhoitusaikarajoituksista ns. perustellun syyn nojalla, mikäli velkojan oikeus ei muutoin ole riittävästi turvattu. Ks. *Warren – Westbrook* s. 525–538 ja *Levit* Am. Bankr. L.J. 1979 s. 288–289.

¹⁶ Ks. *von Eyben – Smith* s. 119.

¹⁷ Koska maksunlakkautuksella tarkoitetaan konkursloven 18 §:ssä myös tosiasiallista maksujen keskeyttämistä, maksunlakkautuksen käsitettä on tässä yhteydessä pidetty laajempaan kuin lain 2 luvussa, ks. *Munch* s. 212. Aivan mikä tahansa poikkeama normaalista maksukäyttäytymisestä ei kuitenkaan saa aikaan edes insolvenssiolettamaa, vaan tosiasiallisen maksulaiminlyönnin täytyy koskea merkittävää, liiketoiminnan harjoittamiseen liittyvää erääntynyttä velkaa (”en faktisk undladelse af at betale væsentlig, forfalden forretningsmæssig gæld”). Merkittävimmät erot alioikeudelle ilmoitetun ja ilmoittamattoman maksunlakkautuksen välillä ovat siinä, että vain edellinen toimii konkurssilainsäädännön tunnustamana takaisinsaannin *määräpäivänä*, vain maksunlakkautusilmoituksen jälkeen syntyneet velat voivat olla *etuoikeutettuja* myöhemmässä konkurssissa ja vain maksunlakkautusilmoitus suojaa velallista *erityistytäntöönpanolta*; ks. *von Eyben – Smith* s. 119–120. Ks. myös *Paulsen* s. 54–57.

¹⁸ Ks. *Arnesdotter* s. 176–177, *Walin – Palmér* s. 46, *Welamson* Konkurs s. 34 sekä SOU 1992:113 s. 188 ja 360 (tysta/öppna betalningsinställelser). Ks. kuitenkin *Heuman* s. 187, joka toteaa, että tosiasiallinen maksunlakkautus (faktisk betalningsinställelse) voi sekin olla tärkeä osa todistelua, jonka perusteella velallisen on katsottava olevan maksukyvytön. Maksunlakkautusinstituutioon kodifiointia alustanut mietintö (tai muistio, ”promemoria”) lähti siitä, että juridisesti merkityksellinen maksunlakkautus olisi ensin pitänyt ilmoittaa velkojille ja sen jälkeen vielä rekisteröitävä velallisen konkurssituomioistuimessa. Ks. DS A 1979:7 s. 52–53. Pohjoismaiselle maksunlakkautustraditiolle on ollut tyypillistä, että velallinen tekee maksunlakkautusilmoituksen velkojilleen kiertokirjeitse, ks. Bet. Nr. 606 s. 59 (”ved et cirkulære”), *Walin – Palmér* s. 46 ja *Brækhus* Omsetning og kreditt I s. 140. Nykyisen tiedonvälitystekniikan aikana keinot lienevät melko lailla monipuolistuneet.

epämääräiseksi, vaikka laki tunnustaakin ilmiön olemassaolon. Kodifointiyritykset eivät ole tuottaneet tulosta, joten oikeustieteellä ja -käytännöllä on edelleen varsin suuri merkitys ruotsalaisen maksunlakkautusnormiston muokkaajina.¹⁹ Myös Norjan oikeudessa insolvenssiolettama kytkeytyy laaja-alaiseen maksunlakkautukseen, joten velallisen velkojilleen tekemä yleinen ilmoitus on olettaman täyttymiselle keskeinen.²⁰

Maksujen lakkauttamisen oikeudellista merkitystä tiettyssä oikeusjärjestyksessä ilmentää myös se, kuinka täsmällisesti lakkauttamistapahtumaa *säännellään ja kuinka merkittäviä oikeusvaikutuksia* erilaisilla lakkautustilanteilla on. Kehityksen alkupisteessä – puhtaassa likvidaatio-oikeudessa – kirjoitettuja lakkautusnormeja ei ole voimassa lainkaan. Niitä ei tarvita, koska velallisella ei missään oloissa katsota olevan oikeutta lopettaa velkojensa maksamista. Ominaista tälle kehitysvaiheelle on, että maksujen lakkauttamista arvioidaan pelkästään *velvoitteen rikkomisena*.

Seuraava vaihe rauhoitusajan evoluutiossa²¹ on, että lainsäätäjä tunnustaa lakkautustilanteiden esiintymisen ja antaa niille tiettyä oikeudellista merkitystäkin, esimerkiksi maksukyvyttömyysindision statuksen. Tällöinkään lakkautusintressiä ei vielä pidetä niin merkittävänä, että velvoitteiden täyttämättä jättämiselle katsottaisiin olevan mitään hyväksyttävää perustetta. Lainsäätäjä vain tunnustaa tilanteen ja kytkee maksujen lakkauttamiseen tarpellisiksi katsomansa oikeusvaikutukset (velallista pidetään kykenemättömänä maksamaan velkojaan niiden erääntyessä, johon oikeusjärjestys taas liittää tiettyjä seuraamuksia, kuten konkurssiin asettamisen). Tavallaan kehityksen huippuna on normisto, joka laissa säädetyin edellytyksin myöntää velalliselle myös *oikeuden* maksujen lakkauttamiseen. Edellytysten täytyminen tarjoaa tällöin lakiin perustuvan mahdollisuuden velvoitteiden suorittamatta jättämiselle sitä vastaan, että velallisen elvytystoimia ryhdytään samalla järjestelmällisesti kartoittamaan laissa tarkemmin säädetyin tavoin.

Modernin rauhoitusajanormiston nojalla velallisella on siten sekä oikeus maksujensa lakkauttamiseen että *vastavuoroinen velvollisuus* ryhtyä vakavasti suunnittelemaan myös velkojensa oikeuksien turvaamista.²² Velkojilla on vas-

¹⁹ Ks. myös *Tuula* s. 351. Kodifointiyrityksistä ks. SOU 1992:113 s. 181–185 ja *Hellners – Mellqvist* s. 71 alav. 29.

²⁰ Norjassa olettaa ei kuitenkaan ole kytketty yhtä tiukasti maksunlakkautusilmoitukseen kuin (ainakin kirjallisuuden perusteella) Ruotsissa. Myöskään ei edellytetä, että velallinen on ehdottomasti keskeyttänyt kaikki maksunsa. Ks. *Brækhus* Omsetning og kreditt 1 s. 140 ja *Huser* 2 s. 123–124 (joka nimenomaisesti toteaa, että vaikka maksunlakkautusinstituutiolla on ulkomaisia esikuvia, ”har det sin egen betydning hos oss”). Ks. myös NOU 1972:20 s. 124–125 ja *Andenæs* s. 18.

²¹ Termiä ”rauhoitusajan evoluutio” ehdotti esitarkastusvaiheessa vastaväittäjäni Johanna Niemi-Kiesiläinen.

²² Voidaan sanoa, että Arnesdotterin tarkoittama ”hederscodex” on kehityksen tässä vaiheessa muuttunut laissa säännellyksi menettelyksi.

taavasti velvollisuus perintätoimista pidättymiseen. Tällaista vaikutusta ei sääntelemättömillä instituutioilla ole; ne eivät 'oikeuta' velallista lopettamaan velkojensa maksamista, eivätkä vastaavasti estä velkojia käyttämästä tavanomaisia keinoja suorituksen saamiseksi.²³

Toisin kuin muissa Pohjoismaissa, kirjoitettu konkurssilainsäädäntö ei meillä perinteisesti ole antanut maksujen lakkauttamiselle mitään juridista merkitystä. KS 6 §:n luetteloon maksukyvyttömyyttä indisoivista seikoista ei koskaan lisätty maksujen lakkauttamista, vaikka kaikissa muissa Pohjoismaissa tällainen indisio on ollut jo pitkään voimassa.²⁴ Uusi KonkL muuttaa tilanteen niin, että maksujen lakkauttaminen muodostaa meilläkin *presuntio* maksukyvyttömyydestä. KonkL 2:3.2:n 1 kohdan mukaan maksunsa lakkauttanutta velallista on pidettävä maksukyvyttömänä. Säännöksen perusteluissa todetaan, että oletettaman täyttymistä voi ilmentää velallisen velkojilleen osoittama nimenomainen maksunlakkautusilmoitus, mutta ilmoitus ei ole välttämätön, vaan "ratkaisevaa on ulospäin havaittavissa oleva maksujen keskeytyminen".²⁵ Tässä KonkL:n esityöt poikkeavat pohjoismaisista esikuvista, joissa on ollut selvänä lähtökohtana, että *presuntio* syntyy vain velallisen ilmoitettua maksunlakkautuksesta laajemmalle velkojajoukolle. Käytännössä ero ei välttämättä ole kovin huomattava, sillä tosiasialliset maksunlakkautustilanteet johtanevat muissakin Pohjoismaissa herkästi siihen, että maksukyvyttömyyседелlytyksen katsotaan täytyneen.²⁶ Toisaalta meillä omaksuttu vastakkainen perusratkaisu johtaa loogisesti sovellettuna siihen, että velkojille suunnattu maksunlakkautusilmoitus ei yksinään todista maksujen lakkauttamista; ainakin ilmoituksen vaikutus voidaan kumota herkemmin kuin jos maksukyvyttömyysolettama lain mukaan kytkettyisi suoraan velallisen tekemään ilmoitukseen.²⁷

²³ Juuri todettu tarkoittaa nimenomaan kirjoitetusta laista ja muista institutionaalisista oikeuslähteistä ilmenevää suhtautumista maksujen lakkauttamiseen. Kuten edellä todettiin, tosiasialliset käytänteet ovat kuitenkin saattaneet kehittyä maksunlakkautuksen oikeudellistumisprosessissa hyvinkin pitkälle, ennen kuin lakkautusinstressi otetaan oikeudellisen sääntelyn kohteeksi. Ruotsissa AckL:n mukainen menettely ei sellaisenaan rajoittanut velallisen disponointivaltaa, mutta akordikeskukset yhdessä velallisten kanssa noudattivat tosiasiaa varsin kehittyntä kompetenssinrajoitusjärjestelmää. Velallinen sitoutui muun ohessa siihen, että hän voi luovuttaa omaisuuttaan ainoastaan akordikeskuksen luvalla, että hän asioi velkojensa kanssa vain keskuksen kautta ja ettei hän millään tavoin suosi yksittäistä velkojaansa muiden kustannuksella. Edelleen velallinen sitoutui tässä ns. hallinnointisopimuksessa (administrationsavtal) siihen, että kaikki liiketoiminnan jatkumisen edellyttämä rahaliikenne kulkee akordikeskuksen nimissä olevan ns. hallinnointitilin (administrationskonto) kautta. Ks. *Arnesdotter* s. 73–96. Ks. myös SOU 1992:113 s. 360, jossa korostetaan velallisen tosiasiallisen ja muodollisjuridisen oikeusaseman välistä eroa maksunlakkautustilanteissa.

²⁴ Näitä pohjoismaisia sääntelyjä sivuttiin jo edellä. Ks. Ruotsin konkurslagen 2:8 ja *Welamson* Konkurs s. 34, Tanskan konkursloven 18 § ja *Munch* s. 212 sekä Norjan konkursloven 62 § ja *Andenaes* s. 18 (ks. myös *Huser* 2 s. 121–122).

²⁵ HE 26/2003 s. 42.

²⁶ Ks. *Heuman* s. 187 ja *Munch* s. 212.

²⁷ KonkL:n esityöt jatkavat pohjoismaista maksunlakkautustraditiota toteamalla, että velallisen on jätettävä maksunsa "yleisesti" maksamatta ja maksunlakkautuksen on perustuttava velallisen taloudellisiin vaikeuksiin, ei esimerkiksi velkasuhteita koskeviin riitaisuuksiin. Ks. HE 26/2003 s. 42.

KonkL:n juuri esitelty maksunlakkautusindisio tulee voimaan, kun YSL:n varsin kattava maksunlakkautusjärjestelmä on ollut voimassa reilun vuosikymmenen. Tässä mielessä kehitys on Suomessa kulkenut takaperoisesti. Ensimmäin säädettiin laaja-alainen, kehittynyt normisto YSL:iin ja vasta tämän jälkeen konkurssihakemusta koskeva maksukyvyttömyysolettama. Ja YSL todellakin sisältää varsin pitkälle kehittyneen maksunlakkautusnormiston. Se ei ainoastaan osoita, että lainsäätaja myöntää maksunlakkautustilanteiden esiintymisen käytännössä ja antaa niille rajattua oikeudellista merkitystäkin (maksukyvyttömyysolettaman statuksen). YSL sääntelee tarkoin niin *lakkautusmenettelyn* (saneeraushakemusprosessin), lakkautuksen *materiaaliset rajat* kuin maksunlakkautuksen *oikeusvaikutuksetkin*. Näin lainsäätaja ensinnäkin tunnustaa maksunlakkautustarpeen *oikeussuojaa ansaitseväksi intressiksi*, yhdistää maksunlakkautusoikeuden velkojia koskeviin *perintärajoituksiin* sekä sääntelee maksunlakkautuksen *materiaaliset rajat* eli osoittaa kielletyt, sallitut ja pakolliset maksut. YSL:n *maksunlakkautusjärjestelmän perusteet* ovat siten seuraavat:

- velallisen *oikeus maksunlakkautukseen*
- *vastaavuusperiaate* maksunlakkautuksen ja perintärajoitusten välillä
- maksunlakkautuksen *rajojen määrittely* eli kiellettyjen, sallittujen ja pakollisten maksujen erottelu
- maksunlakkautuksen ulkopuolisten velvoitteiden *suorituspakko*
- kiellettyjen suoritusten tehottomuus ja *palautusvelvoite*.

YSL:n kaltainen, suhteellisen tarkoin säännelty maksunlakkautusjärjestelmä ilmentää merkittäväällä tavalla myös koko saneerausintressin oikeudellistumista, jota tarkasteltiin edellä 2. luvussa. Maksujen lakkauttaminen on kehittynyt oikeuselämän tosiasiallisista käytänteistä lainsäätäjän kontrolloimaksi tapahtumasarjaksi, jonka oikeusvaikutukset koskevat velallisen lisäksi koko velkojakollektiivia ja monesti sivullisiakin.

3.3 MENETTELYN VALINTA RAUHOITUSAJAN FUNKTIONA?

3.3.1 Rauhoitusajan tehtävät erillis- ja yhtenäismenettelyjärjestelmissä

Kaikkien rauhoitusajanormistojen perusfunktioiksi todettiin juuri yritykseen kohdistuvien vaatimusten keskeyttäminen ja tilanteen rauhoittaminen. Yhteinen perustavoite ei kuitenkaan ole tuottanut yhtenäisiä normistoja; päinvastoin, erot oikeusjärjestelmien välillä ovat paikoin todella huomattavia. Tämä johtuu nähdäkseni erilaisesta suhtautumisesta seuraaviin peruskysymyksiin:

- tavoitellaanko rauhoitusajalla yritysten ohjautumista oikeaan menettelyyn ja
- pyritäänkö rauhoitusajalla aina edistämään yrityksen saneerausta?

Nämä osakysymykset voidaan tiivistää kysymällä, pyritäänkö rauhoitusajan kuluessa ratkaisemaan ns. jatkamiskonflikti eli kiista yrityksen toiminnan jatkamisesta (saneerauksella) tai lopettamisesta (likvidaatiokonkurssilla).²⁸

Vastausta on suomalaisessa kirjallisuudessa yleensä haettu insolvenssimenettelyjen järjestelmästä, viittaamalla erityisesti siihen, että saneeraus ja konkurssi ovat meillä itsenäisiä menettelyjä, ts. niitä ei ole yhdistetty toisiinsa. Vakiintuneesti katsotaan, että tällaisessa erillismenettelyjärjestelmässä rauhoitusajan funktiona *ei ole yritysten ohjautuminen oikeaan menettelyyn*. Insolvenssimenettelyn hakija päättää, kumpaan menettelyyn yritys suunnataan tai sitä ainakin yritetään suunnata. Tuomioistuimien ratkaisee vain, täytyvätkö tämän hakemuksen hyväksymisen edellytykset.²⁹ Erillistä rauhoitusaikaa, jonka kuluessa päätös oikeasta menettelystä tehtäisiin, ei järjestelmämme tunne. Sitä vastoin *yhtenäismenettelyssä rauhoitusajan tehtävänä on ohjata yritys oikeaan menettelyyn* (so. jatkamiskonfliktin ratkaiseminen). Menettelyn hakija ei tee päätöstä yrityksen saneerauksesta tai likvidaatiosta, vaan ratkaisu tehdään menettelyn aikana.³⁰

Erillis- ja yhtenäisjärjestelmien jyrkkä vastakkainasettelu on esitysteknisesti havainnollista; järjestelmien periaatteelliset ja systemaattiset erot tulevat helpommin havaittaviksi ja arvioitaviksi. Konkreettiset lainsäädäntöratkaisut muovautuvat kuitenkin näiden perusmallien yhdistelmistä, ja onkin syytä korostaa jo nyt, ettei insolvenssimenettelyjen järjestelmän rakenteesta pidä tehdä ehdotomia päätelmiä siitä, mitä funktioita rauhoitusajalle voidaan antaa.

Usko insolvenssimenettelyjen järjestelmän 'oikeaan' rakenteeseen näytteli kuitenkin merkittävää osaa Saksan uudistuksen valmistelussa. Yrityksen maksukyvyttömyyden ratkaisumalleiksi asetettiin kolme perusvaihtoehtoa: perinteinen likvidaatio, liiketoiminnan luovutus ja liiketoiminnan saneeraus.³¹ Oikeuspoliittiseksi johtotähdeksi kiteytyi, että lainsäädännön ei pitänyt suosia mitään näistä vaihtoehtoista, vaan valinnan olisi tapahduttava sillä perusteella, mikä näkemys 'markkinoilla' vallitsee yksittäisen yrityksen tulevaisuudesta (Marktkonformität). Lainsäätäjän tehtävänä oli ainoastaan luoda menettelykehikko, joka takaisi menettelyvaihtoehtojen yhdenvertaisuuden (Gleichrang von

²⁸ Jatkamiskonflikti on *Koulun* (Aloittaminen s. 39–40) käyttöön ottama termi. Termi viittaa juuri kysymykseen, ratkaistaanko yrityksen taloudelliset ongelmat toiminnan jatkamisella (saneeraus) vai lopettamisella (likvidaatio).

²⁹ Ks. *Niemi-Kiesiläinen* s. 51, *Koulu* LM 1996 s. 1159.

³⁰ Ks. *Niemi-Kiesiläinen* s. 51, erit. alav. 62.

³¹ Ks. RegE s. 77.

Liquidation, übertragenden Sanierung und Sanierung des Schuldners).³² Ratkaisuksi luotiin järjestelmä, jossa insolvenssimenettely aloitetaan ilman kannanottoa toiminnan jatkamiseen tai lopettamiseen.³³ Asiasta on päätettävä kolmen kuukauden kuluessa menettelyn alkamisesta (InsO 29 §). Tuon ajan kuluessa on siten kerättävä riittävästi informaatiota nimenomaan yrityksen oikean ohjautumisen varmistamiseksi.

InsO toteuttaa puhtaan yhtenäismenettelyn logiikkaa: menettely aloitetaan, jotta yritys ohjautuisi mahdollisimman aikaisessa vaiheessa oikeiden toimenpiteiden kohteeksi. Yhtenäismenettelyidea ilmenee myös menettelyn oikeusvaikutuksissa. InsO 80 §:n mukaan insolvenssimenettelyn alkaminen johtaa siihen, että velallisen määräysvalta siirtyy selvittäjälle.³⁴ Eroa saneerauksen ja likvidaation välillä ei tehdä esimerkiksi sillä perusteella, kumpi vaihtoehto näyttää menettelyn aloitusvaiheessa todennäköisemmältä. InsO 80 §:llä siirrettiin perinteinen, konkurssissa sovellettu määräysvaltasääntely asiallisesti muuttamattomana osaksi uutta yhtenäismenettelyä.³⁵ InsO:n mukaisessa menettelyssä ei siten noudateta mitään erityistä 'saneerausrauhoitusaikaa'. Määräysvallan siirtymisellä ei myöskään millään tavoin pyritä ohjaamaan yritystä saneerausmenettelyyn; tavoitteena ei siten ole myöskään edistää saneerausmahdollisuuksia. Tämä on johdonmukainen seuraus siitä neutraalisuusperiaatteesta, jolle InsO kauttaaltaan perustuu. Lainsäädännöllisenä ratkaisuna InsO 80 § on varsin selvä vastakohta YSL:n mukaiselle rauhoitusajalle, joka rakentuu velallisen määräysvallan lähtökohtaiselle pysyvyydelle ja avoimesti saneerausta edistävillä tavoitteilla. Jos varsinaisina rauhoitusaikanormistoina pidetään vain säännöstöjä, joissa velallinen ei menetä määräysvaltaansa kokonaan, on todettava, että InsO ei sisällä varsinaista rauhoitusaikaa. Disponointivallan siirtyminen on vain omaksuttu osaksi uutta menettelyä.

Puhtaalle erillismenettelyjärjestelmälle, kuten YSL:lle, on puolestaan ominaista, että rauhoitusaika palvelee juuri saneeraustavoitetta ja siten saneerausmenettelyn sisäisiä päämääriä. YSL:n mukaisella rauhoitusajalla pyritään avoimesti saneerauksen edistämiseen.³⁶ Tämä luonnollisesti edellyttää, että yrityk-

³² RegE s. 77–78 ja *Huelsdunk* KTS 1999 s. 292. Hallituksen esityksessä korostetaan juuri järjestelmän rakennetta yhdenvertaisuuden takeena (RegE s. 78): "Die Struktur des Verfahrens muß — so angelegt sein, daß keines der möglichen Verfahrensziele vor dem anderem bevorzugt wird." Ks. edelleen RegE s. 83 ja *Mönning* s. 67–69.

³³ Kirjallisuudessa uudistusta on tältä osin kuvattu toteamalla, että yhtenäismenettely lakkautti oikeuden valita yritykselle etukäteen joko saneeraus- tai likvidaatiomenettelyn; näin *Uhlenbruck* s. 99–100. Ks. myös *Neumann* s. 27–29.

³⁴ Ks. *Pape – Uhlenbruck* s. 419.

³⁵ Ks. RegE s. 135 (jossa ko. säännös oli vielä lakiehdotuksen 91 §). Perusteluissa todetaan nimenomaisesti, että määräysvallan siirtymistä koskeva uusi yleissäännös ei merkitse muutosta voimassa olevaan oikeuteen.

³⁶ Tämä on myös Tanskan konkursloven 2 luvun julkilausuttu tavoite, tosin painottuen nimenomaan vapaaehtoisten velkajärjestelyjen ("frivillige gældsordninger") edistämiseen. Ks. *Heiberg – Lindencrone Petersen – Ørgaard* s. 3 ja *Munch* UfR 1983 B s. 359.

sen saneerauskelpoisuus on selvitetty ja päätös saneeraamisesta tehty. Mahdollisuus saada rauhoitusaikakieltoja voimaan jo ennen menettelyn alkamista on toki olemassa, mutta se on sidottu erityisedellytyksiin, joiden täyttyminen tutkitaan tapauksittain. Lainsäätäjän lähtökohta on, että rauhoitusaika alkaa vasta, kun velallisen saneerauskelpoisuus on todettu hakemuksen hyväksymisellä. Ajatus yrityksen oikeaa ohjautumista palvelevasta rauhoitusajasta on insolvenssioikeudellemme *järjestelmätasolla* vieras.

3.3.2 Selvityusrahoitusajan mahdollisuudesta YSL:n järjestelmässä

Edellä todettiin, että rauhoitusajan mahdollisten funktioiden määrittelyssä ei pidä takertua ehdottomasti insolvenssimenettelyjen järjestelmän rakenteeseen. Tätä väitettä tarkastellaan nyt lähemmin kysymällä, voitaisiinko YSL:n mukais- ta rauhoitusaikaa käyttää yritykselle tarjolla olevien mahdollisuuksien kokonaisu- valtaiseen selvittämiseen, ts. ilman, että etukäteen sitoudutaan juuri legaali- seen saneerausmenettelyyn. Näin siis nimenomaan siitä riippumatta, että YSL kyllä järjestelmätasolla edellyttää tällaista sitoutumista, kuten niin ikään juuri todettiin.

Kysymys rauhoitusajan funktioista liittyy tietenkin läheisesti rauhoitusajan 'oikeaan' ja 'väärään' käyttöön. Suomen saneerailainsäädännön valmistelussa rauhoitusajan väärinkäyttö oli erityisen huolen aiheena. Tämä ilmenee muun muassa YSL 6 ja 7 §:stä sekä niiden perusteluista, joissa erääksi tavoitteeksi ilmoitetaan nimenomaan väärinkäyttömahdollisuuden torjuminen.³⁷ Rauhoitus- aika on käytettävissä *vain todelliseen saneeraustarkoitukseen*. Voidaankin sa- noa, että vaihtoehtojen kokonaiskartoitusta tukeva rauhoitusaika rikkoisi paitsi YSL:n järjestelmää, myös rauhoitusajan 'väärinkäytön' kieltoa.

Toisaalta YSL:n yleisperusteluissa todetaan myös avoimesti, että "Sane- erausmenettely voi olla perusteltua käynnistää juuri siinä tarkoituksessa, että saadaan tilaisuus perusteellisesti selvittää yrityksen taloudellinen asema ja tar- jolla olevat mahdollisuudet."³⁸ Tällaisen 'selvityusrahoitusajan' edellytykseksi kuitenkin asetetaan, että saneerauksen vaihtoehtona suoritetaan *toiminnallisen kokonaisuuden luovutus*.³⁹ Nämä perustelulausumat ovat yhdenmukaisia sen kanssa, että liiketoiminnan luovutukselle on lakitekstissäkkin säädetty erityis- asema toiminnallisen saneerauksen vaihtoehtona. YSL 7.2 §:n mukaan yrityk- sen saneerauskelvottomuus (ns. syvä maksukyvyttömyys) ei estä saneeraus-

³⁷ Väärinkäytön torjuminen ilmoitetaan tavoitteeksi mm. yhteishakemusta koskevan 6.1 §:n 1 kohdan, samoin kuin 7.1 §:n 4 kohdan perusteluissa. Ks. HE 182/1992 s. 66–67.

³⁸ HE 182/1992 s. 25–26. Ks. myös *Koskelo* s. 12–13.

³⁹ HE 182/1992 s. 26.

menettelyn jatkamista, jos yritysvarallisuus tai sen olennainen osa voidaan luovuttaa YSL:n mukaisessa järjestyksessä yhtenä kokonaisuutena. YSL:n esitöissä näytetään siten suhtauduttavan melko myönteisesti rauhoitusajan selvitysfunktion, mutta tavoitteeksi asetetaan vain sen tutkiminen, onko yksittäistapauksessa edullisempaa vahvistaa yritykselle saneerausohjelma vaiko realisoida liiketoiminta toimivana kokonaisuutena.⁴⁰ Tämän laajempaan vaihtoehtojen kartoitukseen ei YSL:n mukaista rauhoitusaikaa ole lain ja esitöiden perusteella tarkoitettu.

Kun lainvalmistelussa on avoimesti hyväksytty ajatus, että rauhoitusaikaa voidaan käyttää kahden vaihtoehdon – toiminnallisen saneerauksen ja liiketoiminnan luovutuksen – väliseen vertailuun, voidaan kuitenkin perustellusti kysyä, miksei sitä voitaisi käynnistää vaihtoehtojen laajempaakin selvittämistä varten. Ei ole mitenkään kiistatonta, että yrityksen vaikeuksien ja niiden ratkaisumallien *kokonaiskartoitus* olisi aina tarkoituksenmukaisinta suorittaa oikeus-suojakoneiston ulkopuolella. Rauhoitusajan tämänkaltaisen 'väärinkäytön' mahdollisuutta ei sitä paitsi voida täysin torjua. Jos rauhoitusajan kuluessa havaitaan, että perinteinen konkurssi on yritykselle ainoa järkevä mahdollisuus, seurauksena on saneerausmenettelyn lakkaaminen. Muita 'sanktioita' ei ole säädetty, eivätkä ne nähdäkseni ole tarpeenkaan, jollei yksittäistapauksessa täyty esimerkiksi jokin velallisen rikos. Myöskään niitä taloudellisia kustannuksia, jotka aiheutuvat saneeraushakemuksen laatimisesta ja ajamisesta tuomioistuimessa, ei voida yleisesti ottaen pitää turhina, jos rauhoitusajan kuluessa todella kyetään kartoittamaan toimintavaihtoehdot ja päädytään vilpittömästi siihen, että perinteinen konkurssi on yritykselle tarkoituksenmukaisin vaihtoehto.

Yhdysvaltalaisessa kirjallisuudessa on viime aikoina kiinnitetty huomiota myös siihen, että selvitysrauhoidusaika voi jopa *edistää likvidaatiokonkurssin tavoitteita*. Rauhoitusaika turvaa velallisvarallisuuden koskemattomuutta, tarjoaa velkojille pääsyn tärkeisiin informaatiolähteisiin ja siirtää velallisen – jos ei aina riittävään, niin joka tapauksessa – tehokkaampaan ulkopuoliseen kontrolliin kuin rauhoitusajan ulkopuolella.⁴¹ Vaikka selvitysrauhoidusaika siis näyt-

⁴⁰ Ymmärrettävää on, että YSL:n kommentaariteoksessa kuvataan rauhoitusajan selvitysfunktiona pitkälti samoin kuin esitöissä. *Koskelon* (s. 7) mukaan saneerausmenettely on nimenomaan "selvitysprosessi, jossa varta vasten määrättävän selvittäjän johdolla ja asianosaisten (yrityksen ja sen velkojien) myötävaikutuksella tutkitaan mahdollisuudet yrityksen terveystämiseen, haetaan konkreettisia ratkaisuja yrityksen ongelmiin ja laaditaan täsmällinen saneerausohjelma velkajärjestelystä ja muista saneeraustoimenpiteistä". Samassa yhteydessä hän mainitsee menettelyn (=rauhoitusajan) kuitenkin voivan toimia myös toiminnallisen kokonaisuuden siirtoon johtavana selvittelyperiodina: jos "menettelyn aikana käy ilmi, että edellytyksiä toiminnan jatkamiselle entisen yrityksen puitteissa ei ylipäänsä ole, saneerausmenettelyä voidaan haluttaessa jatkaa myös siinä tarkoituksessa, että yrityksen varallisuus tai olennainen osa siitä myydään yhtenä kokonaisuutena".

⁴¹ Ks. Warren Mich. L. Rev. 1993 s. 374–375, *Roundtable Discussion* Am. Bankr. Inst. L. Rev. 1994 s. 229–235 ja (erityisesti vakuusvelkojan näkökulmasta, mutta myös velkojakollektiivin kannalta relevantisti) *LoPucki Strategies for creditors* s. 132–136.

tääkin olevan periaatteessa vastoin YSL:n lähtökohtia, sitä ei ole syytä – eikä mahdollistakaan – torjua kategorisesti. Päinvastoin, asiaperusteet saattavat yksittäistapauksessa puoltaa tällaista menettelyä. Nähdäkseni tosiasiallinen suhtautuminen rauhoitusajan selvitysfunktioon ei meillä välttämättä olekaan niin kielteinen kuin erillismenettelyjärjestelmän rakenne ehkä antaisi aiheen olettaa. Ainakaan oikeuskäytännössä ei ole mitenkään tavatonta, että saneerausmenettelyn aloittamispäätöstä perustellaan juuri selvitysfunktiolla.⁴²

Kaikkiaan yllä lyhyesti hahmoteltu selvitysrauhotusaika toteuttaa Korobkin vaatimusta, jonka mukaan kollektiivisella insolvenssimenettelyllä pyritään ennen kaikkea muodostamaan perusteltu käsitys yrityksen tulevaisuudesta (kvalifioitu rehabilitaatiokäsite). Kun yrityksen vaikeudet kasvavat sellaisiksi, että ne edellyttävät tilanteen rauhoittamista, ongelmien kartoittamista ja ratkaisuvaihtoehtojen selvittämistä, *oikeussuojakoneiston käytettävyyttä pitäisi mieluummin edistää kuin vaikeuttaa*. Jos osapuolet voisivat kääntyä tuomioistuinten puoleen myös ilman muodollista päätöstä jo tehdystä valinnasta, käsitys yrityksen tulevaisuudesta voitaisiin varmasti muodostaa oikeussuojakoneiston suojissa ehkä nykyistä aiemmin, ts. kun vaihtoehtoja vielä on.⁴³

3.4 SANEERAUKSEN TEHOKAS SUUNNITTELU RAUHOITUSAJAN TAVOITTEENA

3.4.1 Rauhoitusajasta suunnittelu- ja selvittelyjaksona

Perinteisten maksunlakkautusinstituutioiden tarkastelussa todettiin, että maksunlakkautuksen tavoitteet olivat kahtalaiset. Ensinnäkin kysymys oli maksusuoritusten lopettamisesta, mutta samalla siitä, että velallinen ilmaisi valmiutensa ryhtyä tilanteen vaatimiin toimenpiteisiin. Luonnollisesti myöskään moderni rauhoitusaika ei ole tarkoitettu pelkästään velallisen hengähdystauoksi. Vaikka erillismenettely, kuten YSL, ei sisälläkään nimenomaisesti menettelyn valintaan tähtäävää rauhoitusaikaa, voidaan myös YSL:n rauhoitusaikasäännös-

⁴² Ks. esim. THO 16.6.1994/2210 (S 94/28), THO 4.12.1996/4123 (S 96/1421), THO 25.3.1997/1018 (S 97/29). Ks. myös KouHO 27.2.2002/203 (S 02/173), jossa hakemus kuitenkin hylättiin.

⁴³ Tanskassa maksunlakkautusinstituutio kehittyi tosiasiaassa eräänlaiseksi selvitysrauhotusajaksi jo ennen vuoden 1977 konkursloven 2 lukua. Jo vuonna 1927 konkursloven sai uuden 48a §:n, jonka mukaan konkurssihakemuksen käsittelyä voitiin lykätä enintään kahdeksan viikkoa, jotta velallisella olisi ollut mahdollisuus saada aikaan pakkoakordi. Käytännössä säännöstä sovellettiin myös vapaaehtoisten järjestelyjen edistämiseksi, ks. *Ørgaard Betalingsstandsning* s. 9 ja *sama* Betalingsstandsningens reformen s. 8. Nykyään konkursloven 2 luvussa säännelty maksunlakkautus on toki tarkoitettu ensisijaisesti konkurssin välttämiseen, mutta voi yhtä hyvin johtaa konkurssiin, pakkoakordiin, vapaaehtoiseen velkajärjestelyyn tai yrityksen 'vapaamuotoiseen' likvidaatioon, ks. *Ørgaard Betalingsstandsningens reformen* s. 10 ja 107.

töä kuvata funktionaaliseksi. Tarkoitus on, että *rauhoidusajan kuluessa valmis-tuisi suunnitelma yrityksen saneeraustoimenpiteistä*.⁴⁴ YSL:n järjestelmässä tämä on rauhoitusajan ”virallinen” tavoite. Juuri tarkasteltu mahdollisuus selvi-tysrauhoidusajkaan käy toki välillisesti ilmi lain esitöistä ja niihin tukeutuvasta oikeuskäytännöstä, mutta rauhoitusajan ehdottomasti tärkein tavoite on saneer-auksen suunnittelu sekä lain vaatimukset täyttävän suunnitelman vahvistami-nen legaaliseksi ohjelmaksi.

Rauhoitusajaksi turvaa saneerausohjelman aikaansaantia kahdella tavalla. En-sinnäkin se siirtää resursseja välittömän maksuvalmiuden ylläpidosta tilanteen vakauttamiseen ja pidemmän aikavälin suunnitteluun. Samalla tarjoutuu mah-dollisuus selvittää yrityksen tilannetta perusteellisemmin kuin rauhoitusajan ulkopuolella. Rauhoitusajan molemmat funktionaaliset piirteet – selvittely ja suunnittelu – ilmenevät lainsäädännöstä, vaikka järjestelmä periaatteessa edel-lyttää saneerauskelpoisuuden selvittämistä jo ennen kuin rauhoitusajaksi alkaa. YSL 8.1 §:n 1 kohdan mukaan selvittäjän tehtävänä on menettelyn tarkoituksen toteuttamiseksi ja velkojien edun valvomiseksi laatia selvitys velallisen varoista, veloista ja muista sitoumuksista sekä velallisen taloudelliseen asemaan ja sen odotettavissa olevaan kehitykseen vaikuttavista seikoista. Saman pykälän 1 momentin 5 kohdan mukaan selvittäjän on myös huolehdittava saneerausoh-jelmaehdotuksen laatimisesta.

Saneerauksen edellytysten selvittäminen ja toimenpiteiden suunnittelu tuke-vat YSL:n järjestelmässä toisiaan, eikä niiden jyrkkä erottaminen ole tarpeen. Sen sijaan yhtenäismenettelyssä selvittelyn ja suunnittelun välinen ero on peri-aatteessa jyrkkä. Kun menettelyn aloittamisen nimenomaisena tavoitteena on oikea valinta likvidaation ja rehabilitaation välillä, aloittamispäätös käynnistää ainoastaan *valinnan perusteiden selvittämisen*. Saneerauksen suunnitteluun siirrytään vain, jos se selvitystyön perusteella näyttää tarkoituksenmukaiselta. Muussa tapauksessa rauhoitusajan tehtävä on täytetty; selvitys on osoittanut yrityksen olevan saneerauskelvoton.⁴⁵

⁴⁴ Rauhoitusajan funktionaalinen yhteys saneeraussuunnitelmaan ja sitä koskeviin selvityksiin ilmenee hyvin *Borkin* (Einführung s. 167) toteamuksesta: ”– ein Unternehmen in der Regel nur durch ein Zusammenwirken aller Betroffenen saniert kann. Erforderlich ist, dass die Gläubiger wenigstens eine Zeit lang stillhalten, damit die Sanierungsaussichten geprüft werden können.”

⁴⁵ Saksan InsO on yrityksen tulevaisuuden suunnittelun osalta ’sekatyypinen’ menettely. Myös puhdas likvidaatio voidaan InsO:n mukaan toteuttaa erityisen suunnitelman (Liquidationsplan) mukaisesti. Suunnittelu kohdistuu tällöin siihen, miten velallisvarallisuudesta saadaan mahdolli-simman hyvä realisointitulos. Ohjelmaan perustuvan likvidaation mahdollisuutta pidettiin lain-valmistelussa eräänä merkittävimmistä uudistuksista vanhaan erillismenettelyjärjestelmään näh-den; ks. RegE s. 83, jossa ns. insolvenssisuunnitelman käytettävyys sekä saneeraus- että likvidaa-tiotarkoitukseen luetaan uuden yhtenäisjärjestelmän olennaisiin perusteisiin. Voidaan kuitenkin kysyä, missä määrin likvidaatiosuunnitelma lopulta tarvitsee lainsäätäjän tukea. Jos konkurssi-realisaation tavoitteena lain mukaan on pesän kannalta edullisin tulos – kuten meillä – ja tätä päämäärää voidaan edistää erityisen suunnitelman avulla, ei suunnitelman laatimiselle voine olla

3.4.2 Saneerauksen tehokas suunnittelu erityisesti ekspansiivisen riskinoton teorian valossa

Rauhoitusajan kestäessä velallisen liiketoiminta ja luottosuhteet, kuten toimintaympäristö muutoinkin, ovat poikkeuksellisessa tilassa. Yritykseen kohdistuvien vaatimusten täyttäminen on keskeytynyt velallisen pitäessä samalla edelleen hallussaan yrityksen varallisuutta ja toimintaa koskevaa määräysvaltaa. Kaikki osapuolet ovat myös tietoisia siitä, että velkojien oikeutettujenkin vaatimusten substanssiin tullaan lähitulevaisuudessa puuttumaan, mutta tämän puuttumisen tarkempaa merkitystä joudutaan vielä odottamaan.

Kaikki tämä saa aikaan *oikeudellisen välitilan*, jonka kestäessä merkittävät oikeussuhteet ja niihin sisältyvät taloudelliset intressit ovat epävarmoja; niihin voi kohdistua myös monenlaisista motiiveista nousevaa spekulatiota. Tällainen välitila ei saisi kestää pidempään kuin yksittäistapauksessa on välttämätöntä. Niin kirjoitetulta sääntelyltä, lainkäytöltä kuin oikeustieteeltäkin on edellytettävä keinoja, joilla siirtymä epävarmasta välitilasta uuteen selkeään asetelmaan (tai takaisin vanhaan) onnistuu ilman tarpeettomia viivytyksiä. Tämä edellyttää, että rauhoitusajaksi käytetään tehokkaasti hyväksi. Yrityksen insolvenssioikeuden yleiseksi periaatteeksi voidaankin asettaa *rauhoitusajan tehokkuus* (tehokkaan rauhoitusajan periaate).

Yhdysvaltain saneerauslainsäädännön kriitikot ovat usein käyttäneet aseenaan juuri rauhoitusajan väitettyä tehottomuutta. Merkittävin tutkija tällä alueella on jo 1980-luvun alusta ollut Lynn LoPucki. Hän on toistuvasti kiinnittänyt huomiota rauhoitusajan tehottomuuteen ja velkojien kontrollikeinojen riittämättömyyteen BC:n järjestelmässä. Jo ensimmäisen empiirisen tutkimuksensa perusteella hän totesi, että rauhoitusajana vallitseva voimatasapaino saneerausvelallisten ja velkojien välillä oli selvästi vääristynyt. Yritysjohdo

oikeudellista estettä, vaikkei asiasta laissa säädetäkään. Esimerkiksi suomalaisessa konkurssipesässä on mahdollista laatia realisointisuunnitelma ja käsitellä sitä velkojainkokouksessa; näinhan käytännössä tehdäänkin, mutta ilman, että suunnittelulle ja sen lopputulokselle (suunnitelmalle) olisi laissa säädetty mitään erityisstatusta. Velkojainkokous voinee myös päättää suunnitelman sisällöstä ja toteutuksesta. Lainsäätäjän tukea tai muuta kannanottoa likvidaatiosuunnitelmaan tarvitaan vain, jos suunnitelman oikeusvaikutusten halutaan poikkeavan pesänhoitajan ja velkojainkokouksen päätösten nykyisistä vaikutuksista.

Saksalaisen lainvalmistelun painotukset on luonnollisesti ymmärrettävä sitä vasten, että tavoitteena oli saneeraus- ja likvidaatioajattelun kokonaisvaltainen yhdistäminen; tällöin oli ilmeisesti korostettava sitä, että uusi instrumentti (Insolvenzplan), on käytettävissä menettelyn valinnasta riippumatta. Kirjallisuudessa insolvenssisuunnitelmaa käsitellään kuitenkin usein pelkästään saneerausohjelman valmisteluinstrumenttina; likvidaatiosuunnitelman mahdollisuus kylläkin todetaan, mutta samalla korostetaan, että suunnitelman keskeisin merkitys on juuri saneerausmenettelyssä. Esim. Bork rajaa insolvenssisuunnitelmaa käsittelevän artikkelinsa vain yrityksen saneerausta ja liiketoiminnan luovutusta koskeviin suunnitelmiin, jättäen siten perinteistä likvidaatiota palvelevan suunnitelman tarkastelunsa ulkopuolelle; ks. Bork ZJP 1996 s. 475. Samoin painotuksin Brockdorff s. 327.

jatkoi liiketoimintaa rauhoitusajan suojissa niin kauan kuin menettelyn aikana syntyvät velvoitteet kyettiin maksamaan, eikä velkojilla ollut tosiasiallisia mahdollisuuksia puuttua yrityksen sisäiseen päätöksentekoon.⁴⁶ Velkojatoimikuntia (creditors' committees) jätettiin perustamatta, eivätkä perustetutkaan toimikunnat juuri kyenneet vaikuttamaan velallisen toimintaan rauhoitusaikana.⁴⁷ Ja vaikka BC 11 luku periaatteessa tarjoaa mahdollisuuden siirtää määräysvalta velalliselta ulkopuoliselle pesänhoitajalle, tai ainakin määrätä ulkopuolinen tarkkailija raportoimaan yrityksen tilanteesta velkojille, velallisen liiketoiminta oli rauhoitusaikana tosiasiaa velkojien vaikutusmahdollisuuksien ulkopuolella.⁴⁸

Eräs BC:n rauhoitusajanormiston kiistellyimmistä piirteistä on kuitenkin ollut velallisen yksinoikeus saneerausohjelmaehdotuksen esittämiseen. Amerikkalaisella saneerausvelallisella on menettelyn alusta laskettava, 120 vuorokautta kestävä yksinoikeus esittää tuomioistuimelle ehdotus saneerausohjelmaksi (BC 1121 §). Tämän jälkeen yksinoikeus jatkuu vielä 60 vuorokaudella, jonka aikana velallisen on tarkoitus hankkia ehdotukselleen sen vahvistamiseen tarvittava kannatus.⁴⁹ Kaikki rauhoitusajarakoitukset ovat tänä aikana voimassa; velallisen ei esimerkiksi tarvitse maksaa mitään vakuudettomille saneerausvelkojilleen.⁵⁰ Saneerausmenettelyyn suunnatun tehottomuuskritiikin keskeisiä teesejä onkin, että velallisella ei ole kannustinta pyrkiä rauhoitusajan pikaiseen päättymiseen. Päinvastoin, lakiin perustuva määräaikainen yksinoikeus muodostaa insentiivin pysytellä rauhoitusajan suojissa koko lain salliman ajan; empiirisissä tutkimuksissa velallisten on havaittu menettelevänkin juuri näin.⁵¹

⁴⁶ Ks. *LoPucki* Am. Bankr. L.J. 1983 s. 100–101.

⁴⁷ *LoPucki* Am. Bankr. L.J. 1983 s. 250–251. Toimikunnan perustamatta jättämisen yleisyyden hän arveli johtuvan ennen kaikkea kustannuksista ja niistä aiheutuvasta kiinnostuksen puutteesta velkojien keskuudessa. Tuon aikaisessa rahassa mitattuna vakuudettoman velkojan, jonka saatava oli n. 10 000–20 000 \$, ei LoPuckin mukaan yksinkertaisesti kannattanut suostua velkojatoimikunnan jäseneksi etenäkään, kun jäsenet saattoivat joutua vahingonkorvausvastuuseen muita vakuudettomia velkojia kohtaan.

⁴⁸ Ks. *LoPucki* Am. Bankr. L.J. 1983 s. 258–266. Selvittäjän (trustee) määrääminen on amerikkalaisessa saneerauksessa poikkeuksellista, sillä määräyksen edellytykset on pääosin kytketty velallisen huomattavaa epäluotettavuutta ilmentäviin seikkoihin.

⁴⁹ Ks. *Warren – Bussel* s. 646 ja *Gross – Redmond* Am. Bankr. L.J. 1995 s. 290–291. Tuomioistuimella on mahdollisuus myöntää 60 vrk:ta pidempiäkin lisäaikoja, eikä tämä mahdollisuus ole jäänyt hyödyntämättä; ks. *LoPucki – Whitford* U. Pa. L. Rev. 1993 s. 693. Ks. myös *Baird Elements* s. 19, joka toteaa pidennysten olleen rutiininomaisia varsinkin vuoden 1978 uudistuksen voimassaolon alkuaikoina. Keskustelua herättäneistä yksittäistapauksista mainittakoon *Eastern Airlinesin* saneeraus 1990-luvun alkupuolella, jossa tuomioistuin pidensi yksinoikeuden vuoden mittaiseksi keräten velkojaintressien edustajilta varsin negatiivista huomiota; ks. tästä *Evans J. Corp. Finance* 2003 s. 116.

⁵⁰ *LoPucki – Whitford* U. Pa. L. Rev. 1993 s. 693–694.

⁵¹ *LoPucki* Am. Bankr. L.J. 1983 s. 270, *sama* Wis. L. Rev. 1993 s. 746–749 ja 756.

Rauhoitusajan tehokkuutta ei tietenkään pidä tarkastella vain siihen käytetyn ajan perusteella. Olennaisinta on, mitä tuona aikana tapahtuu. Rauhoitusajan pitkittyminen⁵² ja ulkopuolisen kontrollin puute ovat velkojien kannalta sitä vakavampia ongelmia, mitä selvemmin yrityksen toiminta rauhoitusaikana todella vaarantaa velkojaintressejä, ja mitä enemmän resursseja kuluu muuhun kuin rauhoitusajan varsinaiseen tavoitteeseen, yrityksen saneerauskelpoisuuden selvittämiseen ja (myönteisessä tilanteessa) saneerausohjelmaehdotuksen valmisteluun. Saneerainsäädännön kritikat ovat olleet tässä(kin) varsin pessimistisiä, perustaen kritiikkinsä pahimpiin väärinkäyttömahdollisuuksiin. Arvostelun mukaan saneerausvelkojilla ei ole mitään takeita siitä, että itsenäisesti toimiva saneerausvelallinen käyttää rauhoitusaikasuojaan tehokkaasti yrityksen realististen saneerausmahdollisuuksien selvittämiseen ja suojaamiseen.⁵³ Päinvastoin, saneerainsäädännön talouspainotteisen analyysin usein toistettuihin oletuksiin kuuluu, että maksukyvyttömyys(vaara) *muuttaa yrityksen suhtautumista taloudelliseen riskiin*, kannustaen omistajia ja johtoa ylisuurten riskien ottamiseen tilanteessa, jossa heillä ei ole enää mitään hävittävää. Kriitikot olettavat, että rauhoitusaika – erityisesti BC:n mukainen yksinoikeusjakso – tarjoaa merkittävän houkuttimen jatkaa sitä ekspansiivista riskinottoa, johon yritys on taloudellisten vaikeuksiensa seurauksena yleensä jo aiemmin ryhtynyt.⁵⁴

Ekspansiivisen riskinoton oletus perustuu nimenomaan yrityksen johdon ja omistajien pyrkimykseen turvata oma intressinsä viime hetken 'uhkapelillä'. Uhkapeliin ajaudutaan, kun johto ja omistajat havaitsevat yrityksensä arvon jatkuvasti heikkenevän; erityisesti heidän oma osuutensa tuosta arvosta näyttää katoavan kokonaan, jollei uhkapeli onnistu. Omistajien viimesijainen asema (absolute priority rule) merkitsee, että heillä ei ole mitään hävittävää siinäkään tapauksessa, että pahin mahdollinen riskiskenaarior toteutuu. Päinvastoin, merkittävänkkin riskin ottaminen vaikuttaa houkuttelevalta, koska omistajilla on

⁵² Saattaa vaikuttaa liioitellulta puhua rauhoitusajan pitkittymisestä, kun kysymys on yleensä muutamasta kuukaudesta. Kuitenkin BC:n ja YSL:n mukainen 'normaaliaika', neljä kuukautta, on nykypäivän liike-elämässä monella tavoin merkittävä periodi. Se on yhtäältä lyhyt, toisaalta pitkä aika. Lyhyt siksi, että neljässä kuukaudessa ei yleensä kyetä toteamaan luotettavasti minäkään yrityksen pidemmän tähtäimen strategian järkevyyttä. Pitkä siksi, että se jopa ylittää kuukaudella vuosineljänneksen, joka, kuten tunnettua, on julkisesti noteerattujen yritysten taloudellista tilaa koskevan raportoinnin tavanomainen periodi. Kvartaaliraportoinnin (ja sitä koskevan spekulatiivisuuden) perusteella liikkuu itse asiassa valtavia pääomia. Neljän kuukauden aikaa ei siten pidä väheksyä, niin lyhyeltä kuin se rationaalisen suunnittelun valossa vaikuttaakin.

⁵³ LoPucki Mich. L. Rev. 1992 s. 95.

⁵⁴ Ekspansiivisen riskinoton oletus esiintyy luonnollisesti miltei jokaisessa saneerainsäädännön taloudellista jäsentämistä koskevassa puheenvuorossa. Ks. esim. Bradley – Rosenzweig Yale L.J. 1992 s. 1052–1053, Adler Cornell L. Rev. 1992 s. 461–463 (joka tarkastelee riskiekspansiota erityisesti yrityksen ja sen velkojien välisen "Eve-of Bankruptcy"-konfliktin seurauksena) sekä LoPucki Wis. L. Rev. 1993 s. 733.

paljon voitettavana. Toimivaan johtoon kuuluvat henkilöt ovat vastaavassa asemassa – eivät viimesijaisen velkojastatuksensa vuoksi, vaan – liikkeenjohdon ammattilaisina. He kokevat voivansa ehkä vielä pelastaa yrityksen, työpaikkansa ja ammattimaineensa – sanalla sanoen tulevaisuutensa – ottamalla merkittäviä riskejä taloudellisen ahdingon aiheuttamassa paineessa. Näillä oletuksilla on selvää, että mitä itsenäisemmän aseman ja mitä pidemmän suojatun jakson rauhoitusaika velallisy yritykselle tarjoaa, sitä vakavammin rauhoitusaika todella vaarantaa velkojaintressejä. Vastaavasti, mitä tiukemman ulkopuolisen kontrollin alaisena yritys joutuu rauhoitusaikana toimimaan, sitä paremmin ekspansiivinen riskinotto on torjuttavissa ja rauhoitusajan varsinainen tavoite täytettävissä kohtuullisessa ajassa.⁵⁵

Ekspansiivisen riskinoton teoriasta voidaan tietenkin olla montaa mieltä. LoPuckin tutkimukset perustuvat sille pääosiltaan, mutta yleisesti ottaen uhkapelioletta ei ole oikeustaloustieteellisesti painottuneessa insolvenssitutkimuksessa mitenkään kiistatta vallitseva. Itse asiassa sitä vastassa on täysin päinvastainen oletus: yrityksen maksukyvyttömyys(vaara) aiheuttaakin erityisen varovaista käyttäytymistä, kun johto ja omistajat pyrkivät säilyttämään yrityksen arvosta sen, mitä vielä on säilytettävissä.⁵⁶ Tämän tutkimuksen tarkoituksena ei ole osoittaa kumpaakaan oletettavaa toista paremmaksi. 'Totuus' lienee, että molempien olettamien mukaista käyttäytymistä esiintyy, riippuen esimerkiksi yrityksen taloudellisen ahdingon syistä, tosiasiallisista riskinottomahdollisuuksista yksittäistapauksessa ja eri aloilla yleensä, kuten luonnollisesti myös yrityksen koosta ja velkojien mahdollisuuksista valvoa johdon toimintaa (esim. kovenanttien kautta).

Mutta oltiinpa kilpailevien olettamien keskinäisestä painoarvosta mitä mieltä tahansa, on mielenkiintoista verrata YSL:n rauhoitusajanormistoa BC 11 lukuun etsien juuri sellaisia piirteitä, jotka voivat vaikuttaa riskinottomahdollisuuksiin rauhoitusaikana. Tällöin havaitaan varsin pian, että YSL torjuu eks-

⁵⁵ Yhdysvaltain oikeudessa ekspansiivisen riskinoton on todettu myös yhdistyvän saneerausyrityksille tyypilliseen, perusteettomaan optimismiin. Velkojille laissa säädetyn muodon jaettava informaatio (disclosure statement, BC 1125 §) tarjoaa usein täysin epärealistisen kuvan yrityksen odotettavissa olevasta kehityksestä ja siten myös sen saneerauskelppoisuudesta. Kun velkojille jaettava informaatio on yrityksen itsensä tuottamaa (ja muokkaamaa), lopputuloksena on herkästi ylisuurten riskien peittäminen ylioptimistisiin premisseihin. Ks. *Betker – Ferris – Lawless* Am. Bankr. L.J. 1999 s. 811 ja 819–835.

⁵⁶ Riskinotto-oletusten vastakkainasettelusta ks. *Rose-Ackerman* J. Leg. Stud. 1991 s. 283–284 viittauksineen. Myös LoPucki on julkisesti noteerattuja suuryrityksiä koskeneessa yhteistutkimuksessaan Whitfordin kanssa tarkastellut riskinottomatason yrityskohtaisia eroja, suhtautuen näin varauksin riskinottoekspansioon yleisenä, kaikkia saneerausyrityksiä koskevana ilmiönä, ks. *LoPucki – Whitford* U. Pa. L. Rev. 1993 s. 683–687. Ks. edelleen *Rasmussen – Skeel, Jr.* Am. Bankr. L. Rev. 1995 s. 95–96, joiden mukaan velallisen määräysvalta saneerausmenettelyssä pikemminkin edistää taloudellista tehokkuutta kuin tarjoaa yritykselle insentiivin ylimitoitettuun riskinottoon.

pansiivista riskinottoa selvästi tehokkaammin kuin amerikkalainen esikuvansa; samalla normisto edistää tehokkaammin rauhoitusajan päätavoitetta, yrityksen saneeraussuunnitelman valmistumista kohtuullisessa ajassa. Ensinnäkin ulkopuolisen selvittäjän määrääminen saneerattavaan yritykseen on meillä pääsääntö, ei poikkeus, kuten BC 11 luvussa. Lähtökohtainen määräaika ohjelmaehdotuksen jättämiselle on tosin sama (neljä kuukautta, YSL 40.1 §), mutta suomalaisella saneerausvelallisella ei ole yksinoikeutta ehdotuksen jättämiseen. Päävastuu ohjelmaehdotuksen valmistumisesta on ulkopuolisella selvittäjällä (YSL 8.1 § 5 kohta), joka luonnollisesti pyrkii suoriutumaan tehtävästä säilyttämisen ammattimaineensa velkojien silmissä, mieluummin sitä kohottaenkin. Saneerauslakimme kompetenssinrajoitusnormit (maksu- ja vakuudenasettamiskiellot sekä YSL 29–30 §:ien muut disponointirajoitukset) puolestaan rajaavat velallisen itsenäisen disponointikompetenssin tavanomaisen liiketoiminnan ylläpitoon; muu disponointivalta on selvittäjän kontrollin alaisista.

Juuri todetut saneerauslainsäädäntömme erityispiirteet aiheuttavat sen, että ekspansiivisen riskinoton uhkakuvat – jotka ovat olleet näkyvässä roolissa BC:n rauhoitusaikaa koskeneessa kritiikissä – voivat meillä toteutua vain edellytyksin, että *selvittäjä* ei toimi tehtäviensä tasalla. Tämä ei tietenkään ehdottomasti suojaa velkojia, eikä sellaisenaan takaa tehokasta rauhoitusaikaa; olennainen ero on kuitenkin siinä, että rauhoitusajan tehokkuuden periaatetta ei meillä ole jätetty yksin velallisen käsiin.

Jos rauhoitusajan varsinaisena tavoitteena olisi meilläkin oikea valinta likvidaatian ja rehabilitaatian välillä, tehokkuusvaatimus kohdistuisi tietenkin myös tämän valintaratkaisun syntyyn. *Yrityksen saneerauskelpoisuus olisi selvitettävä tehokkaasti*. Näinhän toki onkin, jos menettely aloitetaan tarkoituksin selvittää tarjolla olevia vaihtoehtoja siinä laajuudessa kuin oikeutemme katsotaan tällä hetkellä sallivan.

Saksan oikeudessa, jossa valintafunktio on yllä todetun mukaisesti keskeinen, tämä tavoite onkin pyritty turvaamaan laissa. InsO 29 §:n mukaan tuomioistuimen on menettelyn aloittaessaan samalla määrättävä ajankohta velkojainkokoukselle, jossa päätetään liiketoiminnan jatkamisesta tai lopettamisesta. Päätös tehdään selvittäjän laatiman selvityksen perusteella. Kokous tulisi pitää kuuden kuukauden kuluessa ja se on pidettävä viimeistään kolmen kuukauden kuluessa aloittamispäätöksestä, joten yrityksen tilanne on selvitettävä tässä ajassa. Hallituksen esityksessä korostetaan, että määräajalla (”Berichtstermin”) pyritään edistämään juuri menettelyn joutuisaa kulkua ja säästämään kustannuksia.⁵⁷

⁵⁷ Ks. RegE s. 119–120.

3.5 RAUHOITUSAJAN ALKAMINEN

3.5.1 Tarveharkintainen ja kiinteästi säännelty rauhoitusaika

Saneerausmenettelyn osapuolten asemaan vaikuttaa tietenkin merkittävästi se, salliiko lainsäätäjät rauhoitusajan käynnistämisen jo ennen kuin itse saneeraushakemus ratkaistaan. Kysymys on osa laajempaa problematiikkaa: onko rauhoitusaika kytkettävä *tarveharkintaan*, vai alkaako rauhoitusaika kaikissa tilanteissa samoilla edellytyksillä ja saman laajuusena? Meikäläisessä lainvalmistelussa selvä pääperiaate oli, että rauhoitusajan alkamisen edellytyksenä on saneeraushakemuksen hyväksyminen, ts. menettelyn alkaminen.⁵⁸ Tältä osin ero Yhdysvaltain oikeuteen on huomattava; BC 362 §:n mukainen rauhoitusaika (stay) alkaa välittömästi velallisen jättäessä hakemuksensa tuomioistuimelle.⁵⁹

Todettua eroa kaventaa merkittävällä tavalla YSL:n *väliaikaiskieltoinstituutio*. Kun menettelyn alkuun kytkeytyy automaattinen, tarveharkinnasta riippumaton rauhoitusaika, jo ennen saneeraushakemuksen ratkaisemista voidaan *tarvittaessa* määrätä noudatettaviksi samansisältöisiä rajoituksia ja kieltoja kuin varsinaisena rauhoitusaikana. Tämä tarveharkinta on yksittäistapauksellista; rauhoitusajanormeista poimitaan sovellettaviksi ne, joita käsillä olevassa tilanteessa katsotaan tarvittavan.⁶⁰

YSL 22.1 §:n mukaan tuomioistuin voi saneeraushakemuksen vireilletulon jälkeen määrätä hakijan tai velallisen vaatimuksesta, että maksu- ja vakuudenasettamiskielto, perintäkielto ja ulosmittauskielto ovat väliaikaisesti voimassa jo ennen menettelyn alkamista, jos siihen harkitaan olevan tarvetta. Tuomioistuimen harkintaa on kommenttikirjallisuudessa systematisoitu sillä perusteella, onko väliaikaisille disponointirajoituksille ylipäänsä tarvetta (tarpeen *olemasaoloa* koskeva harkinta) ja toisaalta, mitä yksittäisiä rauhoitusajanrajoituksia määrätään (tarpeen *tydyttämistä* koskeva harkinta).⁶¹ Tähän voidaan nähdäkseen lisätä vielä kysymys siitä, *milloin* (missä vaiheessa ennen menettelyn alkamista) ennaikaisia rajoituksia on määrättävä, muutettava tai kumottava.

Väliaikaiskiellon määrääminen tarkoittaa tosiasiallisesti rauhoitusajan alkamista, joko täydellisenä tai tuomioistuimen määräämiltä osin. Seuraavassa tarkastellaankin sekä väliaikaiskieltoa että saneeraushakemuksen hyväksymistä rauhoitusajan alkuhetkinä. Tarkastelu aloitetaan saneeraushakemuksen hyväk-

⁵⁸ Tämä ilmenee jo hallituksen esityksen ensimmäiseltä sivulta, ks. HE 182/1992 s. 1.

⁵⁹ Tämä todetaan miltei jokaisessa BC 362 §:ää koskevassa puheenvuorossa, ks. esim. *Warren – Bussel* s. 202, *Keating Vand. L. Rev.* 1992 s. 74 ja *Niccolini Vand. L. Rev.* 1992 s. 1665–1666.

⁶⁰ Kun BC 362 §:n mukainen rauhoitusaika käynnistyy heti hakemuksen vireillepanolla, mitään tarveharkintaan perustuvia ennakkorajoituksia ei tarvita; ”The stay is self-operating” (*Niccolini Vand. L. Rev.* 1992 s. 1665).

⁶¹ Ks. *Koskelo* s. 88–89 ja 91.

symisestä, mutta esityksen pääpaino on väliaikaiskielloissa, koska niihin liittyy vaikeampia lainopillisia ongelmia. Kuten tähänastisesta terminologiastakin jo ilmenee, saneeraushakemuksen hyväksymisestä alkavaa asiointilaa kutsutaan seuraavassa varsinaiseksi rauhoitusajaksi. Väliaikaiskieltoinstituutiosta käytetään myös termejä väliaikainen, ennenaikainen tai ennakollinen rauhoitus aika. Jollei muuta ilmoiteta tai asiayhteydestä toisin ilmene, seuraavassa oletetaan, että ennakollinen rauhoitus aika määrätään täydessä laajuudessaan, ts. kohdistumaan sekä velallisyriitykseen (väliaikainen maksu- ja vakuudenasettamiskielto) että velkoihin (väliaikainen perintä- ja täytäntöönpanokielto).

3.5.2 Saneeraushakemuksen hyväksyminen (menettelyn alkaminen) ja väliaikaiskielto rauhoitusajan alkuhetkinä

3.5.2.1 Menettelyn aloittamispäätös ja muutoksenhaun vaikutuksettomuus

Kuten todettu, YSL:n rauhoitusajanormisto lähtee siitä, että rauhoitus aika alkaa *samanaikaisesti saneerausmenettelyn kanssa*. Disponointivaltaa rajoittavia säännöksiä sovelletaan ”menettelyn alettua” (YSL 17.1 §, 19.1 §, 21.1 §, 23 § ja 29.2 §). Suomalaisella ratkaisulla pyritään – jälleen – estämään saneerausmenettelyn väärinkäyttöä. Meillä ”ei haluttu omaksua amerikkalaistyylistä järjestelmää, jossa hakemuksen vireilletulo sinänsä aikaansaa velkojen kannalta olennaisia oikeusvaikutuksia ja käynnistää ’vanhoja’ velkoja koskevat maksu- ja perintärajotukset”.⁶²

Rauhoitusajan täsmällinen alkuhetki on ajankohta, jolloin tuomioistuin tekee päätöksen saneerausmenettelyn aloittamisesta (YSL 3.1 § 1 kohta). Rauhoitusajan kytkeminen vasta menettelyn alkuun on ensimmäinen kahdesta merkittävästä periaateratkaisusta. Toinen on, että *muutoksenhaku ei lykkää rauhoitusajan alkua*. Tästä ei ole rauhoitus aikaa koskevaa erityissäännöstä, vaan sama koskee kaikkia saneerausmenettelyn oikeusvaikutuksia (YSL 28.1 §). Siviili-prosessioikeuden perinteisessä systematiikassa muutoksenhaku saneerausmenettelyn aloittamispäätökseen (ja samalla rauhoitusajan alkamiseen) asettuu

⁶² Koskela s. 95, ks. myös sama s. 86: ”Lähtökohtana on ollut, että sen enempää velallisen kuin velkojankaan ei tule yksipuolisella toimenpiteellä eli hakemuksen vireillepanolla kyetä aikaansaamaan velkoihin kohdistuvia tai näiden keskinäistä asemaa muuttavia oikeusvaikutuksia.” Nähdäkseni on epäselvää, miten velkojen keskinäinen asema muuttuisi, jos jo saneeraushakemuksen jättäminen aloittaisi kaikkia velkoja koskevan rauhoitusajan. Pikemminkin on niin, että voimassa oleva järjestelmä mahdollistaa velkojen erilaisen kohtelun, koska väliaikaiskielto voidaan – ainakin periaatteessa – rajata koskemaan vain tiettyjä velkoja.

näin selvästi *ei-suspensiivisten* muutoksenhakutilanteiden joukkoon.⁶³ Lainsäätäjän tarkoituksiksi ilmoitetaan, että näin voidaan estää muutoksenhaku, jolla pyritäisiin pelkäästään saneerausmenettelyn oikeusvaikutusten – mm. rauhoitusajan alkamisen – lykkäämiseen.⁶⁴ Muutoksenhaulla onkin tavoiteltava virheellisen ratkaisun muuttamista, ei lain mukaisen ratkaisun vaikutusten lykkäämistä. Ei-suspensiivinen muutoksenhakusääntely on tässä mielessä ilman muuta perusteltu.⁶⁵

3.5.2.2 Väliaikaiskiellon määrittämisestä ja materiaalisista edellytyksistä

a) *Kiellon vaatimisesta ja määrittämisestä.* Saneeraushakemuksen hyväksyminen on rauhoitusajan alkuhetkenä suhteellisen ongelmaton. Rauhoitusaika alkaa *täsmälleen samalla* kuin saneerausmenettelykin, ja tuolloin tulevat voimaan *täsmälleen laissa säädetty* disponointirajoitukset. Asianosaisilla tai saneeraustuomioistuimella ei ole mahdollisuutta määrätä rauhoitusajan alkuhetkeä myöhemmäksi, eikä jättää velallisen disponointivaltaa laajemmaksi kuin YSL:ssä säädetään. Amerikkalaista terminologiaa mukaillen myös YSL:n varsinainen rauhoitusaika toimii itsenäisesti, laissa säädetyn tavoin (self-operating, automatic stay).⁶⁶

Kuten yllä jo lyhyesti todettiin, selvästi vaikeampia kysymyksiä liittyy ennakolliseen rauhoitusaikaan. Keskeinen ero on ensinnäkin *asianosaisaloitteisuus*. Ennakollista rauhoitusaikaa ei voida käynnistää viran puolesta, vaan ainoastaan saneerausmenettelyn hakijan tai velallisen vaatimuksesta (YSL 22.1 §). Väliaikaisvaatimuksen esille ottamisessa tuleekin noudattaa dispositiivista periaa-

⁶³ Saneerausmenettelyn aloittamispäätökseen kohdistuvaa muutoksenhakua voidaan luonnehtia myös *devoluutiiviseksi* eli asian vireilläolon lakkauttavaksi (tai paremminkin vireilläolon siirtäväksi). Muutoksenhaun suspensiivisesta ja devolutiivisesta vaikutuksesta ks. *Tirkkonen* II s. 323 ja *Welamson* Rättegång VI s. 13–14 ja 134.

⁶⁴ HE 182/1992 s. 80.

⁶⁵ Muutoksenhaulla voidaan toki pyrkiä myös siihen, että alemman instanssin ratkaisun oikeellisuus tutkitaan (‘testataan’) ylemmässä asteessa ilman, että muutoksenhakija välttämättä itseään pitäisi edellistä ratkaisua ehdottoman virheellisenä. Voidaan sanoa, että muutoksenhaku virheellisen ratkaisun muuttamiseksi toteuttaa puhtaasti prosessin oikeussuojafunktiota, kun taas ratkaisun oikeellisuuden tutkimiseen tähtäävä muutoksenhaku on tämän ohella tarpeen lainkäytön oikeutta kehittävän funktion kannalta. Itse asiassa valituslupajärjestelmä ja sen keskeisin elementti, prejudikaattiperuste, pitävät huolen siitä, että valitusten käsittely korkeimmassa oikeudessa tähtää hyvin suurelta osin muuhun kuin virheellisten hovioikeusratkaisujen muuttamiseen. – Kysymys, onko muutoksenhakijan tarkoituksena todella saada ratkaisun sisältö muuttumaan vai ainoastaan sen vaikutukset siirtymään, koskee tietenkin muutoksenhakuintressiä ja oikeussuojan tarvetta yleensäkin. Muutoksenhakuintressistä ks. *Leppänen – Välimaa* s. 30–32, *Welamson* Rättegång VI s. 31–39 ja *Lindell* Civilprocessen s. 345–347. Aiheeseen ei nyt ole tarvetta paneutua tämän lähemmin juuri siksi, että muutoksenhaku ei lykkää saneerausmenettelyn oikeusvaikutuksia.

⁶⁶ Ks. esim. *Niccolini* Vand. L. Rev. 1992 s. 1665.

tetta; tuomioistuimen ei tarvitse kiinnittää mitään huomiota ennakollisen rauhoitusajan mahdollisuuteen ilman hakijan tai velallisen aloitetta. Mutta tämän aloitteen jälkeen määräämisperiaatteen merkityksen on heikennyttävä olennaisesti. Vaaditun kiellon *kohdentamisessa ja mitoituksessa* tuomioistuin ei voi rajoittua vain asiassa aktiivisesti esiintyvien osapuolten vaatimuksiin, eikä vain heidän esittämänsä selvitykseen. Myös *velkojakollektiivin kokonaisintressiä* on valvottava, ja tämän on tapahduttava tarvittaessa viran puolesta. Tätä voitaaneen itse asiassa pitää kollektiivimenettelyjen yleisenä periaatteena. Toisin kuin useimmissa kaksiasianosaissuhteelle rakentuvissa siviilijutuissa, kollektiivisessa insolvenssimenettelyssä *tiedetään alusta saakka*, että asian käsittelyn ja siinä annettavan ratkaisun vaikutukset ulottuvat välittömästi hyvin laajalle, lukuisiin muihinkin oikeussubjekteihin kuin muodollisina asianosaisina esiintyviin. Väliaikaiset kiellot koskevat aina jollain tavoin *kaikkia velkojia*, joita jokaista ei tietenkään ole mahdollista kuulla kieltoa harkittaessa.

Koska väliaikainen rauhoitus aika siten ei ole vain muodollisten parttien välinen kysymys, heillä ei ole asiassa samanlaista prosessuaalista määräämisvaltaa kuin selväpiirteiselle kaksiasianosaissuhteelle rakentuvassa siviilijutussa. Kysymykseen, mitä velkojakollektiivin kokonaisintressin huomiointi sitten tarkemmin edellyttää, ei voida antaa kaikkia tilanteita ratkaisevaa yleistä vastausta. Selvää on kuitenkin, että väliaikaisen kiellon tarvetta ja vaikutuksia on arvioitava ottaen huomioon kiellon todennäköinen merkitys *muillekin kuin hakijavelkojalle ja velalliselle*. Esimerkiksi tietyllä alihankkijavelkojalle vaadittua perintäkieltoa on tarkasteltava velkojen yhdenvertaisuuden kannalta ja tarvittaessa määrättävä kielto koskemaan kaikkia, tai ainakin kaikkia vastaavassa asemassa olevia, velkojia. Myös voi olla tarpeen määrätä velalliselle vastaavanlaajuinen maksukielto, vaikka asiassa esiintyneet velkojat eivät olisi tätä vaatineetkaan tai velkojen kantaa ei syystä tai toisesta voida jäädä odottamaan.

b) Tarpeen olemassaoloharkinta. Väliaikaisen rauhoitusajan *materiaaliset* edellytykset ovat kirjoitetun lain perusteella avoimet. Määräys voidaan antaa, ”jos siihen harkitaan olevan tarvetta” (YSL 22.1 §). Esityöt eivät juuri täsmennä harkinnan perusteita, eikä oikeuskäytännössä näytä muodostuneen yleisiä periaatteita väliaikaista rauhoitusaikaa koskevalle tarveharkinnalle.⁶⁷

⁶⁷ Itse asiassa tarveharkinnan sisältöä ei hovioikeuskäytännössä aina eksplikoida lainkaan, vaan tarpeen todetaan yksinkertaisesti joko täyttyvän tai jäävän täyttymättä. Ks. esim. THO 4.8.1994/2527 (S 94/988); väliaikaiskielloa koskeva vaatimus hylättiin, koska sen ”määräämiseen ei harkita olevan tarvetta”, HHO 4.1.1996/0077 (S 95/1994); vaatimus hylättiin, koska ”Tarvetta väliaikaisten kieltojen määräämiselle ei ole” ja KouHo 7.10.1996/1516 (S 96/434); kielto määrättiin, koska tarve ”on olemassa”, vieläpä niin, että asian kiireellisyys vaati kiellon määräämistä velkojia kuulematta. Vrt. VHO 9.8.2001/940 (S 01/941), jossa väliaikainen perintä- ja täytäntöpanokielto määrättiin mm. sillä perusteella, että kielto ei loukannut ulosmittausvelkojen oikeuksia ja ”konkurssi on käytännössä saneerauksen ainoa vaihtoehto”. Edelleen todettiin, että

Ennen kuin siirrytään kehittämään tarveharkinnan täsmällisempiä perusteita, on syytä korostaa, että väliaikaisen rauhoitusajan tarpeen arvioinnissa olisi kiinnitettävä huomiota *rauhoitusajan yleisiin funktioihin*, joita on edellä käsitelty. Koko väliaikaiskieltoinstituutio on nimittäin syytä nähdä eräänlaisena 'siltana', joka yhdistää saneeraushakemuksen käsittelyyn kuluvaan ajan sittemmin alkavaan saneerausmenettelyyn. Kyseessä on eräänlainen kompromissiratkaisu, jolla voidaan lieventää rauhoitusajan alkamisen kytkemistä vasta menettelyn aloittamispäätökseen.

Niukkojen esityökannanottojen perusteella YSL 22.1 §:n mukaista väliaikaiskieltoa olisi harkittava ainakin *saneerausmenettelyn onnistumisenäkymien* kannalta.⁶⁸ Näin väliaikaisen rauhoitusajan tarve yhdistyy saneeraushakemuksen menestymisennusteeseen. Johdonmukaista onkin katsoa, että ennakkollisen rauhoitusajan tarve on sitä vähäisempi, mitä suuremmalla todennäköisyydellä saneeraushakemus hylätään.⁶⁹ Sen sijaan on syytä kysyä, päteekö sama logiikka myös toiseen suuntaan, eli mitä paremmat menestymismahdollisuudet saneeraushakemuksella on, sitä voimakkaampi tarve väliaikaiselle rauhoitusajalle olisi. Nähdäkseni kiistattomasti saneerauksen edellytykset eivät yksinään lisää väliaikaisen rauhoitusajan tarvetta samalla tavoin kuin saneerauksen edellytysten heikkous vähentää sitä.⁷⁰

Kiellon tarpeen ja saneeraushakemuksen hyväksyttävyyden välille ei nähdäkseni yleisestikään pidä luoda mitään loogista kohtalonyhteyttä. Väliaikaisen rauhoitusajan tarve on oikeudellisenä ongelmana – juridisen harkinnan kohteena – *eri asia* kuin saneeraushakemuksen hyväksyttävyys. Kysymykset tulisi pitää erillään ainakin siten, että saneerausmenettelyn edellytysten tutkiminen ei

velkojen enemmistö ei ilman saneerausta saisi suoritusta saatavalleen ja yhtiön suurimpiin velkoihin kuulunut pankki puolsi saneeraushakemusta. Hovioikeus katsoi, toisin kuin käräjäoikeus, että väliaikainen kieltä "on tarpeen asian tarkoituksenmukaiseksi ratkaisemiseksi". Perustelut ovat toki laajemmalla kuin hovioikeuspraksiksessa yleensä, mutta ne kuvaavat nähdäkseni enemmän saneerausmenettelyn tarvetta ja väliaikaiskieltojen neutraaliutta. Näistä saneeraushakemuksen perusteltuisuutta kuvaavista argumenteista ei sellaisenaan käy ilmi, miksi rauhoitusajaksi oli tarpeen käynnistää jo ennalta.

⁶⁸ HE 182/1992 s. 77: "Saneerausmenettelyn kannalta voi olla tärkeää, että kiellot saadaan voimaan jo mainitun välivaiheen aikana –." Ks. myös *Koskelo* s. 91.

⁶⁹ Ratkaisussa THO 25.1.2002/176 (S 01/3042) käräjäoikeus oli hylännyt saneeraushakemuksen, koska yhtiön toiminnassa ei ollut "sellaisia elementtejä, joihin saneerausmenettelyllä voitaisiin vaikuttaa tervehdyttävästi". Koska päärahoittaja ilmoitti hovioikeudelle, ettei se suostu uusiin rahoitusjärjestelyihin, eikä yhtiö ollut edes väittänyt, että sillä olisi käytettävissään muu rahoituslähde, yhtiö ei ollut esittänyt riittäviä perusteita väliaikaisen kiellon määräämiseksi.

⁷⁰ Mahdollisesti toisin, mutta niukoin perustelu THO 9.4.1998/978 (S 97/1350), jossa saneeraushakemus palautettiin käräjäoikeuteen, koska hakijoille ei siellä ollut annettu tilaisuutta täydentää hakemustaan tiedoilla, jotka "merkitsivät muutosta yrityssaneerauksen edellytysten arvioinnissa". Palauttaessaan asian hovioikeus samalla määräsi YSL 19 ja 21 §:ssä tarkoitetut kiellot olemaan väliaikaisina voimassa, "koska siihen harkitaan olevan tarvetta". Saman suuntaisesti edellä viitattu VHO 9.8.2001/940 (S 01/941).

merkittävästi hidastaisi tarpeelliselta vaikuttavan väliaikaiskiellon määräämistä. Väliaikaisen rauhoitusajan edellytykset *eivät lain mukaan samastu* saneeraushakemuksen hyväksyttävyyteen.⁷¹ Samastaminen ilmentää tiukkaa erillismenettelyajattelua ja estää väliaikaisen rauhoitusajan hyödyntämisen velallisen kokonaistilanteen selvittämiseen; näin estetään myös mahdollisuus turvata likvidaatiokurssin tavoitteita.

Väliaikaisen rauhoitusajan tarvetta harkittaessa huomiota olisikin kiinnitettävä myös muihin seikkoihin kuin saneeraushakemuksen hyväksyttävyyteen. Nähdäkseni tuomioistuimen olisi muodostettava käsitys ennen kaikkea siitä, *onko tilanteen rauhoittamiselle tarvetta*. Näin useinkin lienee, koska velkoja-aktiiviteetti on yleensä jo selvästi lisääntynyt saneeraushakemusta jätettäessä. Voi olla pitkälti samantekevääkin, päätyykö velallinen väliaikaisen rauhoitusajan jälkeen saneerausmenettelyyn vai konkurssiin; tilanteen rauhoittaminen on edistänyt kummankin menettelyn tavoitteita.⁷² Joskus väliaikaisen rauhoitusajan tarve voi perustua myös pitkälle edenneiden saneerausneuvottelujen turvaamiseen. Varsinaisen rauhoitusajan keskeisin funktiohan on juuri neuvottelurauhan edistäminen. Tuomioistuimen ulkopuolella alkaneiden saneerausneuvottelujen edistäminen on samalla saneerauslainsäädännön tavoitteiden edistämistä, joten neuvottelujen jatkuvuuden turvaaminen on täysin hyväksyttävä peruste väliaikaisen rauhoitusajan käynnistämiseksi.⁷³

Riippumatta siitä, saadaanko väliaikainen rauhoitus aika käyntiin vai ei, velkojen käytettävissä ovat OK 7 luvun mukaiset turvaamistoimet.⁷⁴ Tällä perus-

⁷¹ Hovioikeuskäytännöstä voi paikoin saada kuvan, että väliaikaiskielloa koskevaan vaatimukseen otetaan kantaa vasta sitten, kun saneeraushakemuksen menestymismahdollisuuksista on ensin muodostettu perusteellinen käsitys (tai hakemus on ehkä tosiasiaa jo ratkaistukin). Ks. esim. KouHO 8.4.1994/510 (S 94/164; väliaikaiskielloa koskeva pyyntö hylättiin aiheettomana, kun ensin perusteltiin laajasti, miksi saneeraushakemusta ei voida hyväksyä), KouHO 14.12.1994/2287 (S 94/552 ja S 94/570; lausunnon antaminen väliaikaisesta kiellosta raukesi, kun saneeraushakemus hyväksyttiin), KouHO 7.2.1996/233 (S 95/618 ja S 95/676; väliaikaiskielloa koskeva vaatimus hylättiin ”asian lopputulos huomioon ottaen”) ja VHO 8.5.1996/677 (S 96/331; kieltovaatimus hylättiin ”Ottaen huomioon käräjäoikeuden saneerausmenettelyhakemuksen hylkäävän päätöksen perustelut – –”).

⁷² Koskelo (s. 91) kehottaa mahdollisuuksien mukaan välttämään tilanteita, joissa väliaikainen kiello määrätään ja saneeraushakemus tulee hylätyksi. Tämä on joissakin tapauksissa tarpeellinen ohjenuora, mutta siihen ei pidä takertua (Koskelon kehotuksessa onkin varautuma ”mahdollisuuksien mukaan”). Yllä tekstissä selostetuin perustein en näe tällaisia tilanteita *välttämättä* kovinkaan ongelmallisina, vaan ne voivat jopa edistää kollektiivimenettelyn yleisiä päämääriä, olipa menettely lopulta saneeraus tai konkurssi. Rauhoitusajan myönteisistä vaikutuksista kollektiivimenettelyn onnistumiselle ks. myös edellä jakso 2.3.2.4 viittauksineen.

⁷³ Tämä peruste saa luonnollisesti sitä vahvemman aseman, mitä suurempi merkitys erilaisilla tuomioistuimen ulkopuolisilla järjestelyillä ja valmiiksi neuvotelluilla (ns. pre package-) saneerauksilla on. Näitä legaalisen saneerauksen vaihtoehtoja tarkastellaan lähemmin tutkimuksen lopuksi.

⁷⁴ Esimerkiksi väliaikaisen maksukiellon lisäksi velallisen omaisuutta voidaan määrätä pantavaksi takavarikkoon. Esitöissä mainitaan nimenomaisesti, että turvaamistoimia voidaan määrätä vielä saneeraushakemuksen vireilläoloaikaanakin. Turvaamistoimikiello tulee voimaan vasta varsinaisen

teella on johdonmukaista katsoa, että väliaikaisen rauhoitusajan tarve *ei samastu OK 7 luvun mukaiseen vaaraedellytykseen*. Saneerausmenettely ja sitä tukeva väliaikainen rauhoitusaika koskeekin huomattavasti yleisemmän tason intressejä kuin mitä OK 7 luvulla halutaan suojata. Väliaikaiskiellon perusteen ei esimerkiksi tarvitse koskea välittömästi tai pelkästään kieltoa vaativan velkojan saatavaa tai hänen muita yksilöllisiä intressejään. YSL 22.1 §:ssa tarkoitettu tarve on olemassa jo silloin, kun väliaikaisella kiellolla voidaan jollain tavoin edistää saneerausmenettelyn osapuolten oikeussuojaa; vaatimuksen esittäjän oma saatava voi olla varsin turvattukin. Tämä päätelmä voidaan tehdä luotettavasti, paitsi YSL 22.1 §:n sanamuodosta, myös sillä perusteella, että YSL sisältää itsenäisen vaaraedellytykselle rakentuvan normiston (YSL 30 §), joka on esitöiden mukaan käytettävissä myös ennakkollisesti (saneeraushakemuksen vireilletulon jälkeen, mutta ennen sen ratkaisemista).⁷⁵ Lisäksi on huomattava, että väliaikaiskiellolla pyritään suojaamaan myös – usein ensisijaisestikin – velallista. Kiellon tarve voi siten ilmetä sellaisistakin seikoista, joilla ei ole ainakaan konkreettista yhteyttä yhdenkään velkojan oikeuksien (saamisten tai esinekohtaisten 'parempien oikeuksien') vaarantumiseen OK 7 luvussa tarkoitettulla tavalla.⁷⁶

Väliaikaisen rauhoitusajan tarpeeseen vaikuttaa luonnollisesti vielä sekin, *kuinka kauan saneeraushakemuksen käsittelyn ennustetaan kestävän* ja minkälaista aktiviteettia velallisvarallisuuteen on tänä aikana odotettavissa.⁷⁷ Saneeraushakemuksen ratkaiseminen saattaa vaatia aikaa etenkin, jos sitä vastustetaan perusteilla, joita ei voida sivuuttaa ilman perusteellista tutkintaa. Mikäli kysymys ei ole velallisen ja velkojen yhteishakemuksesta – joka on hyväksyttävissä varsin pian ilman materiaalista tutkintaa (YSL 6.1 § 1 kohta) – tuomioistuin voinee usein lähteä siitä, että hakemuksen käsittelyyn saattaa kulua toista, jollei kolmattakin kuukautta. Jos väliaikaisen rauhoitusajan tarve todetaan, se ei siten tule lakkaamaan aivan pian.

rauhotusajan alkaessa eli menettelyn aloittamispäätöksellä; tällöinkin voidaan määrätä, että turvaamistoimi pysyy voimassa (YSL 23 §). Ks. HE 182/1992 s. 75–76. Tapauksessa THO 25.1.2002/176 (S 01/3042) velallinen vaati, että tuomioistuin väliaikaisesti kieltäisi (niin ikään väliaikaisen) turvaamistoimipäätöksen täytäntöönpanon. Hovioikeus totesi, että YSL 21 §:ssä säädetty ulosmittaus- ja muu täytäntöönpanokielto ei koske turvaamistoimenpiteitä. YSL 23 §:ssä säädettyä turvaamistoimikieltoa taas ei voitu määrätä voimaan ennen menettelyn alkamista. Näin ollen velallisen ei katsottu esittäneen ”riittäviä perusteita määrätä ulosmittauksen ja muiden täytäntöönpanotoimien kieltoa olemaan väliaikaisena voimassa jo ennen menettelyn aloittamista”.

⁷⁵ HE 182/1992 s. 83.

⁷⁶ Kokonaan toinen asia on, että esimerkiksi omaisuuden hukkaamisvaaraa voidaan kyllä pyrkiä torjumaan myös YSL 22.1 §:n mukaisilla kielloilla, jos hakija katsoo tämän riittävän. Todellisissa vaarantamistilanteissa pelkkä väliaikainen kielto YSL 22.1 §:n nojalla lienee kuitenkin tehottomampi kuin esimerkiksi takavarikko. Koska saneerausmenettelyä ei tässä vaiheessa ole vielä aloitettu, kieltoa onkin mahdollista täydentää OK 7 luvun mukaisella turvaamistoimella. Vaaraedellytyksen täyttymisestä turvaamistoimilainopissa ks. *Havansi* Uusi turvaamistoimilainsäädäntö s. 23 ja *sama* LM 2000 s. 1177.

⁷⁷ *Koskelo* s. 91.

c) *Tarpeen täyttämisharkinnasta*. Kun tarpeen olemassaolo on yllä selostettujen ja muiden relevanttien seikkojen perusteella todettu, tuomioistuimen harkinta siirtyy tarpeen tyydyttämiseen. Tässä vaiheessa ydinkysymys on, määrätäänkö rauhoitusaika voimaan täysimittaisena – samanlaajuisena kuin jos itse menettely aloitettaisiin väliaikaiskiellon määräämisellä – vai rajattuna. Koskelon mukaan väliaikaisen kiellon määräämisessä on pidettävä ”Ehdottomasti ensisijaisena menettelytapana” kiellon nimenomaista rajaamista yksittäistapauksellisen tarpeen mukaan.⁷⁸ Täysimittainen väliaikaiskiello saattaisi hänen mukaansa aiheuttaa ”epätietoisuutta ja kääntyä jopa velallista itseään vastaan” esimerkiksi siten, että tavarantoimittajat kieltäytyvät sopimuksista, jollei heidän maksunsaantioikeutensa käy kieltopäätöksestä nimenomaisesti ilmi.⁷⁹

Tältä osin näkemykseni on ilmeisesti jossain määrin toinen. Tarveharkinnan yleiseksi periaatteeksi on nähdäkseni asetettava pikemminkin, että väliaikainen rauhoitusaika kohdistuisi mahdollisimman *saman laajuisena* kaikkiin velkoihin. Toisin sanoen väliaikaisen rauhoitusajan olisi oltava pääsääntöisesti täysimittainen. Koskelon esittämiä perusteita – jotka merkitykseltään ovat epäilemättä keskeisimpiä harkintaan vaikuttavia seikkoja – on syytä arvioida osin päinvastaisesta suunnasta. Nähdäkseni juuri osittainen kiello voi aiheuttaa epätietoisuutta velkojen oikeuksista, kun taas täysimittaisen kiellon sisältö perustuu lakiin. Vähintään yhtä painava argumentti on, että velkojen yhdenvertaisuus ja luottamus velallisen puolueettomuuteen saattaa vaarantua, jos kiellon piiriin kuuluvat velkojat valitaan kussakin tapauksessa erikseen. Lähtökohtana on pikemminkin oltava suoraan laista ilmenevä täysimittainen kiello – tästä *poikkeaminen edellyttäisi erityisiä perusteluja*. Edelleen voidaan todeta, että vaara sopimusvelkojen kielteisistä reaktioista on olemassa joka tapauksessa; se tuskin heikkenee ainakaan selektiivisillä väliaikaiskielloilla. Kokonaan eri asia on, että kieltopäätöksessä voi olla hyvä esittää täysimittaisen kiellon sisältö nimenomaisesti, vaikkapa lakitekstiä siteeraten.

Vähimmäisvaatimus väliaikaiskiellon laajuuden harkinnassa on joka tapauksessa, että velkojille määrätty väliaikainen *perintäkiello kompensoidaan vastaavan laajuisella maksukiellolla*. Tämä on vastavuoroisuusvaatimuksesta johutuva minimiedellytys. Näin myös maksu- ja perintäkiellon välinen *vastaavuusperiaate* – jolla on keskeinen merkitys varsinaisen rauhoitusajan aikana jäljempänä esiteltävin tavoin – pyykittää jo väliaikaisen rauhoitusajan rajoja.

d) *Kontradiktorinen periaate väliaikaiskiellon määräämisessä*. Ennakollisen rauhoitusajan käyttötilanteisiin liittyy usein turvaamistoimiprosessille ominainen kiire, vaikka edellä onkin todettu, että OK 7 luvun mukaista vaaraedel-

⁷⁸ Koskelo s. 90.

⁷⁹ Ibid.

lytystä ei ole voimassa. Useimmiten ainakin velallinen katsoo, että liiketoiminnan ja saneerauskelppoisuuden ylläpito edellyttävät välitöntä perintäkieltoa. Kiireellisissä tilanteissa tuomioistuimen on siten voitava tarpeellisessa laajuudessa poiketa vastapuolen kuulemisen periaatteesta (kontradiktorisesta periaatteesta).

YSL 22.1 §:n mukaan väliaikainen kiello voidaan antaa velkojia ja velallista kuulematta, jos asian kiireellisyyden katsotaan sitä vaativan. Ääritilanteissa vaatimus voidaan siten hyväksyä *yksipuolisesti*, kuulemalla ainoastaan vaatimuksen esittäjää. Laissa on nimenomainen muutoksenhakukielto tällaisen (kin) määräyksen osalta (YSL 22.2 §). Muita säännöksiä siitä, miten tuomioistuimen tulisi määräyksen annettuaan menetellä, ei ole. Lähtökohtana on pidettävä, että kontradiktorisesta periaatteesta poikkeaminen voidaan hyväksyä vain välttämättömässä laajuudessa. Kun yksipuolinen määräys on annettu, erityisen nopean ratkaisun tarve on täytetty, eikä kontradiktorisesta periaatteesta ole enää syytä poiketa. Yksipuolisen määräyksen antamisen jälkeen kilpailee keskenään kaksi intressiä, annetun päätöksen pysyvyys ja mahdollisen virheellisen päätöksen muuttamistarve. Edellinen ilmenee muutoksenhakukiellosta, jälkimmäinen prosessioikeuden yleisistä periaatteista. Juuri yleiset menettelyperiaatteet antanevat asianosaisten kuulemiselle myös tiettyä itseisarvoa, joka on otettava huomioon tosiasiallisesta muutostarpeesta riippumatta.

Juuri kuvaillut erisuuntaiset intressit herättävät kysymyksen, voidaanko kuulemisperiaatteen loukkaus korjata samassa instanssissa päätöksen antamisen jälkeen; kiireellisen päätöksen tarve on lakannut, ja asiaa voidaan nyt harkita tarkemmin. Jos jälkikäteinen kuuleminen katsotaan sallituksi, on vielä ratkaistava, voiko sama instanssi muuttaa omaa ratkaisuaan, jos jälkikäteiskuuleminen antaa siihen aiheen.⁸⁰

Kuten todettu, laissa ei ole säännöksiä tuomioistuimen mahdollisuudesta muuttaa YSL 22.1 §:n nojalla tekemäänsä päätöstä edes silloin, kun päätös on tehty kontradiktorisen periaatteen vastaisesti.⁸¹ Nimenomaisen säännöksen puuttuminen ei kuitenkaan sellaisenaan voine estää niinkin keskeisen menettelyperiaatteen kuin asianosaisten kuulemisen toteutumista. Jälkikäteistä kuulemista ja päätöksen muuttamista vastaan voidaan vedota itse asiassa vain perin-

⁸⁰ Kysymykset voidaan tietenkin esittää myös pakottavassa muodossa: onko YSL 22.2 §:n sallima kuulemisperiaatteen loukkaus korjattava mahdollisimman pian, siis jo samassa instanssissa kiireen lakattua? Ja toiseksi, onko yksipuolisesti annettua päätöstä muutettava, jos siihen havaitaan olevan tarvetta? Käytännön lainkäytössä seurataan usein 'ohjenuoraa', jonka mukaan tuomioistuimelle laissa säädetty mahdollisuus olisi samalla velvollisuus. Aivan näin kategorista sääntöä ei ole syytä omaksua, joskin on totta, että harkintavalta on usein suppeampi kuin prosessilain sanamuodosta voisi päätellä. Saneerauslainsäädännön osalta tästä huomauttaa *Koulu* (Aloittaminen s. 376). Obligatorisista ja fakultatiivisista normeista prosessioikeudessa yleensä ks. *Virolainen* Lainkäyttö s. 175–177.

⁸¹ Siviiliprosessuaalisten väliaikaismääräysten sääntelemättömyyteen on kiinnitetty huomiota yleiselläkin tasolla; ks. *Koulu* Hakemusasioista s. 151.

teiseen itseoikaisukieltoon, jonka mukaan tuomioistuin ei saa oikaista tekemäänsä ratkaisua, ellei nimenomainen säännös anna siihen mahdollisuutta.⁸² Kontradiktorisen periaatteen ohella myös yleisempi oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimus edellyttää, että kuulemisperiaatteen loukkaus korjataan heti, kun laissa säädetty poikkeamisintressi on lakannut. Oikeudenmukainen oikeudenkäynti ohittaa nykydoktriinissa epäilyttä perinteisen, ankaran itseoikaisukiellon. Näillä perusteilla tässä tutkimuksessa suositellaan tulkintaa, jonka mukaan yksipuolisen väliaikaiskiellon määrättyään tuomioistuin voi kuulla asianosaisia. Itse asiassa tätä on syytä puoltaa jopa pääsäännöksi; mitä summaarisemman tutkinnan perusteella kielto on määrätty, ja mitä olennaisemmin määräys poikkeaa kontradiktorisesta periaatteesta, sitä painokkaammin jälkikäteistä kuulemista voidaan vaatia. Kuuleminen on syytä toimittaa vastavassa laajuudessa kuin se olisi toimitettu alun perin, jos asia ei olisi ollut kiireellinen. Kuultaviksi kutsuttavia ovat siten ainakin ne, joiden oikeuksiin väliaikaiskielto oletettavasti vaikuttaa. Luonnollisesti samalla on varattava kielon vaatijalle tilaisuus lausua siitä, mitä kuulemisessa on tullut esille.

Vaikka kuulemisella on yleisenä menettelyperiaatteena ja oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin keskeisenä elementtinä huomattavakin itseisarvo, sitä ei ole syytä pitää pelkkänä menettelyvaatimuksena. Kuulemisella pyritään selvittämään tiettyä *asiaa*, tässä yhteydessä sitä, onko yksipuolisesti määrätty kielto perusteltu, vai tulisiko siihen puuttua jollain tavoin. Kuuleminen aiheuttaa luonnollisesti myös kustannuksia, joita ei voida pitää oikeutettuina vain muodollisen kuulemisperiaatteen toteutumiseksi. Näistä syistä yksipuolisesti määrätty kielto on tarvittaessa *muutettava* siten kuin kuuleminen kokonaisuutena edellyttää.⁸³

⁸² Perinteisen itseoikaisukiellon ankaruutta kuvastaa tavallaan se, että edes tuomion täydentäminen – ts. tuomion korjaaminen siltä osin kuin siinä on jätetty lausumatta asianosaisen vaatimuksesta – ei ollut meillä luvallista ennen alioikeusuudistusta. Tuomion täydentämisestä ks. *Lappalainen* II s. 396.

⁸³ Yksipuolisesti määrätyn kiellon 'korjaaminen' samassa instanssissa on sitä perustellumpaa, mitä kauemmin saneeraushakemusten käsittely ensimmäisessä instanssissa yleisesti kestää. Ehdoton itseoikaisukielto johtaisi siihen, että kontradiktorisen periaatteen vastaisesti määrätty kielto pysyisi voimassa niin kauan kunnes pääasiaan eli saneeraushakemukseen annetusta ratkaisusta päästään valittamaan. Yleisesti tiedetään, että saneeraushakemusta ei välttämättä voida ratkaista kovin nopeasti. Jo tästä syystä väliaikaiskieltoja on voitava kontrolloida ja muuttaa samassakin instanssissa tarpeiden muuttuessa.

3.5.3 Väliaikaiskiellon merkitys saneeraushakemuksen ratkaisemisen jälkeen

3.5.3.1 Hakemuksen hylkääminen

Väliaikaiset kiellot ovat voimassa enintään saneeraushakemuksen ratkaisemiseen saakka. Laissa ei ole säännöksiä, jotka koskisivat kieltojen kohtaloa tai oikeudellista merkitystä tämän jälkeen. Jos hakemus hyväksytään, väliaikaiset kiellot muuttuvat ’pysyviksi’. Jos hakemus taas hylätään, rauhoitusaika jää sananmukaisestikin väliaikaiseksi.

Koskelo toteaa ensinnäkin, että tilanteita, joissa väliaikainen kiello määrätään, mutta saneeraushakemus sittemmin hylätään, olisi pyrittävä välttämään ”mahdollisuuksien mukaan”.⁸⁴ Tätä onkin pidettävä periaatteellisenä lähtökohana, mutta edellä on korostettu väliaikaiskiellojen ja saneeraushakemuksen itsenäisyyttä oikeudellisina ongelmina. Niihin annettavat ratkaisut on eriytettävä siten, ettei kielloa koskevaa tarveharkintaa samasteta saneeraushakemuksen hyväksymisen edellytyksiin. Kiireellisissä tilanteissa – joihin YSL 22.1 §:ssa nimenomaisesti varaudutaan – väliaikainen rauhoitusaika on kyttävä määräämään hyvinkin pian, joskus jopa ilman mitään käsitystä saneeraushakemuksen menestymismahdollisuuksista.

Problematiikan ydinkysymys on, säilyykö saneeraushakemuksen hylänneellä tuomioistuimella jonkinlainen kompetenssi määrätä edelleen väliaikaisesta kiellosta – joko sen voimassaolosta tai sisällöstä, ehkä molemmistakin. Koskelon mukaan vastaus on kieltävä; saneeraushakemuksen hylkääminen johtaa väliaikaisen kiello lakkaamiseen, eikä asian ratkaisuella tuomioistuimella ole mahdollisuutta määrätä kielloa jatkumaan, kunnes hylkäyspätös tulee lainvoimaiseksi tai muutoksenhakutuomioistuin toisin määrää.⁸⁵ Hänen mukaansa ei kuitenkaan liene estettä sille, että saneeraushakemuksen hylkäämistä koskevan muutoksenhaun yhteydessä esitetään uudelleen vaatimus väliaikaisesta kiellosta, ja että muutoksenhakutuomioistuin ratkaisee tämän vaatimuksen mahdollisimman pian, jopa ennen valitus- tai vastausajan päättymistä. Edelleen hän pitää mahdollisena sanotun vaatimuksen esittämistä muutoksenhakutuomioistuimelle itsenäisesti, ts. *jo ennen saneeraushakemuksen hylkäystä koskevan valituksen tekemistä*.⁸⁶

Koskelon kanta on hyväksyttävä; itse asiassa sitä voidaan tukea vielä eräin lisäargumentein.⁸⁷ Ensinnäkin saneeraushakemuksen hylätessään tuomioistuin

⁸⁴ Koskelo s. 91.

⁸⁵ Koskelo s. 93.

⁸⁶ Koskelo s. 93.

⁸⁷ Koskelon kantaa on sovellettu myös käytännössä, ks. Helsingin KäO 5. osasto 5.12.1995/47702 (95/30821), jossa käräjäoikeus ensin totesi, että sen kompetenssi määrätä väliaikaiskiello-

katsoo, ettei menettelyä voida aloittaa, koska laissa säädetty edellytykset eivät täyty tai jokin laissa säädetty esteperuste tekee menettelyn aloittamisen mahdottomaksi. Tällöin on perusteltua, että myös väliaikainen rauhoitusajka – jonka on tarkoitus muodostaa ’silta’ saneeraushakemuksen ja sittemmin alkavan menettelyn välille – lakkaa. Jos saneerauksen hakija pitää hylkäyspäätöstä vääränä, ts. katsoo hakemuksen hyväksymisen edellytysten täyttyvän tai esteperusteen jäävän täyttymättä, on *hänen tehtävänä* saattaa asia muutoksenhakutuomioistuimeen ja esittää vaatimuksensa siellä. Hakemuksen hylkäämällä tuomioistuin siis omalta osaltaan irtautuu ottamasta enemmän kantaa koko saneerausasiaan; sen tehtävänä ei ole enää harkita, olisiko väliaikaiselle kiellole sittenkin vielä tarvetta.

Toinen keskeinen ongelma saneeraushakemuksen hylkäämistilanteissa on *väliaikaiskielloa rikkovan disponoinnin oikeudellinen merkitys*. Ennakollinen rauhoitusajahan voi olla voimassa useita kuukausia, joiden kuluessa saattaa herätä aivan perusteltujakin tarpeita poiketa kiellosta. Lisäksi on mahdollista, että yksittäistapauksen erityistarpeisiin räätälöidyn kieltokokonaisuuden laajuudesta syntyy – niin ikään täysin perusteltuja – erimielisyyksiä. Oikeuskäytännössä ei tiettävästi ole – ainakaan vielä – jouduttu käsittelemään ennakollisen rauhoitusajan rikkomistilanteita. Ainoa ajateltavissa oleva normi on kuitenkin, että *väliaikaiskielloja on noudatettava*.⁸⁸ Sillä, kuinka pitkän tai lyhyen ajan kiello on ollut voimassa, ei ole oikeudellista merkitystä. Niinpä väliaikaisenkin rauhoitusajan rikkomiseen liittyy sama seuraamus, joka YSL:ssä on säädetty varsinaisen rauhoitusajakiellon rikkomiselle. Muu tulkinta aiheuttaisi epäselvyyttä siitä, onko rauhoitusajakielloja ylipäänsä noudatettava. Samalla olisi mahdollista, että tietyt velkojat, mahdollisesti yhteistyössä velallisen kanssa, käyttäisivät väliaikaiskielloja hyväkseen muiden velkojien kustannuksella. Tällainen spekulointimahdollisuus on luonnollisesti torjuttava. Niinpä esimerkiksi väliaikaisen maksukiellon vastainen suoritus on palautettava (YSL 17.2 §) ja vakuudenasettamiskiellon vastainen vakuus tehoton (YSL 17.3 §) riippumat-

loista lakkaa suoraan saneeraushakemuksen hylkäämisen perusteella, mutta viittasi ”ohjeena” Koskelon teoksen asianomaiseen kohtaan. Ratkaisussa VHO 30.10.1995/1670 (S 95/710) velallinen valitti käräjäoikeuden päätöksestä, jolla ohjelmaehdotus oli jätetty vahvistamatta ja menettely oikeusvaikutuksineen määrätty lakkaamaan. Valituksessa vaadittiin, että hovioikeus YSL 28.2 §:n nojalla määrää saneerausmenettelyn oikeusvaikutukset jälleen voimaan. Hovioikeus totesi aivan oikein, ettei sillä mainitun lainkohdan mukaan ole kompetenssia antaa tällaista määräystä (samoin THO 6.6.1996/2195, S 96/730). Sen sijaan hovioikeus *tulkitsi* valittajien vaatimuksen niin, että sen katsottiin tarkoittavan väliaikaisten kieltojen määräämistä YSL 22 §:n perusteella. Näin tulkitun vaatimuksen hovioikeus tutki ja hylkäsi. VHO:n menettelyä voidaan pitää jossain määrin lain rajoja koettelevana, mutta epäilyttä tarkoituksenmukaisena.

⁸⁸ Myös Koskela (s. 91) toteaa lyhyesti, että vastoin väliaikaista kielloa suoritettu maksu on palautettava ja myös muiden kieltojen vastaiset toimet tehottomia. Tässä tutkimuksessa asia otetaan esille erityisesti sen korostamiseksi, että edes saneeraushakemuksen hylkääminen ei poista kiellon vastaisen disponoinnin tehottomuusseuraamusta eikä palautusvelvoitteita.

ta siitä, kuinka kauan kiello on ollut voimassa. Tehottomuusseuraamukseen ja palautusvastuuseen riittää, että *suoritus on tehty kieltoa rikkoen*. Saneeraus-hakemuksen hylkääminen (joko alioikeudessa tai muutoksenhakutuomioistuimessa) ei poista kiellon rikkomisen oikeusvaikutuksia.

Tukea juuri omaksutulle kannalle saadaan ratkaisusta KKO 1997:89, jossa saneerausmenettely lakkasi konkurssin johdosta. Maksukiellon vastainen suoritus oli konkurssin alkamisesta huolimatta palautettava nimenomaan YSL 17 §:n nojalla, ei esimerkiksi takaisinsaantiperusteella. Käytännössä myös saneeraushakemuksen hylkääminen johtaa varsin nopeasti yrityksen konkurssiin.⁸⁹

3.5.3.2 Hakemuksen hyväksyminen ja väliaikaiskiellon ulkopuolisten velkojen status

Jos saneeraushakemus hyväksytään, väliaikainen rauhoitusaika yhdistyy näin alkavaan varsinaiseen rauhoitusaikaan. Väliaikaisten kieltojen muuntuminen varsinaiseksi rauhoitusajaksi on oikeudellisesti hyvin merkittävä tapahtuma, mutta vailla sääntelyä. Tulkintavaikeuksia aiheuttavat etenkin väliaikaisen maksu- ja perintäkiellon ulkopuolelle jäävät velvoitteet, jotka velallisen oletetaan suorittavan normaalisti kiellosta huolimatta.⁹⁰ Problematiikan peruskysymys on, missä määrin väliaikaisen rauhoitusajan katsotaan *sisällöltään ja laajuudeltaan vastaavan* varsinaista rauhoitusaikaa. Koskelon mukaan väliaikaiset kiellot rajautuvat samalla tavoin kuin menettelyn alkaessa voimaan tuleva varsinainen rauhoitusaika. Niinpä väliaikaiskiellon voimassaoloaikana syntyvät velvoitteet jäävät kiellon ulkopuolelle, aivan kuten saneerausmenettelyn aikana syntyvät velat jäävät varsinaisen rauhoitusajan ulkopuolelle. Nämä velat on *maksettava erääntyessä* (YSL 32.1 §).⁹¹ Väliaikaisesta kiellosta huolimatta

⁸⁹ Ks. HE 68/1998 s. 3, jossa viitattujen tilastotietojen mukaan konkurssi alkaa yleensä alle kahdessa kuukaudessa siitä, kun saneerausmenettely on lakannut muutoin kuin ohjelman vahvistamiseen tai konkurssin alkamiseen. Saneeraushakemuksen hylkääminen johtaa hyvin luultavasti konkurssiin vielä tätäkin nopeammin. – Yhdysvalloissa on katsottu jopa, että rauhoitusaika saattaa pysyä katkeamatta voimassa silloin, kun itse konkurssi- tai saneeraushakemus hylätään, jos tämä hylkäyspäätös osoittautuu sittemmin (tietyin perustein) virheelliseksi; ks. Charles Ann. Survey of Bankr. Law 2002 s. 501. Tällöin myös ne disponoinnit, jotka on tehty ennen hylkäyspäätöksen kumoamista, katsotaan rauhoitusajan vastaisiksi. Näin pitkälle menevää tulkintaa en olisi valmis puoltamaan Suomen oikeudessa; poikkeuksena tähän voi periaatteessa olla tilanne, jossa saneeraushakemuksen hylkäävä ratkaisu joko poistetaan tuomiovirheen perusteella (OK 31:1) taikka puretaan tuomioistuimen tai asianosaisen rikollisen menettelyn (OK 31:7.1 1 kohta), väärän todisteen (OK 31:7.1 2 kohta) taikka ilmeisesti väärän lain soveltamisen (OK 31:7.1 4 kohta) johdosta. Tällöinkin kysymys vaatisi yksityiskohtaisen analyysin, johon ei rauhoitusajan perusteita koskevassa tutkimuksessa ole mahdollisuuksia.

⁹⁰ Seuraavassa oletetaan edelleen, että väliaikaiskiello annetaan täydessä laajuudessaan.

⁹¹ Samoin on maksettava jatkuvaan sopimussuhteeseen taikka jatkuvaan käyttö- tai hallintasuhteeseen perustuvat vastikkeet ja muut juoksevat maksut, jotka kohdistuvat väliaikaiskiellon voimassaoloaikaan (YSL 32.1 § mutatis mutandis).

on maksettava myös velallisen sopimuskumppanin suoritukset, joiden peruste on syntynyt ennen kieltä, jos kyseinen suoritus on velallisen toiminnan kannalta tavanomainen, aivan kuten varsinaisenkin rauhoitusajan kuluessa (YSL 27.2 §).⁹²

Enempää lainvalmistelussa, oikeuskäytännössä kuin saneerausmenettelyä koskevassa kirjoittelussakaan ei kuitenkaan ole käsitelty väliaikaiskiellon ulkopuolisten velvoitteiden asemaa *menettelyn alettua*, väliaikaisen rauhoitusajan muuttuessa 'pysyväksi'. Kysymys kuuluu, *muuntaako menettelyn alkaminen nämäkin velvoitteet saneerausveloiksi*. Muuntumisen vaihtoehtona on luonnollisesti, että kiellon ulkopuoliset velat säilyttävät poikkeusluonteensa pysyen näin myös varsinaisen rauhoitusajan koskemattomissa. Problematiikkaa voidaan kutsua *statusongelmaksi*; muuttuuko väliaikaiskiellon ulkopuolisen velan status vai ei? Vastauksella voi usein olla huomattava vaikutus saneerausvelkojen määrään, koska saneeraushakemuksen ratkaisemiseen voi kulua – toisin kuin olisi toivottavaa – pitkäkin aika, jopa kuukausia. Väliaikaisen kiellon ulkopuolisia velvoitteita voi siten syntyä runsaastikin hakemuksen käsittelyn aikana.

Kysymystä arvioidaan tässä tutkimuksessa olettaen, että lainsäätäjä on muotoillut YSL:n maksunlakkautusnormiston *noudatettavaksi*. Maksunlakkautuksen rajoja – kiellettyjen, sallittujen ja pakollisten maksujen erottelua – ei ole asetettu pelkästään toivoen, että rajoja noudatettaisiin. Päinvastoin, lakiin perustuvan maksunlakkautuksen ulkopuolelle jätetyt velat on *pakko maksaa*. Suorituspakko ei saa olla riippuvainen siitä, maksaako velallinen tällaisen velkansa vapaaehtoisesti tai ehtiikö velkoja perimään sen ennen saneerausmenettelyn alkamista. Näin ollen saneerausmenettelyn alkaminen *ei vapauta* velallista näiden velkojen maksuvelvollisuudesta. Niiden poikkeusstatuksen on säilyttävä, jos laissa säädetty maksunlakkautuksen rajat otetaan vakavasti.

Juuri omaksuttu tulkinta ei perustu ainoastaan säännellyn maksunlakkautuksen systematiikalle. Sitä puoltavat myös erittäin painavat oikeuspoliittiset perusteet. Ensinnäkin statusmuutoksen hyväksyminen toimisi ilmeisenä kannustimena väliaikaiskiellon ulkopuolisten velvoitteiden laiminlyönnille. Jos tiedettäisiin, että kiellon ulkopuoliset velat tulevat lähitulevaisuudessa siirtymään varsinaisen maksu- ja perintäkiellon alaisuuteen, nämä velvoitteet eivät olisi todellisia, vaan lähinnä periaatteellisia tai jonkinlaisia 'vajanaishvelvoitteita', jotka velallinen voisi halutessaan maksaa.⁹³ Tätä ei tarvitse vastustaa viittamalla "käsitteelliseen ristiriitaan" (velvoite ilman velvoitetta) tms., vaan nimen-

⁹² Koskela s. 89.

⁹³ Vajanaishvelvoitekonstruktiota on käytetty juuri silloin, kun velallinen voi halutessaan maksaa velan, mutta velkojalla ei ole keinoja panna vastuuta pakolla täytäntöön. Ks. Hakulinen Velvoite-oikeus s. 29–30. Vanhentunut ja prekludoitunut velka mainitaan usein tyypillisinä esimerkkeinä vajanaishvelvoitteista, ks. HE 187/2002 s. 30, 65 ja 82.

omaan painavin reaalisiin argumentein. Jos saneerausmenettelyn alkaminen johtaisi statusmuutokseen, velalliselle tarjoutuisi mahdollisuus *maksaa väliaikaiskiellon ulkopuolisia velkojaan valikoiden*. Valikoiva maksupolitiikka on toki osa jokapäiväistä liiketoimintaa, mutta sitä ei pidä hyväksyä – ei ainakaan edistää – yrityksen ajaututtua taloudellisiin vaikeuksiin. Päinvastoin, velallisen taloudellisessa ahdingossa velkojen yhdenvertaisuus korostuu ja edellyttää, että jos jotkin velat on lain mukaan maksettava, kaikki tällaiset velat on maksettava.⁹⁴

Eräs painavimmista perusteista statusmuutosta vastaan on, että saneeraus-hakemuksen vireilläolo estää velallista koskevan konkurssihakemuksen tutkimisen (YSL 24.1 §). Statusmuutosta puoltava tulkinta johtaisi siten siihen, että velallista ei uhkaisi oikeastaan mikään todellinen sanktio maksun laiminlyönnistä. Myös kokonaisuutena arvioiden statusmuutos tarjoaisi mahdollisuuden rauhoitusaiakieltojen väärinkäyttöön ja koko rauhoitusainstituutiolla spekulointiin. Tällaisten katvealueiden ja väärinkäyttömahdollisuuksien torjuminen oli ymmärtääkseni eräs lainvalmistelun keskeisistä tavoitteista. Tavoitetta edistää se, että väliaikaisen ja varsinaisen rahoitusajan oikeusvaikutukset ovat mahdollisimman yhtenäiset.

Jos yllä esitetyillä perusteilla hyväksytään, että väliaikaiskiellon ulkopuoliset velvoitteet säilyttävät poikkeusstatuksensa menettelyn alkaessa, saneerausvelkojen määrä on useinkin selvästi pienempi kuin päinvastaisen tulkinnan perusteella. Maksu- ja perintärajoitusten ala puolestaan kaventuu vastaavassa määrin. Tämä ei nähdäkseni ole mitenkään outoa eikä epäoikeudenmukaista. Yhtä mieltä ollaan varmasti siitä, että velallisen katsotaan olevan velvollinen maksamaan väliaikaiskiellon ulkopuoliset velkansa. Vaikka käsitteellisloogisiin perusteisiin ei pidäkään takertua, on varsin vaikea hyväksyä ajatusta, että velallisen yhtä aikaa ”katsottaisiin” olevan velvollinen maksamaan tietyt velkansa, mutta samalla kuitenkin, että maksun laiminlyönti johtaakin velalliselle edullisempaan tulokseen, nimittäin velkajärjestelyyn pian alkavassa saneerausmenettelyssä. Statusmuutoksen torjuva kanta vähentää myös (lain kylläkin sallimien) turvaamistoimien tarvetta väliaikaisen rauhoitusajan kestäessä; turvaamistoimihakemusten välttäminen on ilman muuta edullista koko saneeraushanketta ajatellen. Mitään oudoksuttavaa tai kohtuutonta ei voi olla siinäkään, että velallinen joutuu vakavasti kontrolloimaan velkaantumistaan väliaikaisen kiellon voimassaoloaikana ja näin huolehtimaan siitä, että kiellon ulkopuoliset velvoitteet todella kyetään maksamaan.

Yllä esitetyin perustein tässä tutkimuksessa päädytään suosittelemaan, että väliaikaisen rauhoitusajan ulkopuoliset velvoitteet *säilyttävät statuksensa me-*

⁹⁴ Tämän ilmaisee osuvasti *Baird*, Elements s. 2: ”When bankruptcy is on the horizon, a debtor is no longer free to choose which creditors to pay.”

nettelyn alkaessa. Nämä velat on maksettava ja niihin voidaan kohdistaa normaaleja perintätoimia varsinaisen rauhoitusajan alkamisesta huolimatta. Ne jäävät myös velkajärjestelyn ulkopuolelle. On ehkä paikallaan täsmentää, että tulkintasuositus koskee tietenkin vain niitä velkoja, jotka jäävät maksunlakkautuksen ulkopuolelle suoraan YSL:n säännösten perusteella. Sellaiset saneerausvelat, jotka tuomioistuimen erityisestä määräyksestä ehkä on jätetty väliaikaiskiellon ulkopuolelle, vaikka ne lain mukaan kuuluvat varsinaisen rauhoitusajan piiriin, ovat saneerausmenettelyssä toki tavallista saneerausvelkaa. Tuomioistuin ei voi määrätä esimerkiksi, että jotkin ennen väliaikaiskiellon määräämistä syntyneet velvoitteet tulevat jäämään kokonaan saneerausmenettelyn vaikutusten ulkopuolelle. Näin ollen nyt suositeltu kanta johtaa samaan tulokseen kuin jos *varsinainen rauhoitusajaksi olisi alkanut jo väliaikaisen kiellon määräämisellä.* Lopuksi on vielä syytä kiinnittää huomiota siihen, että jos velallinen maksaa väliaikaiskiellon ulkopuoliset velkansa asianmukaisesti eli niiden erääntyessä – mitä kaikki varmasti edellyttävät – nyt suositellulla tulkinnalla ei ole mitään merkitystä saneerausmenettelyn aikana.

3.6 RAUHOITUSAJAN PÄÄTTYMINEN

3.6.1 Problematiikan merkitys ja päättymisperusteiden jäsentely

Rauhoitusajan päättymistilanteet voidaan karkeasti jakaa 1) *saneerausohjelman vahvistamiseen* ja 2) tilanteisiin, joissa rauhoitusajaksi päättyy *ilman saneerausohjelman vahvistamista.* Lähemmin tarkasteltuna rauhoitusajan päättäviä tosiseikkoja – joita tässä tutkimuksessa kutsutaan päättymisperusteiksi – on useita. Myös niiden lainopilliseen tarkasteluun on useampia vaihtoehtoja. Eräs mahdollisuus on edetä kronologisesti. Tällöin tarkastelu aloitetaan päättymisseikastosta, joka voi todellisuudessa täytyä ensimmäisenä; tästä edettäisiin vaiheittain viimeiseksi toteutuvaan päättymisperusteeseen. Tarkastelutapa olisi tietyllä tavoin luonteva, kun otetaan huomioon kollektiiviselle insolvenssimenettelylle ominainen progressiivisuus.

Kronologinen jäsentely voi kuitenkin antaa virheellisen kuvan sekä lain tarkoituksesta että todellisuudesta. Rauhoitusajan päättymisestä olisi saatava käsitys, joka vastaa menettelyn tarkoitettua ja usein myös tosiasiallista kulkua. Tässä tutkimuksessa rauhoitusajan lakkauttavat tosiseikat jäsennetäänkin niin, että ensin tarkastellaan saneerailainsäädännön tavoitteen mukaista päättymistapaa ja vasta tämän jälkeen muita vaihtoehtoja. Tavoitteen mukainen päättymisen taas tarkoittaa rauhoitusajan päättymistä saneerausohjelman vahvistamiseen. Muiden päättymisperusteiden jäsentelyssä pyritään kronologiseen esitystapaan, joskaan aikajärjestys ei edes voi olla ehdoton; tietyt lakkaamisperusteet saattavat toteutua menettelyn eri vaiheissa yksittäistapauksen olosuhteista riippuen.

Kun pyrkimyksenä on rauhoitusajan keston mahdollisimman tarkka määrittäminen, keskeiseen asemaan nousee väistämättä muutoksenhakusääntely. Saneerauslainsäädännön oman muutoksenhakunormiston ymmärtämiseksi on kiinnitettävä huomiota muutoksenhakujärjestelmän yleisiin periaatteisiin.⁹⁵ Tässä jaksossa käsitelläänkin monin paikoin muutoksenhakunormiston ja oikeusvoimaoppien yleisiä periaatteita, niiden soveltumista saneerausmenettelyyn sekä niistä tehtäviä poikkeuksia. Muutoksenhakujärjestelmän perusteita ei kuitenkaan käsitellä systemaattisesti erikseen, koska tutkimustehtävä ei tätä edellytä eikä itse asiassa edes salli.

3.6.2 Ratio legis: saneerausohjelman vahvistaminen ja noudattamismääräys

YSL:ssa ei säädetä erikseen rauhoitusajan päättymisestä, vaan tämä seuraus on yhdistetty saneerausmenettelyn kaikkien oikeusvaikutusten lakkaamiseen.⁹⁶ YSL 28.2 ja 77.4 §:sta ilmenee lain tarkoitusta toteuttava pääsääntö, jonka mukaan saneerausmenettely ja rauhoitusaika päättyvät, *kun saneerausohjelma vahvistetaan*.⁹⁷ Koska edellä on todettu rauhoitusajan tavanomaiseksi alkukekseksi menettelyn alkaminen, voidaan todeta: *rauhotusaika on voimassa koko saneerausmenettelyn ajan*.

Rauhoitusajan päättymiseen ei liity samanlaista tarveharkinnan mahdollisuutta kuin sen alkamiseen. Mitään väliaikaisten kieltojen vastinetta (’jälkikielto-instituutio’) ei ole säädetty ohjelman vahvistamisen jälkeiseen aikaan. Periaatteessa tällaisia ei tarvitakaan, koska vahvistettu ohjelma korvaa rajoitusten kohteena olleet oikeussuhteet. Tämän jälkeen on päinvastoin varmistettava, että uudet oikeussuhteet voidaan konkretisoida tarvittaessa pakkotäytäntön avulla. Pidennys rauhoitusaikaan voi kuitenkin olla tarpeen silloin, kun ohjelman vahvistamispäätös ei ole lopullinen, ts. kun päätökseen haetaan muutosta.

Ohjelman vahvistamista koskeva muutoksenhaku eroaa selvästi aloitusvaiheen muutoksenhakuperiaatteista. Ensinnäkin pääsääntönä näyttää olevan, että muutoksenhaku on *suspensiivista*, ratkaisun oikeusvaikutuksia lykkäävää.

⁹⁵ Tämä koskee kaikkia muita lakkaamisperusteita kuin selvitystilaa. YSL 28.2 §:n viimeisen lauseen mukaan saneerausmenettelyn aikana alkava selvitystila johtaa menettelyn oikeusvaikutusten lakkaamiseen. Lakkaamisperuste on ehdoton; siihen ei liity muille lakkaamisseikastoille tyypillistä mahdollisuutta antaa erityisiä määräyksiä saneerausmenettelyn oikeusvaikutusten voimassaolosta. Tästä syystä selvitystila rauhoitusajan lakkaamisperusteena jätetään tässä tutkimuksessa maininnan varaan. Ks. HE 182/1992 s. 81 ja *Koskelo* s. 118 ja 207.

⁹⁶ Tilanne on siis tältä osin sama kuin rauhoitusajan alkamisessakin.

⁹⁷ Näin myös Yhdysvaltain oikeudessa, ks. *LoPucki* Strategies for creditors s. 581. Rauhoitusai-
ka lakkaa velallisen tiettyyn omaisuuteen nähden silloin, kun kyseinen omaisuus ei enää kuulu velallisen ”pesään” (”is no longer property of the estate”, BC 362(c)(1) §).

Ainoastaan tällä edellytyksellä voidaan pitää mielekkäänä YSL 77.3 §:n säännöstä, jonka mukaan ohjelman vahvistaessaan tuomioistuin voi määrätä sen noudatettavaksi muutoksenhausta riippumatta.⁹⁸ Ilman erityistä määräystä muutoksenhaku siis lykkää ohjelman noudattamisvelvollisuutta ja siten myös rauhoitusajan päättymistä. Säännöstä ei perustella esitoissa lainkaan.⁹⁹ Kommenttiteoksessa tällaisen määräyksen antaminen sen sijaan esitetään selvänä pääsääntönä. Teoksen mukaan määräyksen antaminen on yleensä perusteltua ”sen sijaan, että maksukielto jatkuisi edelleen”.¹⁰⁰ Suositusta perustellaan erityisesti velkojen intresseillä: ”Velkojen edun kannalta ei yleensä ole perusteltua, että maksukielto jatkuisi, kunnes asia on tullut lainvoimaisesti ratkaistuksi, vaan tarkoituksenmukaista on, että velallisen on ryhdyttävä noudattamaan saneerausohjelmaa heti, kun päätös sen vahvistamisesta on tehty.”¹⁰¹

Kun rauhoitusajan välitöntä lakkaamista ohjelman vahvistamishetkellä puolelataan näinkin voimakkaasti saneerauslain päävalmistelijan taholta, on hyvä syy kysyä, miksi vahvistamispäätökseen kohdistuva muutoksenhaku kuitenkin on säädetty suspensiiviseksi. Jos ohjelman oikeusvaikutukset halutaan pääsääntöisesti heti voimaan ja rauhoitus aika vastaavasti heti lakkaamaan, laissa voitaisiin säätää suoraan, että muutoksenhaku ei vaikuta saneerausohjelman tai ainakaan siihen sisältyvän maksuohjelman välittömään noudattamisvelvollisuuteen, ellei muutoksenhakutuomioistuin toisin määrää. Tämä olisi yhdenmukaista lainvoimaa vailla olevien tuomioiden täytäntöönpanoa koskevien yleisten periaatteiden ja (hiljattain uudistettujen) UL:n säännösten kanssa (UL 2:4, maksutuomioiden täytäntöönpanon osalta UL 2:5).¹⁰² Voidaanko siis osoittaa seikkoja, joiden johdosta saneerausohjelmaa koskevan muutoksenhaun suspensiivisuus on – juuri todetusta huolimatta – tarkoituksenmukainen sääntö? Jos tällaisia perusteita löytyy, on siirryttävä selvittämään tarkemmin, miten tuomio-

⁹⁸ Muutoksenhaun lykkäävä vaikutus selittää myös YSL 28.2 §:n ensi näkemältä hieman hämmentävän sanamuodon. Säännöksen mukaan saneerausmenettelyn oikeusvaikutukset jatkuvat, ”kunnes saneerausohjelma vahvistetaan tai määrätään 77 §:n 3 momentin nojalla noudatettavaksi.” Jossain määrin epäselvää on, miksi ohjelman vahvistaminen ja sen noudatettavaksi määrääminen on erotettu. Ainoastaan vahvistettu ohjelmahan voidaan määrätä noudatettavaksi. Ainoa järkevä selitys sanamuodolle on, että oikeusvaikutukset lakkaavat vasta lainvoimaisen vahvistamispäätöksen myötä, ts. muutoksenhaulla on suspensiivinen vaikutus.

⁹⁹ Itse asiassa näyttää siltä, että valmistelussa on tässä kohdin tapahtunut jonkinlainen sekaannus. 77 §:stä perustellaan vain kolme momenttia, vaikka säännöksessä on neljä momenttia. YSL 28.2 §:n perusteluissa viitataan 77.3 §:iin sellaisena kuin se on lakitekstissä. Kommenttiteoksestaakaan ei selviä, mitä valmistelussa on tältä osin tarkoitettu, ks. *Koskelo* s. 206–207 ja 329. Korostettakoon, että mikäli kyseessä todella on virhe, siihen täytyy toki kiinnittää huomiota, mutta samalla, että YSL-hankkeen laajuus ja kiireellisyys tekevät tapahtuneesta täysin ymmärrettävän.

¹⁰⁰ *Koskelo* s. 206.

¹⁰¹ *Koskelo* s. 329.

¹⁰² Ulosottoperusteen lainvoimaisuutta ja täytäntöönpanokelpoisuutta koskevista periaatteista sekä uudesta (oikeustilan pääosin säilyttävästä) sääntelystä ks. *Linna – Leppänen* s. 98–112. Problematiikasta laajemmin *Välilmaa* passim. ja *Gregow* s. 70–86.

istuimen tulisi käyttää sille säädettyä harkintavaltaa. – YSL 77.3 §:n mukaisesta määräyksestä käytetään seuraavassa termiä *noudattamismääräys*. Määräyksellä on olennainen merkitys rauhoitusajan kestolle. Rauhoitusaikahan päättyy välittömästi ohjelman vahvistavaan päätökseen, jos siihen sisältyy noudattamismääräys. Vahvistuspäätös ilman tällaista määräystä taas siirtää rauhoitusajan päättymisen ehkä kauaskin tulevaisuuteen.

Lykkäävä muutoksenhaku saneerausohjelmaan on nähdäkseni perusteltu, jos ohjelman valmistelu ja hyväksyminen on ollut *riitaista*. Ohjelman kannatuksen perusteella voidaan muotoilla seuraavat yleiset periaatteet:

- mitä vähemmällä kannatuksella ohjelma on vahvistettu, sitä voimakkaammin ohjelman vastustajien oikeussuoja vaatii lykkäävää muutoksenhakua, ja vastaavasti
- mitä yksimielisemmin ohjelma on vahvistettu, sitä vähemmän on perusteita lykkäävälle muutoksenhauille.

Kun juuri muotoiltuja periaatteita sovelletaan YSL:n mukaisiin ohjelman vahvistamisedellytyksiin, voidaan esittää seuraavat suositukset harkintavallan käytöstä:

- kaikkien velkojen suostumuksella vahvistettuun ohjelmaan (YSL 50.1 §) on *aina* lisättävä noudattamismääräys
- kaikkien ryhmäenemmistöjen suostumuksella vahvistettuun ohjelmaan (YSL 51.1 §) on *lähtökohtaisesti* lisättävä noudattamismääräys, ja
- ilman kaikkien ryhmäenemmistöjen suostumusta vahvistettuun ohjelmaan (YSL 54 §, pakkovahvistaminen) *ei lähtökohtaisesti* pidä lisätä noudattamismääräystä.

’Lähtökohtaisuus’-kriteerin tulkinnassa merkitystä pitäisi antaa sille, kuinka vahvan kannatuksen ehdotus on saanut ensinnäkin velkojaryhmien sisällä, mutta myös kokonaisuutena saneerausvelkojen keskuudessa. Jos pakkovahvistamisen tukena on useista velkojaryhmistä vain yhden kannatus, noudattamismääräyksen antaminen on selvästi kyseenalaisempaa kuin siinä tapauksessa, että ryhmiä on ainoastaan kaksi ja ehdotus on saanut toisessa ryhmässä laajan kannatuksen jäaden toisessakin vain hieman YSL 52.1 §:n mukaisen hyväksymisrajan alle.

Ohjelman kannatus ei kuitenkaan voi olla ainoa peruste, jonka perusteella noudattamismääräystä tulisi harkita. Huomiota on syytä kiinnittää myös siihen, voidaanko vahvistamisratkaisu tehdä suoraan sen saaman kannatuksen perusteella, vai onko yksittäistapauksessa syytä epäillä jonkin laissa säädetyn vahvistamisen esteen täyttymistä. Noudattamismääräys voitaneenkin jättää päätöksestä pois, vaikka se ohjelman kannatuksen valossa olisi voitu siihen ottaa, jos *esteperuste on yksittäistapauksessa tulkinnanvarainen*. Toisaalta noudattamismääräystä ei pidä koskaan täysin irrottaa velkojen kannatuksesta; vahva kan-

natus heikentää este-epäilyn vaikutusta. Näin siitä huolimatta, että ohjelman vahvistamisen esteitä ei lakitekstissä olekaan kytketty ehdotuksen saamaan kannatukseen. Tällainen yhteys on kuitenkin ollut perustana ratkaisussa KKO 2001:78, jossa oli kysymys ohjelman yksittäisen määräyksen vahvistamisesta. Korkeimman oikeuden mukaan harkittaessa, onko ohjelman määräys jätettävä vahvistamatta kohtuuttomuuden perusteella (YSL 55.2 §), on otettava huomioon myös velkojen suhtautuminen: ”Mitä suurempi osa velkojista on ohjelman hyväksynyt, sitä perustellumpaa on katsoa, ettei määräys ole kohtuuton.” Ratkaisu korostaa velkojakollektiivin tahdon merkitystä. Siitä ei kuitenkaan ole syytä tehdä johtopäätöstä, jonka mukaan yksittäiseen velkojaan suuntautuva kohtuuttomuus kumoutuisi aina riittävän suuren kannatuksen edessä. Selvää on vain, että asianosaisten kannatukselle täytyy antaa tietty merkitys lähtökohtaisesti dispositiivisessa saneerausasiassa.

3.6.3 Noudattamismääräys muutoksenhakuinstanssissa?

Myös muutoksenhakutuomioistuimella on mahdollisuus vaikuttaa vahvistetun saneerausohjelman noudattamiseen. Alemman oikeuden antama noudattamismääräys voidaan nimittäin kumota muutoksenhakuvaiheessa. YSL 77.3 §:n sanamuodon mukaan ”Tuomioistuin voi saneerausohjelman vahvistaessaan määrätä, että sitä on noudatettava muutoksenhausta huolimatta, jollei tuomioistuimissa, jossa asia on muutoksenhaun vuoksi vireillä, määrää toisin”. Noudattamismääräys johtaa näin siihen, että rauhoitusajan päättymisen voi olla hyvin lyhyen ajan sisällä kahdenkertaisen harkinnan alaisena. Ensin alempi tuomioistuin harkitsee, lisääkö se vahvistamispäätökseensä noudattamismääräyksen. Jos määräys lisätään ja rauhoitus aika näin päättyy, asia saadaan muutoksenhaulla ylemmän instanssin harkittavaksi. Muutoksenhakuinstanssin päätös, jolla noudattamismääräys kumotaan, aloittaa rauhoitusajan uudelleen. Saman asian saattaminen kahdenkertaiseen harkintaan on tietenkin koko muutoksenhakujärjestelmän tarkoitus. Voimassa oleva sääntely tuo kuitenkin rauhoitusajan kestoon epävarmuutta, joka on syytä tiedostaa ratkaisuja tehtäessä.¹⁰³

YSL 77.3 §:n tarkoituksena täytyy olla, että muutoksenhakutuomioistuimen harkintavalta on itsenäistä. Toisin sanoen se voi *aina* kumota alemman instans-

¹⁰³ Ohjelman noudattamismääräys ei toki ole ainoa peruste, joka voi aiheuttaa rauhoitusajan kestoon epävarmuutta ja katkoksia. Rauhoitusajan tarve on lyhyen ajan sisällä kahdenkertaisen tutkinnan kohteena myös esimerkiksi silloin, kun käräjäoikeus hylkää saneeraushakemuksen tai lakkauttaa menettelyn ennen ohjelman vahvistamista, jonka jälkeen hovioikeus valituksen johdosta hyväksyy hakemuksen tai kumoaa käräjäoikeuden lakkaamispäätöksen määräten menettelyn jatkumaan. Viimeksi mainitun kaltainen tilanne toteutui ratkaisussa HHO 22.2.2000/422 (S 99/2692).

sin noudattamismääräyksen. Säännöksen sanamuotohan voitaisiin kyllä tulkita toisinkin (= kumoaminen olisi mahdollista vain, jos alemman tuomioistuimen noudattamismääräys sisältää tästä nimenomaisen varauksen). Lain tarkoitus on epäselvempi silloin, kun alempi tuomioistuin ei ole antanut noudattamismääräystä – voiko muutoksenhakutuomioistuin itsenäisesti antaa tällaisen määräyksen ennen valituksen ratkaisemista? Sanamuodon mukaan noudattamismääräys voidaan lisätä *ohjelman vahvistavaan ratkaisuun*. Sanamuotoon pitäytyvä tulkinta on perusteltu siinä mielessä, että noudattamismääräys liittyy tosiasiassakin kiinteästi ohjelman vahvistamiseen. Mahdollisuus erilliseen noudattamismääräykseen lisäisi entisestään rauhoitusajan päättymisen vaihtoehtoja. Tämä taas olisi omiaan lisäämään epävarmuutta alueella, jolla on pyrittävä sen vähentämiseen. Erillisen noudattamismääräyksen kielto muutoksenhakuinstanssissa on näillä perusteilla hyväksyttävä tulkintasuositus – toisin sanoen muutoksenhakuinstanssi voi ainoastaan kumota alemman asteen antaman määräyksen.

3.6.4 Aloittamispäätöksen kumoaminen

Saneerausmenettelyn aloittamispäätös saa välittömästi aikaan rauhoitusajan alkamisen. Edellä on todettu myös, että muutoksenhaku ei lykkää menettelyn oikeusvaikutuksia, joten myös rauhoitusaika käynnistyy mahdollisesta valituksesta huolimatta. Rauhoitusajan alkamista koskeneessa tarkastelussa viitattiin jo lyhyesti ei-lykkäävän muutoksenhaun mukanaan tuomaan ongelmaan, jota voidaan kutsua virheellisen rauhoitusajan ongelmaksi; saneerausmenettely oikeusvaikutuksineen aloitetaan, mutta aloittamispäätös kumotaan muutoksenhakuasteessa. Rauhoitusaika päättyy vasta, kun aloittamispäätöksen kumoava ratkaisu saa lainvoiman. Toinen mahdollinen päättymisperuste on muutoksenhakutuomioistuimen tätä tarkoittava määräys, joka lakkauttaa rauhoitusajan välittömästi (YSL 28.1 §).

Vaatus lainvoimaisesta kumoamispäätöksestä johtaa siihen, että rauhoitusaikaa voidaan pidentää hakemalla valituslupaa korkeimmalta oikeudelta. YSL 28.1 §:ssa mainitaan nimenomaisesti, että myös velallisen määräysvallan rajoitukset pysyvät voimassa lainvoimaistumiseen saakka.¹⁰⁴ Jos tätä mahdollisuutta käytetään, eikä muutoksenhakutuomioistuin toisin määrää, rauhoitusaika ja saneerausmenettelyn muut oikeusvaikutukset lakkaavat vasta, kun korkein oikeus epää valitusluvan tai luvan myönnettyään hylkää valituksen (eli

¹⁰⁴ Maininta on otettu lakitekstiin ”selvyyden vuoksi”, ei siis korostamaan disponointirajoitusten jatkumista. Ks. HE 182/1992 s. 81. Perusteluista ei selviä, miksi selventämistarvetta nähtiin vain (selvittäjän oikeuksien ja) velallisen määräämisvallassa. Vähintään yhtä tärkeää on, että myös velkojen oikeuksia koskevat rajoitukset pysyvät voimassa aina kumoamisratkaisun lainvoimaistumiseen saakka.

pitää voimassa hovioikeuden päätöksen, jolla menettelyn aloittamispäätös on kumottu).

Saneerausmenettelyn väärinkäyttövaaraa, joka oli muuten varsin keskeisellä sijalla saneerauslain valmistelussa, ei mainita YSL 28.1 §:n perusteluissa. Sääntely tarjoaa kuitenkin mahdollisuuden juuri tähän. Esimerkiksi rauhoitusaikaa voidaan pyrkiä pidentämään keinotekoisesti hakemalla valituslupaa hovioikeuden selvästi oikeaan kumoamiskäyttöön. Tämän mahdollisuuden torjumiseen on siis kuitenkin käytettävissä muutoksenhakutuomioistuimen määräys, jonka mukaan saneerausmenettelyn oikeusvaikutukset lakkaavat. Määräyksen antamisen perusteina mainitaan esitöissä, että muutoksenhakutuomioistuin pitää saneerausmenettelyn edellytysten täyttymistä epätodennäköisenä tai ainakin ilmeisen kyseenalaisena.¹⁰⁵ Määräys on – edelleen nimenomaisen esityölausuman mukaan¹⁰⁶ – annettavissa jo ennen kuin hovioikeus ratkaisee pääasian. Toisaalta on selvää, että sen voi antaa myös korkein oikeus missä vaiheessa tahansa valituslupahakemuksen saapumisen jälkeen.

Kuten edellä on jo todettu ja jäljempänä tarkemmin selviää, saneerausmenettelyn alkuun kytkeytyvä rauhoitusaika on olennaiselta sisällöltään kiinteä. Menettelyn aloittaessaan tuomioistuin ei voi määrätä esimerkiksi, että maksu- tai perintäkielto olisi voimassa vain osittain. YSL 28.1 §:n sanamuodon mukaan myös muutoksenhakutuomioistuin on sidottu saneerausmenettelyn oikeusvaikutuksiin kokonaisuutena. ”Oikeusvaikutukset lakkaavat”, jos muutoksenhakutuomioistuin ”niin määrää”. Esitöissä kuitenkin mainitaan – enempää perustelematta – että muutoksenhakutuomioistuimella olisi mahdollisuus määrätä oikeusvaikutukset päättymään ”kokonaan tai osaksi”. Jos esityölausuma hyväksytään,¹⁰⁷ syntyy varsin erikoinen tilanne. Laajimmin ymmärrettynä muutoksenhaku aloituspäätökseen alistaisi saneerausmenettelyn oikeusvaikutukset täydelliselle harkintavallalle, kun taas valituksenalaisen päätöksen tehneellä tuomioistuimella ei ole tältä osin ollut lainkaan harkintavaltaa. Voidaan kyseenalaistaa, onko tätä todella tarkoitettu. Näin jo siitäkin syystä, että mahdollisuus hyvin merkittävien oikeusvaikutusten vaihteluun lyhyehkön ajan sisällä vaikeuttaisi vakavasti oikeustilan ennakoitua ja sitä kautta liiketoiminnan tehokkuutta, ei ainoastaan velallisyrytyksessä, vaan myös sen sidosryhmissä. Oikeustilan riittävä ennakoitavuus on toivottavaa juuri rauhoitusajan osalta. Pahimmil-

¹⁰⁵ HE 182/1992 s. 81.

¹⁰⁶ HE 182/1992 s. 81.

¹⁰⁷ Traditionaalinen oikeuslähdeoppi tarjoaa kyllä sinänsä selvän ratkaisun lain ja esitöiden väliseen kollision: lakiteksti syrjäyttää esityöt. Ks. Aarnio Laintulkinnan teoria s. 220–221 ja *Peczenik* s. 220 (”Det är – – lättare att frånga lagens förarbeten än att åsidosätta lagtexten”). Ks. myös *Siltala* s. 260, joka toteaa, että lain ja esitöiden välinen kollisionratkaisunormi perustuu viime kädessä demokratiaperiaatteeseen (esitöiden oikeuslähdearvo tukeutuu demokratiaperiaatteeseen vain välillisesti, kun taas lakiteksti käy läpi parlamentaarisen kontrollin täydessä mitassa).

laan rauhoitusajan sisältö vaihtelisi siten, että ensin määrättäisiin harkinnanvaraisesti esimerkiksi vain väliaikainen maksukielto, tämän jälkeen tulisi aloituspäätöksen myötä voimaan varsinainen rauhoitusaika, jonka sisältöä muokattaisiin jälleen muutoksenhakuasteessa.

Oikeusvarmuuden kannalta näyttäisikin olevan toivottavaa, että *muutoksenhakutuomioistuimella käsiteltäisiin saneerausmenettelyn oikeusvaikutuksia kokonaisuutena*, ts. ne kaikki olisi joko lakkautettava tai pidettävä voimassa. Jos rauhoitusaikakieltojen presisointi kuitenkin katsotaan sallituksi muutoksenhakuasteessa, sääntönä täytynee joka tapauksessa pitää, että muutoksenhakutuomioistuimella ei ole oikeutta yksityiskohtaisempaan hienosäätöön kuin alemmalla oikeudella. Muutoksenhakutuomioistuimen harkintavalta on siten laajuudeltaan enintään sama kuin alioikeudella sen määrätessä väliaikaisen maksu-, perintä- tai täytäntöönpanokiellon YSL 22 §:n perusteella. Saneerainsäädäntö menettäisi täysin ennakoitavuutensa, jos velkojien oikeudet ja velallisuusvarallisuutta koskeva määräysvalta voisivat olla tätä laajemmassa käymistilassa. Tosiasiallista tarvetta rauhoitusaikakieltojen hienosäätöön sitä paitsi vähentää se, että yrityssaneerausta koskevat asiat käsitellään hovioikeudessa kiireellisinä (HOA 14.1 § 4 kohta). – Niin YSL 28.1 §:n kuin sen erityisperustelujenkin valossa on täysin selvää, ettei muutoksenhakutuomioistuin voi määrätä sellaisia YSL 30 §:ssä tarkoitettuja lisärajoituksia velallisen disponointivaltaan, joita saneeraustuomioistuin ei ole määrännyt. Jos valitus hylätään, ts. menettely jatkuu, tällaisia määräyksiä on haettava instanssijärjestyksen mukaisesti saneeraustuomioistuimelta.

3.6.5 Menettelyn lakkaaminen esteperusteen ilmenemisen, konkurssin tai saneerausohjelman vahvistamatta jättämisen johdosta

3.6.5.1 Esteperusteen ilmeneminen menettelyn aikana

Vaatus saneerausmenettelyn aloittamisesta ratkaistaan laissa säädettyjen edellytysten ja esteiden perusteella. Niitä koskeva tutkinta määrää samalla rauhoitusajan alkamisen. Menettelyn oikeusvaikutusten kannalta merkittävää on, että YSL:n järjestelmässä saneerauksen edellytykset ja esteet on asetettu keskenään erilaiseen prosessuaaliseen asemaan. Vain edellytysten tutkiminen on lopullista; 6 §:n mukaisten edellytysten olemassaoloa ei voida jälkikäteen riitauttaa. Niitä koskee tavanomainen uudelleen-tutkiminnan kielto (ne bis in idem) eli oikeusvoimapreklusio.¹⁰⁸ Menette-

¹⁰⁸ Sama koskee hakijavaluutta, ks. *Koulu* Aloittaminen s. 316. – Jälkikäteisellä riitauttamisella tarkoitetaan yllä tietenkin oikeusvoimapreklusion kumoutumista muutoin kuin ylimääräisin muutoksenhakukeinoin. Lisäksi se tarkoittaa ainoastaan kieltä ratkaista uudelleen, oliko menet-

lyn¹⁰⁹ esteet ovat eri asemassa. Niihin soveltuu YSL 7.2 §:ssa säädetty poikkeus uudelleentutinnan kieltoon. Säännöksen mukaan saneerausmenettely voidaan määrätä lakkaamaan, jos aloittamisen jälkeen käy ilmi jokin saman pykälän 1 momentin mukainen este. Näin esteperusteet toimivat myös menettelyn keskeyttämisperusteina.¹¹⁰ Tässä tutkimuksessa ei käsitellä tarkemmin esteperusteiden sisältöä, vaan tarkastellaan keskeytysnormiston vaikutusta rauhoitusajan keston.¹¹¹

Esitöiden vaietessa kirjallisuudessa on keskusteltu siitä, onko keskeytysperusteen oltava olemassa jo menettelyn aloitusvaiheessa (ja siis ainoastaan tultava ilmi myöhemmin), vai otetaanko myös menettelyn aloittamisen jälkeiset tapahtumat huomioon. Lyhyeksi jäänyt keskustelu päättyi nähdäkseni tahattomaan ristiriitaan. Liukkosen mukaan keskeytysperuste voi syntyäkin vasta menettelyn alkamisen jälkeen.¹¹² Koulu taas korostaa, että YSL 7.2 §:n soveltamisalan ydin on seikoissa, jotka ovat olleet olemassa jo menettelyn aloitusvaiheessa; tätä edellyttää keskeytysäännösten ratio.¹¹³ Näennäisesti eri mielipiteet johtuvat siitä, että lain sanamuoto – menettelyn aloittamisen jälkeen ”käy ilmi” jokin esteperuste – voidaan tulkita molemmilla tavoilla. Todellista ristiriitaa kirjoittajien kesken ei nähdäkseni ole. Oikea tulkinta on, että säännös kattaa *molemmat* vaihtoehdot.¹¹⁴ Menettely voidaan keskeyttää sekä aloitusvaiheessa olemassa olleen että tämän jälkeen tapahtuneen seikan perusteella.

Oikeusvoimaoppien kannalta selvästi merkittävämpi on mahdollisuus tutkia seikkoja, jotka olivat olemassa jo alkuperäisen ratkaisun antamishetkellä. Este-

telyn aloittaminen oikea ratkaisu vai pitäisikö menettely keskeyttää edellytyksen puutteen vuoksi. Sen sijaan aloitusratkaisussa vahvistettu saneerauksen edellytys ei sido muussa oikeudenkäynnissä, tyypillisesti esimerkiksi takaisinsaantiasiassa. Vaikka saneeraus olisi aloitettu esimerkiksi uhkaavan maksukyvyttömyyden perusteella, takaisinsaantijutussa voidaan tutkia, oliko velallinen menettelyn alkaessa ehkä kuitenkin jo maksukyvytön.

¹⁰⁹ Kun kollektiivisen insolvenssimenettelyn yhteydessä puhutaan ”menettelyn” edellytyksistä, on erikseen täsmennettävä tai asiayhteydestä pääteltävä, tarkoitetaanko muodollisia vai materiaalisia seikkoja. Yleisprosessioikeudellisessa terminologiassahan menettelyn edellytykset tarkoittavat nimenomaan muodollisia seikkoja, oikeudenkäynnin edellytyksiä (prosessinedellytyksiä). Suomenkielisessä prosessioikeusterminologiassa operoidaan nimenomaan *prosessinedellytyksillä*. Puute prosessinedellytyksissä tarkoittaa samaa kuin prosessineeste, mutta tätä termiä ei meillä yleensä käytetä. Toisin Ruotsin oikeustieteessä, jossa termi *processhinder* on käytössä lakiteksissä ja esiintyy doktriinissakin miltei yleisemmin kuin *processförutsättning*. Ks. *Lappalainen* II s. 3–4, *Ekelöf* II s. 11–19 ja *Lindblom* s. 12. – Jollei toisin mainita tai asiayhteydestä muuta ilmene, tässä tutkimuksessa menettelyn edellytyksillä ja esteillä tarkoitetaan YSL 6 ja 7 §:stä ilmeneviä seikastoja, jotka koskevat (pääosin) yrityssaneeraushakemuksen materiaalista hyväksyttävyyttä (ja menettelyn jatkamista).

¹¹⁰ Ks. HE 182/1992 s. 23–24 ja 68, *Koskela* s. 241–242 ja *Koulu* Aloittaminen s. 315.

¹¹¹ Laajemmin saneerausmenettelyn keskeyttämisestä esteen ilmenemisen seurauksena ks. *Koulu* Aloittaminen s. 315–320.

¹¹² *Liukkonen* DL 1994 s. 63.

¹¹³ *Koulu* Aloittaminen s. 316.

¹¹⁴ Sekä Liukkonen että Koulu ovat siis osaltaan oikeassa, mutta he korostavat vain toista tulkintavaihtoehtoa.

peruste, joka syntyy vasta jälkikäteen, on oikeusvoiman kannalta ongelmaton. Kyseessä on jälkisattumus (*factum superveniens*), jonka tutkimiselle ei ole res judicata -estettä. Aiempaa ratkaisua ei tutkita uudelleen, joten vetoaminen tällaiseen seikkaan ei vaikuta alkuperäisen ratkaisun oikeusvoimaan.¹¹⁵ Sen sijaan mahdollisuus vedota seikkaan, joka oli olemassa jo ensiprosessin aikana, on 'aito' poikkeus oikeusvoimapreklusiosta.

Oikeusvoimaoppien kehitys näyttää johtavan siihen, että YSL 7.2 § muodostuu yhä voimakkaammaksi poikkeukseksi yleisiin periaatteisiin. Ensinnäkin se sallii täydellisen uudelleentutinnan. Keskeytysvaatimusta ei jätetä tutkimatta edes silloin, kun samasta seikasta on jo annettu ratkaisu aloittamis- päätöksessä (väite esteen olemassaolosta on hylätty).¹¹⁶ Viimeaikainen kehitys pohjoismaisessa prosessioikeudessa on vieläpä laajentanut oikeusvoimapreklusion vaikutusalaa.¹¹⁷ Tämä korostaa entisestään YSL 7.2 §:n poikkeusluonnetta.¹¹⁸

Rauhoitusajan päättymisen esteperusteen ilmenemisen johdosta tapahtuu YSL 7.2 §:n ja 28.2 §:n mukaisesti. Niin päättymishetki kuin asiassa noudatettava menettelykin ovat samat riippumatta siitä, onko kyseessä todellinen uudelleentutkinta (peruste olemassa jo aloitusvaiheessa) vai jälkisattumus. Molemmat

¹¹⁵ Ks. *Lappalainen* II s. 458–459. – Jälkisattumusten tutkimiselle voi kuitenkin olla muita esteitä kuin oikeusvoima. Erityisesti insolvenssioikeudessa näyttää vallitsevan julkilausumaton, mutta kiistaton sääntö, jonka mukaan velallisen maksukyvyyn palautuminen saneerauksen tai konkurssin aikana on vailla merkitystä. Saneerausmenettelyä ei siis voida vaatia keskeytettäväksi sillä perusteella, että maksukyky on palautunut (vakaalle pohjalle) ilman saneerauslainsäädännön tunteita apukeinojakin.

Tilanne ei ole pelkästään teoreettinen. Etenkin jos menettely on aloitettu uhkaavan maksukyvyyttömyyden nojalla, yrityksen talous voi kohentua merkittävästikin ja maksukyvyyttömyysvaara poistua jo ennen kuin saneerausohjelmasta edes äänestetään. Konkurssin aikana yritys taas voi esimerkiksi voittaa muutoksenhakuoikeudenkäynnin, jossa kumotaan maksukyvyyttömyyden aiheuttanut suuri vahingonkorvausvastuu tms. Siviiliprosessuaalisessa tarkastelussa nämä ovat jälkisattumuksia, jotka pitäisi voida tutkia prosessioikeuden yleisten periaatteiden nojalla. Ongelmana on, että ainakaan konkurssissa ei ole käytettävissä menettelyä, jolla uusi tilanne voitaisiin vahvistaa. Tosiasiassa lähes samaan tilaan voidaan päästä sovinnulla tai konkurssin peruuttamisnormistolla, mutta nämä keinot ovat erityissäännöksiin varsin tarkasti rajattuja – ne eivät perustu varsinaiselle jälkisattumustutkinnalle. Lisäksi käytännön tottumukset pitänevät huolen siitä, että kerran alettuaan konkurssi viedään väijäämättä loppuun, vaikka muitakin vaihtoehtoja olisi.

¹¹⁶ *Koulu* Aloittaminen s. 316. Kuten Koulu toteaa, esteväite tutkitaan siitä riippumatta, esitetäänkö uutta näyttöä vai ei. Jos saman näytön uudelleenarviointikaan ei muuta käsitystä esteen olemassaolosta, keskeytysvaatimus siis hylätään.

¹¹⁷ Ks. *Lappalainen* II s. 447–456.

¹¹⁸ On toki huomattava, että oikeusvoimapreklusion laajentumiskehitys on koskenut YSL 7.2 §:iin nähden päinvastaista tilannetta. Nimenomaan *hylkäävän* tuomion preklusiovaikutus on laajentunut niin, että se kattaa myös seikat, joihin olisi voitu vedota ensiprosessissa. Sen sijaan kanteen hyväksyvän tuomion oikeusvoimapreklusio on täysin vakiintuneesti prekludoinut sellaiset vastatosiseikat, joihin vastaaja olisi voinut vedota. YSL 7.2 §:ssa tarkoitettu asetelmahan on juuri tämä. Kokonaisuutena oikeusvoimapreklusion laajentuminen kuitenkin nähdäkseni korostaa entisestään YSL 7.2 §:n poikkeusasemaa siviiliprosessioikeuden yleisiin periaatteisiin nähden.

edellyttävät myös, että selvittäjä, velkoja tai velallinen vaatii menettelyn keskeyttämistä (ja tietenkin että tämä vaatimus hyväksytään). Menettely oikeusvaikutuksineen päättyy YSL 28.2 §:n mukaisesti, kun tuomioistuin antaa vaatimuksen johdosta päätöksen, jossa esteperuste todetaan ja menettely määrätään lakkaamaan.

3.6.5.2 Konkurssiin asettaminen

Saneerauksen ja konkurssin välinen koordinointi vaikuttaa myös rauhoitusajan keston. Kuten tämän luvun alussa on todettu, erillismenettelyjärjestelmässä varsinainen rauhoitusaika kuuluu vain saneeraukseen, kun taas konkurssissa velallisen määräysvalta siirtyy täydellisesti konkurssihallinnolle. Erillisyydestä seuraa, että konkurssin vaikutukset rauhoitusaikaan muodostavat itsenäisen sääntely-, tulkinta- ja systematisointiongelman.

Konkurssi vaikuttaa rauhoitusajan keston luonnollisesti vain, mikäli rauhoitusaika on vielä voimassa konkurssin alkaessa. Perustilanne on tältä osin selkeä. YSL 28.2 §:n mukaan rauhoitusaika lakkaa, kun tuomioistuin antaa konkurssiinasettamispäätöksen. Erillistä päätöstä enempää saneerausmenettelyn kuin sen oikeusvaikutustenkaan lakkaamisesta ei tarvita. Konkurssiinasettamispäätös lakkauttaa saneerausmenettelyn (oikeusvaikutukset) suoraan lain nojalla, jollei tuomioistuin määrää niitä olemaan voimassa, kunnes asettamispäätös on lainvoimainen tai toisin määrätään. Konkurssiinasettamispäätöksestä tehtävän valituksen yhteydessä hovioikeudella ei ole valtaa määrätä saneerausmenettelyn oikeusvaikutuksia uudelleen voimaan. Tältä osin tilanne on sama kuin YSL 28.2 §:n soveltamisessa yleensäkin.¹¹⁹

Koska rauhoitusajan päättymistilanteet pyritään tässä tutkimuksessa selvittämään kattavasti, on käsiteltävä sitäkin mahdollisuutta, että konkurssi ei lakkauta rauhoitusaikaa. Näin käy, jos rauhoitusaika on päättynyt jo ennen konkurssiin asettamista. Tämä on mahdollista, koska oikeutemme tuntee *saneerausmenettelyn ja sen oikeusvaikutusten erillisen lakkaamisen*. YSL 28.1 §:n mukaan on mahdollista, että saneerauksen oikeusvaikutukset lakkaavat, vaikka itse menettely on vielä vireillä. Muutoksenhakutuomioistuin nimittäin voi, käsitellessään saneeraushakemuksen hyväksymistä koskevaa valitusta, määrätä saneerausmenettelyn oikeusvaikutukset lakkaamaan jo ennen valituksen ratkaisemista. Jos yritys asetetaan konkurssiin tällaisen erillisen lakkaamismääräyksen jälkeen, konkurssin alkaminen ei enää vaikuta rauhoitusajan keston.¹²⁰

¹¹⁹ Tällainen vaatimus esitettiin ratkaisussa THO 6.6.1996/2195 (S 96/730). Samalla vaadittiin käräjäoikeudessa alkaneen konkurssin keskeyttämistä. Molemmat vaatimukset jätettiin – aivan oikein – tutkimatta.

¹²⁰ Myös konkurssin edellytykset palautunevat normaaleiksi heti lakkaamismääräyksen jälkeen.

Problematiikka ei ole vain akateeminen. Sillä, päättyykö rauhoitusajaksi erillismääräykseen vai vasta konkurssiinasettamispäätökseen, voi olla käytännössä huomattavakin merkitys. Rauhoitusajan oikeusvaikutukset nimittäin ulottuvat pitkälle konkurssiinkin. Ratkaisussa KKO 1997:89 katsottiin, että saneerausmenettelyn lakkaaminen konkurssin johdosta ei poistanut velvollisuutta palauttaa maksukiellon vastainen suoritus konkurssipesään. Jos palautettavaksi vaadittu maksu olisi tapahtunut saneerausmenettelyn oikeusvaikutusten lakattua esimerkiksi erillismääräyksellä, palautusvelvollisuus olisi edellyttänyt maksun takaisinsaannin edellytysten tutkimista (ja tietenkin niiden täyttymistä). Problematiikan käytännöllistä merkitystä lisää se, että yrityksen tosiasiallisen konkurssikypsyyden ainakin pitäisi olla keskeisimpiä seikkoja, joiden perusteella muutoksenhakutuomioistuin harkitsee erillismääräystä saneerausmenettelyn oikeusvaikutusten lakkaamisesta. Ensi näkemältä harkinnan tulisi edetä niin, että mitä todennäköisemmin saneerauksen aloittamispäätös tulee kumottavaksi, sitä herkemmin (ja aiemmin) menettelyn oikeusvaikutukset olisi määrättävä lakkaamaan. Ajatus ilmenee selvästi myös saneerailain esitöistä.¹²¹

Ratkaisu KKO 1997:89 osoittaa kuitenkin, että erillismääräystä ei ehkä pidä sitoa pelkästään aloittamispäätöksen kumoamisen edellytyksiin. Määräystä harkittaessa on otettava huomioon myös, miten rauhoitusajan päättymishetki vaikuttaa mahdollisessa konkurssissa. Erityisesti olisi pyrittävä torjumaan sellainen välitila, jossa velallisen disponointivalta (ja velkojien toimintamahdollisuus) palaa normaaliksi jatkuen konkurssin alkuun saakka. Välitila vaikuttaa olennaisesti edellytyksiin, joilla väli tilan aikana tehty maksu tai muu velallisuusvarallisuuden luovutus voidaan vaatia konkurssissa palautettavaksi pesään. Yksittäistapauksessa saattaakin olla jopa niin, että mitä todennäköisemmältä yrityksen konkurssi näyttää, sitä perustellumpaa olisikin pitää saneerauksen oikeusvaikutukset voimassa menettelyn lainvoimaiseen päättymiseen saakka. *Ehjän menettelykokonaisuuden tavoite* näyttää vaativan yleisemminkin, että saneerausmenettelyn oikeusvaikutusten kesto yhdistetään mahdollisimman kiinteästi myöhempään konkurssiin, ainakin, jos konkurssi todella näyttää väistämättömältä. Katvealueita, joissa saneerauksen oikeusvaikutukset ovat lakanneet, mutta menettely on muutoin vireillä, pitäisi mahdollisuuksien mukaan välttää.

3.6.5.3 Ohjelmaehdotuksen puuttuminen, puutteellisuus ja hylkääminen

Ohjelmaehdotuksen vahvistamatta jättäminen voi johtua joko kannatuksen puutteesta (ehdotus hylätään äänestyksessä) tai laillisesta vahvistamisen es-

¹²¹ Erillismääräys on esitöiden mukaan aiheellinen, jos ”muutoksenhakutuomioistuin pitää menettelyn edellytysten käsillä oloa epätodennäköisenä tai ainakin ilmeisen kyseenalaisena”. HE 182/1992 s. 81.

teestä (tuomioistuim ei vahvasta ohjelmaa riittävästä kannatuksesta huolimatta, koska tähän on laissa säädetty este). Tilanteita voidaan tarkastella yhteisotsikolla *ohjelmaehdotuksen hylkääminen* (lyhyemmin ehdotuksen hylkääminen), vaikka lakiteksti ei rakennukaan hylkäämistermilogialle.¹²² Hylkäämisen perusteesta riippumatta herää kysymys, miten ratkaisu vaikuttaa rauhoitusajaan, tarkemmin sanoen lakkauttaako se rauhoitusajan ja millä hetkellä näin voisi tapahtua.

Ensi näkemältä on ehkä hieman yllättävää, että laissa ei ole tarkempia menettelysäännöksiä ohjelmaehdotuksen hylkäämisestä eikä ratkaisun täsmällisistä seurauksista. Kun asiaa tarkastellaan lähemmin ja etenkin, kun avuksi otetaan insolvenssimenettelyjen järjestelmä, kysymys selkiytyy. YSL rakentuu oletukselle siitä, että menettely onnistuu. Toinen 'piilevä' oletus näyttää olevan, että epäonnistumistapauksissa velkoja-autonomia huolehtii yrityksen ohjautumisesta konkurssiin. Näihin perusolettamiin sopii erinomaisesti, ettei asiaa säännellä tarkemmin. Tapahtumaketju perustuu viime kädessä markkinamekanismiin – *järjestelmä tuottaa ratkaisunsa itse*. Näin ajateltuna on helppo ymmärtää, ettei saneerausyrityksen konkurssiin todellakaan tarvita lainsäätäjän ohjausta yhtään sen enempää kuin konkurssin alkamiseen muutoinkaan. Sääntelyllä on varmistettava vain, ettei konkurssi ala ennen kuin saneerausmahdollisuus on selvitetty – mikäli tätä pidetään oikeuspoliittisesti tavoiteltavana, kuten meillä pidetään. Mutta sen jälkeen, kun saneerauksen mahdollisuus on selvitetty, tilanteen eteneminen ei enää tarvitse impulsseja lainsäätäjän taholta. Kaikkiaan asetelmaa voidaan pitää osoituksena Koulun jo ensimmäisissä saneeraustutkimuksissaan tarkoittamasta *itseohjautuvasta järjestelmästä*.¹²³ YSL luottaa itseohjautuvuuteen melko vahvasti. Epäonnistuneen saneerauksen jälkeiset tapahtumat on jätetty miltei kokonaan asianosaisten tahdon ja aktiivisuuden varaan.

Erityisesti on huomattava, että YSL:ssa ei ole säännöstä, jonka mukaan menettely lakkaa suoraan ohjelmaehdotuksen hylkäämisen seurauksena; ehdotuksen hylkäämistä ei ole säädetty menettelyn lakkaamisperusteeksi. Tämä ilmenee selvästi YSL 28.2 §:sta. Sen mukaan saneerausmenettelyn oikeusvaikutukset ovat voimassa ensinnäkin siihen saakka, kunnes saneerausohjelma vahvistetaan tai määrätään 77 §:n 3 momentin nojalla noudatettavaksi. Jos menettely sitä vastoin lakkaa ilman ohjelman vahvistamista, oikeusvaikutusten päättymiseen on kaksi vaihtoehtoista hetkeä: 1) tuomioistuimen päätös, jolla velallinen asetetaan konkurssiin tai 2) tuomioistuimen päätös saneerausmenettelyn lakkaamisesta. Ensin mainituissa tilanteissa rauhoitusajaka päättyy samalla, kun konkurssiinasettamispäätös annetaan. Erillistä päätöstä menettelyn lakkaamisesta ei siis vaadita. Sen sijaan 2)-kohdan tilanteissa rauhoitusajaka ei

¹²² Ohjelmaehdotuksen hylkäämisestä puhuu myös *Koulu* (Vahvistaminen s. 16).

¹²³ Näin siitä huolimatta, että Koulu tarkoittaa itseohjautuvuudella etupäässä saneerauksen sisältöä. Saneerauksen itseohjautuvuudesta ks. *Koulu* Aloittaminen s. 49–54, muiden maksukyvyttömyysmenettelyjen vastaavasta ominaisuudesta mts. 54–57.

pääty vielä äänestystuloksen toteamiseen, eikä edes tämän jälkeen annettavaan päätökseen, jolla ohjelmaehdotus hylätään. Rauhoitusajan päättymisen edellyttää, että tuomioistuin antaa *nimenomaisen päätöksen myös saneerausmenettelyn lakkaamisesta*.

Kirjallisuudessa Koulu on esillä olevaa problematiikkaa tarkastellessaan päätynt suosittelemaan tulkintaa, jonka mukaan tuomioistuimen päätös, jolla ohjelma jätetään vahvistamatta, välittömästi lakkauttaa saneerausmenettelyn oikeusvaikutuksineen.¹²⁴ Yllä esitetystä ilmenee, että tässä tutkimuksessa kantaaan ei yhdytä. Erillisen lakkaamispäätöksen vaatimus on kirjoitetussa laissa niin kiistaton, ettei siitä voida poiketa. On myös huomattava, että vaatimus ei välttämättä ole epätarkoituksenmukainen (mille ajatukselle Koulun kanta saattaa perustua). Toisin kuin ensi näkemältä voi olettaa, se saattaa toimia jopa menettelyllisenä joustona. Näin silloin, kun ohjelmaehdotuksen kannatus on jäänyt vain niukasti alle hyväksymisrajan. Tällöin tuomioistuimen tulisi voida asettaa asianosaisille lyhyt määräaika, jonka kuluessa osapuolet voivat neuvotella ohjelmaan muutoksia, joilla tarvittava lisäkannatus saavutetaan. Tämä tosin edellyttää uutta äänestysmenettelyä, mutta tästä aiheutuvat kustannukset tuskin yltyvät samalle tasolle kuin muutoin edessä olevan konkurssin epäkohdat taikka kustannukset, jotka aiheutuvat uudesta saneeraushakemuksesta.

Ohjelmaehdotuksen hylkääminen voidaan tilanteena pitkälti rinnastaa ehdotuksen puuttumiseen tai – ehkä vielä osuvammin – sen puutteellisuuteen. Samat peruskysymykset nousevat: mistä tilanne johtuu ja onko uusi ohjelmaehdotus mahdollinen tai järkevä? Ohjelmaehdotuksen puuttumisesta ja puutteellisuudesta säädetään YSL 73 §:ssä. Tältä osin lainsäätäjä ei luota markkinamekanismiin, kuten ehdotuksen tultua hylätyksi, vaan edellyttää sekä tilanteeseen johtaneiden *syiden* että menettelyn *jatkamisedellytysten selvittämistä* tuomioistuimen toimesta. Jos ohjelmaehdotusta ei ole lainkaan toimitettu, tuomioistuimen on varattava saneeraushakemuksen tekijälle tilaisuus tulla kuulluksi. Jos taas toimitettu ehdotus ei täytä edes muodollisia vaatimuksia, sama kuulemistilaisuus on varattava ehdotuksen jättäjälle. Jollei kuuleminen anna aihetta muuhun, tuomioistuimen on tehtävä päätös menettelyn lakkaamisesta. Kirjallisuudessa on täysin perustellusti kritisoitu 73 §:n sisältöä. Ensinnäkään se ei velvoita kuulemaan selvittäjää, joka on laiminlyönyt ohjelmaehdotuksen jättämisen, tärkeimmän tehtävänsä. Sama koskee velallista (vaikka käytännössä velallista kuullaan useimmiten hakijana, jos ehdotusta ei ole lainkaan toimitettu). Säännös ei vaadi myöskään merkittävimpien velkojien kuulemista.¹²⁵

Tässä tutkimuksessa katsotaankin, että vaikka ohjelmaehdotuksen hylkääminen (vahvistamatta jättäminen) voidaan periaatteessa rinnastaa ehdotuksen puutteellisuuteen, YSL 73 §:n soveltamista hylkäystilanteisiin tulee harkita

¹²⁴ Ks. *Koulu* Aloittaminen s. 317–318 ja *Vahvistaminen* s. 16.

¹²⁵ YSL 73 §:stä ks. *Liukkonen* DL 1994 s. 64 ja *Koulu* Aloittaminen s. 330–333.

tapauskohtaisesti. Ainakin niukan äänestystappion todettuaan tuomioistuin voinee tiedustella selvittäjältä, onko asiassa tarvetta ja halua lisäneuvotteluille. Myönteisessä tapauksessa tuomioistuin asettaa selvittäjälle määräajan, jonka kuluessa neuvottelut on käytävä ja muutokset toteutettava. Ehdotonta sääntöä siitä, toimitetaanko muutokset muodollisesti uutena ohjelmaehdotuksena vaiko vanhan muutoksina, ei liene tarpeen asettaa. Pääasia on, että määräajan kuluttua voidaan toimittaa uusi äänestys sellaisesta ehdotuksesta, joka täyttää lisäneuvotteluissa muotoutuneet kannat. Jos asiassa on jätetty useita ohjelmaehdotuksia, tuomioistuin voinee määräajan asettaessaan edellyttää, että lisäneuvottelut tuottavat *yhden* uuden äänestyskohteen. Kilpailevien ehdotusten saapuminen vielä lisämääräajan jälkeen olisi vahva indisio siitä, että velkojat eivät vieläään ole saavuttaneet riittävää yksimielisyyttä.

Lisämääräajan asettaminen pidentäisi rauhoitusaikaa vastaavalla ajalla. Jos taas selvittäjän vastaus tuomioistuimen tiedusteluun olisi, ettei lisäneuvotteluihin kannata ryhtyä, tuomioistuin voisi tehdä samalla kertaa päätöksen *sekä ohjelmaehdotuksen hylkäämisestä että menettelyn lakkaamisesta*.¹²⁶ Rauhoitusaika päättyy tämän päätöksen antamiseen. Samaan lopputulokseen päädyttäisiin, jos selvittäjä ei toimittaisi muutoksia määräajan kuluessa tai ilmoittaisi, ettei niitä tulla toimittamaan. Rauhoitusaika päättyisi tällöinkin tuomioistuimen päätökseen, jolla ohjelma jätetään vahvistamatta ja menettely määrätään lakkaamaan. Selostettu menettely on nähdäkseni kiistatta mahdollinen de lege lata. Voimassa olevasta oikeudesta ei ole löydettävissä perustetta, joka pakottaisi saneerausmenettelyn lakkaamaan ohjelmaehdotuksen jäätyä niukasti alle vähimmäiskannatuksen.¹²⁷

¹²⁶ Ohjelman hylkäämistä ja menettelyn lakkaamista koskevien päätösten yhdistäminen on käytännössä tavallista; todettuaan ohjelman jäävän vahvistamatta tuomioistuin määrää erikseen menettelyn lakkaamaan; ks. esim. Vantaan KäO 2/4 osasto 12.8.1994 (HS 93/24) ja Porin KäO 28.8.1997/3660 (96/3068).

¹²⁷ Tältä osin käsitykseni voimassa olevan oikeuden sisällöstä siis poikkeaa Koulun kannasta. YSL ei pakota pitämään yrityssaneerausta ”kertayritysmenettelynä”, jossa ohjelmaehdotuksen hylkääminen johtaa ehdottomasti menettelyn lakkaamiseen; vrt. *Koulu* Vahvistaminen s. 94. Kuitenkaan näkemyksemme siitä, mitä on pidettävä rationaalisena menettelynä, eivät ilmeisesti juuri poikkeaa toisistaan. Koulukin (Aloittaminen s. 318) nimittäin katsoo, että *säädettävässä laissa* tuomioistuimelle voitaisiin antaa mahdollisuus määrätä menettelyn jatkamisesta ohjelmaehdotuksen hylkäämisen jälkeen. Kokonaan toinen asia on, kuinka usein uudelle yritykselle on tosiasialliset edellytykset. Tässä tutkimuksessa pyritään kuitenkin osoittamaan vain, että *oikeudelliset* edellytykset ovat olemassa.

Ks. myös THO 19.1.1999/107 (S 98/873), jossa oli kysymys siitä, pitikö ohjelmaehdotuksen jättämiselle varattua määräaikaa pidentää YSL 72.2 §:ssa tarkoitetusta erityisestä syystä. Määräaikaa oli jo aiemmin pidennetty, ja velallisen kyky maksaa maksukiellon ulkopuolisia velkoja oli ilmeisesti kyseenalainen. Toisaalta asiassa oli esitetty myös ymmärrettäviä syitä ohjelmaehdotuksen viivästymiselle. Lisäaikaa ei enää myönnetty ja menettely määrättiin lakkaamaan. Syventymättä ratkaisuun enemmän mielenkiintoista todeta viskaalin ja erimielisen hovioikeuden neuvoksen yleisnäkemyksellä YSL 73 §:n tarkoituksesta: heidän mukaansa ”Lainkohdan sanamuodosta on pääteltävissä, että käräjäoikeuden tulee pyrkiä menettelyn jatkamiseen”. Näkemykseen on helppo yhtyä, vaikka tilanne tapauksessa oli hieman toinen kuin yllä tarkasteltu.

Jos tulkintasuosituksista ei kuitenkaan hyväksytty, mutta asianosaiset katsovat konkurssin olevan vältettävissä tietyillä ohjelmaehdotuksen muutoksilla, he voivat jättää uuden saneeraushakemuksen ja vaatia, että asiassa menetellään YSL 13 luvun mukaisen yksinkertaistetun saneerausmenettelyn mukaisesti.¹²⁸

Jos saneerausmenettelyä haluttaisiin todella tehostaa de lege ferenda, lakiin olisi syytä lisätä säännökset uuden (= uudelleen neuvotellun) saneerausohjelman nopeasta vahvistamisesta. Muutos kohdistuisi lähinnä nykyiseen YSL 92 §:ään. Tällöin aiemmassa menettelyssä niukasti hylätty ehdotus voitaisiin jättää tuomioistuimelle ns. nopeaa vahvistamista varten *muutoinkin kuin kaikkien velkojien suostumuksin*. Eräs mahdollisuus olisi, että nopea vahvistaminen voitaisiin toimittaa, jos äänestysvoittoon tavallisessa menettelyssä tarvittava määrä velkojia ilmoittaa etukäteen kirjallisesti hyväksyvänsä uuden ohjelmaehdotuksen.

Kuten on käynyt ilmi, YSL 28.2 § tuntee jo de lege lata mahdollisuuden, että saneerausmenettelyn lakkaamispäätöksen tehnyt tuomioistuin erityisestä syystä määrää menettelyn oikeusvaikutukset jatkumaan, kunnes lakkaamispäätös saa lainvoiman tai muutoksenhakutuomioistuin toisin määrää. Tällainen määräys merkitsee luonnollisesti myös rauhoitusajan jatkumista. Erityisenä syynä voitaisiin periaatteessa pitää sitä, että ohjelmaehdotus näyttäisi tulevan tietyillä muutoksilla hyväksytyksi uudessa äänestyksessä. Tilanne eroaa yllä suositellusta menettelystä kuitenkin siinä, että *saneerausmenettelyn vireilläolo kärjää-oikeudessa lakkaa*. Uuteen äänestykseen päästään näin ainoastaan sitä kautta, että lakkaamispäätöksestä valitetaan ja hovioikeus palauttaa asian kärjääoikeuteen. Mahdollisuus pidentää saneerausmenettelyn oikeusvaikutusten voimassaoloaikaa YSL 28.2 §:n nojalla ei siten toteuta juuri esitettyä ajatusta uuden ohjelman nopeasta vahvistamisesta, vaan tämä edellyttäisi yllä hahmoteltua muutosta YSL 92 §:ään.

¹²⁸ Uusi saneeraushakemus joutuu todennäköisesti kilpailemaan ohjelmaa vastustaneiden velkojien tekemän konkurssihakemuksen kanssa. Saneeraushakemus saa tässäkin tapauksessa etusijan suhteessa samanaikaiseen konkurssihakemukseen, tehtiinpä se ennen konkurssihakemuksen viireilletuloa tai vireilletulon jälkeen (YSL 24.1 §). Uusi saneeraushakemus on kuitenkin tutkimatta jättämisen uhalla ehdittävä tekemään ennen konkurssin alkamista.

4 Määräysvallan järjestely rauhoitusaikana

4.1 MÄÄRÄYSVALLAN SIIRTYMISEN JA PYSYVYYDEN PERIAATTEET

4.1.1 Periaatteiden kuvaus ja merkitys

Kaikki pakkotäytäntön muodot rajoittavat velvoitetun osapuolen oikeuksia. Rahavelvoitteiden pakkototeutuksessa velalliselta poistetaan sekä oikeudelliset että tosiasialliset mahdollisuudet määrällä niistä varallisuusobjekteista, joihin täytäntöönpano on tarkoitus kohdistaa. Tähän voidaan tarvittaessa käyttää myös fyysistä pakkoa. Perinteisessä likvidaatiokurssissa juuri omistajan määräysvallan riistäminen merkitseekin ehkä syvällisintä puuttumista velallisen oikeusasemaan.¹ Myös useat vakiintuneeseen ajatteluamme kuuluvat käsitteet, kuten kurssipesä, pesänhoitaja ja etenkin kurssipesään kuuluva omaisuus, perustuvat olennaisesti määräysvallan siirtymiselle. Likvidaatioprosessin tyypillisiin piirteisiin kuuluu edelleen, että velallinen menettää määräysvaltansa heti ja totaalisesti; harkintavaltaa ei yksittäistapauksessa ole. Kaikki tämä antaa aiheen puhua *määräysvallan siirtymisen periaatteesta*.²

Modernin rehabilitaatioajattelun keskeisimpiä piirteitä on, että määräysvallan siirtymisen rinnalle tulee kilpaileva periaate. Kun täytäntöönpanointressin toteuttamiseen on tarkoitus käyttää yrityksen tulevaa ansaintakykyä, vanhaa periaatetta välittömästä ja totaalisesta määräysvallan siirtymisestä on välttämättä muokattava; liiketoiminnan häiriötön jatkuminen ei ole mahdollista, jos velallinen menettää heti ja kokonaan itsenäisen oikeutensa määrätä varallisuudestaan. Lähtökohdan on oltava pikemminkin päinvastainen: rehabilitaatioprosessin alkaessa velallisen on olennaisilta osin säilytettävä varallisuuttaan

¹ Welamsonin (Konkursrätt s. 129) mukaan määräysvallan siirtyminen on ”utan jämförelse viktigaste rättsföljd som konkursbeslutet har för gäldenärens del – –”. Munch-Petersen (s. 79) mainitsee kurssin päävaikutuksista (”Hovedvirkninger”) ensimmäisenä juuri määräysvallan siirtymisen. Ks. edelleen Pape – Uhlenbruck s. 419 (”Wichtigste Konsequenz der Eröffnung des Insolvenzverfahrens – –”) ja Warren – Westbrook s. 501, joiden mukaan juuri velallisen määräysvallan vahvistaminen vuoden 1978 uudistuksella oli merkittävin yksittäinen syy saneerausmenetelyjen lisääntymiseen 1980-luvulla. – Velallisvarallisuuteen kohdistuva disponointivalta on keskeinen nimenomaan oikeushenkilön kurssissa. Luonnollisen henkilön suojaksi säädetty beneficiumnormistohan ei koske yritysvelallisia. Toki myös kurssin henkilökohtaiset oikeusvaikutukset voivat olla varsin syvälle käyviä, mutta tämän tutkimuksen aiheen kannalta selvästi marginaalisempia. Kurssin henkilökohtaisista oikeusvaikutuksista ks. Havansi Insolvenssioikeus s. 159–160.

² Jo Munch-Petersen (s. 82) käytti termiä ”Uuraadighedsprincippet”.

koskeva määräysvalta.³ Määräysvallan tarkempaa jakautumista voidaan kyllä tarvittaessa stilisoida menettelyn myöhemmässä vaiheessa, nimenomaan yksittäistapauksen erityistarpeet huomioiden. YSL, kuten esikuvansa BC 11 luku, rakentuu juuri näille perusteille. Tässä tutkimuksessa katsotaankin, että rehabilitaatioparadigman keskeinen elementti on *määräysvallan pysyvyyden periaate*. Sen ydinsisältönä on, että velallinen säilyttää määräysvaltansa, jollei erityisestä perusteesta – yleensä nimenomaisesta poikkeussäännöksestä – muuta johdu.

Määräysvallan pysyvyyden täsmällisempi laajuus rehabilitaatiomenettelyssä on tärkeä ja vaikea oikeuspoliittinen valinta. Samalla se voi olla myös hankala laintulkintaongelma; oikeuspoliittisen valinnan vaikeus pakottaa muotoilemaan määräysvaltaa koskevat säännökset ainakin joltain osin yleisluontoisiksi, tapauskohtaista harkintaa edellyttäviksi. Täysin yksiselitteistä normia saneerausvelallisen määräysvallan laajuudesta ei ole mahdollista kirjoittaa, jos määräysvaltaa ylipäänsä katsotaan tarpeelliseksi rajoittaa (ts. sitä ei jätetä aivan koskemattomaksi). Juuri muodostettujen periaatteiden keskeisin merkitys on siinä, että niitä voidaan käyttää laintulkinnan suuntaviivoina. Periaatteisiin on mahdollista turvautua, kun lainsäätäjän valinta määräysvallan järjestelyn osalta on epäselvä. Kun tässä tutkimuksessa katsotaan likvidaatio-oikeuden perustuvan määräysvallan siirtymisen periaatteelle, ja rehabilitaatio-oikeuden vastaavasti perustuvan määräysvallan pysyvyyden periaatteelle, tarkoitus on, että määräysvallan siirtymisellä on *lähtökohtainen tulkintaetusija* likvidaatio-oikeudessa, sen pysyvyydellä taas vastaava lähtökohtainen etusija rehabilitaatio-oikeudessa.

Tässä tutkimuksessa puhutaan pitkälti synonyymeinä velallisen omaisuutta ja liiketoimintaa koskevasta määräysvallasta. Näin siitä huolimatta, että ne ovat periaatteessa erotettavissa toisistaan (ja YSL 29.1 §:ssakin ne mainitaan erikseen). On kuitenkin kiistatonta, että omaisuutta ja liiketoimintaa koskeva määräysvalta ovat suurelta osin päällekkäisiä. Tässä tutkimuksessa lähdetäänkin siitä, että määräysvalta liiketoimintaan edellyttää lähtökohtaisesti myös omaisuuden vallintaa.

Määräysvallan synonyyminä käytetään puolestaan sekä vallintavaltaa että disponointivaltaa, joskus myös (disponointi)kompetenssia. Määräysvallan rajoituksista käytetään vastaavasti termejä vallinnan- tai vallintarajoitus, disponointirajoitus ja kompetenssinrajoitus. Terminologian vaihtelevuus ei liity mitenkään kulloinkin käsiteltävään aiheeseen, vaan kyseessä on puhtaasti kirjoitettavuuden ja luettavuuden edistämiseen tähtäävä toiston välttäminen.

³ Tämä ei todellakaan ole mikään uusi havainto: ”Det er klart, at Stillingen overfor Uraadighedsprincippet maa være en ganske anden ved *Tvangsakkord til Afværgelse af Konkurs* end ved Konkurs – – Da Formaålet med Proceduren overalt i første Række er at søge en Sanering gennemført, saaledes at Debtors eventuelle Forretningsvirksomhed kan fortsættes uden nogen Afbrydelse, er det overalt anerkendt, at *Debitor* i Princippet *bevarer Raadigheden* over sin Formue.” *Munch-Petersen* s. 84 (kurs. alkup., kappalejako poistettu). Ks. myös *Brækhus Omsetning og kreditt* 1 s. 151–152.

On selvää, että enimmäkseen tulkintaongelmat määräysvallan laajuudesta koskevat saneerauslainsäädäntöä, kuten rehabilitaatioparadigmaa yleensäkin. Määräysvallan pysyvyyden periaate kuvaa vain saneerauslainsäätäjän *perusvalintaa*. On nimittäin kiistatonta, että velkojilla on hyväksyttävä intressi saada itselleen jonkinlainen kontrollointi- ja puuttumismahdollisuus velallisen liiketoimintaan nähden. Moderni saneerausmenettelykään ei voi sallia velallisen tekemän menettelyn suojissa mitä tahansa.⁴ Sen sijaan perinteisessä konkurssissa ei tällaisia ongelmia juuri ole, koska velallinen menettää disponointikompetenssinsa heti ja totaalisesti. Saneeraus oikeus tuokin mukanaan problematiikan, jonka kohteena on *velallisen määräysvallan rajojen määrittäminen*.

Yllä todetun perusteella voidaan todeta, että määräysvallan siirtymisen ja pysyvyyden periaatteet asettavat laintulkinnalle seuraavat lähtökohdat:

- jos tarkasteltava järjestelmä perustuu määräysvallan siirtymisen periaatteelle, tulkintatilanteessa velallisella ei lähtökohtaisesti ole määräysvaltaa;
- jos tarkasteltava järjestelmä perustuu määräysvallan pysyvyyden periaatteelle, tulkintatilanteessa velallisella lähtökohtaisesti on määräysvalta.

Varsinkin rehabilitaatio-oikeudessa on korostettava, että määräysvallan pysyvyys on todellakin vain tulkinnan *lähtökohta*. Se ei – kiistattomuudesta ja periaatteellisesta painoarvostaan huolimatta – saa sitoa tulkinnan lopputulosta niin tiukasti, että oikeat ratkaisut yksittäistapauksissa estyvät. Lähtökohdasta poikkeaminen on kuitenkin voitava perustella argumenteilla, joiden painoarvo syrjäyttää ensisijaisen periaatteen. Merkittävin poikkeuksia vaativa peruste on täytäntöönpanointressin vastavuoroinen huomiointi. Joidenkin tärkeiden oikeustoimien osalta velkojien oikeudet saattavat edellyttää, että velallisen määräysvaltaan puututaan tai ainakin voidaan yksittäistapauksessa puuttua varsin syvällisesti. Määräysvallan huomattavampi siirtäminen ulkopuoliseen kontrolliin voi olla tarpeen myös siksi, että yrityksen suuri koko ja laaja-alainen toiminta tekevät yritysjohdolle vaikeaksi kontrolloida määräysvallan käyttöä tilanteen vaatimin tavoin.

Siirtymisen ja pysyvyyden periaatteiden välistä vastakkainasettelua voidaan lieventää muutoinkin kuin joustavin määräysvaltanormein. Keskeisin tällainen keino on laissa säädetty mahdollisuus määrätä saneerausyritykseen ulkopuolinen valvoja, jolla ei ole aktiivista disponointivaltaa, vaan kontrolloiva rooli, johon saattaa kuulua esimerkiksi lupaharkintaa velallisen oikeustoimiin näh-

⁴ Tämäkään ei ole ”uuden” insolvenssioikeudellisen ajattelun tuote, vaan todettiin pohjoismaisessa akorditutkimuksessa jo kauan sitten; ks. *Munch-Petersen* s. 84, jonka mukaan akordivelallisenkin on velkojien intressissä (”Af Hensyn til Kreditorernes Interesser”) alistuttava tiettyihin määräysvaltansa rajoituksiin (”visse Begrænsninger i hans Raadighed”).

den. Tällainen valvoja (tarkastaja, tms.) toisin sanoen *kontrolloi velallisen määräysvallan käyttöä*, mahdollisesti raportoiden tilanteesta velkojatoimikunnalle tai muulle velkojia edustavalle taholle. Hänelle ehkä uskottua lupakontrollia voidaan kutsua passiiviseksi disponointivallaksi liiketoiminnan aktiivisen johtamisvallan pysyessä entisillä haltijoillaan. Keskeinen seuraus tästä on, että valvoja ei yleensä voi oma-aloitteisesti sitoa velallista uusiin velvoitteisiin; hänen vaikutusvaltansa rajoittuu velallisen itse tekemien tai suunnittelemien sitoumusten kontrollointiin. Kuten jäljempänä havaitaan, YSL:n mukaisen selvittäjän asema on pitkälti juuri tällainen.⁵ Hänen tosiasiallinen vaikutusvaltansa yrityksen liiketoimintaan lieenee kuitenkin yleensä selvästi suurempi, sillä selvittäjällä on sekä lain mukaan että käytännössä päävastuu saneerausohjelmaehdotuksen aikaansaannista.

Määräysvallan pysyvyyden periaatteella on vielä se keskeinen vaikutus, että velallisen varallisuuteen kohdistuvien oikeustoimien *ei tarvitse olla velkojia sitovia* vielä saneerausmenettelyn alkaessa. Disponointivaltansa perusteella ja sen asettamissa rajoissa velallinen voi menettelyn alettuaikin täyttää vaihdantasuojan edellyttämän toimenpiteen, julkivarmistuksen. Tämä koskee kaikkia oikeustoimia, joiden tekemistä saneerauslaki ei kiellä eikä kytkä selvittäjän lupaan. Tällaiset oikeustoimet voidaan saada vaikutuksettomiksi vain takaisinsaannilla. Kuten YSL 3.1 §:n 6 kohdasta ilmenee, vakuusdisponointien on kuitenkin oltava muita velkojia sitovia jo menettelyn alkaessa. Sama koskee velan maksua; saneerausvelkoja ovat velat, joita ei menettelyn alkaessa ole maksettu muita velkojia sitovasti.

4.1.2 Debtor in possession Yhdysvaltain oikeudessa

4.1.2.1 Periaatteen asema ja oikeuspoliittiset perusteet

Määräysvallan pysyvyyden periaatteella on erittäin vahva asema Yhdysvaltain oikeudessa. Se kuuluu koko saneerausjärjestelmän ydinajatuksiin. Periaatteen keskeisin oikeuspoliittinen perustelu on, että juuri velallisella – velallisyriityksen omistajilla ja johdolla – on omakohtainen ja samalla voimakkain intressi saneerauksen onnistumiseen. Ja vaikka yrityksen elvytystavoitteeseen olisi sitoutunut merkittäviäkin velkojia, vain velallisella itsellään katsotaan olevan paras asiantuntemus saneerattavasta liiketoiminnasta. Nämä argumentit yhdis-

⁵ Selvästi tällainen asema on saksalaisella valvojalla (Sachvalter) InsO:n mukaisessa velallishallinnossa (Eigenverwaltung); ks. *Pape – Uhlenbruck* s. 614. Sama koskee tanskalaisen maksunlakkautuksen valvojaa, ks. *Munch* s. 144. Ks. myös *Ulrich UfR* 1983 B s. 67, jonka mukaan valvoja ei voi tehokkaasti (so. massavelkavastuun perustavalla tavalla) hyväksyä oikeustoimia, jotka on tehty ennen valvojan määräämistä tehtävänsä.

tyvät loogiseksi väitteeksi, jonka mukaan velallisen määräysvallan riistämisenellä *menetettäisiin sekä voimakkain saneerausintressi että paras asiantuntemus*.⁶

Velallisen asema voidaan helposti pukea myös *kustannus- ja tehokkuuskysymykseksi*. Ulkopuoliselta selvittäjältä kuluu aikaa ja siten myös rahaa hänen ottaessaan kriisissä olevan liiketoiminnan 'haltuunsa' ja selvittäessään yrityksen historiaa.⁷ Selvittäjän tehtävä edellyttää sekä yrityksen faktis-fyysisten toimintojen riittävää kontrollointia että yrityksen liikeidean ja sen toteuttamiseen tähtäävän strategian sisäistämistä. Luonnollisesti ulkopuoliselta selvittäjältä edellytetään samalla myös haltuun ottamisessaan alueissa (faktisissa toiminoissa, perusideassa ja strategiassa) piilevien ongelmien yksilöintiä sekä toteutumiskelpoisten ratkaisujen etsimistä. Sanomattakin on selvää, että tehtävä on vaikea, eikä määräysvallan pysyvyyden preferointi vaikuta tätä taustaa vasten mitenkään oudolta ratkaisulta.

Amerikkalaisessa insolvenssiterminologiassa ei ole suoraa kielellistä vastinetta määräysvallan pysyvyyden periaatteelle. Käsite on laajempi; puhutaan velallisen "aseman" säilymisestä. Tätä kuvataan termillä *debtor in possession*, josta kirjallisuudessa käytetään usein lyhennettä DIP.⁸ BC 11 luvun mukaisessa saneerauksessa velallisen aseman säilyminen on erittäin vahva pääsääntö. Tämän tutkimuksen terminologiaa käyttäen: yhdysvaltalainen saneeraus *perustuu määräysvallan pysyvyyden periaatteelle* (sikälaiselle terminologialle muunneltuna: DIP-periaatteelle). Velallinen menettää määräysvaltansa vain poikkeuksellisesti, laissa säädetyn erityisen perusteen täytyessä.⁹ Tällaisina perusteina

⁶ Ks. *Warren – Westbrook* s. 546: "Even in bankruptcy, it is the current operator of the business who is most likely to know how to run it and who usually has the greatest incentive to succeed." Tämä oli eräs painavimmista perusteista, joilla kritisoitiin BC 11 luvun edeltäjiä, Chandler Act X ja XI lukuja. Sen lisäksi, että Chandler Act X luvun mukaisessa menettelyssä määrättiin aina ulkopuolinen selvittäjä, menettely oli pääomamarkkinoita valvovan viranomaisen, Securities and Exchange Commissionin (SEC) valvonnan alainen. Chandler Act XI luku, joka oli tarkoitettu pienille ja keskisuurille, julkisesti noteeraamattomille yrityksille, oli yritysjohdolle houkuttelevampi, koska se perustui määräysvallan pysyvyydelle eikä alistanut johdon toimintaa SEC:n kontrolliin. Velallisen pyrkiessä XI luvun mukaiseen saneeraukseen SEC:llä oli kuitenkin valta saattaa tuomioistuimen ratkaistavaksi, olisiko X luvun mukainen menettely kyseiselle yritykselle oikeampi. Halu päästä eroon tämän riitelyn aiheuttamista viivytyksistä oli myös eräs peruste yhdistää Chandler Act X ja XI luvut nykyiseksi BC 11 luvuksi. Ks. *Bradley – Rosenzweig* Yale L.J. 1992 s. 1044, *LoPucki – Whitford* U. Pa. L. Rev. 1993 s. 674–675 ja *Warren – Westbrook* s. 500–501.

⁷ Ks. *Cowans* s. 145, joka toteaa, että vuoden 1978 uudistuksen valmistelussa etenkin SEC vaati lakiin säännöstä automaattisesta selvittäjämääräyksestä myös saneerausmenettelyssä, jotta hake-musta mahdollisesti edeltäneet väärinkäytökset tutkittaisiin aina ulkopuolisen toimesta. Kongressi ei kuitenkaan suostunut tähän, koska automaattisen selvittäjämääräyksen katsottiin aiheuttavan enemmän kustannuksia kuin etuja niissä tapauksissa, joissa ei ollut syytä epäillä velallisen menetelleen moitittavasti.

⁸ Ks. esim. *Warren – Westbrook* s. 507 ja *Tabb* The Law of Bankruptcy s. 770.

⁹ Ks. *Warren – Bussell* s. 596.

(”cause”) luetellaan BC 1104(a)(1) §:ssä ”fraud, dishonesty, incompetence or gross mismanagement of the affairs of the debtor by current management – – or similar cause”. Kuten havaitaan, määräysvallan menettämisen perusteen on osoitettava velallisen *epäluotettavuutta*. Itse asiassa perusteet ovat sellaisia, että niiden täytyminen kyseenalaistaa koko saneerauksen mielekkyyden.

Kirjoitetun lain mukaan määräysvalta voidaan kuitenkin riistää velalliselta myös, vaikkei epäluotettavuuskriteeri täyttyisikään. BC 1104(a)(2) §:n mukaan tämä on mahdollista ”in the interests of creditors, any equity security holders, and other interests of the estate”. Kirjallisuudessa juuri siteeratun säännöksen sisältöä on pidetty epäselvänä, ja käytännössä ehdottomasti suurin osa BC 11 luvun mukaisista saneerauksista viedäänkin läpi velallisen määräysvallassa.¹⁰ Kuilu velkojaintressejä nimenomaisesti suojaavan säännöksen ja saneerauskäytännön välillä ilmentää hyvin DIP-periaatteen voimaa amerikkalaisessa saneerausajattelussa. Vaikka määräysvallan riistäminen olisikin yksittäistapauksessa kirjoitetun lain mukaan mahdollista, *DIP-periaatteen painoarvo* sivuuttaa usein kirjoitetun lain soveltamisedellytykset. Muulla tavoin on vaikea selittää sitä empiirisestikin todettua seikkaa, että velkojen tosiasialliset vaikutusmahdollisuudet amerikkalaisen saneerausvelallisen itsenäiseen toimintaan ovat hyvin heikot. Tämähän ilmeni jo LoPuckin kaksiosaisessa, American Bankruptcy Law Journalissa vuonna 1983 julkaistussa tutkimuksessa.¹¹ Kymmenen vuotta myöhemmässä, julkisesti noteerattuja suuryrityksiä koskeneessa tutkimuksessaan LoPucki ja Whitford vahvistivat saman seikan toteamalla, että vaikka kirjoitettu laki jättääkin saneeraustuomioistuimille laajan harkintavallan ulkopuolisen selvittäjän määräämisessä, käytännössä selvittäjä määräys mielletään poikkeukselliseksi keinoksi, jota on sovellettava pidättyen.¹²

4.1.2.2 Velallisen aseman jäsentäminen ’muuttumisfiktion’ avulla

Vaikka velallinen säilyttääkin asemansa BC 11 luvun mukaisessa menettelyssä, menettelyn alkaminen aiheuttaa silti huomattavia muutoksia yrityksen normaalitytilaan. Ensinnäkin myös saneerauksessa syntyy ”bankruptcy estate”; yrityksen oikeudet ja velvollisuudet irtautuvat *erilliseksi varallisuusyksiköksi*, kuten meillä likvidaatiokonkurssissa.¹³ Tämän lisäksi syntyy myös uusi oikeudellinen

¹⁰ Ibid. Ks. myös *Baird Elements* s. 182 .

¹¹ Ks. edellä 3.4.2.

¹² *LoPucki – Whitford* U. Pa. L. Rev. 1993 s. 699, viittaukset poistettu: ”Although the Code appears to vest considerable discretion in the court to appoint trustees, in practice the appointment of a trustee is regarded by the bankruptcy courts as an extraordinary remedy to be employed reluctantly”.

¹³ *Warren – Westbrook* s. 178: pesä syntyy ”at the moment a bankruptcy petition is filed (voluntary or involuntary) – – by operation of law, just as if a new corporation had been established – –”.

toimija. Saneeraushakemuksen jättäessään yrityksen nimittään katsotaan *muutuvan uudeksi subjektiksi*, saneerausvelalliseksi (debtor in possession).¹⁴ Muuttumisfiktio ei ole pelkkä sanaleikki, vaan sillä on erittäin merkittävä asema insolvenssioikeudellisessa ajattelussa. Eräitä huomattaviakin saneerausmenettelyn oikeusvaikutuksia johdetaan juuri muuttumisfiktioista; näistä keskeisimpiä on velallisen oikeus vaatia omia oikeustoimiaan peräytymään takaisinsaanilla. Seuraava lainaus puhunee puolestaan:

”In the context of Chapter 11 and the avoiding powers, it is important to keep in mind the difference between the pre-bankruptcy ‘debtor’ and the ‘Debtor in Possession’ after the bankruptcy petition is filed. No matter how similar they may seem, the DIP is not the old debtor who filed Chapter 11. The DIP is trying to save the business as a going concern *on behalf of all the creditors*, as well as other constituencies such as employees, stockholders, and the community. When the DIP takes over the operation of the newly created business/estate, the rights of the DIP are not just the rights of the old debtor, but also the collective rights of the creditors to preserve the business’s assets. Thus the DIP may avoid transactions that the old debtor would never have been allowed to challenge.”¹⁵

DIP-periaatteen keskeisiin elementteihin kuuluu edelleen, että saneerausmenettelyn alkaessa velallisen katsotaan siirtyvän sekä *”pesän” edustajaksi* (representative of the estate) että *kuvitteellisen selvittäjän* (trustee) *sijaiseksi*. Saneerausvelallisena toimiessaan yrityksellä on siten samat oikeudet ja velvollisuudet kuin selvittäjällä olisi, jos tällainen olisi määrätty.¹⁶

Juuri todettujen fiktioiden mielekkyydestä voidaan luonnollisesti olla monia mieltä. Pohjoismaisen koulutuksen saaneelle juristille ne vaikuttavat jossain määrin tarpeettomilta konstruktioilta, joilla on lähinnä ajattelua ja kerrontaa elävöittävä merkitys. Olemus-, edustus- ym. konstruktioita tärkeämpää on tietenkin, *mitä oikeuksia ja velvollisuuksia* määräysvaltansa säilyttävällä saneerausvelallisella on, ja *keiden hyväksi* velallisen odotetaan käyttävän laissa turvattua asemaansa. Tämän problematiikan jäsentämiseen on nähdäkseni käytettävissä huomattavasti luontevampiakin teoreettisia rakennepuita kuin juuri todetut ’legaaliset fiktiot’.

Silloin, kun velallisyriksen johto ja omistus ovat riittävästi eriytyneet toisistaan, soveltuvan viitekehyksen tarjoaa yrityksen jäsentäminen päämies-

¹⁴ Keating Vand. L. Rev. 1991 s. 80 alav. 51: ”an identity that is technically distinct from the prepetition entity.”

¹⁵ Warren – Westbrook s. 589 (kurs. alkup.). Ks. myös mts. 507, jossa yrityksen muuttumista saneerausvelalliseksi kuvataan miltei kaunokirjalliseen tyyliin. Muuttumisfiktioon kytkeytyvistä oikeusvaikutuksista ks. myös Cowans s. 135-136, lennokkaista ilmauksista edelleen *Tabb* The Law of Bankruptcy s. 770: saneerausvelallinen on ”hybrid creature”, jolla on ”Two Hats: Debtor and Debtor in Possession”.

¹⁶ Ks. *Baird* Elements s. 10 ja *Warren – Bussel* s. 594–595.

agenttisuhteen avulla. Liiketoiminnan normaalitilassa yrityksen olemassaolon tarkoitus on tietenkin voiton tuottaminen yrityksen omistajille. Tarkoituksen toteutumiseen pyritään siten, että omistajat uskovat varojaan yritysjohdon käsiin ja johdon tehtävänä on hoitaa yritykseen sijoitettua varallisuutta juuri omistajien intressien mukaisesti. Näin syntyvä suhde päämiesten (omistajat) ja agenttien (yritysjohdo) välillä on, kuten tunnettua, modernin yrityksen teorian kulmakiviä.¹⁷ Sitä voidaan nähdäkseni hyödyntää myös amerikkalaisen, varsin itsenäisesti toimivan saneerausyrityksen johdon velvoitteiden teoreettisessa jäsentämisessä, jolloin esimerkiksi selvittäjäfiktion merkitys vähenee entisestään. Saneerausmenettelyn aiheuttama muutos velallisen asemaan voidaan nimittäin nähdä *muutoksena päämies-agenttisuhteen päämiespuolella*: päämiehiksi tulevatkin *velkojat*. Tämä vaikuttaa luonnollisesti myös siihen, keiden hyväksi yritysjohdon tulisi toimia ja mieltää toimivansa.

Yrityksen insolvenssioikeuden teoriassa todetaankin usein, että maksukyvyttömyyden uhatessa tai viimeistään sen toteuduttua yritysjohdon on siirryttävä normaalista *omistajien intressien ajamisesta kohti velkojien intressejä*.¹⁸ Yleiseen yrityksen teoriaan sijoitettuna asia voidaan nähdäkseni ilmaista niin, että johdon agenttiasemaan perustuva lojaliteettivelvoite kohdentuu uudelleen. Sitä, kuinka jyrkkä tämän uudelleenkohdentumisen tulisi olla ja mitä konkreettisia oikeusvaikutuksia siitä seuraa, on vaikea määritellä yleisellä tasolla. Yhdysvaltain oikeudessa maksukyvyttömän yrityksen velkojilla on mm. katsottu olevan oikeus nostaa kanne yrityksen johtoa vastaan juuri sillä perusteella, että johto on rikkonut lojaliteettivelvoitteitaan ('agenttivelvoitteitaan'), jotka insolvenssin johdosta siis kohdistuvat nimenomaan velkojiin.¹⁹ On katsottu jopa, että rauhoitusajan johdosta lojaliteettivelvoitteen olisi suuntauduttava pelkästään velkojiin. Näin siksi, että rauhoitusaika rajoittaa juuri velkojien oikeuksia, jotka samalla kuitenkin kantavat suurimman riskin saneerauksen epäonnistumisesta. Velkojilla on saneerauksen epäonnistuessa eniten menetettävää. Omistajilla taas on vähiten menetettävää, sillä heidän riskinsä on maksukyvyttömyystilanteessa (pääosin) jo toteutunut.²⁰

Yritysjohdon agenttivelvoitteiden tarkempaa kohdentumista ei liene tarpeen ratkaista ehdottomalla yleisen tason kannanotolla. Riittävää – ja ehkä täsmällisempääkin – on todeta, että yrityksen maksukyvyyn heikkenemisen tulee *jollain tavoin vaikuttaa* siihen, keihin (keiden intresseihin) yritysjohdo mieltää lojaliteettivelvoitteensa kohdistuvan. Konkreettisessa määräysvallan käytössä tämä puolestaan tarkoittaa, että vaikka materiaallinen määräysvalta säilyy saneerausyrityksen omissa käsissä, tuota valtaa on *käytettävä toisin*

¹⁷ Omistajien ja yritysjohdon välisestä suhteesta yleisessä yrityksen teoriassa ks. *Timonen* s. 143–144 ja 162–169 (erit. Suomen oikeuden osalta s. 167).

¹⁸ Ei ole yllättävää, että tilanne selitetään tällä tavoin etenkin taloudellissrationaalisen ajattelun piirissä; ks. *Baird* J. Leg. Stud. 1991 s. 12, erit. alav. 18, *sama* Elements s. 182. Toisaalta samansuuntaista argumentointia esiintyy myös kirjoittajilla, joita ei voida pitää 'jacksonismin' edustajina; ks. *Keating* Vand. L. Rev. 1991 s. 89 ja *LoPucki* Strategies for creditors s. 135–136.

¹⁹ Ks. *LoPucki* – *Whitford* U. Pa. L. Rev. 1993 s. 707–708.

²⁰ Ibid. Ks. myös mas. 768–769, jossa tosin sanoudutaan irti pelkästään velkojien intressejä palvelevasta lojaliteettivelvoitteesta.

kuin normaaliaikojen liikkeenjohdossa. Ja jos saneerausmenettely nähdään – kuten tässä tutkimuksessa – arvorelatiivisen teorian mukaisesti kaikkien relevanttien osapuolten yhteisenä hankkeena, yritysjohdon olisikin toimittava *sekä* yrityksen palauttamiseksi omistajiaan hyödyttäväksi sijoitukseksi *että* velkojien täytöntöönpanointressin tyydyttämiseksi.²¹ Päämies-agenttiteorian termein: päämiesasemassa ovat sekä omistajat että velkojat, painopisteen sijaitessa mieluummin jälkimmäisten puolella.

Jos saneerausmenettelyn aiheuttamaa uutta asetelmaa liikkeenjohdossa halutaan jäsentää vielä pidemmälle yrityksen teorian viitekehyksessä, voidaan nähdäkseni todeta seuraavaa. Kun yrityksen teorian mukaan omistajien ja johdon intressit ovat normaalioloissa keskinäisessä ristiriidassa,²² insolvenssikonteksti – jollei poista, niin ainakin – *lieventää* tätä jännitettä. Hieman kärjistäen: johto ja omistajat saattavat ”löytää toisensa” velkojien aiheuttamassa paineessa. Heillä on luultavasti enemmän yhteisiä intressejä *keskenään* kuin suhteessaan velkojiin. Samalla voivat lieventyä myös omistajakunnan sisäiset konfliktit, jotka yrityksen normaalioloja koskevassa teoriassa on niin ikään otettava huomioon.²³

Juuri kuvailtu ajattelutapa – kuten yrityksen toimintaa selittävä päämies-agenttiteoria yleensäkin – perustuu oletukselle, että velallisyriksen johto ja omistus ovat riittävästi eriytyneet toisistaan. Pienten ja keskisuurten yritysten insolvenssiteoriaan sillä ei siis ole paljonkaan annettavaa, sillä johto ja omistus ovat tällä sektorilla yleensä samoissa käsissä. Jos amerikkalaisilla muuntumisfiktioilla on pohjoismaisessa oikeusajattelussa ylipäänsä jokin relevantti soveltamisalue, se voi olla enintään juuri pk-sektori.

4.1.2.3 Tarkastajamääräys DIP-periaatteen ja määräysvallan siirtymisen välimuotona

Saneerausvelallisen asemaa koskeva ajattelu oli Yhdysvalloissa pitkään varsin polarisoitunut. Velallinen joko säilytti määräysvaltansa tai menetti sen selvittäjälle.²⁴ Viime aikoina yhdysvaltalaistuomioistuimissa on kuitenkin alettu enenevässä määrin soveltaa myös BC 11 luvun tarjoamaa *wälimuotoa*. Velallisyri-tykseen nimittäin voidaan määrätä ”tarkastaja” (examiner, BC 1104(c) §), joka ei riistä määräysvaltaa yritysjohdolta.²⁵ Tarkastajainstituution funktiona on tar-

²¹ Myös *LoPucki* ja *Whitford* (U. Pa. L. Rev. 1993 s. 709) päätyvät katsomaan, että ”the better view is that management ‘owes’ fiduciary duties to both the creditors and the shareholders of an insolvent company – –”.

²² Johdon ja omistajien välisestä intressiristiriidasta yrityksen teoriassa ks. *Timonen* s. 162–163.

²³ Omistajien välisistä eturistiriidoista ja niiden aiheuttamista vaatimuksista lainsäätäjälle ks. *Timonen* s. 168.

²⁴ Ks. *Warren – Westbrook* s. 538–544 ja siinä selostettu ratkaisu *In re Sharon Steel Corp.* 871 F.2d 1217 (3d Cir. 1989).

²⁵ Ks. *Cowans* s. 151, jonka mukaan tarkastajamääräys on ”something of a partial answer to the question of whether to leave the debtor alone or replace him or her with someone else.” Ks. myös *Warren – Bussel* s. 596–597 (”a middle ground between ousting the debtor by appointment of a trustee and leaving the debtor in possession – –”).

jota velkojille mahdollisuus tutkia velallisen menneisyyttä – esimerkiksi takaisin-
saantiperusteita ja muita velkojille tärkeitä tietoja – sekä valvoa yrityksen toimin-
taa saneerausvelallisenä.²⁶ Lisäksi tuomioistuin voi yksittäistapauksen tarpeen
mukaan määrätä tarkastajalle sellaisia tehtäviä, jotka kuuluisivat varsinaiselle
selvittäjälle, mikäli tällainen olisi määrätty. Tarkastajamääräys voidaan in casu
'räättelöidä' siten, että se koskee vain erikseen yksilöityä tarkastus-, valvonta- tms.
tehtävää, taikka niin, että se sisältää jopa kaikki varsinaisen selvittäjän oikeudet ja
velvollisuudet. Kaikissa tapauksissa tarkastajan tutkintavaltuudet ("investigatory
powers") ovat samat kuin varsinaisella selvittäjällä (BC 1106(b) §).²⁷

Tarkastajainstituution asema Yhdysvaltain saneerausjärjestelmässä oli pit-
kään vaatimaton.²⁸ Uudemmassa kirjallisuudessa on kuitenkin korostettu tar-
kastajamääräyksen edullisuutta velkojille. Määräyksen avulla velkojat voivat
murtaa sen voimakkaan (tieto- ym.) suojan, jota saneerausvelallinen muutoin
nauttii varsin vahvan DIP-periaatteen nojalla. Samalla määräys kuitenkin säi-
lyttää sen asiantuntemuksen ja aidon jatkamisintressin, jotka (sikäläisen ajatte-
lun mukaan) voivat olla ainoastaan velallisella itsellään.²⁹

4.1.3 Määräysvallan siirtyminen ja Eigenverwaltung Saksan oikeudessa

Edellä rauhoitusajan funktioiden tarkastelussa on jo todettu, että Saksan insol-
venssioikeuden uudistuksessa määräysvallan järjestelyn perusteet säilyivät en-
nallaan. Siirtymisen periaate omaksuttiin vanhasta konkurssioikeudesta uuteen
yhtenäismenettelyyn (InsO 80 §).³⁰ Määräysvalta siirtyy yritykseen määrättä-
välle pesänhoitajalle (hallinnoijaselvittäjälle, Insolvenzverwalter).³¹ InsO:n pe-
rusratkaisu on siten päinvastainen kuin Yhdysvaltain oikeuden ja voidaankin
sanoa, että *Saksan uusi insolvenssioikeus perustuu määräysvallan siirtymisen
periaatteelle*. Velallinen menettää määräysvaltansa suoraan menettelyn alkami-
sen seurauksena ("durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens", InsO 80.1 §).

²⁶ Ks. Warren – Westbrook s. 546. – Tarkastajan tutkinnan kohteena olevat seikat on kuvattu BC 1104(c) §:ssä pitkälti samoin, mutta sävyllään lievemmin, kuin seikat, joiden perusteella menet-
telyyn voitaisiin määrätä varsinaisen selvittäjä ("fraud, dishonesty, incompetence, misconduct,
mismanagement, or irregularity").

²⁷ Ks. Warren – Bussel s. 597.

²⁸ Ks. LoPucki Am. Bankr. L.J. 1983 s. 259. Hänen 48 saneerausasiaa käsittäneessä otoksessaan
vain kolmessa määrättiin tarkastaja, tehtävänään arvioida yrityksen saneerauskelpoisuutta, mutta
ilman oikeutta määrätä velallisen liiketoiminnan jatkamisesta.

²⁹ Ks. Warren – Westbrook s. 546.

³⁰ Perusteluissa todetaan nimenomaisesti, että määräysvallan järjestelyn uusi yleissäännös "ent-
spricht inhaltlich § 6 KO" (RegE s. 135).

³¹ Ks. Landfermann s. 129.

Merkitystä ei ole esimerkiksi sillä, kuinka hyvin tai huonosti yrityksen sanee-
rauskelpoisuus on tuossa vaiheessa arvioitavissa. Näin ollen yritys siirtyy ulko-
puoliseen kontrolliin *jo ennen kuin velkojat päättävät liiketoiminnan jatkami-
sesta tai lopettamisesta*. Tästähän päätetään vasta pesänhoitajan selvityksen
perusteella velkojainkokouksessa, joka pidetään tuomioistuimen määräämänä
päivänä, kuitenkin viimeistään kolmen kuukauden kuluttua menettelyn alkami-
sesta (Berichtstermin, InsO 29 ja 157 §:t).³²

InsO:n valmistelussa lähdettiin alun perin siitä, että siirtymisen periaatteesta ei
olisi mahdollista poiketa; myös rehabilitaation katsottiin aina vaativan määräys-
vallan siirtämistä riippumattomalle ulkopuoliselle taholle.³³ Määräysvallan väli-
tön siirtyminen menettelyn alkaessa jäikin järjestelmän kiistattomaksi lähtökoh-
daksi. Lainvalmistelun edetessä oikeuspoliittiset näkemykset kuitenkin muuttui-
vat siten, että myös pysyvyyden periaate sai järjestelmässä paikkansa.³⁴ Velalli-
selle nimittäin säädettiin mahdollisuus vaatia tuomioistuimelta, että menettely
ainakin aloitettaisiin velallisen määräysvallassa. Vaatimus on tehtävä ennen kuin
tuomioistuin päättää menettelyn aloittamisesta.³⁵ Tämä Eigenverwaltung-sään-
nöstö sisältyy lain seitsemänteen osaan (InsO Siebter Teil, 270–285 §:t, ”Eigen-
verwaltung”, josta tässä tutkimuksessa käytetään nimitystä *velallishallinto*).³⁶

Velallishallinnon mahdollisuutta on Saksassa perusteltu vastaavilla argu-
menteilla kuin DIP-periaatetta Yhdysvalloissa. Niinpä Eigenverwaltung-sään-
nöstön tarkoituksena on saada mahdollisimman suuri hyöty yritysjohton asian-
tuntemuksesta ja kokemuksesta; samalla vältetään ne kustannukset ja ajanhuk-
ka, joita väistämättä syntyy ulkopuolisen selvittäjän ottaessa yrityksen haltuun-
sa. Mikä ehkä tärkeintä, tieto määräysvallan säilymismahdollisuudesta toimii
velalliselle kannustimena hakeutua insolvenssimenettelyyn riittävän ajoissa.³⁷

³² Ks. *Mönning* s. 70 ja 73.

³³ Ks. Erster Bericht s. 125–128, jossa korostetaan erityisesti velkojien tuntemaa epäluottamusta
virheellisesti toiminutta yritysjohtoa kohtaan.

³⁴ Valmistelun etenemisestä *Wittig* Münch. Komm. 3, Vorbemerkungen vor §§ 270 bis 285.
s. 2–7.

³⁵ *Huntemann* s. 380.

³⁶ Kyseessä ei ole perusteiltaan mikään uusi institutio Saksassakaan, vaan normistolla on yhtey-
tensä InsO:lla kumottuun VglO:iin. Perusidea on yhteinen: insolvenssiongelma pyritään korjaa-
maan velallisen määräysvallassa, mutta riippumattoman valvonnan alaisena; ks. RegE
s. 223 ja *Vallender* WM 1998 s. 2130. Eigenverwaltung-säännösten taustasta ks. myös *Schlegel*
s. 40–43 ja *Haas* s. 1001–1003. Vaikka samankaltainen mahdollisuus on siten ollut olemassa jo
ennen InsO:n voimaantuloa, uusi velallishallintonormisto on saanut osakseen melkoista arvostelua.
Kuten on helppo olettaa, kritiikin kohteena on ollut erityisesti velallishallinnon väärinkäyttömah-
dollisuus. Lisäksi on väitetty, että normisto voi aiheuttaa viivästyksiä velallisten asettamisessa
insolvenssimenettelyyn, Ks. *Pape – Uhlenbruck* s. 606–607. Velallishallinnon velkojille aiheutta-
mista riskeistä ks. myös *Westrick* NZI 2003 s. 67–68. Hän toteaa erikseen (s. 68), että Eigenverwal-
tung-määräystä hakevan velallisen ei tarvitse osoittaa velkojien teoreettisia pelkoja (”Theoretische
Befürchtungen”) vääriksi; erityisesti velallisen ei tarvitse osoittaa, että velkojilla ei ole mitään
aihetta epäillä takaisinsaantiperusteiden tai rikosoikeudellisen vastuun edellytysten täyttymistä.

³⁷ RegE s. 222–223, *Schlegel* s. 44–46, *Haas* s. 1004 ja *Graf-Schlicker* s. 143–144.

Tässä ilmenee jälleen syvä ero eurooppalaisen ja amerikkalaisen insolvenssi-ajattelun välillä: velallisen määräysvaltaa puoltavat argumentit nähdään Yhdysvalloissa koko järjestelmän perustana, Euroopassa taas poikkeuksellisinä.

Velallishallinnon materiaaliset edellytykset on määritelty varsin väljin kriteerein, joiden ensisijaisena tavoitteena on suojata velkojia: velallishallinto *ei saa johtaa menettelyn viivästymiseen eikä aiheuttaa muutakaan haittaa velkojille* (InsO 270.2 § 3 kohta). Aiheesta väitellyt Schlegel on jakanut edellytykset viivästysennusteseen ("Verzögerungsprognose") ja haittaennusteseen ("Nachteilsprognose"). Kuten hän toteaa ja rationaaliselta vaikuttaakin, viivästysennusteen perusteella velallishallintoa voitaneen yleensä puoltaa. Koko normiston tarkoitushan on jouduttaa menettelyä säästämällä aika, joka kuluisi ulkopuolisen selvittäjäpesähoitajan perehtyessä yritykseen ja tehtäväänsä.³⁸ Schlegel korostaa *haittaennusteen tapauskohtaisuutta* toteamalla, että se on laadittava yksittäistapauksen olosuhteiden perusteella. Yleisellä tasolla hän kuitenkin toteaa, että haittaennuste puhuu velallishallintoa vastaan, jos velkavastuun kollektiivinen toteuttaminen olisi *velallisesta johtuvista syistä* vaikeampaa kuin ulkopuolisen määräysvallassa.³⁹ Laadultaan haitan on oltava taloudellista, mutta se voi ilmetä myös esimerkiksi informaation saannin vaikeutena tai muuna aineettomana ("immaterielle") vaikutuksena.⁴⁰

Ainoastaan velallisella on asialegitimaatio velallishallintoa koskevan vaatimuksen esittämiseen. Vaatimus on myös ainoa keino saada asia tutkittavaksi, sillä tuomioistuini ei voi omasta aloitteestaan määrätä velallishallintoa voimaan.⁴¹ Jos insolvenssimenettelyn hakijana on velkoja, vaatimus voidaan hyväksyä vain hakijavelkojan suostumuksella.⁴² Sekä InsO:n systematiikan että oikeuskirjallisuuden mukaan velallishallinto on selvästi *toissijainen* määräysvallan siirtymiseen nähden. Eigenverwaltung-säännöstö luokitellaan insolvenssimenettelyn erityismuodoksi (Besondere Arten des Insolvenzverfahrens).⁴³ Kirjallisuudessa on todettu, että kyseessä on poikkeusnormisto, jonka soveltamisedellytyksiä on tulkittava tiukasti.⁴⁴

³⁸ Ks. Schlegel s. 78.

³⁹ Mts. 80.

⁴⁰ Mts. 80.

⁴¹ Vallender WM 1998 s. 2131, joka toteaa myös, että velallisen yksinomaisesta asialegitimaatiosta seuraa oikeus peruuttaa vaatimus niin kauan, kunnes tuomioistuin päättää insolvenssimenettelyn aloittamisesta.

⁴² Mas. 2131.

⁴³ RegE s. 222, Bork Einführung s. 183 ja Haas s. 1024. Määräysvallan siirtymiseen johtava normaalimenettely on vastaavasti Regelverfahren; ks. Schlegel s. 111 ja 120.

⁴⁴ Bork Einführung s. 183-184. Vrt. kuitenkin Huntemann s. 378, joka ennusti, että kysymys velallishallinnon mahdollisuudesta ei käytännössä muodostune kovinkaan poikkeukselliseksi. Ennustus ei näytä toteutuneen ainakaan InsO:n alkutaipaleella. Kuten saneerausmahdollisuus yleensäkin, velallishallinto on jäänyt käytännölliseltä merkitykseltään erittäin vähäiseksi. Ensimmäiseen suureen insolvenssihakemukseen, "Philipp Holzmännin juttuun", kylläkin sisältyi velallishallintovaatimus, mutta, kuten tunnettua, koko hakemus peruutettiin, eikä se siten johtanut (paradoksaalisesti "odotettuun") ensimmäiseen merkittävään testiin InsO:n toimivuudesta suur-yrityksen saneerauksessa. Ks. Buchalik NZI 2000 s. 294.

Tuomioistuimen on ratkaistava velallishallintoa koskeva hakemus samanaikaisesti päättäessään insolvenssimenettelyn aloittamisesta.⁴⁵ Lopullinen päätösvalta asiassa on kuitenkin velkojilla.⁴⁶ Jos tuomioistuin on hylännyt velallisen hake-
muksen, ensimmäinen velkojainkokous voi päättää, että tuomioistuimen on mää-
rättävä velallishallinto voimaan (InsO 271 §).⁴⁷ Jos taas velallisen vaatimus on
menettelyn alkaessa hyväksytty, tuomioistuimen on kumottava velallishallinto
suoraan sillä perusteella, että velkojainkokous tai velallinen näin vaatii (InsO
272.1 § 1 ja 3 kohdat).⁴⁸ Yksittäisellä velkojallakin on asiavaltuus kumoamisvaa-
timuksen esittämiseen, mutta vaatimus tutkitaan tällöin materiaalisesti; se voi-
daan hyväksyä vain, jos velallishallinnon edellytykset ovat todennäköisesti lakan-
neet (InsO 272.1 § 2 kohta ja 272.2 §). Tämä tarkoittaa, että velkojan on osoitetta-
va velallishallinnon todennäköisesti aiheuttavan joko viivytystä tai muuta haittaa
velkojille.⁴⁹ Velalliselle on tällöin annettava tilaisuus esittää vastanäyttöä.⁵⁰

Velallishallinto ei tarkoita velallisen yksinvaltaa; kyseessä ei ole samanlai-
nen debtor in possession kuin BC 11 luvussa. Velallishallintoon nimittäin
määrätään *aina ulkopuolinen taho*, jota voitaneen kutsua (velkojien) asianval-
vojaksi (InsO 270.3 §: Sachwalter, jota seuraavassa kutsutaan valvojaksi).
Pakollista valvojamääräystä on saksalaisessa kirjallisuudessa pidetty toisena
suurista eroista suhteessa BC 11 lukuun. Toinen on velallishallinnon tavoite.
Myös velallishallinnolla pyritään ensisijaisesti täytäntöönpanointressin tyydyt-
tämiseen, eikä velallisen suojaamisella siten ole itsenäistä oikeuspoliittista pai-
noarvoa, toisin kuin Yhdysvaltain oikeudessa. Kun muistetaan yhdysvaltalais-
ten saneerausvelallisten vahva asema, ja kun sitä verrataan Eigenverwaltung-
normistoon, erityisesti ulkopuolisen valvojan pakollisuuteen, kokonaiskuva ve-
lallisten asemasta muodostuukin varsin erilaiseksi.⁵¹

⁴⁵ Tästä syystä myös hakijavelkojan on hyväksyttävä velallishallinto ennen kuin menettely alkaa; ks. *Schlegel* s. 71 (joka suosittelee epäselvyyksien välttämiseksi, että velkojan hyväksyntä olisi kirjallinen).

⁴⁶ Esitöissä mainitaan nimenomaisesti, että tuomioistuimen ratkaisu menettelyn alkaessa on väliaikainen, sillä lopullisen päätösvalan on oltava velkojilla, ks. RegE s. 100 ja 223. Ks. myös *Schlegel* s. 87 ja 99 sekä *Neumann* s. 365–366 (*Die vorläufige Entscheidungskompetenz des Gerichts/Die endgültige Entscheidungskompetenz der Gläubiger*). Jo tuomioistuimen väliaikai-
nen kompetenssi on kuitenkin nähty puhtasoppisimman velkoja-autonomian vastaisena; ks. *Neumann* s. 365.

⁴⁷ Kuten *Schlegel* (ZIP 1999 s. 955) toteaa, tuomioistuin voi määrätä velallishallinnon voimaan vain joko menettelyn aloittaessaan tai ensimmäisen velkojainkokouksen jälkeen. – On huomatta-
va, että velkojainkokous ei saa velallishallintoa voimaan ilman, että velallinen on vaatinut sitä
ennen menettelyn alkua. Tämä perustuu siihen, että insolvenssivelallista ei voida pakottaa jatka-
maan itsenäistä liiketoimintaa. Näin *Bork Einführung* s. 185 alav. 4. Ks. myös *Westrick NZI* 2003
s. 66: ”Kein Schuldner kann zur Eigenverwaltung gezwungen werden.”

⁴⁸ Toisin kuin juuri todettiin 271 §:n osalta, tässä tarkoitetaan mitä tahansa velkojainkokousta, ei
ainoastaan ensimmäistä, ks. RegE s. 224.

⁴⁹ *Pape – Uhlenbruck* s. 612.

⁵⁰ Mts. 612.

⁵¹ Ks. näistä eroavuuksista InsO:n ja BC 11 luvun välillä *Haas* s. 1003.

Valvojan rooli on tutkiva ja valvova samaan tapaan kuin yhdysvaltalaisen tarkastajan. Hän tutkii velallisen taloudellisen tilan ja valvoo velallisen toimintaa menettelyn aikana.⁵² Erityisesti hänen on ilmoitettava tuomioistuimelle ja velkojille seikoista, joiden voidaan olettaa aiheuttavan haittaa velkojille ja jotka siten puoltavat velallishallinnon lakkauttamista velkojien näin vaatiessa (InsO 274.3 §). Tarkoituksena on, että jo yritysjohtoon tietoisuus valvojan raportointivelvoitteesta olisi omiaan edistämään johdon ja valvojan välistä yhteistyötä.⁵³ Valvojalla ei kuitenkaan ole itsenäistä oikeutta vaatia velallishallintoa lakkauttavaksi; hänen tehtävänä on vain informoida tällaista vaatimusta puoltavista havainnoistaan, jonka jälkeen asia on velkojien harkinnan varassa.⁵⁴

Velallishallinto ei siirrä itse menettelyä pois insolvenssioikeuden soveltamisalalta. Päinvastoin, menettelyyn sovelletaan InsO:n säännöksiä siltä osin kuin velallishallintoonormistosta ei muuta johdu (InsO 270.1 § 2 lause).⁵⁵ Esimerkiksi takaisinsaantisäännökset soveltuvat myös velallishallinnossa; nimenomaisen säännöksen nojalla (InsO 280 §) vain valvojalla on asialegitimaatio takaisinsaantivaatimukseen. Tältäkin osin saksalainen velallishallinto eroaa olennaisesti BC 11 luvusta, jossa myös takaisinsaanti kuuluu, kuten yllä on todettu, velallisen itsenäiseen kompetenssiin. Takaisinsaantimahdollisuus merkitsee muutosta myös verrattuna VgLO:iin, jossa tätä mahdollisuutta ei ollut.⁵⁶

Velallishallinto on periaatteessa käytettävissä kaikkiin yhtenäisen insolvenssimenettelyn tyyppitilanteisiin, ts. niin perinteiseen esinelikvidaatioon, liiketoiminnan luovutukseen kuin toiminnalliseen saneeraukseenkin. Normiston asema VgLO:n perinteiden jatkajana ilmenee kuitenkin selvimmin siinä, että sen pääasialliseksi soveltamisalaksi on tarkoitettu yrityksen toiminnallinen saneraus.⁵⁷

4.1.4 Määräysvallan pysyvyyden periaate YSL:ssa

YSL:n järjestelmässä on piirteitä sekä amerikkalaisesta esikuvasta että saksalaistyyppisestä velallishallinnosta. Keskeisiä perusratkaisuja on kaksi, joista

⁵² Haas s. 1021, Pape – Uhlenbruck s. 61–616. Leimallinen piirre valvojan tehtävissä on nimenomaan velkojien eduista huolehtiminen heille lähtökohtaisesti riskialttiissa prosessissa; ks. Schlegel s. 208–212. Kokoavasti valvojan tehtävistä Graf-Schlicker s. 145.

⁵³ Ks. RegE s. 224, Haas s. 1021 ja Vallender WM 1998 s. 2136.

⁵⁴ Vastaavia seikkoja koskeva ilmoitusvelvollisuus oli voimassa jo kumotun VgLO 40.2 §:n mukaan, mutta ilmoitus oli tehtävä ainoastaan tuomioistuimelle, ks. RegE s. 224.

⁵⁵ Normin mukaan velallishallintoon sovelletaan yleisiä säännöksiä, jollei lain 7 osassa toisin säädetä (”Für das Verfahren gelten die allgemeinen Vorschriften, soweit in diesem Teil nichts anderes bestimmt ist.”). Ks. Haas s. 1000 ja Schlegel s. 128–130.

⁵⁶ Takaisinsaantimahdollisuutta on pidetty eräänä merkittävimmistä uudistuksista VgLO:iin nähden; ks. Schlegel s. 144 ja 217.

⁵⁷ Ks. Schlegel s. 50–51. Etenkin Neumann (s. 382–383) korostaa voimakkaasti velallishallinnon merkitystä juuri saneerauskeinona, kuten myös sen alistaisuutta velkoja-autonomialle.

ensimmäisen mukaan saneerausvelallinen *säilyttää määräysvaltansa*. Yhtä olennaista on, että menettelyyn määrätään säännönmukaisesti ulkopuolinen taho, tehtävänimikkeenään *selvittäjä*. Selvittäjä saa välittömästi menettelyn alkaessa osan velallisen kompetenssista kontrolliinsa niin, että velallinen saa käyttää sitä vain selvittäjän luvalla (YSL 29.2 §). Tämän lupasidonnaisuuden lisäksi määräysvaltaa voidaan järjestellä menettelyn kuluessa täsmällisemminkin, yksittäistapauksen tarpeiden mukaan (YSL 30.1 §). Tällaista lisäjärjestelyä, jolla velallisen kompetenssia rajoitetaan tavanomaista enemmän, kutsutaan jatkossa ylimääräiseksi vallinnanrajoitukseksi (– kompetenssinrajoitukseksi).

Juuri todettua vasten on aihetta kysyä, perustuuko YSL määräysvallan pysyvyyden vai siirtymisen periaatteelle. Vastaus ei ole yhtä selvä kuin BC 11 luvun ja InsO:n järjestelmissä, joissa toisen periaatteen asema on kiistatta hallitseva. Ongelma ei ole vain akateeminen, jos hyväksytään se edellä esitelty näkemys, että toiselle periaatteelle on *tulkintatilanteessa* voitava antaa *enemmän painoarvoa*. Kysymys on siten sekä järjestelmän systematisoinnista että konkreettisesti *punninta- ja ratkaisuohteesta*. Siispä: kumpi periaate painaa YSL:n tulkinnassa enemmän?

Useimmat insolvenssioikeuden tutkijat ja muut specialistit yhtynevät vastaukseen, jonka mukaan *YSL perustuu määräysvallan pysyvyyden periaatteelle*. Tähän on useita perusteita. Ensinnäkin saneerailainsäädäntömme on tarkoitus tarjota markkinoille selvästi vaihtoehtoinen menettely likvidaatiokonkurssiin verrattuna. Jotta vaihtoehto olisi *selvästi* erilainen, velallisen on säilytettävä määräysvaltansa. Tällöin myös tulkintatilanteet on ratkaistava pysyvyyden periaatteen mukaisesti, jollei kompetenssin siirtymiselle ole erityistä perustetta. Pysyvyyden periaatteen ensisijaisuus ilmenee kiistatta myös *kirjoitetusta laista*. YSL 29.1 §:n mukaan ”Velallisella säilyy menettelyn alkamisen jälkeenkin valta määrätä omaisuudestaan ja toiminnastaan, mikäli tässä laissa ei toisin säädetä.” Viimein voidaan todeta, että ”tässä laissa” säädetty määräysvallan rajoitukset koskevat *poikkeuksellisia* oikeustoimia ja järjestelyjä. Niillä ei puututa normaaliin liiketoimintaan, joka on jätetty yrityksen itsenäiseen määräysvaltansa. Dispoitintirajoituksilla tavoitellaan lähinnä yrityksen saneerauskelpoisuuden suojaamista, velkojien yhdenvertaisuutta ja saneerausmenettelyn väärinkäytön estämistä. Näillä perusteilla määräysvallan jakautumista tarkastellaan jatkossa lähtien siitä, että pysyvyyden periaatteella on YSL:ssä siirtymisen periaatetta painavampi merkitys.

Myös ruotsalaisen saneerausmenettelyn voidaan katsoa perustuvan määräysvallan pysyvyydelle, joskin järjestelmälle on ominaista velallisen itsenäisen ja selvittäjän lupaan sidotun kompetenssin yhdistäminen. Saneerausvelallinen ei varsinaisesti menetä määräysvaltaa omaisuuteensa eikä liiketoimintaansa, mutta tarvitsee lain sanamuodon mukaan selvittäjän luvan kaikkiin

tärkeisiin määräämistoimiinsa (LFR 2:15).⁵⁸ Tästä syystä on selvää, että menettelyyn määrätään aina ulkopuolinen selvittäjä (rekonstruktör, LFR 2:10.1). Toisin kuin meillä, selvittäjän lupaedellytys on lähinnä tosiasiallinen, ei niinkään juridinen kompetenssin rajoite, kuten jäljempänä lähemmin havaitaan. Selvittäjän tehtävänä on tutkia yrityksen saneerauskelppoisuus ja myönteisessä tapauksessa laatia velallisen kanssa saneerausohjelma (LFR 1:2 ja 2:12.1). Ruotsalaisella selvittäjällä on myös oikeus vaatia takaisin-saantia (LFR 3:6.1).

Selvittäjän roolista on Ruotsissa esitetty jossain määrin toisistaan poikkeavia näkökohtia. Esitöissä korostettiin selvittäjän velvollisuutta tutkia velallisen liiketoiminnan jatkamisedellytykset.⁵⁹ Kirjallisuudessa Welamson on kiinnittänyt huomiota myös akordin aikaansaantiin painottaen kuitenkin selvittäjän roolin vaihtelevuutta sen mukaan, millaista yritystä saneeraus koskee ja millaisia ongelmia sillä on.⁶⁰ Täytäntöönpano-intressin kannalta on tietenkin olennaisinta, missä määrin selvittäjän on toiminnassaan pidettävä silmällä velkojen asemaa, missä määrin taas velallisintressejä. Lain sanamuoto (LFR 1:2.1) kattaa molemmat: selvittäjän on toimittava niin, että saneerausmenettelyssä *ei sivuuteta velkojen intressejä* (”verka för att borgenärernas intressen inte åsidosätts”). Jo tästä muotoilusta voidaan haluttaessa tehdä johtopäätöksiä siitä, millaiseksi selvittäjän roolin painopiste on mielletty ainakin lain valmisteluvaiheessa.⁶¹

Myös tanskalaisessa maksunlakkautuksessa velallinen säilyttää määräysvaltansa kuitenkin siten rajoitettuna, että mitään merkittäviä oikeustoimia ei voida tehdä ilman valvojan lupaa.⁶² Erityisen merkittävistä (særlig væsentlige) oikeustoimista valvojan on ilmoitettava etukäteen mahdolliselle velkojatoimikunnalle, ja velkojat, joiden saatavat edustavat neljäsosaa tunnetuista vakuudettomista velkojista, voivat vastustuksellaan pakottaa asian käsiteltäväksi tätä kysymystä varten järjestettävässä kokouksessa. Kokouksessa voitaa saatavien määrästä laskettava yksinkertainen enemmistö.⁶³

⁵⁸ Ks. *Hellners – Mellqvist* s. 106 (jossa arvellaan saneerauskäytännön helposti loittonevan sanamuodon asettamasta vaatimuksesta niin, että lupaedellytys ”kommer att anpassas från fall till fall”), *Welamson Konkurs* s. 245–246 ja *Persson – Tuula* s. 29.

⁵⁹ Prop. 1995/96:5 s. 82 ja 103.

⁶⁰ Ks. *Welamson Konkurs* s. 242.

⁶¹ Esitöissä todetaan, että ”Rekonstruktören blir närmast att betrakta som en gäldenärs kvalificerade rådgivare som dock i stor utsträckning har att beakta borgenärernas bästa”. Prop. 1995/96:5 s. 58.

⁶² Valvojan määrääminen säädettiin pakolliseksi vasta vuoden 1984 uudistuksella (jolla pyrittiin muutoinkin vahvistamaan velkojen asemaa ja vaikutusvaltaa legaalisen maksunlakkautuksen aikana, ks. Bet. Nr. 983 s. 8–10 ja *Ørgaard Betalingsstandsingsreformen* s. 14). Aiemmin oli tyydytty valvojan määräämiseen velallisen pyynnöstä; ks. Bet. Nr. 606 s. 66 ja *Ørgaard Betalingsstandsning* s. 98–107. Uudesta valvontasääntelystä Bet. Nr. 983 s. 11–15 ja 47–48 sekä *Ørgaard Betalingsstandsingsreformen* s. 57–76 (kriittisesti alkaen sivulta 61). Valvoja määrätään samalla kun maksunlakkautus alkaa, ja velallisen on jo maksunlakkautusilmoituksessaan ehdotettava valvojaksi tiettyä henkilöä. Tuomioistuin ei kuitenkaan ole sidottu velallisen ehdotukseen ja velkojat voivat kokouksessaan, joka on pidettävä kolmen viikon kuluessa maksunlakkautusilmoituksesta, vaihtaa valvojaa. Ks. *Munch* s. 113–123.

⁶³ Ks. tästä konkursloven 15 §:n sääntelystä *Ørgaard Betalingsstandsingsreformen* s. 67 ja 107–123, ja *Munch* s. 138–152. – Myös norjalaisessa velkaneuvottelussa velallinen säilyttää määräysvaltansa kuitenkin ”glejdsnemndan” valvonnassa ja tärkeitä oikeustoimia koskevassa lupakontrollissa; ks. *Huser* 1 s. 190–191 ja 286–293 sekä *Brækhus Omsetning og kreditt* 1 s. 151–156.

4.2 MÄÄRÄYSVALLAN SIIRTYMISESTÄ SIVIILIOIKEUDELLISENA JA SIVIILIPROSESSIOIKEUDELLISENA TAPAHTUMANA

4.2.1 Siirtymätapahtuman jäsentämisen tarve

Ennen kuin ryhdytään tarkastelemaan YSL:n vallinnanrajoitusjärjestelmää lähemmin, on syytä pyrkiä täsmentämään, mitä insolvenssioikeudellisessa määräysvallan siirtymisessä itse asiassa tapahtuu. Täsmentämiseen on aihetta ainakin kahdesta syystä. Ensinnäkin keskustelu määräysvallan siirtymisestä on – luonnollisista syistä – koskenut toistaiseksi vain likvidaatiokontekstia; on syytä olettaa, että näin ei ole muodostunut kovinkaan kattavaa kuvaa siirtymätapahtumasta enempää *yleisinsolvenssioikeudellisena* ilmiönä kuin myöskään *erityisenä rehabilitaatio-oikeudellisena* problematiikkana. Toiseksi meillä ei edes likvidaatiokontekstissa ole pyritty syvällisempään analyysiin siitä, mitä konkurssivelallisen oikeutuksia pesälle todella siirtyy. Keskustelu on rajoittunut paikoin käsitelainopillisestikin värittyneisiin pohdintoihin konkurssipesän ’luonteesta’ – oikeushenkilö vai ei – sekä velallisen omistusoikeudesta siirtymän jälkeen.⁶⁴ Erityisesti analyyttisen esineoikeuden omistusoikeusteoriaa ei nähdäkseni ole riittävästi hyödynnetty siirtymätapahtuman lainopillisessa jäsentämisessä.

Määräysvallan siirtymä ilmenee myös siten, että insolvenssimenettelyn alkamisen jälkeen velallinen menettää ainakin osan niistä *prosessuaalisista kelpuutuksista*, joiden varassa velallisen asioita hoidetaan lainkäyttöviranomaisissa. Tätäkin problematiikkaa on syytä käsitellä etenkin siitä näkökulmasta, missä määrin saneerausvelallisen materiaallinen kompetenssi ja prosessuaalinen *asia-valtuus* vastaavat toisiaan ja tuleeko tällaista vastaavuutta tavoitella. Lisäksi voidaan keskustella – ainakin systemaattisin motiivein – siitä, miten velallisyri-tyksen edustaminen oikeudenkäynnissä sopii yhteen selvittäjän muiden tehtävien kanssa.

⁶⁴ Houkutus pohtia konkurssipesän oikeushenkilöyttä ilmenee varsin uudestakin varallisuus-oikeudellisesta tutkimuksesta, ks. *Kaisto Sopimusvapaus* s. 130–134.

4.2.2 Insolvenssimenettely omistajan (ja muun varallisuus oikeuden haltijan) oikeusasemaan puuttumisena

4.2.2.1 Suojatun käyttövallan pysyvyys saneerausmenettelyssä

Insolvenssimenettelyssä tapahtuva vallintavallan uudelleenjärjestely kohdistuu keskeisimmin velallisen oikeusasemaan omistajana.⁶⁵ Velalliselta riistetään kelpuutuksia, jotka normaalisti kuuluvat *omistusoikeuden sisältöön*. Vastaavin tavoin siirtyvä kohdistuu velallisen oikeutuksiin *muiden varallisuus oikeuksien haltijana*. Kaikkiaan siirtymätapahtumassa on siten kysymys velallisen varallisuuteen kohdistuvasta muutoksesta. Tämä varallisuuskeskeisyys ei ole vain likvidaatiokonkurssille tyypillinen piirre, vaan myös saneerausmenettelyssä määräysvallan uudelleenjärjestely kohdistuu *välittömimmin* juuri velallisen varallisuuteen.⁶⁶

Saneerainsäädännöstä johtuvia velallisen vallintavallan rajoituksia on nähdäkseni perusteltua lähestyä siten, että lähtökohdaksi otetaan perinteisen likvidaatiokonkurssin varallisuus oikeudelliset vaikutukset, jonka jälkeen tarkastellaan, ovatko saneerausmenettelyn vaikutukset vastaavia vai jollain tavoin poikkeavia. Vain näin voidaan selittää ja ymmärtää syvällisemmin se *järjestelmätason muutos*, jonka rehabilitaatioparadigma on saanut aikaan. Samaa päämäärää – syvällisempää ymmärrystä – edistää nähdäkseni myös se, että tarkastelun perustaksi otetaan varallisuus oikeuksien sisällön perinteinen jako oikeudenhaltijan *suojattuun käyttövalttaan* ja *kelpoisuuteen oikeudellisesti määrittäällä varallisuus oikeudesta vaihdannassa*. Tämä jako on, kuten hyvin tiedetään, lähtöisin analyttisessä esineoikeudessa kehitetystä omistusoikeuden teoriasta. Perusajatus on, että omistusoikeuden substanssi jakautuu 1) omistajanhallintaan eli suojattuun yksinoikeuteen käyttää omistusoikeuden kohdetta ja 2) kelpoisuuteen (kompetenssiin) määräillä tuosta kohteesta vaihdannassa. Omistajanhallinta (suojattu käyttövalta) turvaa omistajalle periaatteessa yksinomaisten vallan hyödyntää omistamiaan kohteita *tuotantovälineinä*. Määräilykompetenssi taas takaa juuri omistajalle vallan päättää noiden kohteiden *arvon hyödyntämisestä vaihdannassa*, esim. kelpoisuuden esineen luovutukseen ja vuokralleantoon. Omistajan kompetenssiin kuuluu edelleen omistusoikeuden kohteen arvo *luotto-objektina*, joka tarkoittaa ensinnäkin omistajan kelpoisuutta pantata omaisuuttaan (reaaliluottokompetenssi) sekä omaisuuden ulosmitat-

⁶⁵ Ks. *Schlegel* s. 112.

⁶⁶ Ks. myös *Balz* *Kölner Schrift* s. 7–8, joka korostaa voimakkaasti insolvenssioikeuden *yleistä varallisuussuuntautuneisuutta* (Vermögensorientierung) vastakohtana insolvenssimenettelyjen, varsinkin saneerausmenettelyn, ”organisaatiosuuntautuneisuudelle”. Kuten Korobkin on osoittanut, varallisuuskysymysten keskeinen merkitys voidaan kuitenkin tunnustaa samalla kun myönnetään, että varallisuusarvojen takana on perustavampia arvoja.

tavuutta omistajan velasta ja sen kuulumista omistajansa konkurssipesään (henkilöluottokompetenssi).⁶⁷

Kuvattaessa likvidaatiokonkurssin aiheuttamaa muutosta velallisen varallisuusoikeudelliseen asemaan lähtökohdaksi otetaan yleensä vanha oppilause, jonka mukaan velallinen menettää määräysvaltansa pesään kuuluvaan omaisuuteen, mutta säilyttää omistusoikeutensa siihen.⁶⁸ Velallisomistus lakkaa vasta, kun omaisuus pesän toimesta myydään. On sanomattakin selvää, että vanha oppilause pätee myös saneerausvelalliseen – vieläpä huomattavasti paremmin kuin konkurssivelalliseen, vaikka doktriini on muodostunut konkurssioikeudessa. Kun konkurssi- ja saneerausvelallisen omistaja-asemia vertaillaan lähemmin juuri analyttisen omistusoikeusteorian valossa, havaitaan, että saneerausvelallisen asema on selvästi vahvempi.

Juuri mainittu ero johtuu siitä, että YSL:n disponointirajoitukset eivät riistä velalliselta omistusoikeuden keskeisintä elementtiä, *omistajanhallintaa* ja siihen perustuvaa *suojattua käyttövaltaa*. Saneerausvelallinen on edelleen yksin omaisuutensa tosiasiallinen hallitsija ja päättää edelleen itsenäisesti siitä, miten yksinomaista käyttövaltaa hyödynnetään yrityksen tuotantoprosessissa (ts. miten omaisuutta käytetään tuotantovälineenä). Enempää selvittäjä kuin saneerausvelkojatkaan eivät voi ilman erityisesti säänneltyä perustetta puuttua saneerausvelallisen staattisesti suojattuun omistajanhallintaan. Velallisella on heitä(kin) vastaan käytettävissään omistajan oikeussuojakeinot eli kanne omaisuuden käyttöä koskevan häiriön kieltämiseksi, hallinnanpalautuskanne sekä

⁶⁷ Kuten tunnettua, analyttisen esineoikeuden omistusoikeusteoriassa omistusoikeuden juuri kuvattua *sisällöstä erotetaan omistajan oikeussuoja*, joka puolestaan jakautuu staattiseen ja dynaamiseen suojaan. Staattinen (‘varsinainen’) oikeussuoja turvaa yksinomaista käyttövapautta häirinnältä ja muilta loukkauksilta; dynaaminen suoja taas ei suojaa niinkään oikeuden loukkaukselta, vaan se kohdistuu kahden tai useamman sinänsä lain mukaisen oikeuden väliseen kollision vaihdannassa (tosin kollisiontilanne saattaa syntyä jonkin vaihdantaan osallistuvan tahon epälojaalin käyttäytymisen seurauksena, mikä taas voi vaikuttaa kollision ratkaisuun). – Tässä tutkimuksessa ei esitellä tämän laajemmin meillä edelleen vallitsevana pidettävää omistusoikeuden perusteoriaa (kuten ei myöskään siihen suunnattua kritiikkiä). Omistusoikeuden esineoikeudelliset perusteet oletetaan siis jatkossa tunnetuiksi. Ks. *Zitting* Omistajanvaihdoksesta s. 7–46, *Zitting – Rautiala* s. 206–213, *Kartio* Perusteet s. 191–198 ja (kiinteistöoikeudellisessa kontekstissa, mutta yleisenkin varallisuusoikeuden kannalta relevantisti) *Tepora – Kartio – Koulu – Wirilander* s. 31–39. Kuten Kartio (mts. 191) toteaa, omistusoikeuden hajottelu elementteihin on muodostunut osaksi ”muillakin oikeudenaloilla hyväksyttyä käyttöjuridikkaa”. Tässä tutkimuksessa lähdetäänkin siitä, että myös muun varallisuusoikeuden kuin omistusoikeuden haltijan oikeusasemassa on syytä erottaa yhtäältä oikeudenhaltijan yksinomainen käyttö- tai muu hyödyntämisvalta sekä oikeudenhaltijan kompetenssi määrittää oikeudestaan vaihdannassa. Juuri tähän jakoon perustuu määräysvallan siirtymätapahtuman lähempi analyysi.

⁶⁸ Ks. vain esimerkiksi *Granfelt* s. 54, *Havansi* Konkurssioikeus s. 132–133 ja *Ovaska* s. 27. Oppi omistusoikeuden säilymisestä on omaksuttu sellaisenaan uuden konkurssilakimme perusteluihin, ks. HE 26/2003 s. 46–47. Doktriini on pysynyt tältä osin ennallaan myös Saksan uutta insolvenssioikeutta koskevassa tutkimuksessa, ks. *Schlegel* s. 112–113.

vahingonkorvauskanne; samoin saneerausyritys on edelleen asianomistaja jutussa, jossa syytetylle vaaditaan rangaistusta omistusoikeuden loukkauksesta.⁶⁹

Konkurssissa tilanne on olennaisesti toinen. Vaikka vallitseva doktriini katsookin konkurssiyrityksen säilyttävän omistusoikeutensa pesään kuuluvaan omaisuuteen, staattisesti suojattu omistajanhallinta yksinomaisine käyttövapauksineen *ei enää kuulu velalliselle*. Päätösvalta siitä, miten omistajan käyttövapautta vastedes (ehkä) hyödynnetään, on siirtynyt konkurssipesälle (viime kädessä velkojainkokoukselle, kiireellisissä tilanteissa pesänhoitajalle).

Omistusoikeuden teoriassa omistajanhallinnan ja siihen perustuvan yksinomaisten käyttövapauden katsotaan edelleen muodostavan omistajan oikeusaseman ytimen. Kun velallinen menettää konkurssissa näinkin olennaisen osan omistusoikeudestaan, käsitys velallisesta pesään kuuluvan omaisuuden omistajana voidaan hyvinkin riitauttaa. Skeptisyys omistajuusdoktriinia kohtaan on sitäkin perustellumpaa, kun tiedetään, että staattisesti suojatun yksinoikeuden *lisäksi* pesälle siirtyy myös velallisen kompetenssi määrällä pesään kuuluvista varallisuus oikeuksista vaihdannassa.⁷⁰ Uudemmassa esineoikeudellisessa kirjallisuudessa omistajan kompetenssia, *mahdollisuutta nauttia omaksi hyödykseen omaisuuden arvoa vaihdannassa*, on pidetty tosiasiaa yhtä tärkeänä omistusoikeuden elementtinä kuin yksinomaista käyttövaltaa.⁷¹ Näin ollen voidaan sanoa, että konkurssivelallinen menettää omistusoikeutensa molemmat keskeiset elementit.

Tämän jälkeen kysymys kuuluukin, mitä konkurssivelallisen omistusoikeudesta lopulta jää jäljelle. Kun omistusoikeuden keskeisimmät elementit riistetään, onko velallisen omistusoikeuden säilymistä pidettävä pelkkänä juridisena sanailuna, jota tarvitaan, koska pesään kuuluvalle omaisuudelle ei voida tai haluta osoittaa muutakaan omistajaa?⁷² Omistusoikeuden elementteihin tukeutuva jäsenitys tarjoaa nähdäkseni vastauksen, jonka mukaan velallisen omistusoikeudesta jää jäljelle omaisuuden käyttäminen omistajansa *velkavastuun toteuttamiseen*. Pesään kuuluva omaisuus käytetään juuri velallisen – ei kenenkään muun – konkurssivelkojen suoritukseksi (ja niitä ennen juuri omistajan

⁶⁹ Staattisen suojan keinoista ks. *Zitting – Rautiala* s. 209 ja *Kartio* Perusteet s. 192. Ks. myös *Rodhe* s. 83–85, joka kutsuu hallinnanrikkomiseen perustuvaa kannetta possessoriseksi erotukseksi petitorisesta eli parempaa oikeutta koskevasta kanteesta.

⁷⁰ Tätä siirtymää tarkastellaan pian erikseen.

⁷¹ Ks. *Kartio* Perusteet s. 66 ja 192. *Tammi-Salminen* (s. 69) katsoo, että sitoutumalla luovutus-tai panttauskompetenssinsa rajoittamiseen omistaja sitoutuu olemaan käyttämättä ”keskeisintä omistusoikeutensa elementtiä”.

⁷² Halukkuus pitää konkurssivelallista edelleen omistajana johtunee osin juuri siitä, ettei tiedetä, kuka tulisi velallisen sijaan omistajaksi konkurssin alkaessa. Yhteisomistusoikeuden perustaminen velkojen välille olisi toki teoriassa mahdollista, mutta edellyttäisi niin syvällistä ajattelutavan muutosta ja varmasti myös yksityiskohtaista sääntelyä, ettei tällainen ratkaisu ole kovin helposti hyväksyttävissä. Kuten pian havaitaan, tähän ei ole tarvettakaan.

konkurssipesän velkoihin). Tosin tähän konkretisointiin konkurssivelallisella ei itsellään ole enää vaikutusvaltaa, vaan kysymys on hänen konkurssia edeltäneen kompetenssin hyödyntämisestä, nyt kaikkien velkojien hyväksi.⁷³

Jatkossa ei pureuduta tämän syvemältä omistusoikeuden 'jakautumiseen' konkurssivelallisen ja -pesän välillä. Tärkeintä on huomata, että kun konkurssivelallisen omistaja-asemaa tarkastellaan eritellymin (ei siis pelkästään vanhan oppilauseen varassa), havaitaan pian, että omistusoikeudesta jää jäljelle omistajan varallisuuden käyttäminen velkavastuun toteuttamiseen – eikä mitään muuta. Tähän on syytä kiinnittää huomiota erityisesti siksi, että näin modernin insolvenssioikeuden aiheuttama muutos tulee paremmin esille. Saneerausmenettelyssä velallisen staattisesti suojatut valtuudet pysyvät koskemattomina, velallisen omassa päätösvallassa. Tämä koskee (pääosin) myös niitä varallisuusobjekteja ja -oikeuksia, joiden osalta YSL siirtää omistajan kelpuutuksen käyttöä selvittäjän lupakontrollin alaiseksi. YSL 29.2 § nimittäin rajoittaa lähinnä velallisen dynaamista kompetenssia. Vaikkei velallinen saa ilman selvittäjän lupaa esimerkiksi luovuttaa immateriaalioikeuksiaan, eikä perustaa käyttöoikeuksia omaisuuteensa, kelpoisuus määrätä näiden varallisuuskohteiden staattisesta käytöstä on edelleen velallisella. Poikkeuksen muodostaa YSL 29.2 §:n 7 kohta, joka estää velallista myös käyttämästä omaisuuttaan toimintansa laatuun ja laajuuteen nähden epätavallisella tai laajakantoisella tavalla.

Omistajan suojatusta käyttövallasta edellä lausuttu pätee, kuten kävi ilmi, myös velalliselle kuuluviin *omistusoikeutta rajatumpiin* varallisuusoikeuksiin, esimerkiksi irtaimen tai kiinteään kohdistuvaan vuokraoikeuteen taikka immateriaalioikeutta koskevaan käyttöoikeuteen (lisenssiin). Saneerausvelallinen pysyy edelleen myös niiden yksinomaisena haltijana; saneerailain disponointikiellot eivät koske velallisen oikeutta hyödyntää rajoitettuja oikeuksiaan yrityksen tuotantoprosessissa (ts. oikeutta päättää niiden käytöstä 'tuotantovälineinä').⁷⁴ Tässäkin tilanne poikkeaa olennaisesti konkurssi-

⁷³ Konkurssissa tapahtuvaa omistusoikeuden uudelleenjärjestelyä on joskus pyritty kuvaamaan myös erottamalla toisistaan muodollinen ja faktinen (aineellinen) omistusoikeus; edellinen jää velalliselle, jälkimmäinen siirtyy pesälle. Ks. hieman tähän tapaan *Schlegel* s. 113: "Durch den Entzug der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis wird dem Schuldner aber seine formale Eigentümerposition nicht entzogen, sondern diese lediglich geschwächt." Ks. myös *Ovaska* s. 28: "käytännön konkurssitäytäntöönpanossa saatetaan menetellä sellaisin ulkonaisin muodoin kuin omistusoikeus olisi tosiasiaa siirtynyt konkurssipesälle."

⁷⁴ Omistusoikeuden teoriaa koskeneessa vilkkaassa keskustelussa on pohdittu muun ohella sitä, millaisiin varallisuusobjekteihin kohdistuvaa oikeutta on tarkoituksenmukaista kutsua omistusoikeudeksi. Yhtäältä on suhtauduttu pidättyen tai suorastaan kielteisesti mahdollisuuden omistaa muita kuin yksilöllisesti määrättyjä aineellisia kohteita (esineitä). Esimerkiksi saamisioikeuden ja vuokraoikeuden ei tällöin katsota olevan haltijansa omistusoikeuden kohteita, vaan kuuluvan omistusoikeuden ja muiden varallisuusoikeuksien yhdessä muodostaman *omaisuuden* piiriin. Näin *Kartio* Perusteet s. 114 ja 187–188. Vrt. *Havansi* Esinevakuusoikeudet s. 77, joka nimenomaisesti katsoo myös saatavien, yhteisöosuuksien ja immateriaalioikeuksien voivan olla omistusoikeuden ja rajoitetun esineoikeuden kohteen muodostavia *varallisuusobjekteja*. Ruotsissa

oikeudesta; konkurssiin asettamisestahan seuraa, että velallinen ei voi enää itse päättää, miten pesään kuuluvia rajoitettuja varallisuus oikeuksia hyödynnetään, tai hyödynnetäänkö lainkaan. Pesä tulee velallisen sijaan siihen sopimukseen tai muuhun oikeussuhteeseen, johon velallisen oikeus perustuu. Konkurssipesä päättää – tietenkin ao. sopimuksen rajoissa – rajoitetun oikeuden hyödyntämisen tavoista ja laajuudesta tulevaisuudessa.⁷⁵

4.2.2.2 Konkreettinen määräysvalta siirtymän kohteena

Saneeraus- ja konkurssivelallisen omistaja-asemat ovat lähempänä toisiaan, kun tarkastelu siirretään yksinomaan omistajan kompetenssiin. Kuten todettu, kompetenssilla tarkoitetaan omistajalle kuuluvaa valtaa määrätä omaisuudestaan vaihdannassa. Tällaisella määräilyllä omistaja pyrkii *muuttamaan omaisuuteensa kohdistuvia oikeuksia* ja näin useimmiten myös saamaan aikaan itselleen koituvaa taloudellista hyötyä, yleensä rahaa joko omistusoikeuden siirtämisestä taikka rajoitetumman oikeuden perustamisesta omistamaansa varallisuuskohteeseen.⁷⁶

On selvää, että omistajan taloudelliset vaikeudet aiheuttavat velkojille hyväksyttävän intressin *puuttua omistajan kompetenssin käyttöön*. Velkojat haluavat päästä itse kontrolloimaan velallisen varallisuus oikeudelliseen asemaan kohdistuvia muutoksia. Tätä intressiä voidaan pitää yleisinsolvenssioikeudellisenä ja on siten läsnä myös saneerauksessa. *Määräysvallan rajoittaminen insolvenssimenettelyssä kohdistuukin juuri velallisen kompetenssiin*. Velalliselta riistetään kelpoisuus määräillä varallisuudestaan vaihdannassa siirtämällä tämä kelpoisuus velkojen kontrolliin. Likvidaatiokonkurssissa siirtymä on totaalinen – velalliselta riistetään kokonaan mahdollisuus saada omaisuudestaan vaih-

Hessler (s. 113) lukee viimeksi mainitut kohteet (förmögenhetsobjekt) omistusoikeuden kohteiksi laajassa merkityksessä (ägaranderätt i vidsträckt mening), jolloin pelkästään yksilöllisesti määrätty fyysiset objektit käsittävä omistusoikeus on omistusoikeus suppeassa merkityksessä (i inskränkt mening). Ks. myös *Rodhe* s. 4–12, joka ei tee jyrkkää eroa fyysisten esineiden ja muiden varallisuuskohteiden välille. – Oltiin omistusoikeuden 'kohteiksi' kelpaavista objekteista (ja aiheutta koskevan keskustelun tarpeellisuudesta) mitä mieltä tahansa, tämän tutkimuksen kannalta on olennaista, että saneerausmenettelyssä kohdellaan omistusoikeutta rajatumpia varallisuus-oikeuksia samoin kuin omistusoikeutta: oikeuden ydinosa eli yksinomainen, staattisesti suojattu tuotannollistaloudellinen hyödyntämisvalta *pysyy velallisella*.

⁷⁵ Sopimusten osalta edellytyksenä on tietenkin, että voimassa oleva oikeus myöntää pesälle *sijaantulo-oikeuden*, jonka pesä käyttää hyväkseen. Muussa tapauksessa sopimus purkautuu. Sijaantuloproblematiikka on konkurssissa keskeinen, mutta alue oli pitkään yksittäisiä sopimustyyppä koskevien erityisnormien varassa. Tämä aiheutti epäselvyyttä siitä, mitä sopimukselle tapahtuu konkurssissa, jos erityisnormia ei ole. Uusi konkurssilakimme sisältää yleisnormin pesän sijaantulo-oikeudesta. KonkL 3:8.1 legalisoi pesälle sen *valintaoikeuden*, joka oli muotoutunut pitkälti vallitsevaksi lähinnä kauppalaan 63.1 §:n ja konkurssioikeudellisen tutkimuksen nojalla. Sijaantuloproblematiikan perusteista ks. *Möller* s. 23–27 ja 39–77, Suomen oikeudesta ennen uutta KonkL:a *Havansi* Konkurssioikeus s. 135–138 sekä *Tuomisto* Vuokralaisen konkurssi s. 30 ja 69–142. KonkL:n sijaantulonormistosta ks. HE 26/2003 s. 53–55 ja *Koulu* Immateriaalivarallisuus s. 206–269.

⁷⁶ Omistajan kompetenssiin sisältyy toki luonnollisesti myös kelpuus siirtää omistusoikeus taikka antaa toisen käyttää omaisuutta vastikkeetta.

dannallista hyötyä – saneerauksessa osittainen – velallisen hyötymismahdollisuutta vain rajoitetaan laissa säädetyin tavoin. YSL:lle on itse asiassa ominaista, että rajoitus ei kohdistu velallisen kompetenssiin, vaan sen *käyttöön*. Selvittäjän lupaan sidotun kompetenssin hyödyntäminen on nimittäin sekin velallisen oman kelpoisuuden käyttöä. Kukaan muu kuin velallinen ei voi saada selvittäjältä lupaa määrällä varallisuudesta YSL 29.2 §:ssa tarkoitetuin tavoin.⁷⁷

Kun tavoitteena on täsmentää insolvenssimenettelyssä tapahtuvaa määräysvallan siirtymistä, voidaan vielä lopuksi korostaa, että insolvenssivelallisen kompetenssi on tietenkin eri asia kuin oikeustoimikelpoisuus. Kompetenssi tarkoittaa *konkreettista* määräysvaltaa eli kelpoisuutta ”ryhtyä tiettyä oikeusobjektia välittömästi koskeviin oikeustoimiin”.⁷⁸ Oikeustoimikelpoisuus taas on tämän konkreettisen määräysvallan käyttämisen edellytys, *oikeustoimen tekemisen yleinen edellytys*.⁷⁹ On selvää, ettei enempää konkurssi kuin saneerauskaan vaikuta velallisen abstraktiin kelpoisuuteen tehdä oikeustoimia.⁸⁰

4.2.2.3 Siviiliprosessuaalisen puhevallan järjestelystä saneerausmenettelyssä

a) *Puhevallan käsite, pysyvyys ja siirtyminen YSL:n mukaan.* Saneerausmenettely ei lähtökohtaisesti lakkautta velallisen prosessuaalisia toimintamahdollisuuksia. YSL 31.1 §:n mukaan *saneerausvelallinen saa edelleen käyttää puhevaltaa vireillä olevassa oikeudenkäynnissä*.⁸¹ Prosessioikeudellisena käsitteenä ”puhevalta” on kuitenkin monimerkityksinen. Usein, varsinkin kollektiivisen insolvenssioikeuden piirissä, sillä tarkoitetaan *asiavaltuutta* (-legitimaatiota) eli ”*oikeutusta prosessata asianosaisena, so. omissa nimissään, oikeudenkäyntiin saatetusta oikeudellisesta vaateesta*”.⁸²

Asiavaltuus on konkreettinen prosessuaalinen kelpuutus, joka osoittaa, kenellä on yksittäisessä oikeudenkäynnissä valta määrällä riidan kohteesta. Juuri

⁷⁷ Eri asia on, että YSL tarjoaa yksittäistapauksessa mahdollisuuden myös velallisen kompetenssin laajempaan modifiointiin (YSL 30 §). On mahdollista esimerkiksi määrätä, että tietyt oikeustoimet vaativat velkojatoimikunnan hyväksynnän.

⁷⁸ Kivimäki – Ylöstalo s. 139 alav. 1. Ks. myös mts. 143 ja Telaranta s. 40.

⁷⁹ Kivimäki – Ylöstalo s. 138–143.

⁸⁰ Tähän itsestään selvältä vaikuttavaan huomautukseen on aihetta siksi, että varhemmassa oikeuskirjallisuudessa konkurssin on katsottu johtavan velallisen oikeustoimikelpoisuuden menetykseen, ks. Hakulinen Velkakirjalaki s. 115–116. Vrt. kuitenkin Zitting Saantosuoja s. 65. Asiaan kiinnittää huomiota myös Kaisto, Sopimusvapaus s. 263 ja 974. Eri asia on, että sivullis-suojaa koskevat normit eivät välttämättä ole tehneet eroa konkurssivelallisen ja vajaavaltaisen tekemien oikeustoimien välillä, ks. Kartio Perusteet s. 269.

⁸¹ YSL 31 § koskee oikeudenkäynnin lisäksi oikeudenkäyntiin rinnastettavaa menettelyä. Tässä tutkimuksessa tarkastellaan nimenomaisesti vain oikeudenkäyntiä, mutta lopputulokset perusteluineen soveltunevat pitkälti muihinkin menettelyihin. Erityisesti on syytä korostaa, että oikeudenkäynnistä lausuttu koskee myös välimiesmenettelyä.

⁸² Asiavaltuuden määrittelee näin Lappalainen I s. 273 (kurs. alkup.).

tämä onkin olennaisinta velkojakollektiiville; velkojilla on oltava jollakin keinoin mahdollisuus riistää velalliselta itsenäinen prosessuaalinen määräilyvalta, jottei velallinen huonolla tai epälojaalilla prosessaamisellaan kykenisi vaarantamaan täytäntöönpanointressiä. Sen sijaan saneerausmenettely jättää tietenkin koskemattomiksi yrityksen *abstraktit prosessuaaliset kelpoisuudet*, asianosaiskelpoisuuden ja oikeudenkäyntikelpoisuuden, ts. kyvyn olla oikeudenkäynnissä asianosaisena sekä suorittaa itsenäisesti prosessitoimia. Asianosais- ja prosessitoimikelpoisuus vastaavat siviilioikeudellista oikeuskelpoisuutta ja oikeustoimikelpoisuutta, ts. oikeussubjektiuden abstrakteja ominaisuuksia.⁸³ Tässä jaottelussa asialegitimaation materiaalisena vastineena voidaan pitää edellä jo käsiteltyä konkreettista määräysvaltaa, jolloin asiavaltuutta voitaneen kuvata myös *prosessuaaliseksi disponointivallaksi*. – Kuten jäljempänä pian havaitaan, YSL 31 §:ssä kuitenkin tarkoitetaan ”puhevalalla” ilmeisesti jotain aivan muuta kuin asiavaltuutta, nimittäin *saneerausyrityksen oikeutta itse päättää prosessuaalisesta edustuksestaan*.

YSL 31.1 § ilmaisee *puhevallan* pysyvyyden periaatteen. Periaate muodostaa materiaalisen disponointivallan *prosessuaalisen takeen*; velallinen saa edelleen määrätä omaisuudestaan ja liiketoiminnastaan myös oikeudenkäynnissä, olipa yritys yksittäisessä jutussa kantajana tai vastaajana. YSL 31.1 §:sta ilmenevä pysyvyyden periaate muodostaa vastakohdan puhevallan siirtymisen periaatteelle, joka edelleen vallitsee likvidatio-oikeudessa, ja siellä nimenomaan asiavaltuuden siirtymisen merkityksessä. Konkurssivelallinen menettää asialegitimaationsa pesälle, jollei pesä harkitse tarkoituksenmukaisemmaksi jättää sitä joiltain osin velalliselle.⁸⁴

Puhevallan pysyvyyden periaate voi kuitenkin kumoutua myös saneerausmenettelyssä. Tähän riittää, että *selvittäjä päättää* ryhtyä käyttämään *velallisen puhevaltaa* (YSL 31.1 §).⁸⁵ Kysymys on yksin selvittäjän harkinnassa. Esitöiden mukaan se on myös hänen vastuullaan, sillä tuomioistuimella ei katsota olevan velvollisuutta omasta aloitteestaan varata selvittäjälle tilaisuutta tulla kuulluksi asiassa, jossa velallinen on asianosaisena.⁸⁶ Esitöistä ilmenee kiistatta myös, että selvittäjän päätös syrjäyttää velallisen oikeuden oman puhevaltansa käyttöön samassa asiassa.⁸⁷

⁸³ Asianosaiskelpoisuuden ja prosessitoimi- eli oikeudenkäyntikelpoisuuden määräytymisestä sekä niiden yhteyksistä oikeussubjektin abstrakteihin materiaaliisiin kelpoisuuksiin ks. *Lappalainen* I s. 262–273. Ks. myös *Agell – Malmström* s. 60 ja 62.

⁸⁴ Ks. *Havansi* Konkurssioikeus s. 125–128.

⁸⁵ Sanamuoto kytkee puhevallan siirtymisen jo selvittäjän päätökseen. Jotta päätöksellä olisi reaalista merkitystä, selvittäjän tulee luonnollisesti saattaa se velallisen ja tuomioistuimen tietoon. Velallisen puhevallan lakkaaminen ei siis kuitenkaan edellytä, että selvittäjä esimerkiksi suorittaa ensimmäisen varsinaisen prosessitoimensa.

⁸⁶ HE 182/1992 s. 83. Konkurssissa sääntö on perinteisesti ollut päinvastainen, ts. tuomioistuin on varattava konkurssipesälle tilaisuus velallisen syrjäyttämiseen oikeudenkäynnistä, ks. *Lappalainen* I s. 294. Kun saneerauslain esityölausumaa ei perustella tarkemmin, voidaan kysyä, pitäisikö selvittäjällä kuitenkin olla samanlainen oikeus kuin pesähoitajalla saada tieto oikeudenkäynnistä, jossa velallinen on asianosaisena. Nähdäkseni vastaus on kieltävä. Eroavuus on looginen seuraus puhevallan pysyvyyden periaatteesta.

⁸⁷ HE 182/1992 s. 83.

Puhevallan järjestely jakautuu YSL:ssa kahtia niin, että juuri selostettu YSL 31.1 § koskee menettelyn alkaessa vireilläolevia oikeudenkäyntejä. Niissä velallinen siis säilyttää puhevaltansa, jollei selvittäjä toisin päättä. Pykälän toisen momentin mukaan selvittäjällä on oikeus toimia myös omasta aloitteestaan velallisen lukuun, esimerkiksi panemalla vireille oikeudenkäynnin, jonka vireillepanoon velallinen olisi kelpuutettu, sekä käyttää siinä puhevaltaa velallisen puolesta. Tätä kutsutaan esitöissä selvittäjän ”aktiiviseksi asiavaltuudeksi”.⁸⁸ Sen käyttämiselle ei aseteta erityisedellytyksiä, joten asia lienee selvittäjän päätöksen varassa, samoin kuin 1 momentin mukainen puhevallan käyttö. Myös oikeusvaikutusten täytynee olla samat, joten selvittäjän kanne tai muu vaatimus syrjäyttää velallisen puhevallan saman vaatimuksen osalta.

Velallisen prosessuaalisia kelpuutuksia on laissa siirretty vain selvittäjälle, ei saneerausvelkojille. Yksittäinen velkoja voi nostaa ainoastaan takaisinsaantikanteen YSL 37.1 §:n nojalla, mutta tähän ei meillä, toisin kuin Yhdysvalloissa, katsota alun perinkään kuuluneen velallisen itsenäisiin prosessuaalisiin kelpuutuksiin.⁸⁹ Saneerausvelkoja ei voi nostaa esimerkiksi tehotto-muuskannetta YSL:n disponointirajoitusten vastaisen oikeustoimen julistamiseksi tehottomaksi.⁹⁰ Tämä on johdonmukaista sen kanssa, että saneerausvelkojille ei siirry myöskään mitään materiaalista määräysvaltaa velallisen varallisuuteen. Velkojen toimet eivät voi perustaa velalliselle esimerkiksi sellaisia velvoitteita, jotka olisi YSL 32.1 §:n nojalla maksettava erääntyessä. Tämä tarkoittaa toiselta puolen, että velkojan tai velkojen vastustus ei voi estää tällaisen velan syntymistä muutoin kuin välillisesti eli sitä kautta, että velkojatoimikunta antaa selvittäjälle ohjeita tälle kuuluvan lupakontrollin tarkemmasta käytöstä taikka ylimääräisen vallinnanrajoituksen hakemisesta.

b) Selvittäjän puhevalta yrityksen laillisen edustuksen muotona. YSL 31 § herättää systemaattisesti ja käytännössäkin merkittävän kysymyksen, mikä vaikutus selvittäjän ”puhevallalla” ja sen käytöllä on velallisen statukseen siviili-prosessissa. Ongelmana on erityisesti, että suorat konkurssianalogiat eivät välttämättä päde. Konkurssissahan pesä saa, kuten todettu, velallisen *asialegitimaation* ja näin syrjäyttää velallisen varsinaisesta asianosaisasemasta. Konkurssivelalliselle jää itsenäisen väliintulijan (vahva) rooli.⁹¹ Tämä koskee sekä konkurssin aikana alkavia että konkurssin alkaessa vireillä olevia oikeudenkäyntejä, joista jälkimmäisissä konkurssi saa siten aikaan *asianosaisseuraannon*.⁹² Konkurssi-

⁸⁸ HE 182/1992 s. 83.

⁸⁹ Ks. *Havansi* Konkurssioikeus s. 128 ja 325.

⁹⁰ Ks. myös *Koskelo* s. 158 alav. 5, jossa todetaan, että maksukiellon vastaisen suorituksen palautusvaatimus kuuluu selvittäjän tehtäviin ja jos selvittäjää ei ole määrätty, palautuksen toteuttaminen jää velalliselle.

⁹¹ Ks. *Havansi* Konkurssioikeus s. 125 ja *Lappalainen* I s. 276–277.

⁹² *Lappalainen* I s. 293–296. Asianosaisseuraannosta yleensä *Tirkkonen* I s. 435–447.

velallisen asianosaisstatuksen menetys ja asianosaisseuraanto perustuvat tietenkin siihen, että konkurssissa voidaan erottaa alkuperäinen velallinen sekä siitä erillinen konkurssipesä, joilla molemmilla on itsenäinen asianosaiskelpoisuus. Saneerausmenettelyssä tällaista erottelua ei meillä vallitsevan käsityksen mukaan voida tehdä. Saneerausyritys on edelleen ainoa asianosainen myös niissä oikeudenkäynneissä, joissa selvittäjä ryhtyy käyttämään puhevaltaa yrityksen puolesta.

Vallitseva näkemys lieneekin, että velallisen ”puhevallan” käytöllä tarkoitetaan YSL 31 §:ssä *saneerausyrityksen edustamista*; käyttäessään puhevaltaa saneerausyrityksen puolesta selvittäjä esiintyy yrityksen *laillisena edustajana*.⁹³ Näin nähtynä selvittäjän päätös ryhtyä käyttämään saneerausvelallisen puhevaltaa ei vaikuta mitenkään velallisen asialegitimaatioon, eikä siirtymistaapahtumalla siten ole paljonkaan yhteistä konkurssissa tapahtuvaan asiavaltuuden siirtymiseen. YSL 31 §:n mukainen puhevalta on nimenomaan edustusvaltaa; kysymys on siitä, *kuka saa edustaa saneerausyritystä oikeushenkilönä oikeudenkäynnissä*. Saneerausyrityksen puhevallan syrjäytyminen tarkoittaa yrityksen tavanomaisen legaalisen edustuksen (esimerkiksi osakeyhtiön hallituksen ja muiden toiminimen kirjoittamaan oikeutettujen) syrjäytymistä oikeudenkäynnistä. Selvittäjän päätös ryhtyä käyttämään velallisen puhevaltaa johtaa siihen, että selvittäjä, *yrityksen laillisena edustajana*, joko prosessaa henkilökohtaisesti tai valtuuttaa valitsemansa oikeudenkäyntiasiamiehen.

Käsitys selvittäjästä saneerausvelallisen legaalisenä edustajana on käytännöllinen, mutta myös altis arvostelulle. Vaarana on, että juuri velallisen laillisenä edustajana esiintyvä selvittäjä mielletään velallisen intressien ajajaksi. Selvittäjän toimintaa voi myös olla vaikea ymmärtää silloin, kun hän prosessaa vastoin legaalisen päämiehensä subjektiivista etua. Onkin korostettava, että toisin kuin legaalisessa edustuksessa yleensä, saneerausmenettelyn selvittäjä ei puhevallan käytössään voi ajaa pelkästään päämiehensä egoistisia intressejä. Päinvastoin, hänen on oltava objektiivinen ja huomioitava tasapuolisesti myös velkojien edut. Lisäksi hänen olisi pidettävä huolta koko saneerausmenettelyn onnistumisesta. Selvittäjän prosessaamisen on muutoinkin poikettava laillisen edustuksen tavanomaisista periaatteista niin, että hän ei ”identifioituisi” päämieheensä siten kuin legaalinen edustaja yleensä.⁹⁴

Kysymys selvittäjän prosessuaalisesta roolista ei ole vain akateeminen, vaan sillä on osin huomattavaakin käytännöllistä merkitystä. Kun selvittäjän päätös velallisen puhevallan käytöstä tarkoittaa muutosta vain yrityksen laillisessa

⁹³ Ks. *Lappalainen* I s. 300, jossa saneerausmenettelyn selvittäjä mainitaan nimenomaisesti eräänä lakimääräisen edustuksen muotona.

⁹⁴ Lakimääräisen edustajan identifioitumisesta päämieheensä siviiliprosessissa ks. *Lappalainen* I s. 300–302.

edustuksessa, mitään asialegitimaation siirtymistä ei tapahdu. Selvittäjä prosessaa *velallisen asiavaltuudella*. Tästä seuraa myös, että selvittäjän puhevallan käyttö *ei siirrä velallista väliintulijaksi*. Ehkä merkittävin käytännöllinen seuraus tästä on, että saneerausmenettelyssä ei synny konkurssista tuttua kahden asianosaisen asetelmaa, jossa pesä käyttää velalliselta siirtynyttä asiavaltuutta velallisen siirtyessä itsenäiseksi väliintulijaksi säilyttäen näin tosiasiallisesti asianosaisen aseman siihen kuuluvine prosessuaalisine kelpuutuksineen OK 18:10.2:n nojalla. Kuten tunnettua, itsenäisellä väliintulijalla on – muun dispoointikompetenssinsa ohella – oikeus hakea itsenäisesti muutosta asiassa annettavaan tuomioon.⁹⁵ Koska saneerausvelallisella ei ole itsenäisen väliintulijan asemaa selvittäjän ajamissa asioissa, myös kysymys muutoksenhausta (so. ratkaisuun tyytymisestä) on *ksin selvittäjän päätösvallassa*.

Poikkeuksen yllä todettuun muodostaa takaisinsaantiprosessi. YSL 35.3 §:n nimenomaisen asiavaltuussäännöksen mukaan takaisinsaantia voi saneerausmenettelyssä vaatia selvittäjä tai velkoja. Takaisinsaantiasiassa selvittäjä ei siten edusta velallista, vaan prosessaa omalla, lakiin perustuvalla asiavaltuudellaan. Siten velallinen on takaisinsaantijutussa OK 18:10.2:n mukainen itsenäinen väliintulija ja voi mm. valittaa asiassa annettavasta tuomiosta.⁹⁶

Kysymys konkurssipesänhoitajan statuksesta on aikojen kuluessa ollut vahvastikin esillä saksalaisessa insolvenssitutkimuksessa, ja pohdintoja on jatkettu uudistuksen jälkeenkin.⁹⁷ Problematiikan ympärille kehittyneen teoretisoinnin käytännöllistä merkitystä ei kuitenkaan enää pidetä suurena.⁹⁸ Kysymys on lähinnä selvittäjän (Insolvenzverwalter)⁹⁹ roolin mieltämisestä, hänen systemaattisesta 'paikastaan' insolvenssimenettelyn osapuolten asioiden hoitamisessa. Joka tapauksessa uudemmassa tutkimuksessa on suhtauduttu torjuvasti ajatukseen, että selvittäjä olisi enempää velkojen kuin velallisenkaan edustaja; aiemmin kannatusta saaneet edustusteoriat (Vertretungsheorien) selvittäjän asemasta ovat saaneet väistyä.¹⁰⁰ Näin velkojen

⁹⁵ Itsenäisen väliintulijan asemasta ks. *Lappalainen* I s. 351–354.

⁹⁶ Asiavaltuuden jakautuminen saneeraustakaisinsaannissa on YSL 35.3 §:n ja asialegitimaatiooppien perusteella kiistaton: selvittäjällä on lakiin perustuva asiavaltuus, joka syrjäyttää – velallisen tai kenen tahansa – väitteeseen perustuvan legitimaation. Jollei selvittäjä nosta kannetta, asiavaltuus siirtyy lain mukaan velkojalle (YSL 37.1 §). Velallinen ei voi koskaan nostaa kannetta omissa nimissään, ei silloinkaan, kun selvittäjä tähän suostuu. Kysymys kuitenkin aiheutti YSL:n alkutaipaleella ongelmia, joita jouduttiin korkeimmassa oikeudessa käsittelemään vahvennetussa jaostossa. Ks. KKO 1995:130 ja 1997:187. Varallisuus oikeudellisia riitoja koskevan asiavaltuuden määräytymisestä joko väitteen tai lain säännöksen perusteella ks. *Lappalainen* I s. 274–280.

⁹⁷ Keskustelun linjoista *Häsemeyer* s. 327–337.

⁹⁸ Ks. *Pape – Uhlenbruck* s. 420.

⁹⁹ Seuraavassa puhutaan yksinkertaisuuden vuoksi selvittäjästä, vaikka termi Insolvenzverwalter tarkoittaa sekä likvidaatio- että saneerausmenettelyyn määrättävää ulkopuolista tahoa. Tehtävänimike on riippumaton siitä, mitä velkojat päättävät yrityksen liiketoiminnan jatkamisesta, saneeraamisesta tai lopettamisesta.

¹⁰⁰ *Pape – Uhlenbruck* s. 421. Edustus- tai edustajateorioista myös *Häsemeyer* s. 329–331.

osalta siksi, että velkojaintressit eivät olleet riittävän yhtenäisiä yhden henkilön edustettaviksi. Velallisen osalta edustusteorian ongelmaksi muodostui tietenkin se, että selvittäjä joutuu useinkin valvomaan ja toteuttamaan velallisen subjektiivisen edun vastaisia intressejä; selvittäjän mieltäminen velallisen edustajaksi katsottiin tällaisissa tilanteissa mahdottomaksi.¹⁰¹ Edustaja-teorioiden ongelmat johtivat siihen, että selvittäjää pidetään nykyisin lähinnä *oikeudenhoidon orgaanina*, joka määrätään yritykseen hoitamaan lakiin perustuvaa tehtävää. Näin korostuu selvittäjätehtävän ammattimaisuus ("Amtstheorie") ja siihen perustuva objektiivisuus; selvittäjä hoitaa omissa nimissään laissa säädettyjä tehtäviä menettelyn osapuolia sitovin vaikutuksin. Uusimmassa kirjallisuudessa on kuitenkin samalla korostettu, että selvittäjän roolia ei ole mahdollista eikä tarpeen määritellä minkään yleispätevän teoreettisen käsityksen nojalla. Niiden sijasta on korostettava selvittäjän tehtävien sekä hänen oikeuksiensa ja velvollisuuksiensa *vaihtelevuutta* tilanteen mukaan.¹⁰²

c) *Materiaalisen ja prosessuaalisen määräysvallan eroavuus.* Jos velallisen aineellisten ja prosessuaalisten toimintamahdollisuuksien haluttaisiin muodostavan keskenään mahdollisimman johdonmukaisen kokonaisuuden, tulisi saneerausvelallisen prosessuaalisen puhevallan (YSL-kontekstissa: itsenäisen edustusvallan) mukautua täydellisesti siviilioikeudelliseen määräysvaltaan. Tämä ei kuitenkaan ole millään tavoin välttämätöntä, eikä saneerauslakimme tällaista logiikkaa seuraakaan. YSL 31.1 §:n mukaan saneerausvelallisen prosessuaalinen puhevalta voi olla joko laajempi tai suppeampi kuin siviilioikeudellinen disponointivalta. Enempää velallisen puhevallan pysyvyyttä kuin selvittäjän oikeutta puhevallan siirtämiseen ei nimittäin ole jaettu samalla tavoin kuin materiaalinen määräysvalta velallisen ja selvittäjän kesken. Näin ollen

- velallisen prosessuaalinen puhevalta pysyy, vaikka velallisella ei YSL:n mukaan olisi siviilioikeudellista disponointivaltaa riidan kohteeseen, ja toisaalta
- prosessuaalinen puhevalta siirtyy selvittäjälle suoraan hänen päätöksellään, vaikka riidan kohteena oleva asia kuuluisi materiaalisesti velallisen itsenäiseen disponointivaltaan.

¹⁰¹ Pape – Uhlenbruck s. 421. Likvidaatiokurssin pesänhoitaja on joskus haluttu nähdä myös *yhtiöoikeudelliseksi orgaaniksi*, jonka tehtävänä on yhtiön pakkolikvidaation toteuttaminen. Tämä käsitys – joka kulkee kirjallisuudessa "uutena" tai "modifioituna" edustusteorianä – katsoo pesänhoitajan toimivan likvidaatioprosessin ajan velallisyhtiön laillisena edustajana (tosin rajoittuen siihen osaan yhtiötä, joka muodostaa kurssipesän). Ks. Schmidt s. 107–112. Keskustelun konstruktivisia painotuksia kuvaa hyvin, että teoriaa pesänhoitajasta yhtiön orgaanina (sen "pakollisena likvidaattorina", obligatorische Fremdliquidator) on vastustettu pesältä puuttuvan oikeussubjektin perusteella.

¹⁰² Pape – Uhlenbruck s. 421–422. – Vaikkei meillä tietenkään ole tarvetta ryhtyä saksalaistyyppiseen teoriakeskusteluun selvittäjän roolista, voidaan todeta, että ainakin prosessuaalisena toimijana meikäläinen selvittäjä on lähimpänä edellisessä alaviitteessä kuvattua modifioitua edustusteoriaa, ts. käsitystä, jonka mukaan selvittäjä hoitaa prosessuaalisia tehtäviään yrityksen laillisena edustajana. Ainakin tässä tehtävässään suomalainen selvittäjä näyttäytyy jonkinlaisena lakiin perustuvana, ylimääräisenä yhtiöorgaanina.

Vaikkei mitään loogista kohtalonyhteyttä kaivatakaan, on silti syytä kysyä, voitaisiinko tai pitäisikö prosessuaalinen puhevalta ja siviilioikeudellinen määräysvalta mukauttaa toisiinsa.¹⁰³ Nähdäkseni tähän ei ole tarvetta, vaan pikemminkin nykyinen järjestelmä on – erityisesti täytäntöönpanointressin kannalta – tarkoituksenmukainen. Selvittäjälle on nimittäin perusteltua antaa mahdollisuus puuttua *riitaisiin* oikeussuhteisiin silloinkin, kun sama asia kuuluu oikeudenkäynnin ulkopuolella velallisen itsenäiseen disponointivaltaan. Oikeudenkäynnissä on usein 'pelissä' paljon muutakin kuin epärationaalisen tai velkojille suorastaan epälojaalin disponoinnin vaara. Etenkin suuri kuluvastuu voi vaarantaa koko saneerausmenettelyn onnistumisen, tai ainakin aiheuttaa yritykselle myöhemmin sellaisia taloudellisia ongelmia, jotka vaikeuttavat merkittävästi saneerausohjelman toteuttamista. Selvittäjällä on oltava mahdollisuus vaikuttaa kuluriskiin siirtämällä velallisen puhevalta itselleen silloinkin, kun riidan kohde kuuluu siviilioikeudellisesti velallisen itsenäiseen kompetenssiin. Samalla selvittäjä pääsee tietenkin kontrolloimaan myös sitä, että pääasiata ajetaan velallisen puolelta saneerausmenettelyn yleiset tarpeet ja velkojien intressit asiallisesti huomioiden.

4.2.3 YSL:n materiaalisten vallinnanrajoitusten perusjäsenntely

YSL:n mukaiset vallinnanrajoitukset jaetaan tässä tutkimuksessa kahtia sillä perusteella, kohdistuvatko ne *välittömästi maksunsaanti-intressiin* vai *velallisvarallisuutta muutoin koskeviin disponointeihin*. Välittömästi maksunsaanti-intressiin kohdistuvia ovat

- maksu- ja vakuudenasettamiskielto (YSL 17 §) sekä
- perintä- ja täytäntöönpanokielto (YSL 19, 21 ja 23 §:t).

Muihin disponointeihin taas kohdistuvat

- selvittäjän lupaan sidottu vallintavalta (YSL 29.2 §) ja
- tuomioistuimen yksittäistapauksessa ehkä määräämät muut rajoitukset, joita tässä tutkimuksessa kutsutaan ylimääräisiksi vallinnanrajoi-
tuksiksi (YSL 30 §).

Maksu- ja vakuudenasettamiskieltoa sekä perintä- ja täytäntöönpanokieltoa ei ilmeisesti ainakaan lainvalmisteluvaiheessa mielletty oikeudellisina ilmiöinä vallinnanrajoi-
tuksiksi. Tämä ilmenee jo YSL:n systematiikasta. Maksunsaanti-

¹⁰³ Yleisessä siviiliprosessioikeudessa on *oikeudenkäyntikelpoisuuden* laajuus ainakin tietyissä tilanteissa kytketty riidan kohdetta koskevaan materiaaliseen määräysvaltaan. Näin vajaavaltaisen oikeudenkäyntikelpoisuuden osalta *Lappalainen* I s. 269. Kysymys on luonnollisesti hieman toisenlaisesta problematiikasta.

intressin rajoittamista koskevat kiellot on sijoitettu eri lukuun – saneerausmenettelyn alkamisen oikeusvaikutuksia koskevaan 4 lukuun – kuin velallisen toimintaa ja omaisuuden vallintaa rajoittava sääntely, joka on 5 luvussa. Asiallisesti kysymys on kuitenkin yhteisestä sääntelykohteesta, velallisvarallisuuteen kohdistuvan disponointivallan uudelleenjärjestelystä. Ainakin tutkimuskohteina maksunsaanti-intressiin kohdistuvat kiellot on perusteltua systematisoida samaan yhteyteen muiden vallinnanrajoitusten kanssa. Näin jo siitäkin syystä, että esimerkiksi velan maksu voidaan toteuttaa ulkoisesti samalla tavoin kuin mikä tahansa luovutussopimus.¹⁰⁴

Toisin kuin harkinnanvaraiset väliaikaiskiellot (YSL 22 §), varsinaisen rauhoitusajan disponointirajoitukset ovat lähtökohtaisesti riippumattomia tapauskohtaisesta tarpeesta (sisällöltään 'kiinteitä'). Menettelyn aloittaessaan tuomioistuin ei voi räätälöidä vallinnanrajoituksia yksittäistapaukseen sopiviksi, esimerkiksi rajaamalla jotkin velkasuhteet maksukiellon ulkopuolelle. Eri asia on, kuten jäljempänä selviää, että kiinteiden rajoitusten tarkempi sisältö edellyttää useinkin tapauskohtaista tulkintaa ja harkintaa. Vallinnanrajoitusten sisällöllinen absoluuttisuus on lisäksi voimassa vain niin, ettei rajoituksia voida räätälöidä laissa säädettyä lievemiksi. Sen sijaan rajoitusten tiukentaminen on mahdollista määräämällä ylimääräisiä vallinnanrajoituksia YSL 30 §:n perusteella, ja tämä tapahtuu nimenomaan tapauskohtaisen tarpeen perusteella. Ylimääräisten rajoitusten mahdollisuus johtaakin siihen, että velallisen vallintavaltaa voidaan kirjoitetun lain mukaan rajoittaa hyvinkin syvällisesti; ylimääräisten rajoitusten luettelo nimittäin ei ole tyhjentävä.¹⁰⁵

4.2.4 Laillistetun maksunlakkautuksen järjestelmä

4.2.4.1 Idea, rakenne ja logiikka

Maksunsaanti-intressiin kohdistuvat vallinnanrajoitukset muodostavat jo YSL:n kirjoitettujen säännösten perusteella *järjestelmän*. Järjestelmä koostuu toisiinsa kiinteästi kytkeytyvistä maksu- ja vakuudenasettamiskiellosta sekä perintä- ja täytäntöönpanokiellosta. Maksu- ja vakuudenasettamiskiellot kohdistuvat velalliseen estäen saneerausvelan maksamisen sekä vakuuden asettamisen tällai-

¹⁰⁴ Ruotsin LFR:n ja Tanskan betalingsstandsning-normiston valmistelussa maksukielltoa käsiteltiin systemaattisesti osana velallisen määräysvaltaa. Lakitekstit seuraavat samaa systematiikkaa. Ks. Prop. 1995/96:5 s. 79–84 ja LFR 2:15 sekä Bet. Nr. 606 s. 66–68, 158–160 ja konkursloven 15 § ja 72 §.

¹⁰⁵ YSL 30 §:n perusteluissa todetaan erikseen, että säännöksen avoimuus käy ilmi jo sanamuodosta, ks. HE 182/1992 s. 83.

sesta velasta (YSL 17.1 §).¹⁰⁶ Perintä- ja täytäntöönpanokielto taas kohdistuu velkojaan estäen saneerausvelan vapaamuotoisen perinnän sekä tällaisen velvoitteen pakkotäytäntön (YSL 19, 21 ja 23 §:t).¹⁰⁷

Järjestelmän ytimenä on maksukielto; koko systematiikka rakentuu sen ympärille. Vakuuden asettaminen ja perintä ovat kiellettyjä vain sillä edellytyksellä, että kyseinen velkasuhde on myös maksukiellon alainen. Juuri maksukiellon asettaminen systematiikan keskiöön osoittaa, että vallintavallan uudelleenjärjestelyssä päähuomio on *velallisen kompetenssin rajoittamisessa*. Maksukiellon tarkoituksena on estää velallista suostimasta yksittäistä saneerausvelkojaan muiden kustannuksella. Velkojiin kohdistuva perintäkielto *johdetaan* maksukiellosta. Tältä osin YSL:n järjestelmä on päinvastainen verrattuna Yhdysvaltain oikeuteen, jossa systemaattisena lähtökohtana on velkojen oikeuksien rajoittaminen perintäkiellolla. BC:n stay-normistoa leimaa nimenomaan velallisen suoja perintää vastaan. Toisaalta on selvää, että meilläkin maksukielto ilmentää samalla *velallisen oikeutta maksujensa lakkauttamiseen*.

Nimenomainen, ehdoton maksukiellonormi on suomalainen erikoisuus. Ehdottomuus tarkoittaa tässä sitä, että YSL 17.1 § sisältää yksiselitteisen kielion maksaa saneerausvelkoja. Säännöksessä ei edes viitata jäljempänä säädettäviin poikkeuksiin. Lisäksi YSL:n maksukieltopoikkeukset ovat tarkkarajaisia. Meillä ei ole voimassa Tanskan oikeutta vastaavaa yleispoikkeusta, jonka mukaan välttämättömät maksut voidaan kiellosta huolimatta suorittaa. Toki muissakin oikeusjärjestyksissä suhtaudutaan kielteisesti velallisen

¹⁰⁶ Saneerausvelkoja ovat, kuten tunnettua, kaikki velat, jotka ovat syntyneet ennen saneerausmenettelyn alkamista (YSL 3.1 § 4 kohta). Saneerausvelkojen tyhjentävä määrittelyminen ei kuulu tämän tutkimuksen tavoitteisiin. Eräitä rajanvetoja tarkastellaan kuitenkin myöhemmin maksukiellon rikkomisen yhteydessä. – YSL 17.1 §:ssa asetetaan samassa lauseessa sekä maksu- että vakuudenasettamiskielto. Tässä tutkimuksessa lähdetäänkin siitä, että maksu- ja vakuudenasettamiskielto muodostavat kokonaisuuden, jota koskee yhteinen normisto. Pääosin se, mitä lausutaan maksukiellosta, koskee myös vakuudenasettamiskieltoa. Etenkin laillistetun maksunlakkautuksen idea ja logiikka soveltuvat kumpaankin, jollei erityisestä perusteesta muuta johdu. Yhteinen tarkastelu on sopusoinnussa myös sen kanssa, että omaisuuden luovutus ja panttaus samastetaan varallisuus oikeudessa usein muutoinkin toisiinsa. Velkakirja oikeudessa tämä on suorastaan sääntönä; VKL 10 §:n mukaan velkakirjan luovutusta koskevia sääntöjä sovelletaan myös velkakirjan panttaukseen. Vastaavasti luovutuskielten katsotaan varallisuus oikeudessa yleensä koskevan myös kiellon kohteena olevan varallisuuden panttaamista sekä muun vakuus oikeuden perustamista luovutuskieillon alaiseen omaisuuteen, ks. *Havansi* Esinevakuus oikeudet s. 68–71. Toisaalta on yhtä selvää, että luovutus- ja vakuusdisponointien samastamista ei pidä nähdä minään käsitteellisenä välttämättömyytenä, johon sellaisenaan liittyisi normatiivinen dimensio.

¹⁰⁷ Perintäkielto on YSL:ssä siis erotettu ulosmittauksen ja muiden täytäntöönpanotoimenpiteiden kiellosta (sekä turvaamistoimien kiellosta). Esitöissä (HE 182/1992 s. 74) todetaan, että 19 § koskee perintää, johon velkoja voi itse ryhtyä velkasuhteen ehtojen perusteella; 21 §:n taas ilmoitetaan kohdistuvan ”viranomaisiin”. Jako on havainnollinen, joskaan ei liene tarpeen pyrkiä määrittelemään, katsotaanko esim. ulosmittaushakemuksen vireillepanon estyvän perintäkiellon vaiko täytäntöönpanokiellon perusteella.

mahdollisuuteen maksaa velkojaan maksunlakkautuksen kestäessä, mutta tällaisten maksujen torjumisen ei ole katsottu edellyttävän YSL 17.1 §:n kaltaista tiukkaa kollektionormia. Tämän sijasta on korostettu yhtäältä maksukiellon asemaa kollektiivisen insolvenssioikeuden yleisten periaatteiden (erityisesti yhdenvertaisuusperiaatteen) joukossa sekä tarvetta voida tilanteen edellyttäessä joustaa näistä periaatteista.

Kuten todettu, Yhdysvaltain oikeudessa järjestelmä on jo lähtökohdaltaan päinvastainen rakentuen perintäkiellolle. Itse asiassa ei ole edes selvää, kuinka laajalti rauhoitus aika estää velallista maksamasta saneeraushakemusta edeltäviä velkojaan.¹⁰⁸ Kiistatonta on vain, että tällaisia maksuja tosiasiaassa tehdään vedoten ns. välttämättömien maksujen doktriiniin (doctrine of necessity).¹⁰⁹ Siltä osin kuin maksu ei ole sallittu, siihen kohdistuu normaali takaisinsaantiuhka. 'Valikoidut' maksut voivat johtaa myös siihen, että velallinen menettää debitor in possession -asemansa eli yritykseen määrätään ulkopuolinen selvittäjä.¹¹⁰

Ruotsissa nimenomaisen maksukieltosäännöksen tarpeesta käytiin LFR:n valmisteluvaiheessa keskustelua. Yhtäältä pidettiin selvänä, että velallinen ei voi ("givetvis inte") maksaa ennen saneerausmenettelyn alkua syntyneitä velkojaan,¹¹¹ mutta toisaalta katsottiin, että ehdoton kielto säännös voisi olla liian joustamaton. Lopputuloksena päädyttiin järjestelmään, jossa selvittäjä voi antaa luvan periaatteessa minkä tahansa saneerausvelan maksamiseen, jos tähän on erityisiä syitä; vakuuden asettamiseen hän voi antaa luvan ilman tällaisia syitäkin (LFR 2:15).¹¹² Hallituksen esityksessä kuitenkin korostetaan, että maksuun oikeuttavien syiden on oltava "mycket starka".¹¹³ Maksu ilman selvittäjän lupaa on pätevä riippumatta siitä, tiesikö maksun saaja

¹⁰⁸ Ks. *Keating* Vand. L. Rev. 1991 s. 87.

¹⁰⁹ Mas. 87 ja *Tabb* The Law of Bankruptcy s. 801–802. Välttämättömyysdoktriinin kiistattomin soveltamisala on rautatieyhtiön saneeraus, jossa sitä noudatetaan *sääntönä* (necessity of payment rule). Kiistaa käydään siitä, voiko tuomioistuimissa tapauksissa, siis BC 11 luvun yleisessä saneerausmenettelyssä, antaa velalliselle luvan maksaa joitakin sellaisia saneerausvelkojaan, joiden maksaminen olisi liiketoiminnan jatkuvuuden ja siten myös saneerauksen onnistumisen kannalta erittäin tärkeää (usein keskeisten tavarantoimittajien ja alihankkijoiden saatavat, ks. *Tabb* The Law of Bankruptcy s. 802). Kuten todettu, käytännössä tällaisia lupia on myönnetty, mutta oikeustila on epäselvä. Tutkimuksessa on suositeltu, että tuomioistuimet siirtäisivät noudattamaan ehdotonta maksukielloa, ts. että selektiiviset maksulupahakemukset hylättäisiin, vaikka jotkin yritykset näin tosiasiaassa ehkä menettäisivätkin saneerausmahdollisuutensa. Ks. *Tabb* Am. Bankr. L.J. 1991 s. 93–115 ja *sama* The Law of Bankruptcy s. 803. Kysymys on ollut esillä aivan viime aikoinakin; ks. *Ehrenfeld* U. Chi. L. Rev. 2003 s. 622, jonka mukaan käytännössä kehittyneitä välttämättömyysdoktriinia ei hyväksytty liittovaltion muutoksenhakutuomioistuimissa. Konkurssituomioistuinten lupapäätöksiä kumotaan, koska "such payments violate the spirit and letter of the Bankruptcy Code". Ks. myös mas. 633–634 ja 638, jossa muodollisen oikeusvarmuuden vahvistamiseksi puolletaan ehdottoman maksukiellon noudattamista.

¹¹⁰ Ks. *LoPucki* Strategies for creditors s. 464.

¹¹¹ Ks. Prop. 1995/96:5 s. 83. Maksukiellon todetaan kuuluvan jo saneerausinstituution luonteeseen ("ligger i rekonstruktionsinstitutets natur") ja seuraavan myös yhdenvertaisuusperiaatteesta. Näin ollen menettely viedään läpi tosiasiallisen maksunlakkautuksen ("faktiskt betalningsinställelse") suojaissa.

¹¹² Ks. *Hellners – Mellqvist* s. 29 ja 106–107.

¹¹³ Prop. 1995/96:5 s. 84.

saneerausmenettelystä vai ei. Esitöissä todetaan, että ilman selvittäjän lupaa tehtyä maksua on pidettävä painavana perusteena lakkauttaa saneerausmenettely.¹¹⁴

Myös Tanskan maksunlakkautusnormiston valmistelussa katsottiin olevan selvää, että velallisen tulee pidättäytyä suorittamasta ennen maksunlakkautusta syntyneitä velkojaan.¹¹⁵ Tällaisten maksujen kiellettyisyys ilmenee ensinnäkin konkursloven 15 §:stä, toiseksi 72 §:n erityisestä takaisinsaantisäännöksestä. Molemmat sisältävät välttämättömien maksujen pysyvyyttä suojaavan normin: maksu on sallittu, jos se on välttämätön vahingon torjumiseksi (*”nødvendig for at afværge tab”*). Näin Tanskan oikeus sisältää kirjoitettuun lakiin nojautuvan välttämättömyyspoikkeuksen.¹¹⁶ Maksukieltoa kiristettiin jonkin verran vuoden 1984 uudistuksella muuttamalla kiellon sanamuoto muodosta *”bør”* muotoon *”må”*. Näin haluttiin korostaa sitä, että maksunlakkautusta on noudatettava.¹¹⁷ Myös Tanskassa on korostettu, että vaikka velkojen yhdenvertaisuutta loukkaavat maksut ovat takaisinsaantiriskin alaisia, ne johtavat käytännössä herkästi myös velallisen määräysvallan menettämiseen eli legaalisen maksunlakkautustilan raukeamiseen.¹¹⁸

Saksassa kysymys velallisen mahdollisuudesta maksaa ennen menettelyn alkua syntyneitä velkojaan nousee luonnollisesti esiin vain velallishallinnossa eli poikkeukselliseksi tarkoitetuissa oloissa. Velallishallintoon määrättävän valvojan toimivaltuuksiin kuuluu kylläkin myös velallisen maksuliikenteen kontrollointi (InsO 275.2 §),¹¹⁹ mutta YSL 17.1 §:a vastaavaa nimenomaista kiellonormia ei InsO sisällä.

Voidaan ehkä väittää, että YSL 17.1 §:n kaltainen maksukielto on ristiriidassa insolvenssioikeuden perusteiden kanssa. Insolvenssimenettelyhän alkaa siksi, että velallisella on vaikeuksia velkojensa maksamisessa. Velkojen näkökulmasta ongelma on kuitenkin juuri siinä, että velallinen säännön-

¹¹⁴ Prop. 1995/96:5 s. 82.

¹¹⁵ Ks. Bet. Nr. 606 s. 62, jonka mukaan maksunlakkautuksen aikana velallinen *”bør – naturligtvis afholde sig fra at forrykke forholdet mellem kreditorerne ved at betale enkelte gældsposter”* ja s. 67, jossa todetaan, että maksunlakkautuksen aikana velallisen disponointien on yleensäkin oltava varovaisia (*”forsigtige og konservative”*).

¹¹⁶ Poikkeus koskee myös maksuja, jotka eivät vaaranna legaalisen etuoikeusjärjestyksen toteutumista (*”er dækket efter reglerne om konkursordenen”*; tässä on huomionarvoista, että takaisinsaantisuoja koskee myös ennen maksunlakkautusta tehtyjä, vapaaehtoiseen velkajärjestelyyn liittyneitä maksuja, jos ne on suoritettu etuoikeusjärjestyksen mukaisesti). Takaisinsaanti edellyttää aina myös maksun saajan vilpillistä mieltä, johon kuitenkin riittää jo perusteltu epäily siitä, että velallinen on tosiasiallisesti lakkauttanut maksunsa. Ks. Bet. nr. 606 s. 158–160, jossa säännös oli vielä esityksen 71 §, *Ørgaard Betalingsstandsning* s. 222–230 ja *Munch* s. 484–485.

¹¹⁷ *”Herved pointeres, at det er særledes vigtigt, at reglerne overholdes – ”*. Bet. Nr. 983 s. 50.

¹¹⁸ *Ørgaard Betalingsstandsning*sreformen s. 108, jonka mukaan lakkaamisseuraus on *”næsten uundgåeligt”*. – Norjan velkaneuvottelumenettelyä varten ei ole voimassa erityissäännöksiä maksukiellosta; eräitä liiketoimintamuotoja koskevissa erityislacissa kuitenkin edellytetään, että liiketoiminnan harjoittaja ei ole lakkauttanut maksujaan. Oikeustila näyttää jossain määrin epäselvältä ja ainakin epäselvemmältä kuin meillä. Yhtäältä velallisen edellytetään pidättävän yksittäisten velkojen suostimisesta, jotta neuvottelut voivat johtaa tulokseen, toisaalta maksunlakkautustilan ei katsota lakkaavan, vaikka velallinen maksaisikin joitain tärkeitä velkojaan. Ks. *Huser* 1 s. 221–223.

¹¹⁹ Ks. *Westrick NZI* 2003 s. 70–71.

mukaisesti kykenee maksamaan joitakin velkojaan ja näin loukkaamaan velkojia kollektiivina. Olisi toki mahdollista jättää menettelyn aikana tapahtuvat maksut pelkästään takaisinsaantisäännösten varaan, kuten oikeusvertailevat viittaukset osoittavat. Takaisinsaantiaikahan jatkuu meilläkin koko saneerausmenettelyn ajan. Erillisen maksukiellon etuna on kuitenkin, että se *ulottuu kaikkiin maksuihin*, joita ei nimenomaisesti ole säädetty kiellon ulkopuolelle. Näin palautusvastuu on helpommin ennakoitavissa ja erityisesti riippumaton siitä, täyttääkö maksu jonkin takaisinsaantiperusteen. YSL:n itsenäinen maksukieltonormi osoittaa, että *rauhoitusaikana velkojan suosi-miseen suhtaudutaan takaisinsaantinormistoakin ankarammin*.

Kaikkiaan maksukieltonormistomme omintakeisuus aiheuttaa sen, että oikeusvertailevien viittausten relevanssi lainopillisissa analyysissä jää melko vähäiseksi.

Maksukiellon systemaattinen ydinrooli on syytä ottaa myös tutkimuksen lähtökohdaksi. YSL:n maksunsaanti-intressiin kohdistuvaa rajoitusjärjestelmää kutsutaankin tässä tutkimuksessa *laillistetun maksunlakkautuksen järjestelmäksi*.¹²⁰ Järjestelmälle pyritään osoittamaan seuraavat loogissystemaattiset perusteet, joihin on edellä rauhoitusajan funktioiden yhteydessä jo viitattu:

- velallisen *oikeus ja velvollisuus* lakkauttaa velkojensa maksaminen
- *vastaavuusperiaate* maksu- ja vakuudenasettamiskiellon sekä perintäkiellon välillä
- kiellettyjen, sallittujen ja pakollisten maksujen *erottelu kirjoitetussa laissa*
- maksunlakkautuksen *ulkopuolisten velvoitteiden suorituspakko* ja
- kiellonvastaisten suoritusten *palautusvelvollisuus*.

Velallisen *oikeus* lakkauttaa velkojensa maksaminen ilmentää maksunlakkautusintressin oikeudellistumista. Moderni insolvenssioikeus *tunnustaa maksunlakkautusintressin ja antaa sille oikeussuojaa*. Tämä sisältää muun ohessa sen, että maksuviivästykselle muodostuu oikeusjärjestyksen tunnustama peruste. Maksunlakkautusoikeuden looginen ja samalla oikeudenmukainen vastinpari on tietenkin maksunlakkautusvelvollisuus, joka suojaa velkojien yhdenvertaisuutta. *Vastaavuusperiaate* sisältää puolestaan sen, että maksunlakkautuksesta seuraa *vastaava vakuudenasettamiskielto* sekä velkojia velvoittava *vastaava perintäkielto*. Kiellettyjen, sallittujen ja pakollisten maksujen erottelu taas *tämentää sallitun maksunlakkautuksen rajoja* lainsäätäjän harkitsemin oikeuspoliittisin perustein. Erottelun oikeuspoliittisia perusteita ovat mm. sosiaalisten

¹²⁰ Termi ”laillistettu” kuvaa samanaikaisesti sekä maksunlakkautuksen oikeudellistumista että sen sääntelyä kirjoitetussa laissa. Synonyyminä käytetään jatkossa jonkin verran myös legalisen tai legalisoidun maksunlakkautuksen käsitettä. Sen sijaan ei puhuta ”laillisesta” maksunlakkautuksesta, koska sääntelemätönkin maksunlakkautus voi olla laillinen siinä mielessä, ettei sitä voida pitää ainakaan kaikilta osin oikeusjärjestyksen vastaisena.

intressien turvaaminen ja sopimusten jatkuvuuden edistäminen. Maksunlakkautuksen ulkopuolisten velvoitteiden suorituspakko puolestaan korostaa sitä, että *laillistetun maksunlakkautuksen rajoja on noudatettava*. Jos velvoite on kirjoitetun lain mukaan maksettava muutoin vallitsevasta maksunlakkautuksesta riippumatta, tällaisen suoritusvelvoitteen on oltava todellinen; sen on jäätävä esimerkiksi velkajärjestelyn ulkopuolelle. Muutoin olisi yhdentekevää, onko maksunlakkautukselle asetettu laissa mitään rajoja, tai onko noita rajoja noudatettava. Maksunlakkautuksen rajojen noudattamista toteuttaa myös kiellonvas- taisten suoritusten palautusvelvollisuus.

Kuten jäljempänä havaitaan, laillistetun maksunlakkautuksen systematiikal- la voidaan perustella useita suosituksia YSL:n maksunsaanti-intressiä koske- vien normien tulkinnasta. Systematiikkaan ja johdonmukaisuuteen nojaavien tulkintasuositusten hyväksyttävyys edellyttää tietenkin, että oikeudenmukai- suusargumentit eivät painoarvolla johda toiseen tulokseen. Lisäksi useissa yhteyksissä tulee esiin, että juuri hahmotellut systemaattiset perusteet on syytä ymmärtää *periaateluontoisina*. Niistä voidaan poiketa. Toisaalta niitä on juuri systemaattisen johdonmukaisuutensa perusteella pidettävä lähtökohtaperiaat- teina. Joka esimerkiksi väittää, että laissa maksunlakkautuksen ulkopuolelle rajattua velkaa ei olisikaan maksettava, on velvollinen esittämään sisällölliset perustelut, joiden nojalla maksuvelvollisuutta ei ole. Tähän ei riitä esimerkiksi pelkkä toteamus, jonka mukaan laissa säädetty poikkeus ei perustaisikaan suoritusvelvollisuutta.¹²¹

Järjestelmän systemaattiset perusteet on yllä lueteltu tietynlaisessa 'tärkeys- järjestyksessä', joka ei kuitenkaan muodosta seuraavan esityksen dispositiota. Ensin kylläkin tarkastellaan velallisen oikeutta maksujensa lakkauttamiseen sekä tämän oikeuden konkreettista ilmentymää, viivästysseuraamusten keskey- tymistä. Seuraavaksi siirrytään kiellettyjen, sallittujen ja pakollisten maksujen erotteluun sekä maksunlakkautuksen ulkopuolisten velvoitteiden suorituspak- koon. Viimeisenä tässä luvussa tarkastellaan vastaavuusperiaatetta. Kiellonvas- taisten suoritusten palautusta taas käsitellään vasta seuraavassa luvussa, joka koskee määräysvallan ylittämistä muutoinkin. Valittu käsittelyjärjestys johtuu siitä, että maksunlakkautusjärjestelmän rajat on syytä pyykittää ennen kuin siirrytään tarkastelemaan maksujen keskeyttämisen ja perinnän välistä vastaa- vuusperiaatetta sekä erilaisia palautusvelvoitteita.

Tämän tutkimuksen tavoitteena on ensinnäkin juuri hahmoteltujen perusteiden luominen, toiseksi niiden hyväksyttävyyden perusteleminen. Sen sijaan tavoitteena *ei* ole selvittää järjestelmän sisältöä yksityiskohtia myöten, esimer- kiksi sitä, mitkä velvoitteet kuuluvat maksunlakkautuksen piiriin, mitkä eivät.

¹²¹ Vrt. Koskela s. 165, jossa perustelematta ja muutoinkin 'dictatyypisesti' (petiittijaksossa) esitettyä kantaa ei voida hyväksyä.

Velvoitekohtainen erityistarkastelu ei kuulu tutkimukseen, jossa vasta pyritään luomaan perusteet koko maksunlakkautusjärjestelmälle. Yksittäisistä velvoitteista tarkastellaan vain joitakin periaatteellisesti tärkeimpiä, kuten keskeneräisiin sopimuksiin perustuvia velkoja sekä vakuusvelkojan oikeutta korkoon saneerausmenettelyn aikana. Molemmat kuuluvat kollektiivimenettelyn peruskysymyksiin ja ilmentävät täytäntöönpanointressin asemaa rehabilitaatiomenettelyssä. Kysymyksillä on siten huomattava *yleisinsolvenssioikeudellinen merkitys*. Sen sijaan erilaisia, jo perinteisesti suojattuja sosiaalisia intressejä ei tarkastella tässä tutkimuksessa erikseen. Niiden suojaaminen on tunnettu jo likvidaatio-oikeudessa.

4.2.4.2 *Laillistettu maksunlakkautus viivästysseuraamusten ja vanhentumisajan keskeytysperusteena*

Maksunlakkautusintressin oikeudellistumisen näkyvimpiä vaikutuksia on, että maksuviivästykselle muodostuu voimassa olevan oikeuden hyväksymä peruste, laissa nimenomaisesti asetettu maksukielto. Olennainen osa laillistetun maksunlakkautuksen järjestelmää onkin, että *maksukiellon alkaessa viivästysseuraamukset keskeytyvät* (YSL 15.2 §). Lakiin perustuvan suorituskiellon tullessa voimaan viivästys ei ole enää sillä tavoin voimassa olevan oikeuden vastainen, että siihen olisi sovellettava ainakaan kaikkia tarjolla olevia viivästysseuraamuksia.¹²²

Kun maksukieltonormistoa tarkastellaan tästä näkökulmasta – suoritusviivästyksen ’laillistajana’ – olisi hyvinkin ajateltavissa, että väliaikaisella ja varsinaisella maksukiellolla olisi yhteiset oikeusvaikutukset. Näin ei kuitenkaan ole. Tarveharkintainen, väliaikainen maksukielto ei lakkauta viivästyskorkoa eikä muita viivästysseuraamuksia. Tämä vaikutus syntyy vasta saneerausmenettelyn aloittamispäätöksellä.¹²³ Näin turvataan täytäntöönpanointressiä yleisesti sekä velkojien yhdenvertaisuutta siltä varalta, että väliaikainen kielto määrätään osittaisena. Jos väliaikainen kielto taas määrätään täysimittaisena – mitä edellä todetun mukaisesti on pidettävä vahvana pääsääntönä – ainakaan yhdenvertaisuusperiaate ei nähdäkseni estäisi viivästysseuraamusten keskeytymistä jo kieltomääräykseen. Mutta oikeustila on tällä hetkellä kiistaton, eikä mainittavaa muutostarvettakaan näyttäisi olevan.

¹²² Legaalisen maksunlakkautuksen vaikutukset suuntautuvat tulevaisuuteen, ex nunc, siitä riippumatta, milloin sen edellytykset ovat täyttyneet in abstracto. Takautuvat ex tunc -vaikutukset tarkoittaisivat, että velallinen vapautuisi myös niistä viivästysseuraamuksista, jotka ovat syntyneet maksunlakkautuksen edellytysten – tyypillisesti maksukyvyttömyyden – toteuduttua. Ex tunc -vaikutuksiin perustuva järjestelmä ei olisi mitenkään mahdollon, ei edes näyttöongelmien kannalta. Takaisinsaatiasasiassa on aivan tavallista, että velallisen maksukyvyttömyyteen johtaneet tapahtumat sekä insolvenssitilan alkuhetki joudutaan rekonstruoimaan tarkastikin.

¹²³ Koskela s. 157 alav. 1.

Vastavuoraisuuden periaate edellyttää, että maksunlakkautuksen oikeusvaikutukset koituvat mahdollisuuksien mukaan myös velkojien hyväksi – tai ainakin, ettei lakkautus aiheuta velkojille enempää vahinkoa kuin on välttämätöntä. Vähimmäisvaatimus on, että *saatava ei saa vanhentua* maksunlakkautuksesta aiheutuvien maksu- ja perintärajoitusten seurauksena. Vanhentumisaajan on ainakin keskeydyttävä siksi kunnes velkasuhteen osapuolten oikeudet ja velvollisuudet määritellään uudelleen tai ne palaavat ennalleen. Vanhentumisen keskeytyminen tarkoittaa vanhentumisaajan *pysähtymistä*; ajan täyttymistä laskettaessa ei oteta huomioon jaksoa, jonka aikana vanhentuminen on ollut keskeytyneenä. Maksunlakkautuksen ei siis sellaisenaan tarvitse, eikä pidäkään, johtaa vanhentumisen katkeamiseen, so. vanhentumisaajan uudelleen alkamiseen.¹²⁴

Alun perin rehabilitaatio-oikeutemme lähti kuitenkin siitä, että saneerausmenettelyn alkaminen ei vaikuta mitenkään yleiseen, vapaamuotoisesti katkaistavissa olevaan vanhentumisaikaan. Tätä perusteltiin juuri sillä, että saneerausmenettely ei estä vapaamuotoisia katkaisutoimia, kuten velasta muistuttamista (ilman pyrkimystä suorituksen saamiseen), eikä myöskään täytäntöönpanoperusteen hankkimista oikeudenkäynnillä (YSL 19.2 §).¹²⁵ Vanhentumislainsäädännön uudistamisessa otettiin toinen kanta: velkojilta ei enää edellytetä yleisen vanhentumisaajan kontrollointia elvytysmenettelyn aikana, vaan *yleinen vanhentuminen keskeytyy suoraan lain nojalla* tuomioistuimen päättäessä saneerausmenettelyn aloittamisesta (VanhL 11.2 §).¹²⁶ Uudistuksen jälkeen vanhentumisen keskeytymistä voidaankin pitää eräänä saneerausmenettelyn alkamisen yleisenä oikeusvaikutuksena. Mutta toisin kuin juuri todettiin viivästysseuraamusten osalta, vanhentuminen keskeytyy *myös saatavaa koskevan väliaikaisen kiellon nojalla*.¹²⁷ Eroa viivästysseuraamuksiin voidaan nähdäkseni perustella sillä, että vanhentumisaajan umpeutuminen väliaikaisen kiellon aikana johtaisi velkojalle selvästi kohtalokkaampaan seuraukseen – saamisoikeuden lakkaamiseen – kuin mikä velalliselle aiheutuu viivästysseuraamusten jatkumisesta saneeraushakemuksen hyväksymiseen saakka. Toisaalta, kuten juuri todettiin, de lege ferenda ei periaatteellista estettä ehkä olisi sillekään, että

¹²⁴ Vanhentumisen keskeytymisen käsitteestä ja vaikutuksista ks. HE 187/2002 s. 23 ja 60–61. Saneeraussaatavan vanhentumisen katkeaminen edellyttää sen ilmoittamista tai huomiointia ilmoituksetta saneerausmenettelyssä (VanhL 11.1 § 2 kohta). Vanhentuminen lasketaan jokaisen saneerausohjelmassa vahvistetun maksuerän osalta erikseen; kutakin erää koskee suoritusvelvollisuuden alkamisesta laskettava viiden vuoden vanhentumisaika (VanhL 13.2–3 § ja 17.2 §).

¹²⁵ Ks. Koskela s. 207–208.

¹²⁶ Ks. HE 187/2002 s. 92.

¹²⁷ VanhL 11.2 §:n sanamuodon mukaan vanhentuminen keskeytyy ”menettelyn ajaksi”. Väliaikaisen kiellon yhteydessä tämä täytyy tulkita niin, että ”menettelynä” pidetään jo väliaikaiskiellon voimassaoloaika.

viivästysseuraamuksetkin keskeytyisivät, mikäli väliaikainen kielto määrätään täysimittaisena.¹²⁸

Viivästysseuraamuksista tavallisin on tietenkin viivästyskorko. Sen ohella saneerausmenettelyn aloittaminen keskeyttää muutkin maksuviivästyksen seuraamukset, ”jotka riippuvat viivästyksen kestosta” (YSL 15.2 §). Keskeytyvän seuraamuksen on siis oltava sidottu viivästyksen keston.¹²⁹ Jos ajan kuluminen ei vaikuta viivästysseuraamukseen, rauhoitusajan alkaminenkaan ei vaikuta siihen. Tyypillinen tällainen viivästysseuraamus on kiinteä sopimussakko, jonka suoritusvelvollisuus syntyy välittömästi viivästyksen seurauksena riippumatta viiveen kestosta. Sen sijaan jos sopimussakko tai muu viivästysseuraamus edellyttää (lain tai sopimuksen mukaan) sopimuksen irtisanomista tai purkamista, sovellettavaksi tulee YSL 19.1 §:n 2 kohta, joka kieltää tällaisen toimenpiteen saneerausmenettelyn alettua.

YSL 15.2 §:ä olisi mahdollista tulkita niin, että se koskisi vain viivästystä, johon velallinen on joutunut ennen saneerausmenettelyä. Tämän mukaan viivästys, joka johtuu menettelyn alkamisesta, jäisi keskeytysvaikutuksen ulkopuolelle.¹³⁰ Tämä on itse asiassa säännöksen sanamuodon mukainen tulkinta: koron ja muun seuraamuksen *kertyminen keskeytyy*. Kysymystä ei käsitellä esitöissä, eikä se ole toistaiseksi ollut esillä oikeuskäytännössä tai -tieteessäkään. YSL:n kommentaarissaan Koskelo mainitsee kuitenkin lyhyesti, että perintäkielto koskee viivästysseuraamuksia, joiden perusteena on jo tapahtunut tai ”maksukiellon myötä aiheutuva” viivästys.¹³¹ Lain sanamuodon kanssa jossain määrin ristiriitaista lopputulosta, joka kuitenkin on ehdottomasti suositeltava, voidaan perustella laillistetun maksunlakkautuksen tarkoituksella. Maksunlak-

¹²⁸ Jos saatava ei kuulu yleisen vanhentumisen piiriin, siihen sovelletaan YSL 99.2 §:ä (15.8.2003/746). Periaatteena on tällöinkin, että velkoja ei saa menettää saamisoikeuttaan rauhoitusajan johdosta. Laissa säädetyt kanneajat ja muut erityiset perimismääräajat eivät kuitenkaan määräydy täsmälleen rauhoitusajarojoitusten keston mukaan, kuten yleisessä vanhentumisessa, vaan kalenterivuositain. Ajan täyttymistä laskettaessa siihen *lisätään* rauhoitusajan tai väliaikaisen kiellon alkamisvuosi, rauhoitusajan tai väliaikaisen kiellon koko kesto sekä niiden päättymisvuodesta jäljellä oleva osa kalenterivuotta. Jos saneerausohjelma vahvistetaan, mutta velkajärjestely sittemmin raukeaa, määräaikaan lisätään myös ne kalenterivuodet, joiden aikana velkajärjestely oli voimassa. Näin saneeraushakemus saattaa jopa pidentää lakiin perustuvaa erityistä perimisaikaa. YSL:n esitöissä kalenterivuosijärjestelmää perustellaan legaalisten perimisaikojen alaisten saatavien erityispiirteillä, etenkin verosaatavien perimisen massaluonteisuudella. Ks. HE 182/1992 s. 111–112, *Koskelo* s. 207–209 ja HE 187/2002 s. 60–61. – YSL 99a §:n (15.8.2003/746) nojalla vanhentumisaajan umpeutuminen ei estä velkojaa saamasta suoritusta myöskään vapaaehtoisen velkajärjestelyn mukaisesti. Edellytyksenä on, että vapaaehtoisen järjestelyn sisältö ”vastaa tässä laissa säädettyjä periaatteita”.

¹²⁹ HE 182/1992 s. 72.

¹³⁰ Näin sillä edellytyksellä, että seuraamuksen syntyminen ei vaadi erityisiä eräännyttämistoimia. Selvää on, että jo syntyneet viivästysseuraamukset jäävät voimaan ja jos ne ovat rahamääräisiä, niistä tulee saneerausvelkaa.

¹³¹ *Koskelo* s. 170.

kautuksella pyritään saamaan aikaan tila, jossa velallisen taloudelliset ongelmat selvitetään ja niihin pyritään etsimään järkevä ratkaisu. Tämän tavoitteen toteutumiseksi on välttämätöntä, että rauhoitusaika ei ainoastaan keskeytä jo alkaneita viivästysseuraamuksia, vaan myös *estää* uusien syntymisen. Juuri tällä perusteella Koskelon maininta on epäilyittä voimassa olevan oikeuden mukainen.

On hyviä perusteita kysyä, miksi rauhoitusaika katkaisee ainoastaan ajan kulumiseen kytkeytyvät viivästysseuraamukset. Ensinnäkin rajausta aiheuttaa tulkintavaikeuksia – milloin seuraamus riippuu viivästyksen keustosta, milloin ei? Vastaus on tärkeä, koska se määrää rauhoitusajan oikeusvaikutusten lisäksi sen, onko viivästyksestä aiheutuva velka viimesijaista (YSL 46.3 § ja MJL 6.1 § 1 kohta). YSL 19.1 §:n säännös, jonka mukaan saneerausvelalliseen ei saa lainkaan ”kohdistaa maksuviivästyksen seuraamuksia”, kylläkin estää kaikenlaisten viivästysseuraamusten konkretisoinnin velallista vastaan, mutta ei estä niiden määrällistä tai laadullista muuttumista velallisen vahingoksi, mikäli seuraamuksen ei voida katsoa ”riippuvan viivästyksen keustosta”.

Laajimmillaan riippuvuussuhde viivästysseuraamuksen ja ajan kulumisen välillä voidaan ymmärtää niin, että se koskee kaikkia tilanteita, joissa seuraamus *muuttuu jollain tavoin* – määrällisesti, laadullisesti tms. – ajan kuluessa. Heti synnyttyään viivästys aiheuttaa esimerkiksi kiinteän sopimussakkovelan, mutta tietyn ajan jatkuttuaan myös katehankinnan korvausvelvoitteen. Näin määriteltäisiin seuraamuksiin sovellettaneenkin sekä YSL 15.2 §:a että 19.1 §:a. Rajankäyntiongelmia syntyy erityisesti, jos seuraamus määräytyy ajan kulumisen ja jonkin muun perusteen *yhteisvaikutuksena*. Esimerkkinä voidaan ajatella tilannetta, jossa sopimussakkovelvoite syntyy välittömästi suoritusviivästyksen perusteella, mutta kasvaa määrällisesti viivästyksestä johtuvien faktisten seurausten rinnalla. Jos viivästyksestä johtuvat seuraukset laajenevat jokseenkin väistämättä ajan kuluessa – kuten voi tapahtua esimerkiksi ympäristövaikutteisissa hankkeissa osapuolen laiminlyödessä maksuvelvoitteensa – voidaan hyvin väittää, että seuraamus riippuu viivästyksen keustosta. Tällöin seuraamus keskeytyisi YSL 15.2 §:n nojalla, ts. sopimussakon määrä pysähtyisi menettelyn alkuhetkeen. Toisaalta voidaan yhtä hyvin katsoa, että seuraamuksen määrä riippuu tällaisessa tilanteessa pääosin tai ainakin myös muusta kuin ajan kulumisesta eli lähinnä sellaisten toimenpiteiden laiminlyönnistä, joilla viivästyksen vaikutusten laajeneminen olisi voitu estää.¹³²

Toiseksi rajausta, jonka mukaan vain aikaan kytkeytyvät viivästysseuraamukset keskeytyvät, kohtelee erilaisia seuraamuksia ja niiden velkoja epäyhdenvertaisesti. Oikeudenmukaisuusargumenttia, joka varauksitta puoltaisi tällaista erot-

¹³² Selvää on tietenkin, että jos viivästyksen vaikutukset pysyvät ajan kulumisesta ja passiivisuudesta huolimatta täysin ennallaan, rauhoitusajalla ei ole merkitystä viivästysseuraamukseen.

telua, on vaikea osoittaa. Se voi jopa kannustaa muotoilemaan viivästysseuraamuksia koskevat lausekkeet ajasta riippumattomiksi taikka edellä kuvatuin tavoin tulkinnanvaraisiksi. Näin voidaan seuraamus, joka muutoin toteutuisi esimerkiksi viivästyskorkona, saada suojaan rauhoitusajan keskeytysvaikutukselta.

Usein oikeudenmukaisin peruste viivästysseuraamuksille on kuitenkin juuri viivästyksen kesto. Esimerkiksi absoluuttinen sopimussakko voi sanktioida viivästyksen liian ankarasti tai lievästi sen keston ja vaikutuksiin nähden. Suoritusviivästyksen muut kuin aikaan sidotut seuraamukset pyrkivät usein muutoinkin viivästyksestä aiheutuvien *spesifien vahinkojen korvaamiseen*. Siksi niitä olisi saneerausmenettelyssä syytä käsitellä korvaus- ja hyvitysvelvoitteina. Tällöin ei olisi tarpeen uhrata resursseja sen pohtimiseen, onko kyseessä ajan kulumiseen vai johonkin muuhun perusteeseen kytketty viivästysseuraamus.

Vaikka viivästysseuraamusten määrittelyssä on tietenkin voimassa sopimusvapaus, seuraamusehtojen muotoilun ei pitäisi tapahtua insolvenssioikeudellisilla argumenteilla, ts. sillä perusteella, miten erilaisia seuraamuksia käsitellään kussakin maksukyvyttömyysmenettelyssä.¹³³ Edellä todetun valossa saattaisi olla tarkoituksenmukaista harkita de lege ferenda, missä määrin rauhoitusaika voitaisiin ulottaa koskemaan myös muita kuin ajan kulumiseen sidottuja viivästysseuraamuksia niin, että rauhoitusajan käynnistyminen estäisi seuraamuksen muuttumisen velallisen vahingoksi.

4.2.4.3 *Kiellettyjen, sallittujen ja pakollisten maksujen erottelu*

a) *Velvoitteiden systematisointi rauhoitusaikana.* Legaalisen maksunlakkautusnormiston muotoileminen edellyttää oikeuspoliittisia valintoja. On selvää, ettei yritysvelallisen kaikkien maksujen lakkauttaminen ole mahdollista, jos samanaikaisena tavoitteena on liiketoiminnan jatkaminen. Valintojen tekeminen johtaa luonnollisesti siihen, että velallisella on rauhoitusaikana sekä maksukiellon alaisia että sen ulkopuolisia velvoitteita.

Ensinnäkin maksukiellosta on laissa säädetty erityisiä poikkeuksia. Tämä tarkoittaa, että velallinen on joko velvollinen tai oikeutettu maksamaan poikkeusnormin alaisen saneerausvelan. Toiseksi maksukielto ei koske lainkaan menettelyn aikana syntyviä eli ns. uusia velkoja. Ne on maksettava normaalisti erääntyessä (YSL 32.1 §). Uusiin velkoihin luetaan myös jatkuvaan sopimussuhteeseen sekä jatkuvaan käyttö- tai hallintasuhteeseen perustuvat juoksevat maksut siltä osin kuin ne kohdistuvat saneerausmenettelyn alkamisen jälkeiseen aikaan.

¹³³ Jacksonin ja Bairdin termin: viivästysseuraamusten määräytyminen on ”a question of non-bankruptcy law”.

Juuri selostetuilla perusteilla velvoitteet voidaan rauhoitusaikana systematisoida seuraavasti:

- 1) maksukiellon alaiset saneerausvelat
- 2) maksukiellon ulkopuoliset saneerausvelat eli maksukieltopoikkeukset
 - 2a) pakolliset
 - 2b) sallitut
- 3) uudet velat.

Tässä tutkimuksessa ei ole tarkoitus selvittää yksityiskohtaisesti, mitkä velat kuuluvat mihinkin ryhmään. Huomio kiinnitetään järjestelmätason kysymyksiin, kuten velvoitteiden erottelun yleiseen ratioon ja oikeudelliseen relevansiin, keskeisten maksukieltopoikkeusten edellytyksiin ja merkitykseen perintäkiellon kannalta, poikkeusvelkojen asemaan velkajärjestelyssä sekä (6. luvussa) uusien velkojen merkitykseen konkurssivertailussa. Yksittäisistä maksukieltopoikkeuksista tarkastellaan lähemmin vain niitä, joilla on keskeinen merkitys velallisen liiketoiminnan jatkuvuudelle tai täytöntöönpanointressin toteutumiselle. Kokonaiskuvan saamiseksi seuraavassa kuitenkin luetellaan edellä kohdassa 2) tarkoitetut maksukieltopoikkeukset lainkohtineen (lainkohdat YSL:sta):¹³⁴

- 18.1 §: vakuusvelan ehtojen mukainen korko ja muu luottokustannus, joka erääntyy menettelyn alkamisen jälkeen;
- 18.2 § 1 kohta: työntekijöiden palkat ja työstä aiheutuneiden kustannusten korvaukset menettelyn alkamista edeltäneiltä kolmelta kuukaudelta siltä osin kuin selvittäjä ei ilmoita pitävänsä velan perustetta tai määrää riittäenä;
- 18.2 § 2 kohta: ennen menettelyn alkamista kertyneet työntekijöiden lomapalkat ja -korvaukset;
- 18.2 § 2a kohta: työnantajan huoltokonttoritoimintaan perustuvasta saatavasta määrä, joka vastaa menettelyn alkamista edeltäneen kolmen kuukauden aikana työsuhteesta johtuneesta palkasta tai eläkkeestä erotettuja varoja;
- 18.2 § 3 kohta: velallisen lapselle suoritettava elatusapu siltä osin kuin elatusavulla olisi ollut etuoikeus menettelyn alkaessa toimitetussa ulosmittauksessa;
- 18.2 § 4 kohta: selvittäjän päätöksen mukaan määrältään vähäiset velat, mikäli niiden maksaminen on menettelyn kannalta tarkoituksenmukaista (sallittu);
- 18.2 § 5 kohta: pankissa olevaan luotolliseen maksuliikennetiliin perustuva velka, jollei selvittäjä päättä, että velalliselle tulevia maksuja ei enää ohjata tilille tai että niitä ei saa käyttää velkasaldon lyhennykseksi (sallittu);

¹³⁴ Poikkeuksen sallittuudesta on mainittu sulkeissa. Muut poikkeukset ovat pakollisia.

- 18.2 § 6 kohta: velallisen perustamalta eläkesäätiöltä otetun lainan lyhennykset ja korot siltä osin kuin on välttämätöntä säätiön maksuvalmiuden turvaamiseksi;
- 27.2 §: ennen menettelyn alkamista tehtyyn sopimukseen perustuva velka, jos velallisen vastapuolen suoritus on menettelyn alkaessa täytämättä ja tätä suoritusta voidaan pitää velallisen toiminnan kannalta tavanomaisena.

Saneerausvelallisen muut velat ovat joko maksukiellon alaisia saneerausvelkoja tai erääntyessä maksettavia uusia velkoja. On kuitenkin korostettava, että yksittäisen velvoitteen status ei välttämättä ratkea pelkästään yllä olevasta lainkohtaluetelosta tehtävien päätelmien avulla. Päinvastoin, statuskysymys voi osoittautua vaikeaksikin. Mihinkään tyhjentävään rajanvetoon ei tässä tutkimuksessa kuitenkaan ryhdytä. Tarkastelu kohdistetaan vain sellaisiin velvoitteisiin, joiden sääntely perustuu erityisiin saneeraus oikeudellisiin tarpeisiin. Keskeisimpiin näistä kuuluvat menettelyn aikana erääntyvä *vakuusvelan korko* ja muu luottokustannus (18.1 §) sekä *keskeneräiseen sopimukseen* perustuva, ennen menettelyn alkua syntynyt velka (27.2 §). Perusteena näiden velvoitteiden erityistarkastelulle on, että niiden taustalla on erityisesti saneerausmenettelystä johtuvia tarpeita. Monet muut maksukieltopoikkeukset nojautuvat enemmän sellaisiin yleisiin sosiaalisiin intresseihin, jotka ovat relevantteja saneerausmenettelystä riippumatta, siis myös esimerkiksi likvidaatiokonkurssissa. Esimerkiksi velallisen työntekijöiden suojaaminen on tuttua jo perinteisestä konkurssioikeudesta, samoin kuin lapsen elatusavun preferointi. Tosin on selvää, että työntekijäsaatavien suojaamisella on saneeraus oikeudessa myös liiketoiminnan jatkuvuutta turvaava funktio.

Maksukieltopoikkeuksia valitessaan lainsäätäjä on joka tapauksessa osin samankaltaisen tehtävän edessä kuin etuoikeusjärjestyksen muotoilussa. Poikkeus maksukieltoon merkitsee tosiasiallisesti pitkälti samaa kuin etuoikeus: tiettyä saamisoikeutta suositaa muiden kustannuksella. Kuten etuoikeusjärjestyksen, myös maksukieltopoikkeusten taustalla vaikuttaa juuri mainittuja sosiaalisia perusteita sekä muita arvokkaiksi koettuja oikeuspoliittisia päämääriä. Modernissa insolvenssioikeudessa nämä päämäärät ovat siten tavallaan kaksinkertaisen suojan kohteina. Perinteisen suojan, lähinnä etuoikeusjärjestyksen ja palkkaturvan lisäksi, ne saavat maksukieltopoikkeuksen statuksen.

Saneerausmenettely tuo erityissuojan piiriin uuden intressin, liiketoiminnan jatkamisintressin. Liiketoiminnan ylläpidon tavoite vaatii, että erityiskohtelu suunnataan ainakin velvoitteisiin, joilla on erityisen suuri merkitys toiminnan välittömälle käynnissä pysymiselle. Näin jatkamisintressiä edistävien maksukieltopoikkeusten perusteena onkin enemmän *taloudellinen* kuin juridinen etuoikeusjärjestys.¹³⁵ Voi-

¹³⁵ Taloudellisen ja juridisen etuoikeusjärjestyksen erottelusta ks. *Tepora* Etuoikeusjärjestyksestä s. 68–74.

daan sanoa, että perinteinen, juridinen etuoikeusjärjestys on nojautunut likvidaatioparadigmaan; saatavien 'rankkaamisen' ajatuksena on ollut, että yrityksen toiminnan päättyessä tietyillä velkojilla on oltava muita turvatumpi asema velallisvarallisuuden jaossa. Etualalla ovat tällöin väistämättä sosiaaliset intressit, koska niitä turvaava tulonlähde on ehtynyt.¹³⁶ Jatkamisintressiä turvaavat maksukieltopoikkeukset nojaavat päinvastaiseen lähtökohtaan, rehabilitaatioparadigmaan. Tiettyjen velkojien oikeus etuoikeutettuun suoritukseen perustuukin nyt siihen, että yrityksen toiminnan on tarkoitus jatkua, ei päättyä. Liiketoiminnan jatkumiselle välittömästi tarpeelliset velvoitteet on tällöin hoidettava, samoin kuin sellaiset sopimusvelvoitteet, jotka ovat osa tavanomaista liiketoimintaa (ordinary course of business). Erona on tietenkin myös, että likvidaatiomenettelyssä kaikki vaateet kohdistuvat rajattuun varallisuuspiiriin (pesään kuuluvaan tai ulosmitattuun omaisuuteen), rehabilitaatiossa taas 'normaalin' velkasuhteen tavoin velallisen kaikkeen (nykyiseen ja tulevaan) varallisuuteen.

b) Maksunlakkautusjärjestelmä ja sopimusten jatkuvuuden periaate. Liiketoiminnan jatkamiseen tähtäävän prosessin peruskysymyksiin kuuluu, miten menetellä keskeneräisten – so. menettelyn alkaessa täyttämättä olevien – sopimusten kanssa. Velallisen sopimuskumppanit näkevät saneerausmenettelyn alkamisen osoituksena suhteellisen vakavista taloudellisista ongelmista – sellaisista, joista selvitäkseen yritys tarvitsee oikeussuojaa. Tämä on tosiasia, jota ei voida kiistää, suhtauduttiin sopimusten täyttämismuutoksen muutoin millä tavoin tahansa. Toisaalta sääntelyn lähtökohdaksi ei voida asettaa sopimusten purkautumista tai keskeyttämistä suoraan menettelyn alkamisen perusteella, koska tämä johtaisi useimmissa tapauksissa liiketoiminnan vakavaan häiriytymiseen, yleensä sen päättymiseen lyhyessä ajassa.

Saneerailainsäädännön kiistattomana lähtökohtana onkin sopimusten jatkuvuus.¹³⁷ Säännösten tämä ilmenee YSL 15.1 §:sta, jonka mukaan saneerausmenettelyn alku ei vaikuta velallisen jo tekemiin sitoumuksiin, ellei

¹³⁶ ”Taloudellinen etuoikeusjärjestys huomioi liiketaloudelliset näkökohdat. Juridinen etuoikeusjärjestys rakentuu taloudelliseen etuoikeusjärjestykseen verrattuna laajemmalle eri yhteiskuntatahot huomioonottavalle näkemykselle. Siinä on pyritty sovittamaan keskenään sekä taloudelliset että sosiaaliset realiteetit.” *Tepora* Etuoikeusjärjestyksestä s. 70.

¹³⁷ On ehkä helppo ajatella, että keskeneräisiä sopimuksia koskevien oikeussääntöjen tulisi olla saneeraus- ja konkurssissa erilaisia. Saneeraus- ja konkurssioikeuden ero tämän päivän konkurssioikeuteen ei kuitenkaan välttämättä ole kovin suuri, koska pesän sijaantulo-oikeus on saanut konkurssioikeudessa vankan aseman. Meillä tämä asema konkretisoituu uuden KonkL 3:8:ssä. Periaatteellinen ero konkurssi- ja saneeraus- ja konkurssioikeuden välillä on kuitenkin edelleen, että konkurssi säännönmukaisesti herättää kysymyksen sopimuksen jatkuvuudesta, kun saneeraus- ja konkurssioikeudessa kysymys on päinvastainen: miksi sopimus ei jatkuisi? Käytännöllisenä erona on luonnollisesti, että saneerausvelallinen pysyy sekä muodollisesti että tosiasiallisesti sopimuskumppanina, kun konkurssissa pesä hallinto- ja orgaanineen tulee velallisen sijaan.

jäljempänä (YSL:ssa) toisin säädetä.¹³⁸ Yleisperusteluissa asia ilmaistaan totemalla, että saneerausmenettelyn alkaminen ei muuta ”velallisen sidonnaisuutta jo tehtyihin sopimuksiin tai muihin oikeustoimiin, sen enempää kuin sopimuksen tai oikeustoimen toisenkaan osapuolen sidonnaisuutta”.¹³⁹ Tässä tutkimuksessa YSL 15.1 §:n katsotaan ilmaisevan *sopimusten jatkuvuuden (sopimusjatkuvuuden) periaatteen*. Sen ydinsisältönä on, että saneerausmenettelyn alkaminen ei vaikuta velallisen eikä velallisen sopimuskumppanien oikeuksiin ja velvollisuuksiin sopimuspuolina, jollei toisin säädetä. Näin määritelty jatkuvuuden periaate tarkoittaa, että sopimuspuolten keskinäinen oikeussuhde säilyy ennallaan; saneerausmenettely ei heikennä, muttei myöskään paranna, sopimuspuolten asemaa menettelyä edeltävään aikaan verrattuna. Oikeusaseman muutos – heikennys tai vahvennus – edellyttää erityistä perustetta, ja jos tällaista ei ole, sopimussuhteeseen sovelletaan samoja normeja kuin saneerausmenettelyn ulkopuolellakin. Näin määriteltyä jatkuvuuden periaatetta voitaisiin nimittää myös *neutraliteettiperiaateksi*. Juuri neutraliteettiperiaate selittää esimerkiksi sen, miksei YSL tarjoa sopimusvelkojalle yleistä oikeutta vaatia vakuutta sopimusvelvoitteiden täyttämisestä.

Sopimussuhteiden jatkuminen ennallaan on tietenkin mahdollista vain, jos velallisen sopimuskumppanit voivat edelleen luottaa saavansa velalliselta sopimuksenmukaisen vastasuorituksen. Tämän turvaamiseksi YSL sisältääkin *poikkeuksia maksukieltoon*. YSL 27.2 §:n mukaan se, joka on ennen menettelyn alkamista tehdyllä sopimuksella sitoutunut suoritukseen velalliselle, mutta jonka suoritus on menettelyn alkaessa täyttämättä, on 17 §:n estämättä oikeutettu saamaan maksun suorituksesta, jos suoritusta voidaan pitää velallisen toiminnan kannalta tavanomaisena.¹⁴⁰ Poikkeus on pakollinen; säännöksessä ase-

¹³⁸ YSL 15.1 §:n erittäin niukoista erityisperusteluista ilmenee suoraan, että sana ”jäljempänä” tarkoittaa nimenomaan YSL:n myöhempiä säännöksiä; ks. HE 182/1992 s. 72. Toisaalta *lex specialis* -tulkintasääntö johtaa siihen, että jos muualla lainsäädännössä säädetään saneerausmenettelyn vaikutuksista tiettyyn sopimustyyppiin, tuon muun lain säännöstä on ainakin lähtökohdaisesti noudatettava YSL:n sijasta.

¹³⁹ HE 182/1992 s. 32.

¹⁴⁰ Vastapuolen suorituksen täyttämättömyys on ratkaistava yksittäistapauksittain. Näin myös YSL 27 §:n esikuvanormistossa, BC 365 §:ssä, jonka mukaan selvittäjällä (ja muuntumisfiktioita kautta saneerausvelallisella) on oikeus joko täyttää tai purkaa menettelyn alkaessa täyttämättä oleva sopimus. Sopimuksen täyttämättömyyden (*executoriness*) kriteerejä ei säännellä myöskään BC:ssa, mutta niitä koskee pitkälle kehittynyt doktriini. Oikeustieteessä kehitetyn ”täyttämättömyystestin” mukaan sopimus on täyttämätön ja voidaan siten joko täyttää tai purkaa velallisen puolelta, kun kyseessä on ”A contract under which the obligation of both the bankrupt and the counterparty to the contract are so far unperformed that the failure of either to complete performance would constitute a material breach excusing the performance of the other”. Testi kulkee kirjallisuudessa ja oikeuskäytännössä kehittäjänsä, professori Vern Countrymanin nimellä (Countryman’s test), viime aikoina myös keskeisen sisältönsä, materiaallisen sopimusrikkomuksen (*material breach test*), alla. Ks. *Warren – Westbrook s. 667–670*. Mainittakoon, että ”*executory*”-kriteeri on ehdotettu poistettavaksi BC:sta; ks. *Bankruptcy: The Next Twenty Years s. 454 ja 472–478*.

tettujen edellytysten täyttyessä velka on maksettava, vaikka sen causa – velan perusteena oleva sopimus – onkin syntynyt ennen rauhoitusajan alkua. Säännös on samalla kuitenkin hyvä esimerkki siitä, että pakolliseenkin maksukielto-poikkeukseen voi sisältyä tulkinnanvarainen ulottuvuus. Kysymys ei nyt ole siitä, että velan maksaminen olisi vapaaehtoista, vaan siitä, että itse poikkeustoiseikasto – sopimuskumppanin suorituksen tavanomaisuus velallisen toiminnan kannalta – on tulkinnanvarainen. Jos vastapuolen suoritusvelvollisuus taas ei ole velallisen toiminnan kannalta tavanomainen, sovellettavaksi tulee YSL 27.3 §, jonka mukaan selvittäjällä on oikeus valita, pysyykö velallinen sopimuksessa vai ei.

On huomattava, että juuri viitatuista säännöksistä vain jälkimmäinen sisältää lainsäätäjän erityisen kannanoton sopimussuhteen jatkuvuuteen (muiden kuin tavanomaisten sopimusten osalta viime kädessä selvittäjä päättää, pysyykö velallinen sopimuksessa). Sen sijaan YSL 27.2 § sisältää pelkän maksukielto-poikkeuksen. Säännöksessä tarkoitetun tavanomaisen sopimuksen jatkuvuus perustuu YSL 15.1 §:iin, tarkemmin sanoen siitä ilmenevään jatkuvuuden periaatteeseen.¹⁴¹ Erityisesti on syytä huomata, että YSL 27.2 § ei aseta normia, jonka mukaan velallisen sopimuskumppani olisi velvollinen jatkamaan sopimussuhdetta pelkästään siksi, että säännös sisältää pakollisen poikkeuksen maksukieltoon. Sopimuksen jatkamisen tarkempi määräytyminen, kuten oikean suorituksen sisältö sekä sopimuksen purkamisen ja suorituksesta pidättymisen edellytykset määräytyvät yleisen sopimusoikeuden nojalla, eivät sillä perusteella, että YSL 27.2 §:ssa on säädetty poikkeus maksukieltoon.

Neutraliteettiperiaatteeksi määritelty sopimusjatkuvuus tarkoittaa *purkupe-rusteiden* osalta sitä, että saneerausmenettely ei sellaisenaan heikennä eikä vahvista osapuolten mahdollisuuksia sopimuksen purkamiseen. Kirjallisuudessa onkin erityisesti korostettu, että saneerausmenettelyn alkaminen ei yksinään perusta velallisen sopimuskumppanille oikeutta sopimuksen purkuun ennakoitun sopimusrikkomuksen nojalla. Ennakoitua rikkomusta koskevien periaatteiden soveltuvuus on ratkaistava tapauskohtaisesti saneerausvelallisen *tosiasial-lisen suorituskyyvyn* perusteella, aivan kuten sopimuskumppaneiden kesken yleensäkin.¹⁴² Nähdäkseni sama koskee sopimuskumppanin oikeutta *pidättyä suorituksesta* saneerausvelalliselle. Saneerausmenettelyn alkaminen ei siis sellaisenaan riitä myöskään pidättymisoikeuden (detentio-oikeuden) käyttöön, vaan tähän on oltava muukin peruste, sellainen seikasto, joka muutoinkin

¹⁴¹ Myös ei-tavanomaisten sopimusten pysyvyys perustuu jatkuvuuden periaatteeseen niin kau-an, kunnes asia ehkä muuttuu selvittäjän valinnan seurauksena. Ks. *Koskelo* s. 195.

¹⁴² *Koskelo* s. 195. Nimenomaisena poikkeuksena on tililuotto ja muu jatkuva luotto, jota koskevan sopimuksen luotonantaja saa perintäkiellon estämättä purkaa tai irtisanoa ”uuden velan epäämiseksi” (YSL 19.1 § 2 kohta i.f.). Tällöin ei ilmeisestikään ole merkitystä sillä, täyttyvätkö ennakoitun rikkomuksen edellytykset vai eivät.

oikeuttaisi suorituksesta pidättymiseen.¹⁴³ Eri asia tietenkin on, että detention edellytykset täyttyvät yleisen sopimusoikeuden mukaan herkemmin kuin purkuoikeuden. Saneerausvelallisen maksuviivästyksen tai muun sopimusrikkomuksen todennäköisyys, samoin kuin sen määrä, laatu ja kokonaismerkitys sopimussuhteelle voivat olla olennaista vähäisempiä riittääkseen detentio-oikeuden käyttöön.

Etenkin pidättymisoikeuden tarkemmat edellytykset vaativat täsmällistä tilanne-erottelua. Jos velallisen vastapuoli on sopimuksen mukaan velvollinen tekemään suorituksensa *vain samanaikaista maksua vastaan*, hän saa tietenkin myös saneerausmenettelyn aikana vaatia suorituksesta välitöntä maksua, ts. pidättyä suorituksesta vastavuoroisen maksun tapahtumiseen saakka. Tämä on YSL 15.1 §:n ilmentämän neutraliteettiperiaatteen valossa itsestään selvää; rauhoitus aika ei velvoita velallisen sopimuskumppania tekemään suoritustaan huonommilla ehdoilla kuin rauhoitusajan ulkopuolella.¹⁴⁴ Samaan tulokseen päädytään myös pakollisen maksukieltopoikkeuksen ja perintäkiellon välisen vastaavuuden nojalla; koska tavanomaiseen sopimukseen perustuva velka on pakko maksaa, velkoja saa turvautua detentioon perintäkiellon estämättä.

Mikäli kyseessä taas on *luotollinen sopimus*, ts. sopimus, jossa velallisen sopimuskumppani on sopimuksen mukaan velvollinen tekemään oman suorituksensa myöntäen velalliselle maksuaikaa, pidättymisoikeus määräytyy yllä todetu in tavoin ennakoitua sopimusrikkomusta koskevien periaatteiden nojalla, ts. sillä perusteella, onko detentioon oikeuttava rikkomus *tosiasiallisesti* odotettavissa vai ei.¹⁴⁵ Pelkäs-

¹⁴³ YSL sisältää yhden nimenomaisen suorituksesta pidättymiseen oikeuttavan normin eli 19.1 §:n 3 kohdan, jonka nojalla muu kuin vakuusvelkoja, joka on velalliselle velkaa ja jonka velka erääntyy ennalta määrättyä ajankohtana menettelyn alkamisen jälkeen, saa kyseisen saatavansa määrää vastaavalta osalta pidättyä maksusta saneerausvelalliselle velkasuhteen jatkuessa muuten entisin ehdoin. Pidättymisoikeus jatkuu, kunnes velkoja saa suorituksen saneerausohjelman mukaan tai perintäkielto lakkaa. Ks. *Koskelo* s. 174–176.

¹⁴⁴ Pidättymisoikeutta kuvataan joskus ”luonnolliseksi” velvoiteoikeudelliseksi ilmiöksi, joka on sisäänrakennettu velvoitteiden molemminpuolisuuteen (synallagmaattisuuteen); ks. esim. *Ta-xell* s. 237. Ks. myös *Aurejärvi – Hemmo* s. 73 ja 87–91, jossa todetaan, että pidättymisoikeus kuuluu velvoiteoikeuden tehostejärjestelmään ilman kirjoitettua normiakin. Detentio onkin varmasti niin keskeinen osa velvoiteoikeuden järjestelmää, että mikäli siihen haluttaisiin puuttua insolvenssioikeudessa, asiasta tulisi säätää erikseen. Varsinkaan pelkät maksukieltopoikkeukset eivät millään tavoin heikennä pidättymisoikeuden asemaa.

¹⁴⁵ Yleisessä sopimusoikeudessa – varsinkin kauppala in vaikutuspiirissä – pidättymisoikeus on ensisijaisesti *käteiskauppaa* koskeva *myyjän* suojakeino, ks. *Immonen* LM 1993 s. 1155. Luotto-kaupassa puhutaan sitä vastoin pysäyttämisoikeudesta. Sopimuspuolen toiminta, samoin kuin sillä tavoitellut seuraukset, ovat kuitenkin samat, olipa kyseessä vastavuoroinen käteissuoritus tai luotollinen sopimus. Kuten Immonen (LM 1993 s. 1156) toteaa, pysäyttämisoikeus on ”luonteeltaan turvaamistoimi”. Nähdäkseni sama pätee kaikkeen omasta suorituksesta pidättymiseen, ts. olipa kyseessä luotollinen sopimus tai ei. Silloinkin, kun sopimus on luoton, suorituksesta pidätetään *vastasuorituksen epävarmuuden johdosta*. Tästä syystä myös luotollisten sopimusten yhteydessä voidaan nähdäkseni käyttää pidättymisterminologiaa.

tään saneerausmenettelyn alkaminen ei siis oikeuta sopimuskumppania epäämään velalliselta sopimuksen mukaista maksuaikaa.¹⁴⁶ Saneerausmenettely ei sellaisenaan asettane velalliselle myöskään 'negatiivista' *todistustaakkaa* siitä, että ennakoidun sopimusrikkomuksen edellytykset eivät täyty. Asia lienee pikemmin päinvastoin, ainakin velallisen rahamaksuvelvoitteiden osalta, koska rauhoitusaika parantaa velallisen välitöntä maksuvalmiutta. Todistustaakan täytyy olla sopimuskumppanilla jo siksikin, että detentio on hänen intressissään oleva poikkeuksellinen toimenpide.

Ongelmallisimmaksi sopimuksen jatkaminen muodostuu silloin, kun saneerausvelallisella on maksamattomia velkoja samalle sopimuskumppanilleen jo tämän tekemistä *aiemmista suorituksista*, mutta velallinen haluaisi silti nyt saneerausmenettelyssä jatkaa sopimussuhdetta. Sopimuskumppanilla on tällöin ymmärrettävä intressi – jollei irtautua koko sopimuksesta, niin ainakin – asettaa uusien suoritustensa (esim. tavarantoimitusten jatkamisen) ehdoksi aiempien saataviensa maksun tai ainakin niiden turvaamisen vakuudella. Kysymys kuuluu luonnollisesti, onko sopimuskumppanilla oikeus tällaiseen vaatimukseen – ja siihen perustuvaan detentioon – vai onko hänen tehtävä uusia suorituksia välittömästi sopimusjatkuvuuden periaatteen nojalla. On huomattava, että asiasta ei säädetä YSL 27 §:ssä, eikä kysymystä käsitellä tämän säännöksen perusteluissakaan. Perustelulausuma, jonka mukaan sopimuskumppanilla on oikeus saada maksu ennen menettelyn alkua tehdystä tilauksesta silloinkin, kun hän on toistaiseksi pidättynyt suorituksestaan, koskee aivan eri ongelmaa eli sopimuskumppanin oikeutta *jatkaa* pidättymistään.¹⁴⁷ Kysymys on nyt siitä, saako sopimuskumppani asettaa uusien suoritustensa ehdoksi sen, että velallinen maksaa ennen menettelyn alkua tehdyistä suorituksista jääneet velkansa tai asettaa niistä ainakin vakuuden.

Kommentaariteoksessa juuri asetettuun kysymykseen annetaan nimenomainen vastaus: detentio ennen menettelyn alkua syntyneen saatavan perusteella rikkoisi perintäkieltoa.¹⁴⁸ Lieneekin turha yrittää kiistää, etteikö saneerausvelkaan perustuva suorituksesta pidättäminen kuuluisi YSL 19.1 §:ssa kiellettyjen

¹⁴⁶ Konkurssioikeudessa velallisen sopimuskumppanin detentio-oikeutta ennakoidun rikkomuksen perusteella on pidetty kiistattomana; ks. esim. *Taxell* s. 239 viittauksineen. Yhteispohjoismaisen kauppalaian valmistelussa lähdettiin siitä, että myös silloisen akordilainsäädännön mukainen menettely merkitsi samanlaista ennakoitua sopimusrikkomusta kuin konkurssi, ks. *Routamo – Ramberg* s. 434. AkordiL:n mukainen prosessi oli kuitenkin velallisen suojaamisessa kaukana nykyisestä saneerailainsäädännöstä. Kauppalaian valmistelussa esitettyä lähtökohtaa ei missään tapauksessa voidakaan siirtää modernien saneeruskodifikaatioiden, ei ainakaan YSL:n, tulkintaan. Ennakoitua rikkomusta akordin perusteella ei sitä paitsi pidetty kauppalaian valmistelussakaan ehdottoman varmana (mts. 434).

¹⁴⁷ Näinhän todetaan HE:n 182/1992 sivulla 80. Lausuma ei sitä paitsi vastaa kysymykseen, onko detention jatkaminen sallittua, vaan toteaa ainoastaan, että sopimuskumppanilla on oikeus saada maksu suorituksestaan.

¹⁴⁸ *Koskelo* s. 170.

perintätoimien joukkoon, vaikkei tätä mainitakaan erikseen säännöksen tekstissä eikä perusteluissakaan.¹⁴⁹ Näin ollen saneerausvelallisen sopimuskumppanilla on velvollisuus tehdä uusia suorituksia siitä huolimatta, että velallinen on laiminlyönyt aiempiin suorituksiin perustuvan maksuvelvollisuutensa.

Kuten todettu, YSL:n esitöissä ei käsitellä aiempiin suorituksiin perustuvien velkojen merkitystä sopimusten jatkuvuuden periaatteelle. Niiden merkityksetömyyden ei ehkä ole katsottu kaipaavan erityisiä perusteluja; nämä velat ovat saneerausvelkoja ja velkojen oikeusasema on täsmälleen sama kuin muissakin saneerausveloissa. Erityisesti detentiokiellon osalta voidaan todeta, että sen sisältyminen perintäkieltoon on toki johdonmukaista, mutta aihepiirin tarkastelua ei ole syytä pysäyttää tähän. Itse asiassa olisi hyvinkin tarpeen pohtia, missä laajuudessa nykytila on myös asiallisesti tyydyttävä. Problematiikka nimittäin juontaa juurensa kollektiivisen insolvenssioikeuden peruskysymyksistä, ja sillä on huomattava yleisinsolvenssioikeudellinen merkitys. Sopimusvelkojan oikeusasema on nähtävä kokonaisuutena, perinteisen konkurssioikeuden ja modernin rehabilitaation yhteisalueena.

Materiaalisen konkurssioikeuden klassisia ja epäilemättä vaikeimpia ongelmia on, missä laajuudessa konkurssipesän sijaantulo velallisen sopimussuhteeseen aiheuttaa pesälle vastuun myös niistä sopimukseen perustuvista veloista, jotka ovat syntyneet ennen konkurssin alkua tehdyistä suorituksista. Kuten konkurssioikeudellisessa tutkimuksessa usein joudutaan toteamaan, kysymys pesän massavastuusta on kokonaisuutena hyvin epäselvä.¹⁵⁰ Varsinaista yleissääntelyä ei ole, ja sopimustyyppikohtainen erityisnormistokin keskittyy sijaantulon edellytyksiin sekä konkurssipesän kykyyn täyttää sopimus *tulevaisuudessa*. Aiheen vaikeutta ilmentää hyvin, että vaikka uuteen konkurssilakiimme sisältyykin yleissäännös pesän sijaantulo-oikeudesta sekä pesän velvollisuudesta asettaa vakuus tulevasta sopimustäytöstään, hallituksen esityksessä nimenomaan todetaan, ettei uusi laki koske pesän massavastuuta ennen konkurssin alkua syntyneistä saatavista.¹⁵¹

Myöskään tässä tutkimuksessa ei ole tarkoitus selvittää yksityiskohtaisesti enempää konkurssipesän kuin saneerausvelallisenkaan vastuuta sopimusperusteisista veloista, jotka ovat syntyneet ennen kollektiivimenettelyn alkua. Tällai-

¹⁴⁹ Kuten tunnettua, YSL 19.1 §:n luettelo kielletyistä perintätoimista ei ole tyhjentävä; ks. HE 182/1992 s. 75, jossa tätä nimenomaisesti korostetaan. Perusteluissa (ibid.) todetaan, että säännöksessä luetellaan ”vain käytännössä tärkeimpiä kiellettyjä toimia”. Detentio-oikeuden keskeinen merkitys huomioon ottaen säännöksessä tai ainakin sen perusteluissa olisi nähdäkseni ollut aihetta mainita erikseen, ettei velallisen sopimuskumppani saa pidättäytyä suorituksestaan saneeraussaatavan nojalla. Detentionkiellon voimassaoloa ei kuitenkaan, kuten todettu, kannata yrittää kyseenalaistaa.

¹⁵⁰ Ks. *Tuomisto* Vuokralaisen konkurssi s. 143 ja *Havansi* Konkurssioikeus s. 135–136.

¹⁵¹ Ks. HE 26/2003 s. 54. Samalla todetaan, että aiemman oikeuden keskeinen analogialähde, KL 63 § esitöineen, jätti kysymyksen niin ikään avoimeksi.

nen tavoite edellyttäisi oman tutkimuksensa erityisine kysymyksenasetteluineen ja rajauksineen. Sen sijaan tämän tutkimuksen aihe edellyttää selvitetäväksi, millainen yhteys vallitsee rehabilitaatio-oikeudellisen sopimusjatkuvuuden periaatteen ja konkurssioikeudellisen sijaantulodoktriinin, etenkin jälkimmäiseen kytkeytyvän massavelkavastuun, välillä. Erityisesti on pyrittävä selvittämään, miltä osin oikeuspoliittiset tarpeet ja sopimusvelkojan oikeusasemaa koskevat periaatelinjaukset ehkä ovat toisistaan poikkeavia tai vastaavat toisiaan.

Saneerausvelallisen sopimuskumppanin ehdotonta velvollisuutta uusiin suoriin voidaan kannattaa ainakin sillä perusteella, että järjestelmä on tällöin selkeä. Kun vanhoihin saataviin perustuva detentio katsotaan aina perintäkiellon rikkomiseksi, sopimuspuolet (ja sivulliset) tietävät, että saneerausmenettelyn alkaminen ei yksinään aiheuta mitään muutosta sopimuskumppanin suoritusvelvollisuuteen. Uusia suorituksia on tehtävä, oli sopimustyyppi mikä tahansa ja olipa velallisen sopimuskumppanilla aiempia saatavia kuinka paljon tahansa. Järjestelmästä saadaan näin ennakoitavampi kuin likvidaatiokonkurssissa, jossa samanlaista yksiselitteistä sääntöä pesän massavastuusta ei ole voimassa.

Toisaalta jos konkurssioikeudellisesta sijaantulonormistosta on ylipäänsä erotettavissa jokin yleisempi linjaus, se toki on massavastuun rajoittuminen konkurssin alkamisen jälkeen syntyviin sopimusvelkoihin.¹⁵² Suuntaus on edennyt säännöstasollekin, ensin huoneenvuokralainsäädäntöön (AsHVL 49.3 § ja LHVL 39.3 §), äskettäin myös uuden konkurssilakimme prosessioikeudellisiin perusratkaisuihin, tarkemmin sanoen oikeudenkäyntikulujen sääntelyyn pesän jatkaessa oikeudenkäyntiä, jossa velallinen on ollut asianosaisena. KonkL 3:3.1:n ja 3:4.2:n mukaan konkurssipesä vastaa pesään kuuluvaa omaisuutta tai konkurssisaatavaa koskevassa oikeudenkäynnissä vain niistä toiselle osapuolelle aiheutuneista oikeudenkäyntikuluista, jotka ovat syntyneet pesän omasta prosessaamisesta (”vain konkurssipesän puhevallan käyttämisestä”).¹⁵³ Vaikka kysymys sopimusten jatkamisesta ei olekaan täysin sama kuin velallisen oikeudenkäyn-

¹⁵² Tätä kantaa on edustanut varsinkin *Niemi-Kiesiläinen*, Massavelat s. 116, 124 ja 142 (huom. erit. alav. 212). Niemi-Kiesiläisen kanta perustuu ennen kaikkea konkurssioikeuden yleisten periaatteiden pakottavuuteen eli siihen, että velan statusta ei konkurssin alettua voida enää muuttaa. Ks. myös *Havansi* Konkurssioikeus s. 135–136 ja *sama* Insolvenssioikeus s. 178–179, jonka mukaan pesä tosin voi sitoutua konkurssisaatavaa koskevaan massavastuuseen, jos näin päästään pesän kannalta edullisempaan kokonaistulokseen. Ks. myös *Tuomisto* Vuokralaisen konkurssi s. 154–156, joka korostaa, että massavastuuseen sitoutuminen ei saa johtaa kyseisen velkojan perusteettomaan suosimiseen, mutta toisaalta vastuu on voitava ottaa juuri pesän kannalta edullisen lopputuloksen saavuttamiseksi.

¹⁵³ Ks. HE 26/2003 s. 50 ja 51. Ks. myös KKO 2000:33, jossa pesä ei ollut massavastuussa myöskään velallisen omalle oikeudenkäyntiasiamiehelle tämän saatavista, jotka perustuivat ennen konkurssin alkua suoritettuihin asianajotoimenpiteisiin.

tien jatkaminen, jotain yhteistä asioilla kuitenkin on. Molemmissa on kysymys siitä, vaikuttaako velallisen varallisuutta koskeva seuraanto, jonka pesä käyttää hyväkseen, myös takautuvasti vaiko ainoastaan tulevaisuuteen nähden.

Massavastuun välttäminen konkurssioikeudellisen sijaantulon pääsääntönä tukee sitä, että saneerausvelallisen sopimuskumppaneilla on ehdoton velvollisuus jatkaa suorituksiaan aiemmista, edelleen maksamatta olevista saatavistaan huolimatta. Konkurssianalogiaan (ja edellä todettuun järjestelmän selkeyteen eli muodolliseen oikeusvarmuuteen) tukeutuva argumentointi ei kuitenkaan kerro mitään siitä, onko ehdoton detentiokiello saneerausmenettelyssä *myös oikeudenmukainen ja tarkoituksenmukainen*. On hyviä syitä kysyä, kohteleeke sopimuskumppaneille asetettu ehdoton suorituspakko riittävän tasapuolisesti yhtäältä eri velkojaryhmiä keskenään, toisaalta velallisen ja velkojien vastakkaisia intressejä. Jos oikeudenmukaisuusongelmia ei ole tai niihin saadaan tyydyttävä ratkaisu intressivertailulla, jäljelle jää vielä kysymys ehdottoman suorituspakon rationaalisuudesta: edistääkö vai haittaako se saneerauslainsäädännölle asetettuja oikeuspoliittisia päämääriä?

Ehdoton velvollisuus yhä uusiin sopimussuorituksiin voi asettaa sopimusvelkojat joskus varsin epäyhdenvertaiseen asemaan muihin saneerausvelkojiin nähden. Perinteinen konkurssioikeudellinen ajattelu tosin lähtee juuri päinvas-
taisesta näkemyksestä; konkurssivelkojien yhdenvertaisuuden katsotaan vaati-
van, että konkurssivelkastatukseen ei voida puuttua konkurssin alkamisen jäl-
keen.¹⁵⁴ Saneerauksessa tilannetta voidaan nähdäkseni arvioida toisin etenkin
silloin, kun aiemmista suorituksista maksamatta jääneitä saatavia on huomatta-
va määrä. Tällöin sopimuskumppanin pakottaminen yhä uusiin suorituksiin voi
vaikuttaa arveluttavalta, ainakin kyseisen sopimuskumppanin näkökulmasta,
joskus laajemminkin.¹⁵⁵ Muut velkojathan eivät joudu ottamaan saneeraussaata-
viinsa kohdistuvan velkajärjestelyn *lisäksi* sitä riskiä, mikä väistämättä – sane-
erausmenettelyn aikana syntyvien saatavien etuoikeuskin huomioiden – kytkey-
tyy liiketoimintaan saneerausyrityksen kanssa.¹⁵⁶ Epäyhdenvertaisuuden koke-

¹⁵⁴ Ks. *Niemi-Kiesiläinen* Massavelat s. 67 ja 142, jonka mukaan statusmuutosten kiello on indispositiivinen ja kuuluu konkurssioikeuden yleisiin periaatteisiin. Samoin tietyin varauksin *Havansi* Konkurssioikeus s. 192–193, vrt. myös *Tuomisto* Vuokralaisen konkurssi s. 154.

¹⁵⁵ Tässä yhteydessä on syytä muistuttaa, että käteiskaupassa detentio on sopimuskumppanin käytettävissä rauhoitusajanakin normaalisti. Epäkohta on räikeimmillään silloin, kun luotollisen sopimuksen velkoja pakotetaan jatkamaan luotonantoa maksuajan myöntämisen muodossa, vaika hänellä on jo menettelyä edeltävältä ajalta huomattavia saatavia.

¹⁵⁶ Kuten yllä todettiin, saneerausmenettely näyttäytyy velallisen sopimuskumppaneille tosi-
asiallisesti aina tiettyinä riskinä, jota sopimusjatkuvuuden asema *juridisena* lähtökohtana ei
sellaisenaan ainakaan poista, ei välttämättä merkittävästi edes heikennä, mikäli saneerausmah-
dollisuudet eivät yksittäistapauksessa näytä ainakaan ulospäin rohkaisevilta. Vrt. *Koskelo* s. 195,
jossa korostetaan saneerausmenettelyn neutraaliutta velallisen sopimussuhteille, tosin vain nor-
matiivisena lähtökohtana (”oikeudellisena tapahtumana”). Uusien saatavien etuoikeuden todelli-
nen merkitys taas ilmenee vasta mahdollisessa konkurssissa ja voi massavelkojen kattamisen
jälkeen osoittautua yhdenkiveksi.

musta ei poista se, että menettelyä edeltävien saatavien runsaus lienee otettava huomioon harkittaessa ennakkollisen sopimusrikkomuksen täyttymistä sekä siihen perustuvan pidättymisoikeuden – jollei jopa purkuoikeuden – edellytyksiä. Epäsuhde on vielä selvempi sopimusvelkojan ja velallisen välillä; velallisella on oikeus vaatia kumppaniltaan uusia suorituksia periaatteessa täysin riippumatta omista laiminlyönneistään.

Juuri todetut oikeudenmukaisuusongelmat peittynevät suurelta osin rehabilitaatioideologiaan; velallisen suojaaminen koetaan niin tärkeäksi, että siitä aiheutuvat ongelmat sopimusvelkojien oikeusasemaan on yksinkertaisesti hyväksyttävä. Sopimusvelkojat maksavat osan saneerausintressin edistämisen hinnasta – ja nimenomaan suhteellisesti suuremman osan kuin velkojat, joilla ei ole velvollisuutta panostaa aktiivisesti velallisen tulevaisuuteen menettelyn alkamisen jälkeen. Tältä osin voidaan (jälleen) havaita merkittävä eroavuus eurooppalaisen ja amerikkalaisen insolvenssijattelun välillä. Edellä todetuin perustein meillä selvästi katsotaan, että velallisen sopimuskumppanin pakottaminen suoritustensa jatkamiseen *edistää saneeraustavoitetta*. Sopimusvelkojan oikeus vedota menettelyn alkua edeltäviin velallisen laiminlyönteihin heikentäisi liiketoiminnan jatkamisen ja uudelleenjärjestelyjen edellytyksiä. Tuomisto totesi jo ennen YSL:a, että mitä enemmän insolvenssioikeus kehittyy rehabilitaatioparadigman suuntaan, sitä perustellumpaa on puuttua rajoittavasti sopimusvelkojien oikeusasemaan – siis myös oikeuteen vedota velallisen sopimusrikkomuksiin, jotka ovat tapahtuneet ennen kollektiivimenettelyn aloittamista.¹⁵⁷ Juuri näinhän kehitys on meillä sittemmin kulkenut ja legalisoitunut YSL 19.1 §:ksi. Yhdysvalloissa näkemykset ovat olleet pitkälti päinvastaisia. Velallisen oikeus täyttämättömän sopimuksen jatkamiseen (assuming of an executory contract) edellyttää BC 365 §:n mukaan, että velallinen ensin korjaa menettelyn alkua edeltävät laiminlyöntinsä.¹⁵⁸ Kirjallisuudessa tämän on katsottu edistävän myös taloudellisissa vaikeuksissa olevan velallisen intressejä, koska muussa tapauksessa sopimuskumppanit olisivat haluttomia jatkamaan liiketoimintaa vaikeuksien ilmettyä.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Ks. Tuomisto Vuokralaisen konkurssi s. 280 ja 282, erityisesti konkurssia edeltäneiden maksulaiminlyöntien osalta mts. 164–165.

¹⁵⁸ Tämän lisäksi vaatimuksena on velallisen tulevan sopimustäytön riittävä varmistaminen ("adequate assurance of future performance"); ks. *Baird Elements* s. 126 ja *Keating Vand. L. Rev.* 1991 s. 78.

¹⁵⁹ Ks. *Keating Vand. L. Rev.* 1991 s. 78 ja 83–84. On kuitenkin heti huomautettava, että Yhdysvalloissakaan näkemykset eivät ole olleet yksimielisiä. Itse asiassa Keating kirjoitti artikkelinsa kritisoidakseen näkemystä, jonka mukaan velallisen sopimuskumppani syyllistyy rauhoitusajan rikkomiseen kieltäytyessään uusista suorituksista menettelyä edeltävien saataviensa maksamattomuuden johdosta. Vaikka Keating toteaa tällaisen näkemyksen saavuttaneen yhä laajempaa kannatusta, hän itse pitää sitä oikeudenvastaisena. Hän korostaa, että rauhoitusajan tarkoituksena ei ole pakottaa velallisen sopimuskumppaneita uusiin taloudellisiin uhrauksiin, vaan ainoastaan estää aiemmista uhrauksista syntyneiden saatavien perintä. Velallisen sopimuskumppanin

Yllä esitettyjä argumentteja ei tule ymmärtää niin, etteikö tässä tutkimuksessa puollettaisi – juuri arvioituja seikkoja kokonaisuutena punniten – lähtökohdaisesti vahvaa sopimusjatkuvuuden periaatetta, jossa saneerausvelallisen sopimuskumppanilla ei pääsääntöisesti ole oikeutta pidättäyä sopimuksen jatkamisesta aiemmista suorituksistaan jääneiden saatavien perusteella. Eri näkökohden esittelyllä ja analysoinnilla on pyritty vain osoittamaan, että ehdotonta suhtautumista on tässäkin problematiikassa syytä välttää siitä huolimatta, että meillä ilmeisesti vallitsee melkoinen konsensus YSL 19.1 §:iin perustuvasta nykytilasta. De lege ferenda olisi nähdäkseni ajateltavissa, että sopimusvelkojan oikeusasemaa arvioitaisiin uudelleen siltä pohjalta, voitaisiinko saneeraustuomioistuimelle antaa nykyistä enemmän valtaa määrätä tarkemmista ehdoista, joilla velallinen ja samalla muut saneerausvelkojat saavat nauttia sopimusvelkojan suoritusten jatkumisesta menettelyn aikana.¹⁶⁰ Ainakin velallisen tulevasta sopimustäytöstä olisi joissakin tilanteissa ehkä voitava vaatia vakuus tai ennakkomaksu, vaikkeivät ennakkollisen sopimusrikkomuksen edellytykset selvästi täytyisikään.

4.2.4.4 Maksunlakkautuksen ulkopuolisten velvoitteiden suorituspakko

a) *Suorituspakon merkitys ja suojakeinot.* Edellä on todettu, että maksukiellon rajojen määrittelyssä lainsäätäjällä on samankaltaisen tehtävän edessä kuin etuoikeusjärjestyksen muotoilussa. Normiston tarkoituksena on osoittaa, mitkä velvoitteet ovat oikeusjärjestyksessä erityissuojan piirissä. Jotta maksukiellon laajuutta koskevilla valinnoilla olisi reaalista merkitystä, on selvää, että *kiellon ulkopuolelle jätetyt velat on todella maksettava*. Tämä perustuu velvoiteoikeu-

pakottaminen sopimussuoritusten jatkamiseen ilman aiempien saatavien maksamista tarjoaa Keatingin mukaan velalliselle asean, vaikka rauhoitusajan tarkoitus on toimia vain suojana (tätä kuvaa osuvasti artikkelin otsikko "Offensive uses of the Bankruptcy Stay"). Keating katsoo rauhoitusajan 'hyökkäyksellisen' käytön kiellon perustuvan koko kollektiivista insolvenssioikeutta hallitsevalle periaatteelle, jonka mukaan velallinen voi vaatia sopimuskumppaneiltaan uusia suorituksia vain korjaamalla ensin omat aiemmat laiminlyöntinsä ("Bankruptcy's Burden/Benefit Linkage", mas. 78). Kantansa tueksi hän viittaa mm. juuri BC 365 §:n yleisnormiin, joka, kuten todettu, edellyttää velallisen korjaavan aiemmat laiminlyöntinsä. Näyttääkin siltä, että executory contract -doktriini poikkeaa olennaisesti Pohjoismaissa pitkälti hyväksytystä mahdollisuudesta konkurssipesän osittaiseen sijaantuloon. Amerikkalaisen velallisen oikeus sopimuksen täyttämiseen edellyttää koko sopimuksen täyttämistä, ks. *Warren – Bussel* s. 247 ("Fundamental to the treatment of executory contracts under § 365 is the notion that an unperformed contract is a 'package deal' that must be assumed or rejected in its entirety"). Velallinen ei voi täyttää sopimusta oman mielensä mukaan, sillä perusteella, mikä olisi vain hänelle edullista. Samaa periaatetta toteuttaa myös saneerausvelkojan kuittausoikeus (*Keating* Vand. L. Rev. 1991 s. 78–79). Amerikkalaisen saneerausvelallisen velvollisuudesta korjata aiemmat laiminlyöntinsä halutessaan täyttää keskeneräisen sopimuksen ks. myös *Baird* Elements s. 126–127.

¹⁶⁰ Yhdysvalloissa velallisen oikeus keskeneräisten sopimusten jatkamiseen on tuomioistuimen harkinnan varassa. Ks. *Warren – Bussel* s. 247 ja 249–250.

den yleisiin periaatteisiin: sitova velvoite on luontoissuorituspakon alainen.¹⁶¹ Legaalisen maksukiellon voidaan itse asiassa nähdä jopa korostavan kiellon ulkopuolelle jätettyjen velvoitteiden suorituspakkoa; kun maksunlakkautuksen rajat on pyykitetty kirjoitetussa laissa, niitä on noudatettava.

Maksukiellon ulkopuolisten velvoitteiden suorituspakko voidaan de lege lata toteuttaa ainakin *normaalilla pakkotäytäntöönpanolla*. Toisaalta saneerausmenettelyn yleiseksi tavoitteeksi on syytä asettaa *erityistäytäntöönpanon tarpeen minimointi*. Ei ole hyväksyttävää, että lainsäädäntö jättää maksunlakkautuksen ulkopuoliset velvoitteet ainoastaan ulosmittausuhan varaan. Maksukieltonormisto olisi mieluummin muotoiltava sellaiseksi, että kiellon ulkopuolisen saatavan velkojan ei tarvitsisi turvautua ulosottoon saneerausvelallista vastaan. Ulosottoon turvautumista on omiaan hillitsemään se, että maksukiellon ulkopuolisten velvoitteiden suorituspakkoa edistetään muilla(kin) keinoilla. Tähän on tarjolla ainakin kaksi keinoa, *viivästyssseuraamusten jatkuminen ja suoja velkajärjestelyä vastaan*.

b) Viivästyssseuraamukset pakollisen maksukieltopoikkeuksen alaisille veloille. YSL 15.2 §:n mukaan viivästyssseuraamukset keskeytyvät ”saneerausvelalle”. Keskeytyminen määräytyy siten pelkästään saneerausvelkastatuksen perusteella.¹⁶² Sanamuodon mukainen tulkinta edellyttää keskeytysvaikutuksen ulottamista kaikkiin saneerausvelkoihin, myös maksukieltopoikkeuksiin.

Maksukiellon ulkopuolisten velkojen suorituspakko vie kuitenkin johdonmukaisesti sovellettuna YSL 15.2 §:n sanamuodon vastaiseen tulokseen: koska tietyt velvoitteet eivät kuulu legaalisen maksunlakkautuksen piiriin, niiden viivästyminenkään ei ole sallittua. Tällä perusteella päädyttäisiin siihen, että maksukieltopoikkeusten alaisten velkojen viivästyssseuraamukset eivät keskeytyisi. Tältä osin on kuitenkin syytä erottaa toisistaan pakolliset ja sallitut maksukieltopoikkeukset. On johdonmukaista katsoa, että juuri pakollisten suoritusvelvoitteiden viivästyssseuraamukset eivät keskeydy rauhoitusajan alkaessa. Tämä johtuu siitä, että velallisella ei ole oikeutta lakkauttaa niiden maksamista; päinvastoin, velvoitteet ovat suorituspakon alaisia. Sen sijaan sallitut poikkeusvelat kuuluvat laillistetun maksunlakkautuksen piiriin. Velallisella on oikeus pidäytyä niistä selvittäjän harkinnan mukaan, jolloin suoritusviivästyksensä ei voida pitää velvoitteen vastaisena.

Tässä tutkimuksessa esitetäänkin tulkintasuosituksena, että viivästyssseuraamukset keskeytyvät niiden velvoitteiden osalta, jotka *voidaan* maksaa maksu-

¹⁶¹ Luontoissuorituspakosta velvoitteiden yleisenä tehosteena ks. *Aurejärvi – Hemmo* s. 78–86 ja esim. *Taxell* s. 178 ja 184–201.

¹⁶² Tässä yhteydessä on hyvä mainita, että keskeytyvien ja keskeytymättä jäävien viivästyssseuraamusten erottelu ei vaikuta maksukieltoon. Myöskään niitä viivästyssseuraamuksia, jotka jäävät keskeytysvaikutuksen ulkopuolelle, ei saa rauhoitusaikana maksaa, ellei itse velvoite ole maksukiellon ulkopuolella.

kiellosta huolimatta (=sallitut maksukieltopoikkeukset). Velallisella (selvittäjällä) on siis oikeus pidätyä esimerkiksi viivästyskoron maksamisesta. Sen sijaan pakollisten poikkeusvelkojen viivästysseuraamukset eivät tulkintasuosituksen mukaan keskeydy. Esimerkiksi YSL 27.2 §:n mukainen velka on edellytysten täytyessä maksettava, eikä sen viivästysseuraamustenkaan pidä näin ollen keskeytyä.

Esitetty tulkintasuositus on johdonmukainen seuraus maksukielton ulkopuolisten velvoitteiden suorituspakosta. Se perustuu olennaisesti laillistetun maksunlakkautuksen logiikkaan, mutta sen tueksi voidaan osoittaa myös reaalisia argumentteja. Näin nimittäin päästään siihen saneerausmenettelyn kannalta järkevään tulokseen, että jos selvittäjä päättää soveltaa vapaaehtoista poikkeusnormia eli luopuu maksunlakkautusoikeudesta, tapahtuva suoritus lasketaan kokonaisuudessaan pääoman ja luottokoron sekä ennen menettelyä erääntyneiden viivästysseuraamusten lyhennykseksi. Tällöin *velka ei enää lisäännny* rauhoitusajan alettua. Näin voidaan hyvinkin edistää myös täytäntöönpanointressiä. Onhan selvää, että velallisella on voimakkaampi insentiivi lyhentää velkapääomaansa kuin maksaa kumuloituvia viivästysseuraamuksia ilman tuntuvaa kevennystä kokonaisvelkarasituksessa. Tulkinta sisältää näin kannustimen sallittujen maksukieltopoikkeusten soveltamiseen.

c) *Maksukieltopoikkeusten suoja velkajärjestelyltä.* Maksukielto poikkeuksineen koskee, kuten todettu, saneerausvelkoja eli velkoja, joiden oikeusperuste on syntynyt ennen saneerausmenettelyn alkamista (YSL 3.1 § 4 kohta). Näihin velkoihin voidaan kohdistaa YSL:n mukaisia velkajärjestelykeinoja (YSL 44.1 §: ”Saneerausohjelmassa voidaan – – soveltaa saneerausvelkoihin – – velkajärjestelyjä”). Pelkästään lain sanamuotoa tarkastellen velkajärjestely kohdistuisi täysimääräisesti myös maksukieltopoikkeuksen alaisiin velkoihin. Koskelo mainitseeikin lyhyesti ja enempiä problematisoimatta, että poikkeus maksukiellostä *ei* merkitse kyseisen saatavan jäämistä velkajärjestelyn ulkopuolelle.¹⁶³ Tässä tutkimuksessa otetaan toinen kanta, pian esiteltävin perustein. Kysymys on sekä käytännössä että periaatteellisesti erittäin merkittävä. Se ei ratkea pelkällä toteamuksella, vaan ongelmaa on tarkasteltava analyttisesti, laillistetun maksunlakkautuksen perusteita vasten. YSL:n esitöissä asiaa ei käsitellä, joten lainsäätäjän tarkoituksin on epäselvä.¹⁶⁴ Toisaalta korkein oikeus näyttää viimeisimmässä saneerausratkaisussaan KKO 2004:12 – joka annettiin

¹⁶³ Ks. Koskelo s. 165, petiittijakso.

¹⁶⁴ Kommentaarteoksen juuri viitattu mainintakin on, kuten todettu, lyhyessä petiittijaksossa, jossa käsitellään työsuhdesaatavia maksukieltopoikkeuksina. Problematiikka koskee kuitenkin huomattavasti laajempaa aluetta, maksukieltopoikkeusten konkreettista merkitystä rauhoitusajana. Sanomattakin on selvää, että konkreettisen merkityksen ohella kysymyksellä on huomattava periaatteellinen ulottuvuus: *mitä maksukieltopoikkeus todella merkitsee, miksi se on säädetty?*

tämän tutkimuksen kannalta hieman liian myöhään eli esitarkastuksen päätyttyä ja kustantajan asettaman määräpäivänkin jo lähestyessä – ottaneen askeleen kohti suorituspakon periaatetta, tosin koskien nimenomaisesti vain palkkaturvaviranomaisen regressisaatavaa. Ratkaisun voidaan kuitenkin katsoa osaltaan tukevan seuraavassa esitettäviä argumentteja suorituspakon periaatteen puolesta.

Sekä systemaattiset että reaaliset argumentit puoltavat vahvasti maksukieltopoikkeusten suojaamista velkajärjestelyltä. Systemaattisina perusteina toimivat nytkin laillistettu maksunlakkautus ja sen ulkopuolisten velvoitteiden suorituspakko: *on johdonmukaista, että maksukiellon ulkopuoliset velvoitteet eivät joudu velkajärjestelyyn*. Myös reaaliset argumentit ovat painavia. Jos katsottaisiin, että poikkeussaatavatkin joutuvat velkajärjestelyyn (ja niiden viivästysseuraamuksetkin ehkä keskeytyisivät), *mitä tarkoitusta poikkeusnormi palvelisi?* Velallinen ei menettäisi mitään laiminlyömällä velvoitteensa. Itse asiassa 'pakollinen' maksukieltopoikeus tarkoittaisikin tällöin samaa kuin mahdollisuus vapaaehtoiseen maksuun. Käsittääkseni tällainen lopputulos ei todellakaan tule kyseeseen esimerkiksi YSL 27.2 §:n soveltamistilanteissa. Velkojalla on tietenkin käytössään pakkotäytäntömahdollisuus, koska perintäkielto ei koske tällaisia saatavia.¹⁶⁵ Velkajärjestelyn uhka kuitenkin pakottaisi velkojan hakemaan täytäntöönpanoperustetta ja ulosottoa mahdollisimman pian, jotta täytäntöönpano ehdittäisiin viemään loppuun ennen kuin saatavaa järjestellään saneerausohjelmassa.¹⁶⁶ Normisto, joka yhtäältä pyrkii pakkotäytäntön rajoittamiseen tarjoten sen kuitenkin samalla velkojan ainoaksi keinoksi, jättää oikeuspoliittiset tavoitteet huomattavan epäselviksi. Sen sijaan velkojan tieto siitä, että hänen saatavansa jää velkajärjestelyn ulkopuolelle, tarjoaa rationaalisen perusteen pidätyä välittömästä pakkotäytäntöä. Velkojalla on tällöin perusteltu aihe olettaa, että hän saa suorituksen ilman pakkotoimiakin. Itse asiassa mahdollisuus saada suoritus maksunlakkautuksen ulkopuolisesta saatavasta jopa paranee rauhoitusajan alkamisen myötä, koska velallisen maksukykyyn on odotettavissa selvä parannus.

Poikkeussaatavien velkajärjestelysuoja voidaan perustella myös laintulkinnan yleisnormeilla, tarkemmin sanoen *lex specialis*-säännöllä. Maksukielto-

¹⁶⁵ On huomattava, että maksukieltopoikkeuksen laiminlyönti ei sellaisenaan kelpaa konkurssin aloittamisperusteeksi rauhoitusajana. Laiminlyönnin on osoitettava syvää maksukyvyttömyyttä (YSL 24.3 §).

¹⁶⁶ Tosiasiassa tämä ei useinkaan onnistuisi. Summaarinenkin velkomusprosessi, ulosmittaus, realisointi ja tilitys vievät monessa tapauksessa aikaa enemmän kuin tavanomaisesti kuluu saneerausohjelman vahvistamiseen. Reaalista merkitystä perintämahdollisuudella olisi siten lähinnä irtaimen vakuuden haltijalla, joka voi realisoida vakuutensa omin toimin. Tämä taas johtaisi siihen, että voimassa oleva oikeus suosisi jälleen vakuusvelkojaa kohtuuttomasti tavalliseen velkojaan nähden.

poikkeukset kylläkin ovat YSL 3.1 §:n 4 kohdan määritelmän mukaan saneerausvelkoja, ja saneerausvelkoihin taas voidaan 44.1 §:n mukaan soveltaa velkajärjestelyn keinoja. Juuri mainitut säännökset ovat kuitenkin saneerausvelkoja koskevia *yleissäännöksiä*, maksukieltopoikkeukset taas saneerausvelkoja koskevia *erityissäännöksiä*. Lex specialis -säännön mukaan edelliset syrjäytyvät jälkimmäisten tieltä.

Vaikka yllä tarkastellut perusteet puoltavat erittäin vahvasti maksukieltopoikkeusten jäämistä velkajärjestelyn ulkopuolelle, myös tätä kysymystä voidaan tarkastella erikseen pakollisten ja sallittujen poikkeusten osalta. Kaikkein kyseenalaisinta olisi velkajärjestelyn ulottuminen nimenomaan pakollisiin poikkeuksiin eli velkoihin, jotka lain mukaan on *maksettava* rauhoitusajasta huolimatta. Esimerkiksi velallisen liiketoiminnan kannalta tavanomaisen sopimuksen osapuolen täytyy olla suojattu – paitsi viivästysseuraamusten keskeyttämiseltä – myös saatavaansa kohdistuvalta velkajärjestelyltä. Sallittujen poikkeusten sitä vastoin ei tarvitse vaikuttaa saatavan velkajärjestelykelpoisuuteen, koska velallinen voi halutessaan jättää saatavan maksamatta. Tämä erottelu peruste olisi sekä johdonmukainen että oikeudenmukainen. Pakollisen maksukieltopoikkeuksen säätäminen osoittaa, että lainsäätäjä on asettanut kyseisen saamisoikeuden muita parempaan asemaan. Sallituissa poikkeuksissa maksu taas on jätetty selvittäjän harkintaan.

Jos pakollisia poikkeusvelkoja ei kuitenkaan haluta jättää kokonaan velkajärjestelyn ulkopuolelle, suorituspakon turvaamiseksi voidaan etsiä muitakin keinoja. Vähintään on vaadittava, etteivät nämä saatavat olisi velkajärjestelyssä samassa asemassa muiden saatavien kanssa – mikäli maksunlakkautuksen legaaliin rajoihin ja niihin perustuvaan suorituspakkoon suhtaudutaan ylipäänsä vakavasti. Eräs vaihtoehto olisikin mitoittaa velkajärjestelyn *keinoja* niin, että ankarimmat keinot eivät olisi käytettävissä pakollisiin maksukieltopoikkeuksiin. Näiden velkojen järjestelyä voitaisiin rajoittaa esimerkiksi samoin kuin vakuusvelkojen järjestelyä YSL 45 §:n 1 ja 3 momenteissa. Velan maksamatta olevaa pääomaa ei siis saisi alentaa, eikä velkojalla olisi velvollisuutta ottaa vastaan YSL 44.2 §:n 2 kohdassa tarkoitettua sijaissuoritusta. Ainakin pääoman alentamiskielto olisi suorituspakon kannalta kiistatta perusteltu, maksunlakkautusjärjestelmän uskottavuuden kannalta nähdäkseni jopa välttämätön.

Yllä esitetyillä perusteilla tässä tutkimuksessa suositellaan ensisijaisesti tulkintaa, jonka mukaan pakollisen maksukieltopoikkeuksen alainen saatava *ei joudu lainkaan velkajärjestelyyn*. Tämä on nähdäkseni täysin mahdollista jo de lege lata, mikäli ylipäänsä hyväksytään, että nämä saatavat kuuluvat velvoiteoikeudellisen suorituspakon alaisuuteen. Jos yleistä velkajärjestelysojaa ei kuitenkaan hyväksytä, ehdotan toissijaisesti harkittavaksi, että velkajärjestelyssä ei voitaisi alentaa suorituspakon alaisen saatavan pääomaa. Tämä edellyttäisi toimenpiteitä de lege ferenda, sillä velkajärjestelykeinojen

rajaukset YSL 45 §:ssä koskevat nykymuodossaan kiistatta vain vakuusvelkoja.¹⁶⁷

4.2.4.5 Vastaavuusperiaate maksunlakkautuksen ja perintäkiellon välillä

a) *Periaatteen voimassaolo ja ydinsisältö.* Sääntelemätön maksunlakkautusintituutio ja legaalinen rauhoitus aika eroavat ehkä olennaisimmin siinä, että vain jälkimmäinen ulottaa vaikutuksensa välittömästi täytäntöönpanointressiin. *Rauhoitus aika* viittaa ehkä jopa voimakkaammin velkojen oikeuksien rajoittamiseen – perinnän torjumiseen – kuin velallisen oikeuteen pidätyä suorituksistaan. Vaikka maksukiellon ja perintämahdollisuuksien välillä ei tarvitsekaan nähdä mitään käsitteellistä välttämättömyyttä, voidaan hyvin perustein todeta, että nykyaikainen rauhoitus aikasäännöstö rakentuu periaatteelle, jota tässä tutkimuksessa kutsutaan *vastaavuusperiaateksi*. Periaate vallitsee maksunlakkautuksen ja perinnän välillä. Sen ytimenä on, että *maksukielto johtaa vastaavanlaajuiseen perintäkieltoon*.

Vastaavuusperiaatteen voimassaolo ilmenee meillä kiistatta YSL 19.1 §:sta, 21.1 §:sta ja 23 §:stä. Ensin mainitun lainkohdan mukaan ”velalliseen ei saa kohdistaa toimenpiteitä maksukiellon piiriin kuuluvan saneerausvelan perimiseksi tai sen suorittamisen turvaamiseksi”; toisessa taas säädetään erikseen samanlaajuinen ulosmittauskielto. YSL 23 §:ssä kielletään vielä turvaamistoimen määrääminen saneerausvelan perusteella.

Vaikka vastaavuusperiaate saatettiin kirjoitetun lain nimenomaisin sanoin osaksi voimassa olevaa oikeutta, sitä ei käsitelty lainvalmistelussa. Edes maksu- ja perintäkieltoihin säädettyjen poikkeusten perusteluista ei näy merkkejä jäsentyneestä vastaavuusajattelusta.¹⁶⁸ Periaatteen merkitys onkin monin paikoin epäselvä ja kaipaa lainopillista systematisointia.

b) *Vastaavuusperiaate ja pakolliset maksukieltopoikkeukset.* Vastaavuusperiaatteen juuri kuvattu idea ja voimassaolo ovat luonnollisesti eri asioita kuin periaatteen tarkempi sisältö. Periaatteen voimassaolo ilmenee YSL:n säännöksistä selvästi, mutta sen sisällön täsmentäminen on oikeustieteen ja -käytännön tehtävä. Periaatteen sisällön selvittämisessä on luonnollista lähteä siitä, että maksukiellon ja perintäkiellon rajat ovat yhteiset. Tämän lähtökohdan mukaan

¹⁶⁷ Luonnollisesti nyt ehdotettua rajausta on mahdollista soveltaa ilman lain muutostakin, mutta vain niillä edellytyksillä, joilla saneerausohjelma on yleensäkin hyväksyttävissä. Dlf-toimenpiteitä tarvitaan, jos pääoman alentamiskielto halutaan pakolliseksi.

¹⁶⁸ Kommentaariteoksen eräistä maininnoista voidaan sen sijaan päätellä, että vastaavuusajattelulle on annettu merkitystä, ks. *Koskela* s. 161. Laajempaan kehittelyyn ei kuitenkaan ole ryhdytty, mikä kommentaariteoksen tarkoitus huomioon ottaen on tietenkin aivan perusteltua.

pakolliset poikkeukset maksukiellosta vapauttavat vastaavassa määrin saatavan perintää. Esimerkiksi tavanomainen sopimusvelkoja voi periä YSL 27.2 §:ssa tarkoitetun saatavansa samoin keinoin kuin saneerausmenettelyn ulkopuolellakin.¹⁶⁹

Merkittävä täytäntöönpanointressiä turvaava maksukieltopoikkeus sisältyy YSL 18.1 §:iin, jonka mukaan menettelyn alkamisen jälkeen erääntyvä vakuusvelan korko jää sekä maksu- että perintäkiellon ulkopuolelle.¹⁷⁰ Vastaavuusperiaatteen voimassaolo on kylläkin poikkeuksellisen vaikeasti havaittavissa lakitekstistä; sen havaitseminen edellyttää melko tarkkaa analyysia YSL 18–20 §:ien sisällöstä. YSL 20 §:n 2 kohta näyttää ensisilmäyksellä olevan suorastaan ristiriidassa vastaavuusperiaatteen kanssa. Säännöksen mukaan velkojalla on vain tuomioistuimen luvalla oikeus hyödyntää vakuutta korkosaatavansa perusteella. Lupa edellyttää vieläpä, että korkovelvoitteen laiminlyönti ei ole merkitykseltään vähäinen. Tuomioistuimen on myös viran puolesta kuultava selvittäjää. Nämä rajoitukset näyttävät johtavan varsin kauas vastaavuusajattelun ytimestä, jonka mukaan maksukieltopoikkeus johtaa ex lege vastaavaan perintäkieltopoikkeukseen. On kuitenkin huomattava, että YSL 20 § 2 kohta koskee vakuuden realisointia *koko saatavan* suorittamiseksi. Perintärajoitukset – laiminlyönnin vähäistä suurempi merkitys, selvittäjän kuuleminen ja tuomioistuimen lupa – eivät estä pelkän korkosaatavan perintää. YSL 20 §:n 2 kohdan ratio on, että vakuusvelan koron vähäistä suurempi laiminlyönti saattaa tarjota riittävän perusteen koko saatavan perimiseen vakuuden arvosta.

Tältä osin voidaan yhtyä – muutoin joskus liioiteltuun – arvosteluun YSL:n esitöistä. YSL 20 §:n yksityiskohtaisissa perusteluissa olisi ollut tarpeen ilmaista selkeästi, että lainkohdassa säädetään velkojan oikeudesta koko saatavan perimiseen vakuuden arvosta. Sääntö on kylläkin pääteltävissä YSL 18–20 §:ien keskinäisestä logiikasta, ja se käy melko selvästikin ilmi toisaalla esitöistä (vakuuden arvon suojaamista koskevan 33 §:n yksityiskohtaisista perusteluista).¹⁷¹ Tämä ei kuitenkaan poista sitä, että perintäkiellon ulottuvuus itsenäiseen korkosaatavaan edellyttää tavanomaista syvällisempää perehtymistä maksu- ja perintäkiellon väliseen systematiikkaan. Lainsäädännön vaikeaselkoisuutta koskeva kritiikki saa tällaisista aiheista helpon maalitaulun.

Kun itsenäisen korkovelan pakkoperintä siis on rauhoitusajana sallittu, vastaavuusperiaate aiheuttaa joka tapauksessa sen, että perintä rajoitetaan laiminlyö-

¹⁶⁹ Rajauksen tavanomaisiin perintäkeinoiniin muodostaa kuitenkin konkurssin edellytysten kirstyminen rauhoitusajana. Pakollisenkin poikkeusvelan laiminlyönti voi johtaa rauhoitusajana konkurssiin vain, jos YSL 24.3 §:n erityisedellytys täyttyy. Konkurssin edellytyksiä rauhoitusajana tarkastellaan lähemmin 6. luvussa.

¹⁷⁰ YSL 18.1 § koskee koron lisäksi muitakin velan ehtojen mukaisia luottokustannuksia. Tekstissä puhutaan kuitenkin yksinkertaisuuden vuoksi vain korosta.

¹⁷¹ Ks. HE 182/1992 s. 84.

dyn koron määrään.¹⁷² Velkojalla on *enintään* tältä osin käytettävissään tavanomaiset perintäkeinot. Toimenpiteet eivät saa loukata rauhoitusaikasuoja itse vakuusvelalle eivätkä muillekaan maksukiellon alaisille velvoitteille. Jos velkoja haluaa realisoida vakuutensa korkosaatavastaan, ratkaistavaksi tulee esinevakuuden jaettavuuden ongelma. Mikäli vakuusomaisuudesta voidaan erottaa laiminlyötyä korkoa vastaava osuus, onko velkojalla oikeus – ilman tuomioistuimen lupaakin – tällaiseen erottamiseen ja erotetun varallisuuden realisointiin? Erillisrealisointiin velkojalla saattaa olla intressiä esimerkiksi siksi, että vakuus saatetaan velkajärjestelyn yhteydessä tulla vaihtamaan toiseen (YSL 45.2 §). Vaikka vaihdon oikeudellisena edellytyksenä on uuden vakuuden turvaavuus, voi vaihdosta aiheutua velkojalle merkittäviäkin tosiasiallisia ongelmia, esimerkiksi totuttujen realisointikanavien menettäminen. Kysymys liittyy siihen laajempaan ongelmaan, missä määrin korkovelka on ylipäänsä täytöntönpantavissa itsenäisesti. Vaikka itsenäiseen perittävyyyteen suhtauduttaisiin lähtökohtaisen myönteisesti, ongelmia syntyy, jos vakuusomaisuus on jakamaton tai jos jakaminen alentaisi jäljelle jäävän vakuuden arvoa (joka on itse asiassa jakamattomuuden eräs tyyppitilanne). Aihetta on syytä käsitellä seuraavassa omana jaksonaan.

c) *Erityisesti vakuusvelan koron erillisperinnästä.* Rauhoitusaika nostaa esiin problematiikan, joka ei yleensä herää insolvenssimenettelyn ulkopuolella. Aihepiiriä voidaan kutsua itsenäisen korkosaatavan (vast. -velan) ongelmaksi. Luottosopimuksessa sovitaan standardimaisesti siitä, että koron laiminlyönti perustaa velkojalle oikeuden eräännyttää koko luotto maksettavaksi ja näin ollen myös oikeuden vakuuksien realisointiin. Saneerausmenettelyn ulkopuolella ei siten jouduta pohtimaan, miten pelkän korkovelan laiminlyönti vaikuttaa velkojan oikeussuojakeinoihin, koska tilanne laukaisee luottosopimuksen mukaisen erityisen erääntymis ehdon johtaen luottosuhteen *kokonaisselvittelyyn*. Vakuusvelan koron jättäminen rauhoitusajan ulkopuolelle aiheuttaa näin erikoisen tilanteen, joka edellyttää korkovelan tarkastelua itsenäisenä velvoitteena.

Kuten tunnettua, rahavelan korko sitä koskevina normeineen jakautuu luottoajalta maksettavaan korkoon ja luottoajan jälkeen kertyvään viivästyskorkoon. YSL 18.1 §:ssa tarkoitettu korko on tietenkin luottoajalta maksettavaa korkoa, jota tässä tutkimuksessa kutsutaan *luottokoroksi*.¹⁷³ Velvoiteoikeudellisesti on

¹⁷² Tässä yhteydessä on vielä syytä muistuttaa, että YSL 18.1 § koskee myös muita velan ehtojen mukaisia luottokustannuksia.

¹⁷³ Suomenkielisessä lainopissa luottoajalta maksettavaa korkoa on kutsuttu joskus juokseväksi koroksi, joskus varsinaiseksi koroksi. Käytössä olevassa velvoiteoikeuden yleisesityksessä suositellaan jälkimmäistä, mutta vain ”kuvaavamman termin puuttuessa” (ks. *Aurejärvi – Hemmo* s. 42–43 viittauksineen). YSL:n esitöissä ja kommentoinnissa on puhuttu sekä juoksevasta että varsinaisesta korosta (ks. HE 182/1992 s. 72 ja *Koskelo* s. 180). Insolvenssioikeudessa, kuten velkasuhdejuriidissa toki muutenkin, joudutaan laajalti käsittelemään korkokysymyksiä.

periaatteessa mahdollista katsoa, että luottokorko muodostaisi sivuvelvoitteen, joka ei olisi itsenäisen luontoissuorituspakon alainen.¹⁷⁴ Siviiliprosessuaalisesti tämä tarkoittaisi, että myöskään itsenäinen kanne korkovelvoitteesta ei olisi sallittu. Tästä taas seuraisi kiinteistöpankin realisointikelvottomuus, koska kiinteistöeksekuutio edellyttää oikeudenkäynnillä hankittua ulosottoperustetta. Mutta myös irtaimen vakuuden yksipuolinen realisointi pelkästään korkovelan suoritukseksi voidaan nähdä epätarkoituksenmukaiseksi, taloudellisesti tehotomaksi, yksittäistapauksessa jopa kohtuuttomaksi.

Luottokoron pitäminen vain sivuvelvoitteena ei kuitenkaan saavuttane kannatusta velvoiteoikeuden asiantuntijapiireissä. Korko on pikemminkin kiinteä osa luottosopimusta, sen vastike-ehto. Itsenäisen luontoistäyttövastuun täytyykin kohdistua sellaisenaan myös korkovelkaan.¹⁷⁵ Vaikka tämä sääntö hyväksytäneen abstraktien velvoitteiden tasolla, on mahdollista, että velvoitteen konkretisointi lainkäyttökoneistossa kohtaa muita vaikeuksia. Aluksi joudutaan selvittämään, onko korkovelvoitteesta aina mahdollista nostaa itsenäinen kanne, vaikka abstrakti luontoissuoritusvelvoite siis sinänsä hyväksyttäisiin. Esteitä tässä suhteessa voivat aiheuttaa ainakin oikeusvoimaopit sekä pitkälti epäselvä doktriini oikeudellisesta intressistä.

Oikeusvoiman osalta lähtökohdaksi on otettava meillä vallitseva kanta, jonka mukaan samaan perusteeseen nojaavat kumulatiiviset vaatimukset voidaan jakaa eri prosesseihin ilman res judicata -estettä. Velkoja voi nostaa itsenäisen kanteen pelkästään erääntyneestä korosta ja periä pääoman erikseen. Tämä on vallitsevan oikeusvoimaopin pääsääntö; velkojan ”ei ole pakko esittää kaikkia samasta perusteesta johtuvia vaatimuksiaan kerralla, vaan hän voi jakaa ne eri oikeudenkäynteihin”.¹⁷⁶ Toinen asia on, estyykö pelkkä korkovaatimus (riittä-

Luottoajalta maksettavan koron ja viivästyskoron erottaminen on tästä syystä erittäin tärkeää ja terminologiankin pitäisi olla sekä kuvaavaa että helppokäyttöistä. Tässä tutkimuksessa ehdotetaan, että ennen velan erääntymistä kertyvästä korosta käytettäisiin – yleisestikin – nimitystä *luottokorko*. Se ilmaisee lyhyesti korkovelan perusteen, luoton myöntämisen. Kun velka erääntyy ja suoritusta viivästyy, ’luotto’ on päättynyt (useimmiten myös tulevaisuuteen nähden). Samalla koronmaksuvelvollisuuden peruste vaihtuu luotosta viivästykseksi.

¹⁷⁴ Sivuelvoitteista ja niiden luontoistäyttökelpoisuudesta *Aurejärvi – Hemmo* s. 5 ja 81–82.

¹⁷⁵ Korkovelan pääomaliitännäisyydestä ja merkityksestä velvoiteoikeudellisessa doktriinissa ks. *Hakulinen* Velvoiteoikeus s. 85–86. Meillä on *Rekola* (s. 88) käsitellyt korkovelkaa nimenomaisesti sivuvelvoitteena. Tästä ei kuitenkaan pidä tehdä johtopäätöksiä korkovelkaan kohdistuvasta luontoistäyttöpakosta eikä kannekelpoisuudesta tai täytäntöönpanokelpoisuudesta, koska *Rekolan* esitys koskee pelkästään vanhentumissäännöstä. Sama koskee *Aurejärven* ja *Hemmon* esitystä (s. 214–215). Kuten tunnettua, korkovelka vanhenee sekä itsenäisesti että liitännäisesti pääoman kanssa (*Aurejärvi – Hemmo* s. 214–215). Koron liitännäisvanhentuminen ilmentää tietyllä tavoin sivuvelvoiteajattelua, mutta toisaalta itsenäisen vanhentumisen mahdollisuus korostaa korkovelvoitteen itsenäistä merkitystä. Siitä, miten korkovelka vanhentuu, ei siis kuitenkaan pidä tehdä päätelmiä suorituspakoon nähden. – Luontoissuorituspakko on itsestään selvä sen jälkeen, kun korko on pääomitettu. Sivuelvoiteargumentointi menettää teoreettisenkin merkityksensä.

¹⁷⁶ *Lappalainen* II s. 430.

vän) oikeudellisen intressin (oikeussuojan tarpeen) puuttumisen johdosta. Nähdäkseni oikeussuojan tarpeen olemassaoloa ei pidä ratkaista yksin sillä perusteella, että kyseessä on erillinen korkovaatimus. Huomioon on otettava asianomaisen oikeussuhteen ulkoprosessuaalinen tila kokonaisuutena. Velkojan tarve korkokanteen nostamiseen voi olla täysin hyväksyttävä esimerkiksi silloin, kun hän tarvitsee täytäntöönpanoperusteen korosta, mutta käy parhaillaan velallisen kanssa neuvotteluja pääomaan kohdistuvista vapaaehtoisista järjestelyistä. Korkoa koskevan ulosotto-perusteen saaminen voi olla jopa ehtona pääomaa koskevan järkevän velkajärjestelyn aikaansaamiseksi. Se mahdollisuus, että velkojat perisivät erikseen vähäisiä korkosaatavia, jää toki 'ilmaan', mutta ei vaatine perusteellisempaa oikeudellista analyysiä. Asia voitaneen jättää oikeudenkäynnistä aiheutuvien kustannusten varaan.

Edellä on päädytty pitämään korkosaatavaa sekä abstraktin luontoistäyttöpäkon alaisena että kannekelpoisena vaatimuksena. Tämä ei vielä osoita, voiko saneerausvelkoja realisoida vakuuden YSL 18.1 §:n mukaisen korkosaatavansa perimiseksi välittömästi vastaavuusperiaatteen nojalla. Vakuuden realisoinnissa on huomioitava ensinnäkin sekä vakuusvelkojaa että pantinantajaa velvoittava lojaliteettiperiaate, joka on kirjallisuudessa muotoiltu seuraavasti: panttioikeussuhteen osapuolten on osoitettava toistensa oikeutettuja panttiliitännäisiä intressejä kohtaan lojaalisuutta. Lojaliteettiperiaatteesta on katsottu seuraavan erityinen *huolenpitovelvollisuus* toisen osapuolen intresseihin.¹⁷⁷ Lojaliteettiperiaate ja huolenpitovelvollisuus ovat voimassa koko panttioikeussuhteen ajan, mutta ne luonnollisesti konkretisoituvat realisointivaiheessa. Lojaliteetti ja huolenpito tarkoittavat erityisesti sitä, että velkojan on realisointitoimissaan otettava huomioon myös vakuudenantajan intressi.¹⁷⁸ Vaikka tällä ymmärrettäänkin ennen kaikkea velvollisuutta pidättyä alihintaisesta myynnistä, huolenpitovoittoelle voidaan modernin insolvenssioikeuden oloissa antaa laajempaa sisältöä. Keskeistä on – jo vakiintuneenkin käsityksen mukaan – oman intressin edistämisen ja toiselle osapuolelle aiheutuvan haitan välinen *suhteellisuus*. Muodollisesti lainmukaisenkin vaateen toteuttamisesta ei saa koitua vastapuolelle haittaa, joka on epäsuhteessa tavoiteltavaan hyötyyn nähden.¹⁷⁹

Suhteellisuusvaatimus olisi nähdäkseni ilmeisessä vaarassa, jos vakuuden realisointia pelkän korkosaatavan suoritukseksi pidettäisiin varauksitta sallittuna. Näin siitä huolimatta, että saneerausmenettelyssä laki kyllä muodollisesti sallii korkosaatavan perimisen erikseenkin. Samoin on totta, että realisointitulot useimmiten varmasti ylittäisi perinnän kohteena olevan saatavan, eikä

¹⁷⁷ Lojaliteettiperiaatteesta ja huolenpitovelvollisuudesta ks. *Havansi* Esinevakuusoikeudet s. 308–309 ja *sama* Vakuusoikeudellisia kirjoituksia s. 54–55.

¹⁷⁸ Huolenpitovelvollisuuden elementeistä realisointivaiheessa ks. *Havansi* Esinevakuusoikeudet s. 404–407. Ks. myös *Walin* Panträtt s. 319–320.

¹⁷⁹ Suhteellisuuskriteeristä *Havansi* Esinevakuusoikeudet s. 309.

tilanne näin tarkasteltuna rikkoisi myöskään alihintaisen realisoinnin kieltoa. Erillisrealisointi on kuitenkin syytä torjua *vakuussopimuksen tarkoituksen* ja vakuusoikeudellisen *suhteellisuusperiaatteen* tuella.

Ensinnäkin vakuussopimuksen tarkoituksena on turvata koko saatavaa, ei pelkkää korkoa. Se, että korkosaatava saneerauslainsäädännön johdosta 'irtoaa' tavanomaista itsenäisemmäksi velvoitteeksi, ei nähdäkseni riitä perusteeksi sopimuksen alkuperäisen tarkoituksen vastaiselle realisoinnille. Ajatus voidaan tiivistää seuraavasti: kun rauhoitusaika estää vakuuden käytön alkuperäiseen tarkoitukseensa, on perusteltua katsoa, ettei sitä saa tuona aikana käyttää muuhunkaan tarkoitukseen, ei siis hyödyntää lainkaan. Realisoinnista velkojalle kertyvä hyöty lienee myös usein suhteettoman pieni verrattuna saneerausvelallislle koituvaan haittaan. Tämä johtuu siitä järkevältä tuntuvasta oletuksesta, että vakuuden realisointi pelkän korkosaatavan hyväksi saattaa tuhota osan siitä arvosta, joka omaisuudesta olisi muutoin saatavissa. Velkojalla ei välttämättä ole riittävän vahvaa kannustinta kaikkein tehokkaimpiin myyntiponnisteluihin, vaikka hän sinänsä mieltäisikin huolen-pitovelvollisuuden itseään sitovaksi.¹⁸⁰

Yllä lausutuilla perusteilla tässä tutkimuksessa suositellaan tulkintaa, jonka mukaan vakuuden realisointi maksukiellon ulkopuolelle jäävästä korkosaatavasta *ei ole sallittua välittömästi vastaavuusperiaatteen nojalla*. Realisaatio on rauhoitusaikana mahdollinen vain niiden erityisedellytysten täytyessä, joiden nojalla perintäkieltoon voidaan lain mukaan myöntää poikkeus ja vakuus realisoida *koko saatavasta* (YSL 20 § 2 kohta).¹⁸¹ Poikkeuksen nyt omaksuttuun kantaa voi ehkä muodostaa sellainen vakuusomaisuus, jonka jakaminen ei aiheuta *mitään vaaraa* jäljellä jäävän omaisuuden vakuusarvon heikkenemisestä.¹⁸²

¹⁸⁰ Asian ilmaisee osuvasti *Baird* (Elements s. 177) tarkastellessaan vakuusvelkojaan kohdistuvan perintäkiellon yleisiä perusteita: "We do have rules that require the secured creditor to act reasonably, but we are going to be better off if the person conducting the sale has the incentive to get the best price."

¹⁸¹ Lopputuloks näyttäisi olevan samoilla linjoilla kuin Niall L. O'Toole on esittänyt BC 361 ja 506(b) §:ien keskinäisestä suhteesta. Edellisen säännöksen mukaan vakuusvelkojan vakuuteen perustuvan oikeuden on oltava rauhoitusaikana riittävästi turvattu ("adequately protected") ja jos saneerausvelallinen ei kykene takaamaan tällaista turvaa, velkojalla on oikeus hakea tuomioistuinta poikkeusta rauhoitusajasta. Kysymys kuuluu, koskeeko riittävän turvan vaatimus myös vakuusvelan korkoa itsenäisenä eränä, johon velkojalla jälkimmäisen säännöksen mukaan on oikeus. O'Toole esittää vakuuttavien perustein (ks. Am. Bankr. L.J. 1982 s. 262–264, 267, 270 ja 274–275), että vakuusvelkojan oikeus rauhoitusajalta kertyvään korkoon ei kuulu lainkaan niihin oikeuksiin, joiden nojalla rauhoitusajapoikkeus on myönnettävissä. Erityisesti hän korostaa (mas. 267), että vakuusvelkojan oikeus rauhoitusajalta kertyvään korkoon tarkoittaa vain koron kertymistä, ei korkoerien maksamista niiden erääntyessä. Tältä osin YSL 18.1 § on kuitenkin yksiselitteisesti toisen sisältöinen oikeuttaen vakuusvelkojan saamaan erääntyvistä koroista suorituksen maksukiellon estämättä. Mutta tämän ei tarvitse tarkoittaa, että vakuus olisi realisoitavissa pelkän korkovelan suorituksiksi.

¹⁸² Luonnollisesti vakuus voidaan perintäkiellon estämättä realisoida aina RahVakL 6.3 §:n nojalla. Tällöin ei kuitenkaan ole kysymys varsinaisesta poikkeuksesta yllä suositeltuun tulkintaan.

d) *Vastaavuusperiaate ja sallitut maksukieltopoikkeukset.* Pakollisten maksukieltopoikkeusten osalta voitiin edellä todeta selkeä lähtökohta: poikkeus vapauttaa perintää vastaavassa laajuudessa, itsenäistä korkovelkaa koskevin rajoituksin. Sallitut maksukieltopoikkeukset ovat tässäkin ongelmallisempia. Epäselvää on itse asiassa jo se, vaikuttaako tällainen poikkeus perintäkieltoon millään tavoin. Kysymys nousee esiin mm. luotollisen maksuliikennetilin kohdalla. Jos selvittäjä ei toisin päättä, velalliselle tulevat suoritukset ohjautuvat tällaiselle tilille samoin kuin ennen rauhoitusaikaa (YSL 18.2 § 5 kohta). Vastaavuusperiaatteen johdonmukainen soveltaminen edellyttäisi, että selvittäjän passiivisuus merkitsisi vastaavaa poikkeusta myös perintäkieltoon. Koska maksukieltopoikkeus on kuitenkin rajattu koskemaan ainoastaan varoja, jotka laissa edellytetyin tavoin ohjautuvat säännöksessä tarkoitetulle tilille, perintätoimetkaan – jos ne siis katsotaan ylipäänsä sallituiksi – eivät voi kohdistua muihin varoihin. Tiukan vastaavuusajattelun mukaan perintäkielto ei koskisi myöskään niitä määrältään vähäisiä velkoja, jotka maksetaan selvittäjän aktiivisella päätöksellä hänen pitäessään tällaista maksua menettelyn kannalta tarkoituksenmukaisena (YSL 18.2 § 4 kohta). Sallittujen maksukieltopoikkeusten määrä voi ainakin yhteensä nousta vähäistä suuremmaksikin, jonka vuoksi kysymystä pakkoperintämahdollisuuden olemassaolosta ei ole syytä leimata käytännössäkään tyystin bagatelliksi. Periaatteelliselta kannalta kysymys on epäilyittä keskeinen: *liittykö selvittäjän harkintavallan käyttöön perinnän uhkaa vai ei?*

Jo tässä vaiheessa on korostettava, että harkintavalta sallituissa maksukieltopoikkeuksissa kuuluu lain mukaan selvittäjälle. Kenelläkään, esimerkiksi tällaisen poikkeusaatavan velkojalla, ei ole oikeutta vaatia selvittäjää käyttämään harkintavaltaansa tietyllä tavoin. Perintämahdollisuus aukeaa siis teoriassakin vasta sen jälkeen, kun selvittäjä on päättänyt soveltaa poikkeusta.

Kuten edellä todettiin, vastaavuusperiaatteen voimassaolosta ei seuraa, että maksunlakkautuksen ja perintäkiellon välille olisi konstruoitava normatiivinen yhteys. Vastaavuusperiaate on syytä nähdä modernin rauhoitusaikanormiston systematisointikeinona, jonka normatiivinen merkitys on enintään oikeusperiaatteen luokkaa.¹⁸³ Systemaattiselta kannalta se kuvaa etenkin maksunlakkautusinstituution oikeudellistumista ja toimii laillistetun maksunlakkautuksen *tehosteena*. Vaikuttaakin erityisesti siltä, että sallitut maksukieltopoikkeukset on tarkoitettu sillä tavoin yksipuolisiksi, että selvittäjän päätös poiketa kiellosta koskee vain vapaaehtoista suoritusta. Toisin sanoen selvittäjän päätös ei vapaut-

¹⁸³ Kuten 1. luvussa todettiin, maksunlakkautusjärjestelmän systemaattiset perusteet voidaan muutoinkin ymmärtää periaatteiksi, joiden painoarvo vaihtelee yksittäisen tulkintaongelman – ja erityisesti siihen liittyvien oikeudenmukaisuuskäsitysten – vaatimusten mukaisesti. Juuri periaatehakuisuus selittää osaltaan myös sitä, miksi juuri äsken voitiin päätyä torjumaan maksukiellon ulkopuolisen korkosaatavan periminen koko saatavaa turvaavasta vakuudesta.

tane perintää vastaavassa laajuudessa. Näin tulkittuna selvittäjä voi käyttää harkintavaltaansa ilman, että tästä seuraa velkojalle oikeus turvautua perintätoimiin. Sallittujen maksukieltopoikkeusten tavoitteena on joustavoittaa sanerausmenettelyä. Tämä tavoite vaarantuisi, jos selvittäjän olisi harkinnassaan varauduttava perintämahdollisuuden aukeamiseen. On huomattava myös, että selvittäjän päätöksenteko on sääntelemätöntä. Yksittäistapauksessa voisi olla erittäin vaikeaa (ja kallista) ratkaista, miltä osin perintä on selvittäjän toiminnan johdosta lopulta tullut sallituksi.

Yllä selostetuilla perusteilla tässä tutkimuksessa suositellaan tulkintaa, jonka mukaan *sallitun maksukieltopoikkeuksen soveltaminen ei merkitse vastaavaa poikkeusta perintäkieltoon*. Tällaisten poikkeusten tulkitaan siis kuuluvan selvittäjän yksipuoliseen harkintavaltaan. Hän voi ilman perintätoimien uhkaa päättää harkinnanvaraisen poikkeuksen soveltamisesta tai soveltamatta jättämisestä. Myönteisessäkin tapauksessa velkoja ei voi turvautua perintäkeinoihin.¹⁸⁴

4.2.5 Selvittäjän lupaan sidottu määräysvalta

4.2.5.1 Lupasidonnaisuus ja määräysvallan pysyvyyden periaate

Tämän luvun alussa määriteltiin varsinaisiksi rauhoitusajanormistoiksi vain sellaiset säännöstyöt, joiden mukaan velallinen ei insolvenssimenettelyn alkaessa menetä määräysvaltaansa kokonaan. Jos tällainen totaalinen määräysvallan siirto tapahtuu, säännöstö ei sisällä mitään periaatteellisesti uutta likvidaatio-oikeuteen verrattuna. Tämän 'modernisuusedellytyksen' täyttää YSL 29.1 §. Sen mukaan velallisella "säilyy menettelyn alkamisen jälkeenkin valta määrätä omaisuudestaan ja toiminnastaan, mikäli tässä laissa ei toisin säädetä". Edellä määräysvallan järjestelyn perusteiden tarkastelussa on todettu, että säännöksistä ilmenee *määräysvallan pysyvyyden periaate*. Sen sisältönä on, että sanerausvelallisella on määräysvalta varallisuuteensa ja liiketoimintaansa, jollei tätä ole erityisellä perusteella rajoitettu.

Edellä on jo tarkasteltu välittömästi maksunsaanti-intressiin kohdistuvien disponointirajoitusten järjestelmää, josta maksukiellon ydinaseman perusteella pyrittiin hahmottelemaan erityinen laillistetun maksunlakkautuksen järjestelmä. Tuo järjestelmä tulee voimaan ilman eri päätöstä menettelyn alkaessa,

¹⁸⁴ Tulkintasuosituksen etuihin kuuluu myös, että se tekee tarpeettomaksi pohtia selvittäjän oikeutta peruuttaa poikkeamispäätöksensä. Kun selvittäjän harkintavallan katsotaan koskevan vain vapaaehtoista suoritusta, kysymys perintäkeinojen käytettävyydestä ratkeaa jo tällä perusteella, ilman kannanottoa siihen, olisiko selvittäjällä oikeus peruuttaa poikkeuspäätöksensä viimeistään velkojan ryhtyessä perimään saatavaansa.

taikka väliaikaisena (osin tai kokonaan) jo tätä ennenkin. Saneerausmenettelyn muut disponointirajoitukset ovat sellaisia, että niistä voidaan joko poiketa selvittäjän luvalla (YSL 29.2 §) tai ne voidaan määrätä voimaan ainoastaan tuomioistuimen päätöksellä (YSL 30.1 §). Tässä jaksossa tarkastellaan ensin mainittua, selvittäjän luvan varaista disponointivaltaa. Jo nyt on syytä korostaa, että tarkoituksena ei ole yksittäisten oikeustoimien luvanvaraisuuden selvittäminen. Tutkimustehtävän mukaisesti keskitytään velallisen itsenäisen ja luvanvaraisen disponointivallan *yksilöinnin ja erottelun perusteisiin*. Eri disponointilajeihin syvennytään vain, jos tämä näyttää edistävän kokonaiskuvan muodostamista määräysvallan järjestelyn perusteista.¹⁸⁵

4.2.5.2 Lupasidonnaisuuden määräytymisestä

Selvittäjään lupaan sidottu (jälj. myös velallisen luvanvarainen tai selvittäjän luvanvarainen) disponointivalta koskee seuraavia määräämistoimia (YSL 29.2 §):

- 1) uusi velkasitoumus; selvittäjän lupaa ei kuitenkaan tarvita velallisen tavanomaiseen toimintaan liittyvään uuteen velkaan, jos se ei ole määrältään tai ehdoiltaan epätavallinen
- 2) yrityksen tai sen osan, käyttö- tai rahoitusomaisuuden, immateriaali-oikeuksien tai muiden toiminnan kannalta tarpeellisten oikeuksien luovuttaminen
- 3) käyttöoikeuden tai muun oikeuden perustaminen edellisessä kohdassa tarkoitettuun omaisuuteen; selvittäjän lupaa ei kuitenkaan tarvita, jos oikeuden perustaminen liittyy velallisen tavanomaiseen toimintaan
- 4) vaihto-omaisuuden luovuttaminen muuten kuin tavanomaisin ehdoin osana tavanomaista toimintaa
- 5) toiminnan tai sen jatkamisedellytysten kannalta tarpeellisten sopimusten irtisanominen
- 6) vierasvelkavakuuden asettaminen tai muun vastuusitoumuksen antaminen toisen velasta; selvittäjän lupaa ei kuitenkaan tarvita, jos kysymys on velallisen tavanomaiseen toimintaan liittyvästä toimesta, joka ei ole merkitykseltään tai riskiltään epätavallinen
- 7) muu toimi, joka toiminnan laajuus ja laatu huomioon ottaen on epätavallinen tai laajakantoinen
- 8) omaisuuden luovuttaminen konkurssiin.

Luettelosta ilmenee, että luvanvarainen disponointivalta koskee velallisen tavanomaiseen liiketoimintaan nähden jollain tavoin poikkeuksellisia toimia. Ja kääntäen: *velallisen itsenäinen disponointivalta koskee tavanomaista liiketoi-*

¹⁸⁵ Oikeustoimi- ja oikeustoimityyppikohtainen tarkastelu jätetään siis erityisesitysten ja oikeuskäytännön varaan. Tätä puoltaa etenkin se, että meillä ei ole tehty aiempaa tutkimusta määräysvallan järjestelyn perusteista saneerausmenettelyssä. Perusteiden tulkinta ja systematisointi on tietenkin ensisijainen suhteessa yksittäisiin disponointeihin.

mintaa.¹⁸⁶ Kuten todettu, tässä yhteydessä ei kuitenkaan ole tarkoituksenmukaista pyrkiä selvittämään jokaisen laissa mainitun määräämistoimen osalta erikseen, milloin velallisella on itsenäinen määräämisvalta, milloin ei.¹⁸⁷ Tärkeämpää on selvittää, millä *yleisillä perusteilla* disponointivalta määräytyy.¹⁸⁸

Vaikka YSL 29.2 §:n 7 kohta sisältääkin avoimen kriteeristön, säännöksen täytynee katsoa ilmaisevan varsin kattavasti ne *oikeustoimittyyt*, joihin velallinen tarvitsee rauhoitusaikana selvittäjän luvan.¹⁸⁹ Vastakohtaispäättelmä näyttää siis perustellulta: jos määräämistoimi ei täytä yhtäkään luettelossa mainittua tunnusmerkistöä, eikä ole laajuutensa ja laatunsa puolesta epätavallinen eikä laajakantoinen, velallisella on valta ryhtyä siihen ilman selvittäjän lupaa. E contrario -tulkintaa edellyttää itse asiassa jo määräämisvallan pysyvyyden periaate. Disponointirajoitukset ovat poikkeuksia, jotka on määriteltävä erikseen.

Vaikka luvanvaraisuus onkin poikkeus pääsääntöön, YSL 29.2 §:n tulkintaan ei nähdäkseni ole syytä konstruoida mitään erityistä ahtaan tulkinnan sääntöä. Rajoituksia on toki tulkittava poikkeuksina, mutta tulkinnan lopputuloksen

¹⁸⁶ YSL ei nimenomaisesti lausu tätä julki, mutta velallisen itsenäisen kompetenssin rajoittuminen tavanomaiseen liiketoimintaan käy kiistatta ilmi YSL 29.2 §:n luettelosta. Yhdysvaltain ja Saksan oikeudessa tavanomainen liiketoiminta on nimenomaisesti kirjoitettu lakiin osoittamaan velallisen itsenäisen kompetenssin rajoja. Yhdysvalloissa saneerausvelallisella säilyy kompetenssi oikeustoimiin ”in the ordinary course of business” (BC 363(c)(1) §). Muut disponoinnit ovat saneeraustuomioistuimen kontrollissa. Ks. *Baird Elements* s. 182–183 ja 191. InsO:n mukaisessa velallishallinnossa velallisen edellytetään hankkivan valvojan luvan oikeustoimiin, ”die nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören” (InsO 275.1 §). Lisäksi velkojainkokouksella – ja tietyin velkojaintressejä turvaavin edellytyksin myös yksittäisellä velkojalla – on oikeus vaatia tuomioistuimelta määräystä, jonka mukaan jonkin oikeustoimen tehokkuus edellyttää valvojan lupaa (InsO 277.1–2 §:t); ks. *Pape – Uhlenbruck* s. 617, *Westrick NZI* 2003 s. 70–71 ja *Huntemann* s. 383–384. Jos menettelyyn on määrätty velkojatoimikunta, sen tulee hyväksyä koko menettelyn kannalta erityisen merkitykselliset oikeustoimet (InsO 276 §); ks. *Haas* s. 1019. Sen sijaan Ruotsin saneerauslaki ei tunne tavanomaisen liiketoiminnan käsitettä kompetenssinjaon määrittäjänä, vaan kaikki merkittävämät oikeustoimet (oikeustoimet ”av väsentlig betydelse”) ovat selvittäjän luvan varassa (LFR 2:15). Ks. Prop. 1995/96:5 s. 81–82. Myös Tanskan konkurssiloven 15 § ja 72 § rakentuvat oikeustoimen merkittävyyden käsitteelle, eivät liiketoiminnan tavanomaisuudelle. Ks. *von Eyben – Smith* s. 122. Alun perin normiston peruskäsite oli ”tärkeä” disponointi, mutta sanamuoto muutettiin nykyiselleen (”väsentlig”) vuoden 1984 uudistuksella. Asiallista muutosta ei kuitenkaan tapahtunut, ks. *Ørgaard Betalningsstandsinsrensreformen* s. 108.

¹⁸⁷ Yhdysvalloissa sovelletusta tavanomaisuuskriteeristä ks. *Warren – Bussel* s. 612–613, jossa viitatussa ratkaisussa (*In re James A. Phillips, Inc.*, 29 B.R. 391, 394 S.D.N.Y. 1983) oikeustoimen todettiin kuuluvan velallisen tavanomaiseen liiketoimintaan, mikäli se vastaa järjeviä oletuksia siitä, millaisiin oikeustoimiin saneerausvelallisen voidaan todennäköisesti olettaa ryhtyvän.

¹⁸⁸ Luettelon 8-kohtaa käsitellään kuitenkin erikseen, konkurssia ja konkurssivertailua koskevassa 6. luvussa.

¹⁸⁹ Esityöt tukevat päätelmää sekä suoraan että välillisesti. Ensinnäkin säännöksen yksityiskohtaisten perustelujen mukaan 29.2 §:ssa ”luetellaan sellaiset toimet, joihin velallinen ei pätevästi voisi ryhtyä ilman selvittäjän suostumusta” (HE 182/1992 s. 81). Toiseksi YSL:n eräistä muista luetteloista ilmenee selvästi, että niitä *ei* ole tarkoitettu tyhjentäviksi (perintäkiellon tarkoittamat toimenpiteet YSL 19.1 §:ssa ja tuomioistuimen määrättävissä olevat erityiset disponointirajoitukset YSL 30.1 §:ssa).

olisi edistettävä saneerausmenettelyn tarkoitusta, yrityksen tulonhankkimiskyvyn elvytystä ja turvaamista. Tältä kannalta näyttää tarpeettomalta asettaa yleistä tulkintaohjetta, jonka mukaan esimerkiksi velallisen mahdollisimman laaja itsenäinen disponointivalta olisi aina varmin tae saneerausmenettelyn onnistumiselle.

Esitöissä suositellaan, että velallinen ja selvittäjä täsmentävät määräysvallan jakautumista keskenään.¹⁹⁰ Selvittäjäpraktiikassa on suositeltu, että täsmentäminen tapahtuisi aiheutta koskevalla ”perusteellisella keskustelulla”.¹⁹¹ Toisaalta on korostettu, että velallisen ja selvittäjän keskinäiset kompetenssimäärittelyt eivät voi heikentää velallisen sopimuskumppanien asemaa.¹⁹² Tämä kaikki pitää paikkansa, mutta on huomattava, että kompetenssin etukäteinen täsmentäminen on osa laajempaa kysymyksenasettelua. Ennen sivulliseen kohdistuvia oikeusvaikutuksia on selvittettävä ainakin

- onko asiasta ylipäänsä tarkoituksenmukaista tai mahdollista ”sopia” etukäteen selvittäjää sitovasti ja
- voiko velallinen sitoutua suppeampaan disponointivaltaan kuin laissa säädetään, tai voiko selvittäjä sallia tätä laajemman määräysvallan?

Yleisenä saneerauskäytänteenä selvittäjän ja velallisen välinen etukäteinen kartoitus kompetenssin jakautumisesta on ilman muuta suositeltava.¹⁹³ Selvittäjä on oikeudellisena asiantuntijana jopa velvollinen tekemään selkoa lain sisällöstä yrityksen päätösvaltaa käyttäville tahoille. Luvanvaraisten toimien etukäteinen yleiskartoitus ja ehkä jonkinlaisen luettelonkin laatiminen on kuitenkin eri asia kuin sitoutuminen tällaisiin etukäteismääritelmiin. Yrityksen johdolle on ilmaistava selkeästi, että samoihin kysymyksiin saatetaan joutua vielä palamaan rauhoitusajan kuluessa. Sääntönä täytyykin pitää, että selvittäjä voi tilanteen mukaan tehdä muutoksia niihin disponointivallan rajoihin, jotka on määriteltä (jopa katsottava ’sovituiksi’) aiemmissa neuvotteluissa. Rauhoitusajan

¹⁹⁰ HE 182/1992 s. 82.

¹⁹¹ *Pinomaa* s. 89.

¹⁹² HE 182/1992 s. 82 ja *Pinomaa* s. 89.

¹⁹³ Ruotsissa, jossa selvittäjän lupakontrolli on huomattavasti tiukempi kuin meillä, liiketoiminnan häiriötön jatkuminen suoraan vaatii etukätestä peruskartoitusta, jossa selvittäjä antaa velalliselle luvan tehdä tavanomaiseen liiketoimintaan kuuluvia oikeustoimia. Ks. *Hellners – Mellqvist* s. 106: ”Rekonstruktören och gäldenärsföretaget bör kunna avtala om lämpliga arrangemang, så att inte t.ex. varje åtgärd inom den normala affärsverksamhetens ram fordrar rekonstruktörens uttryckliga samtycke.” Ks. myös SOU 1992:113 s. 364–365. Tanskan osalta samansuuntaisesti *Ørgaard* Betalingsstandsning s. 254, joka toteaa, että valvoja voi antaa suostumuksensa myös hiljaisesti, ja jos hän säännönmukaisesti hyväksyy tiettyntyyppiset oikeustoimet jälkikäteen, velalliselle voi syntyä aihe olettaa, että valvoja on antanut hiljaisen hyväksyntänsä tällaisten oikeustoimien jatkamiselle. Tällöin valvojan on, halutessaan puuttua tuleviin samantyyppisiin oikeustoimiin, nimenomaisesti ilmoitettava asiasta velalliselle.

alkaessa ei ole mitenkään mahdollista kartoittaa kaikkia mahdollisia tilanteita niin tarkasti, että selvittäjää olisi pidettävä sidottuna etukäteen määriteltyihin kompetenssirajoihin. Muuttamismahdollisuutta täytynee pitää jopa niin laajana, että selvittäjä voi estää yksittäisenkin oikeustoimen peruuttamalla luvan, jonka hän on antanut disponointivallan yleismäärittelyssä. Muu tulkinta heikentäisi olennaisesti lupaedellytyksen tehokkuutta ja saattaisi johtaa juuri siihen, mitä lupavaatimuksella pyritään torjumaan: velallinen voisi sitoutua oikeustoimeen, joka käsillä olevissa olosuhteissa haittaisi saneerausmenettelyä, ja johon selvittäjä ei olosuhteiden muuttuttua tai täsmennettyä enää antaisi suostumustaan.

Etukäteismäärittelyn sitomattomuus on yllä esitetyin perustein nähdäkseni kiistaton. Sen sijaan Suomen oikeudessa on tulkinnanvaraisempaa, missä laajuudessa selvittäjällä on oikeus kieltää yksittäinen oikeustoimi, johon velallinen on jo ryhtymässä. Problematiikassa on erotettava kaksi tilannetta. Ensimmäisessä on kyse YSL 29.2 §:n tulkinnasta, ts. siitä, onko jonkin oikeustoimen katsottava kuuluvan velallisen tavanomaiseen liiketoimintaan vai sen ulkopuolelle; tällöin selvittäjä haluaa kieltää oikeustoimen, kunnes kysymys on ratkaistu. Toisessa tilanteessa taas selvittäjä pyrkii kieltämään sellaisenkin oikeustoimen, joka kiistatta kuuluu tavanomaiseen liiketoimintaan.

Edellisessä tilanteessa pitäisin kiistattomana, että selvittäjällä on kieltovalta; tämä seuraa itse asiassa jo kompetenssinjaon etukäteismäärittelyn sitomattomuudesta. Lisäksi kieltovaltaa voidaan puoltaa YSL 29.2 §:n ratiolla, joka on nähdäkseni saneerausmenettelyä vahingoittavien oikeustointen *ennakollinen estäminen*. Vasta toissijaisesti näkisin säännöksen tarkoituksena olevan jo tehdyn oikeustoimen pätevyysosoittamisen. Niinpä selvittäjä voinee puuttua yksittäisen oikeustoimen valmisteluun missä vaiheessa tahansa, esimerkiksi keskeyttämällä toistaiseksi oikeustoimeen johtavat enemmän valmistelut (neuvottelut ym.) ilmoittamalla, että velallisen itsenäinen disponointivalta on hänen käsityksensä mukaan tulkinnanvarainen. Tätä oikeuttaan selvittäjän on luonnollisesti käytettävä niin, ettei se tarpeettomasti häiritse yrityksen normaalia liiketoimintaa. Olennaista on kuitenkin, että selvittäjällä on oikeus puuttua tilanteeseen jo ennen kuin hän ehtii saada tuomioistuimelta jäljempänä tarkasteltavan erityismääräyksen yksittäisen oikeustoimen kieltämiseksi.¹⁹⁴

Jälkimmäisestä kieltotilanteesta – selvittäjä pyrkii estämään oikeustoimen, joka kiistatta kuuluu velallisen tavanomaiseen liiketoimintaan – ei meillä ole nimenomaista säännöstä. YSL 29.2 §:n on kuitenkin edellä katsottu osoittavan kattavasti lupaa vaativat oikeustoimet. Säännöksestä tehtävä vastakohtaispää-

¹⁹⁴ Kieltovallan myöntäminen selvittäjälle ei nähdäkseni ole mitenkään ristiriidassa määräysvallan pysyvyyden periaatteen kanssa. Tekstissä kuvatus 'pysäytys-oikeuden' käyttöön ei vielä ratkaise kompetenssin jakautumista, vaan ainoastaan aloittaa asian selvittelyn.

telmä ja määräysvallan pysyvyyden periaate näyttäisivätkin puoltavan tulkin-
taa, jonka mukaan selvittäjän vastustus ei vaikuta velallisen oikeuteen tehdä
tavanomaiseen liiketoimintaansa kuuluvia oikeustoimia.¹⁹⁵ Tämä kanta vie joh-
donmukaisesti siihen, ettei selvittäjä voi myöskään etukäteen määritellä velalli-
sen itsenäistä kompetenssia suppeammaksi kuin YSL 29.2 §:sta ilmenee. Jos
selvittäjä tuntee tarvetta rajoittaa velallisen kompetenssia enemmän kuin sään-
nös osoittaa, hänen on haettava tuomioistuimelta ylimääräistä vallinnanrajoi-
tusta YSL 30 §:n nojalla.

YSL:n esitöiden kanta näyttää kuitenkin olevan, että selvittäjä ja velallinen
voisivat nimenomaan etukäteen määritellä luvanvaraisen kompetenssin laa-
jemmaksi – velallisen itsenäisen kompetenssin vastaavasti suppeammaksi
– kuin säännöksestä ilmenee.¹⁹⁶ On tietenkin kiistatonta, kuten esitöissä
myös todetaan, että velallisen sopimuskumppani ei ole sidottu tällaiseen
laista ilmenemättömään lupaedellytykseen.¹⁹⁷ Sen sijaan velallisen sidonnai-
suutta pidetään perusteluissa ilmeisesti ongelmattomana; ainakaan kysymystä
ei käsitellä lähemmin. Määräysvallan pysyvyyden periaate ja YSL 29.2 §:sta
tehtävä *e contrario* -päätelmä johtavat kuitenkin kiistatta siihen, että velalli-
nen ei voi etukäteen luopua kompetenssistaan laajemmin kuin laissa sääde-
tään (tarkoittaen sitä, että tällaista etukäteissitoumusta ei tarvitse noudattaa,
jos ”mieli muuttuu”). Kokonaan eri asia on, että velallinen voi vapaaehtoi-
sesti noudattaa tällaista rajoitusta. Hän voi tietenkin myös yksittäisen oikeus-
toimen yhteydessä tiedustella selvittäjän kantaa, vaikkei tähän olisi lain
mukaan velvollisuutta.

Selvittäjän kieltovallan analysointi osoittaa, että jos saneerausvelallisen
nykyisin voimassa olevia disponointirajoituksia ei pidetä yleisesti ottaen
riittävinä, asia olisi korjattava lainsäädäntötoimin. Yksittäistapauksissa sel-
vittäjä (tai velkoja) taas voi, kuten juuri todettiin, turvautua YSL 30.1 §:n
mukaiseen menettelyyn eli hakea tuomioistuimelta lisärajoitusta velallisen
kompetenssiin.¹⁹⁸

Ilman enempää keskusteluakin on selvää, ettei selvittäjä voi määritellä velalli-
sen itsenäistä disponointivaltaa laajemmaksi kuin YSL 29.2 §:ssa säädetään.
Velallisen kompetenssin rajoitukset on säädetty velkojen suojaksi, eikä selvit-
täjällä ole oikeutta laiminlyödä lakiin perustuvaa kontrollitehtävänsä. Selvittä-

¹⁹⁵ Tältä osin oikeutemme eroaa saksalaisesta velallishallinnosta, jossa valvojalle on haluttu
antaa ainakin mahdollisuus jo pelkällä vastustuksellaan puuttua velallisyriityksen tavanomaisiin-
kin oikeustoimiin (InsO 275.1 §: ”Auch verbindlichkeiten, die zum gewöhnlichen Geschäftsbet-
rieb gehören, soll er nicht eingehen, wenn der Sachwalter widerspricht”). *Huntemann* (s. 383)
toteaa kuitenkin säännöksen sanamuodosta (”soll – – nicht”) seuraavan, että valvojan ja velallisen
välisen erimielisyyden sattuessa velallinen voi tehdä oikeustoimen valvojan vastustuksesta huoli-
matta. Tällainen menettely johtanee kuitenkin herkästi valvojan raportointitoimiin ja siten mah-
dollisesti velallishallinnon lakkauttamiseen; ks. *Haas* s. 1019.

¹⁹⁶ Ks. HE 182/1992 s. 82.

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ Lisärajoituksia tarkastellaan pian erikseen.

jä saattaa joutua vahingonkorvausvastuuseen, jos hän suhtautuu välinpitämättö-
mästi luvanvaraisiin oikeustoimiin, joko antamalla velallisen (pääotsvaltaa
käyttävien edustajien) jo kompetenssin etukäteismäärittelyn yhteydessä ym-
märtää, että velallisen itsenäinen määräysvalta on YSL 29.2 §:ssa säädettyä
laajempi, tai antamalla lupansa yksittäiseen oikeustoimeen huolimattomasti.

4.2.6 Ylimääräiset vallinnanrajoitukset

4.2.6.1 Rajoitusten sisällöllinen avoimuus

Selvittäjän luvan varainen vallintavalta tulee sovellettavaksi ilman eri määräys-
tä, välittömästi saneerausmenettelyn aloittamispäätöksen myötä. Tämän lisäksi
saneerausmenettelyssä on mahdollista rajoittaa velallisen vallintavaltaa erityi-
sellä määräyksellä YSL 30.1 §:n mukaisesti. Tällaiseen määräykseen perustu-
via rajoituksia kutsutaan tässä tutkimuksessa ylimääräisiksi vallinnanrajoituk-
siksi.¹⁹⁹ Toisin kuin luvanvarainen vallintavalta, ylimääräisiä rajoituksia ei ole
pyrityt määrittelemään kirjoitetussa laissa edes oikeustoimityypeittäin. Velallis-
ta voidaan muun muassa kieltää:

- 1) tekemästä määrättyä oikeustointa
- 2) tekemästä määrätynlaisia oikeustoimia ilman selvittäjän suostumusta
- 3) ryhtymästä sellaiseen toimenpiteeseen, jonka voidaan olettaa alenta-
van velalliselle kuuluvan tai hänen hallinnassaan olevan omaisuuden
arvoa.

Tämänkään säännöksen osalta ei ole tarkoituksenmukaista ryhtyä luettelemaan
yksityiskohtaisesti, mitä kaikkia oikeustoimia se saattaa koskea. Tärkeämpää
on selvittää, minkälaisen järjestelmän ylimääräiset rajoitukset muodostavat ja
millä yleisillä perusteilla niitä voidaan määrätä.²⁰⁰

YSL 30 § näyttää sulkevan piiriinsä ainakin osan sellaisista oikeustoimista,
jotka olisivat selvittäjän luvan varassa jo 29.2 §:n 7 kohdan perusteella. Tulkin-
nan lähtökohdaksi asettuukin luontevasti, että YSL 30.1 § tarjoaa mahdollisuu-

¹⁹⁹ Kuten läpi koko tutkimuksen, toiston välttämiseksi puhutaan välillä myös ylimääräisistä
kompetenssinrajoituksista tai disponointirajoituksista. Kaikilla termeillä tarkoitetaan velallisen
kelpoisuutta ryhtyä konkreettiseen oikeustoimeen eli oikeustoimen tekemisen erityistä edellytystä.

²⁰⁰ Esitöissä mainitaan esimerkkejä säännöksen kohteena olevista oikeustoimista, ks. HE 182/
1992 s. 83: tietyn tai tietynlaisen omaisuuden myyntikielto, tietyn metsäalueen hakkuukiello tai
rakennuksen purkukiello. Vielä todetaan, että erityiskieltoikin voi olla sisällöltään yleisluonto-
nen, vaikkapa omaisuuden hukkaamis- tai vahingoittamiskielto tai – varsin avoin – kielto ryhtyä
omaisuuden muuttamista tarkoittaviin toimenpiteisiin, jotka ovat omiaan alentamaan omaisuu-
den arvoa. Perusteluista ei sen sijaan saada johtoa ylimääräisten rajoitusten yleisten periaatteiden
rakentamiseen.

den *laajempiin* vallinnanrajoituksiin kuin 29.2 §. Kuten edellä on todettu, YSL 29.2 §:n mukaan velallisen itsenäinen määräysvalta koskee tavanomaista liiketoimintaa. Kuvainnollisesti voidaan siten todeta, että ylimääräisellä vallinnanrajoituksella ylitetään tavanomaisuuden raja. Toisin sanoen: ylimääräistä vallinnanrajoitusta tarvitaan, jos *myös tavanomaista liiketoimintaa* koskevaa määräysvaltaa halutaan siirtää pois velalliselta.²⁰¹

Erityiskiellot on YSL 30.1 §:ssa jätetty sisällöltään avoimiksi. Ylimääräisten vallinnanrajoitusten valikoima on hyvin laaja, eikä säännös itse asiassa sisällä mitään substanssikriteeriä, joka täsmentäisi rajoitusten enimmäisalaa. Sanamuodot, joiden mukaan velallisen määräysvaltaa voidaan rajoittaa ”myös muuten” kuin 29 §:ssä säädetään ”muun muassa” kieltämällä tiettyjä oikeustoimia, antaa pikemminkin perusteen katsoa, että saneerausvelallisen määräysvaltaa voidaan yksittäistapauksessa rajoittaa parhaaksi katsottavin tavoin.

Avoimuudessaan YSL 30.1 § muistuttaa osin OK 7:3:ää, jonka nojalla on ”aina käytettävissä hyvin joustava ja *monipuolinen toteutusmuotojen keinovalikoima*, sen mukaan mitä *tuomioistuin ’räätäloi’* kussakin yksittäistapauksessa vastaamaan sen erikoispiirteitä”²⁰². Sanamuodoiltaan säännökset eroavat kuitenkin siinä, että YSL 30.1 § ei sisällä nimenomaista mahdollisuutta määrätä velallinen ”tekemään jotakin”. Positiivinen tekemismääräys voidaan kuitenkin perustaa siihen, että velallisen määräysvaltaa voidaan nimenomaisen sanamuodon mukaan rajoittaa ”myös muuten” kuin YSL 29 §:ssä säädetään, sekä siihen, että 30.1 §:ssa luetellaan vain esimerkkejä velallisen määräysvallan rajoituksista (”velallista voidaan muun muassa kieltää – –”). YSL 30.1:ssa on kysymys velallisen määräysvallasta, joka sisältää sekä kompetenssin ryhtyä tai olla ryhtymättä oikeudellisesti merkityksellisiin toimiin; tätä kompetenssia voidaan rajoittaa. Jos nimenomainen tekemisvelvoite aiheuttaa näistä argumenteista huolimatta epäilyksiä, on huomattava, että oikeustoimen tekemistä tarkoittava määräys on usein mahdollista pukea myös kieltoamuotoon. Katsonkin, että YSL 30.1 §:n nojalla velallista voidaan (”muun muassa”) *kieltää hylkäämästä* tiettyä tai tietynsisältöistä tarjousta ilman selvittäjän lupaa. Tietyn sopimuksen mukaiseen käyttäytymiseen voidaan päästä myös niin, että velallista kielletään vetoamasta pitkäaikaisen sopimuksen, vaikkapa yritykselle edullisen kilpailukielto-sopimuksen, irtisanomisehtoihin.

Ainakin periaatteessa YSL 30.1 § tarjoaakin mahdollisuuden jopa määräykseen, jonka mukaan velallinen ei saa ryhtyä mihinkään sellaiseen toimenpiteeseen, johon konkurssivelallinen ei saisi ryhtyä. Eri asia on, voidaanko näin

²⁰¹ Tämä on lähtökohta, joka perustuu YSL 29.2 §:n ja 30.1 §:n keskinäiseen logiikkaan. Seuraavassa jaksossa arvioidaan, voitaisiinko 30.1 §:n perusteella tarvittaessa myös täsmentää yrityksen tavanomaisen liiketoiminnan rajoja.

²⁰² *Havansi Uusi turvaamistoimilainsäädäntö* s. 55 (kurs. alkup.).

laajan tulkinnan olettaa tulevan hyväksytyksi. Lain sanamuoto ei aseta sille estettä, mutta tulkintaa on mahdollista vastustaa muilla perusteilla. Ensinnäkin sitä voidaan pitää koko erillismenettelyjärjestelmän perusteiden vastaisena. Itsenäisen saneerausmenettelyn idea on juuri siinä, että se tarjoaa *selvän* vaihtoehtoon likvidaatiokurssille, ts. eroaa tästä riittävästi.²⁰³ Juuri määräysvallan pysyvyys on eräs keskeisimpiä erottavia tekijöitä. Velallinen hakeutunee usein saneerausmenettelyyn juuri siksi, että näin kompetenssi säilyy omissa käsissä (saneeraushakemuksella haetaan ”suojaa” velkojilta). Pysyvyyden periaatteelle voidaankin punnita niin painava merkitys, että se estää tulkinnan, jonka mukaan saneerausvelalliselle voitaisiin YSL 30.1 §:n nojalla määrätä konkurssia vastaava vallintavallan menetys.

Toisaalta edellä suoritettu oikeusvertaileva tarkastelu osoitti, että määräysvallan jakautuminen on mahdollista järjestää myös tapauskohtaisesti. Yhdysvaltalaiselle tarkastajalle voidaan määrätä ”trusteen” tavanomaiset valtuudet; saksalaiselle insolvenssivelalliselle taas voidaan yksittäistapauksessa jättää varallisuuttaan ja toimintaansa koskeva määräysvalta, jonka käyttöä kontrolloi ulkopuolinen valvoja. Nähdäkseni ei ole mitään ehdotonta estettä ajatella, että YSL 30.1 § sisältäisi vastaavan valintamahdollisuuden. Jos tätä ei kuitenkaan hyväksytty voimassa olevan oikeuden kannaksi, kysymys olisi harkinnan arvoisen *de lege ferenda*.

Saneerausvelallisen määräysvallan siirtäminen konkurssia vastaavassa laajuudessa olisi tarkoituksenmukaista etenkin silloin, kun on *epäselvää, kumpaan menettelyyn velallisen olisi ohjaututtava*. Epävarmaa saneerauskelpoisuutta olisi mahdollista kompensoida määräämällä rauhoitusajaksi voimaan konkursia vastaava vallintavalta. Jos yritys osoittautuisi rauhoitusajan kuluessa saneerauskelvottomaksi, konkurssiin siirtyminen ei merkitsisi muutosta vallitsevaan tilanteeseen. Päinvastaisessa tilanteessa – yritys osoittautuu saneerauskelpoiseksi – määräysvaltaa voitaisiin siirtää takaisin velalliselle sitä mukaa kuin käsitys saneerauskelpoisuudesta vahvistuu. Takaisin siirtäminen voisi tietenkin tapahtua joko kerralla tai tarkoituksenmukaisin osin, aina menettelyn päättymiseen saakka, jolloin disponointivalta viimeistään palaa normaaliksi. Näin voitaisiin vahvistaa rauhoitusajan selvitysfunktiota pitäen kuitenkin samalla yllä velkojen luottamusta siihen, että heidän oikeutensa ovat selvitysprosessin ajan puolueettoman ammattilaisen kontrollissa.

Nyky muodossaan YSL 30.1 §:n avoimuus tarkoittaa joka tapauksessa sitä, että määräysvallan rajoitukset voidaan ulottaa koskemaan myös velallisen uutta (menettelyn aikana saamaa) varallisuutta ja uusia (menettelyn aikana syntyviä) velkoja. Niinpä pitäisin säännöksen nojalla mahdollisena määräystä, jonka mukaan velallisen uusienkin velkojen maksaminen siirretään selvittäjän

²⁰³ Ks. tästä tutkimuksen päätösjakso 7.3.

kontrollin alaisuuteen. Tämä ei tietenkään vaikuta uusien velkojen oikeuteen saada suoritus sitä mukaa kuin saatavia erääntyy (YSL 32.1 §). Selvittäjän on luonnollisesti huolehdittava siitä, ettei velallisen asianmukainen maksuliikenne häiriidy lupakontrollin johdosta.²⁰⁴

4.2.6.2 Ylimääräinen rajoitus turvaamistoinena

Ylimääräiset vallinnanrajoitukset on tarkoitettu *täytäntöönpanointressin* edistämiseen. Niitä voidaan määrätä vain, jos on olemassa vaara, että velallinen menettelee velkojan etua vahingoittavalla tai sitä vaarantavalla tavalla. Edellytyksiä ei ole täsmennetty enempää esitöissä, oikeustieteessä kuin oikeuskäytännössäkään.

Ylimääräiset rajoitukset on tarkoitettu *korvaamaan OK 7 luvun mukaiset turvaamistoimet rauhoitusajana*. Hallituksen esityksessä todetaan nimenomaisesti, että rauhoitusajan alettua ”velalliseen kohdistuvien määräysvallan rajoitusten tulisi – perustua pelkästään lakiehdotuksen 29 ja 30 §:iin”²⁰⁵. Ylimääräisten rajoitusten puolestaan todetaan voivan olla myös turvaamistointien kaltaisia.²⁰⁶ Jos OK 7 luvun mukainen turvaamistoimi on määrätty jo ennen rauhoitusajan alkamista, tämä voidaan YSL 30 §:n nojalla määrätä jatkuamaan rauhoitusajanakin. Ilman tällaista määräystä turvaamistoimi lakkaa (YSL 23 §).²⁰⁷

Ylimääräiset dispoointirajoitukset voivat siis kiistatta olla *sisällöltään* OK 7 luvun mukaisten yleisten turvaamistointien kaltaisia.²⁰⁸ Tämä ei kerro vielä mitään siitä, onko rajoitusten *edellytyksiin* suhtauduttava samoin vai eri tavoin kuin yleisessä turvaamistointioikeudessa. On mahdollista katsoa esimerkiksi, että erityissääntelyllä on haluttu nimenomaisesti poiketa OK 7 luvun mukaisista edellytyksistä. Perusteita tällaiselle tarkoitukselle ei kuitenkaan ole löydettyvissä YSL:sta eikä sen esitöistä. Tällaista lähtökohtaa ei olekaan syytä asettaa tutkimuksen taustaoletukseksi.

Pikemminkin näyttää siltä, että YSL:n turvaamistointikielto (23 §) ei estä turvaamistointien määräämistä rauhoitusajana. Turvaamistointien ovat säännöksen mukaan sallittuja, kunhan ne määrätään 30 §:n nojalla (ts. ovat kielletty-

²⁰⁴ InsO:n mukaisessa velallishallinnossa valvoja voi oma-aloitteisesti ottaa kontrolliinsa koko velallisen rahaliikenteen (InsO 275.2 §). Ks. *Haas* s. 1022. Velallishallinnon mahdollisuuksia ja riskejä koskevassa analyysissä valvoja on suositeltu käyttämään tätä oikeuttaan ainakin menetteilyn alussa; ks. *Westrick* NZI 2003 s. 71.

²⁰⁵ HE 182/1992 s. 78.

²⁰⁶ HE 182/1992 s. 78.

²⁰⁷ HE 182/1992 s. 78.

²⁰⁸ Yleisillä turvaamistointeilla tarkoitetaan tässä yhteydessä sekä OK 7:1–2:n mukaista takavarikkoa että OK 7:3:n mukaista muuta turvaamistointia. Kielenkäyttö poikkeaa tavanomaisesta siinä, että OK 7:3:n mukaista turvaamistointia on kirjallisuudessa kutsuttu yleiseksi turvaamistointiksi erotukseksi takavarikosta, ks. *Havansi* Uusi turvaamistointilainsäädäntö s. 8 ja 55 sekä *Norrgård* s. 1.

jä vain ”muuten kuin 30 §:n nojalla”). Yksittäinen saneerausvelkojakin voi vaatia esimerkiksi takavarikkoa (tai aiemmin määrätyn takavarikon pysyttämistä) oman saatavansa ja juuri sitä uhkaavan vaaran perusteella. Saneerauslain turvaamistoiminormiston tarkoituksena on nähdäkseni ’vain’ se, että takavarikko tai muu turvaamistoimi *turvaa muidenkin kuin vaaran kohteena olevan velkojan etua*. Näin silloinkin, kun rajoitus – sisällöltään esimerkiksi takavarikon ”kaltainen” – määrätään vain yhden velkojan vaatimuksesta sellaisen seikaston perusteella, joka saneerausmenettelyn ulkopuolella vaarantaisi ainoastaan hänen etuaan.

Juuri todetun perusteella kysymykseksi kiteytyy, sisältääkö YSL 30 § oikeastaan mitään poikkeuksia turvaamistoimien määräämiseen, nimenomaan määräämisen *edellytyksiin*, vai onko tavoitteena vain turvaamistoimien *suojafunktion kollektivointi*. Nähdäkseni jälkimmäinen kanta on lähempänä totuutta. Esimerkiksi velkojan oikeutta uhkaavalta vaaralta edellytettävä todennäköisyys ilmaistaan YSL 30.1 §:ssä täsmälleen samoin kuin OK 7 luvun turvaamistoisäännöksissä: määräys voidaan antaa, jos säännöksessä tarkoitettu vaara ”on olemassa”. Kuten tunnettua, tätä kriteeriä on yleisessä turvaamistoimioikeudessa arvioitu erittäin väljästi. Itse asiassa on katsottu, että tältä osin on voimassa käännetty todistustaakka. Kirjallisuudessa asia on ilmaistu niin, että turvaamistoimen hakijalla on vaaraedellytyksestä ainoastaan väittämistaakka.²⁰⁹ Oikeuskäytännössä on päädytty muotoiluun, jonka mukaan vaara ei saa olla varsin epätodennäköinen (KKO 1994:132 ja 133).²¹⁰

Yhteisestä sanamuodosta huolimatta Koskelo on mahdollisesti pitänyt YSL 30.1 §:n mukaista vaaraedellytystä tiukempana kuin yleisen turvaamistoimioikeuden vastaavaa rekvisiittaa. Hän on nimittäin katsonut, että säännöksessä tarkoitettusta vaarasta tulisi olla ”konkreettisia viitteitä”.²¹¹ Ilmaisuu on yleisluontoinen, mutta menee epäilyksittä pidemmälle kuin pelkkä väite vaaran olemassaolosta.²¹² Toisaalta on mahdollista, että Koskelo ei ole asettanut konkreettisten viitteiden vaatimusta ylimääräisten vallinnanrajoitusten *oikeudelliseksi* edellytykseksi; hän on ehkä vain kuvannut YSL 30.1 §:n tyypillistä soveltamistilannetta. Toisin sanoen: säännöksen *pitäisi käytännössä* tulla sovellettavaksi vain silloin, kun vaarasta on konkreettisia viitteitä, mutta niitä ei tarvitse asettaa vallinnanrajoituksen juridisiksi edellytyksiksi. Konkreettisten viitteiden vaatimukselle ei löydy tukea myöskään kirjoitetusta laista. Kuten todettu, vaaraedellytyksen sanamuoto YSL 30.1 §:ssa on täsmälleen sama kuin OK 7 luvussa.

²⁰⁹ *Havansi* Uusi turvaamistoimilainsäädäntö s. 23.

²¹⁰ Vaaraedellytyksestä ks. *Havansi* Uusi turvaamistoimilainsäädäntö s. 22–26, 50–51 ja 69–70.

²¹¹ *Koskelo* s. 239.

²¹² On kuitenkin huomattava, että ilmaisu ”konkreettiset viitteet” ei kerro vielä mitään riittävän näytön tasosta (näyttökynnyksen korkeudesta).

Ainakin velkojen kannalta YSL 30.1 §:n tulkinnassa olisi nähdäkseni pikemminkin tavoiteltava sitä, etteivät turvaamistoimien edellytykset kiristyisi pelkästään saneerausmenettelyn alkamisen seurauksena; näin siis muistaen, että YSL:n omat turvaamistoimet eli ylimääräiset vallinnanrajoitukset suojaavat yhtäläisesti kaikkia saneerausvelkoja. Jos ylimääräisten rajoitusten edellytykset pidetään samalla tasolla kuin OK 7 luvun turvaamistointen, siirtymä normaalitilasta saneerausmenettelyyn pysyy neutraalina. Näin voidaan huolehtia siitä, että rauhoitus aika ei näytä liian houkuttelevalta velalliselle, eikä toisaalta liian vaaralliselta velkojille. Niinpä ainakin harkinnan lähtökohdaksi lieenee perusteltua suositella, että YSL 30.1 §:iin perustuva ylimääräinen kompetenssinrajoitus voidaan määrätä samantasoisella vaaraedellytyksellä kuin OK 7 luvun mukainen turvaamistoimi.²¹³

Itse asiassa mahdolliselta vaikuttaa jopa käsitys, jonka mukaan YSL 30.1 §:a tulisi voida soveltaa myös *abstraktin* vaaran torjumiseksi. Velallisyriksen tavanomaiseenkin toimintaan saattaa sisältyä vaikutuksiltaan hyvin laajoja toimia, joiden ulkopuolinen kontrollointi olisi rauhoitusajana suotavaa. Suurempien yritysten toimintaa voi yleisestikin olla vaikea rajata tavanomaiseen ja epätavanomaiseen (siis YSL 29.2 §:n ja 30.1 §:n soveltamisalojen kesken). Edelleen yrityksen alue- tai ainakin paikallisjohdon riittävä informointi YSL:n sisällöstä saattaa olla hankalaa. Näissä tilanteissa en pitäisi aivan mahdottomana, että YSL 30.1 §:n mukaisia rajoituksia käytettäisiin *täsmentämään* velallisen vallintavallan rajoja. Tuomioistuimelta voitaisiin hakea YSL 30.1 §:n nojalla nimenomaista määräystä esimerkiksi siitä, millaisiin oikeustoimiin velallinen tarvitsee selvittäjän luvan, tai joita koskee ainakin erityinen informointivelvollisuus. Tällaiset määräykset saattavat joskus olla tarpeen, vaikkei mitään konkreettista vaaraa epälojaaleista toimista olisikaan havaittavissa. Toisaalta abstrakti vaara ei riittäne YSL 30.1 §:n soveltamiseen, jos velallisyriksen johto vastustaa täsmentäviä rajoituksia katsoen kykenevänsä torjumaan vaaran. Tällöin rajoitusvaatimukselle täytynee siis olla muitakin perusteita, ts. konkreettisempi vaara velkojan edun vahingoittumisesta.

²¹³ Jos jo väite vaaran olemassaolosta riittää lähtökohtaisesti YSL 30.1 §:n soveltamiseen, kysymys *näyttökynnyksestä* koskee ensisijaisesti ylimääräisen vallinnanrajoituksen *vastustamista*: kuinka vahvaa näyttöä on esitettävä siitä, että vaaraa ei ole (=näyttö vaaraedellytyksen negatiivista). Vasta jos tämä kynnys ylitetään, herää kysymys vaaraedellytyksestä koskevan positiivisen näytön riittävyydestä. Kysymykseen ei voida paneutua tässä yhteydessä laajemmin. Todettakoon vain, että näyttökynnys saattaa riippua siitä, kuinka vahvaa näyttöä vaaran negatiivista on yksittäistapauksessa esitetty. Näyttökynnyksestä turvaamistomiasioissa yleensä ks. *Havansi* LM 2000 s. 1177–1178; turvaamistoimien edellytysten jaottelusta vaade- ja vaaraedellytykseen *sama* Takavarikko s. 179–180 (laajasti mainitun teoksen Toinen kirja passim.).

5 Määräysvallan ylittäminen

5.1 INSOLVENSSIMENETTELY LAKIIN PERUSTUVANA VALLINNANRAJOITUKSENA

5.1.1 Legaalinen vallinnanrajoitus, kompetenssivirhe ja kompetenssitehottomuus

Insolvenssilainsäädännön normit velallisen määräysvallan jakautumisesta ovat *lakiin perustuvia vallinnanrajoituksia*. Lainsäätäjän mielenkiinto näyttää kohdistuvan selvästi enemmän tällaisten rajoitusten asettamiseen kuin niiden noudattamisen kontrollointiin. Insolvenssioikeudellisten vallinnanrajoitusten 'sanktiot' – rajoitusten ylittämisen seuraukset – on varsin laajalti jätetty avoimiksi. Avoimuus koskee niin seurausten sisältöä kuin toteutustapojaakin. Kaikkiaan rajoitusten ylittämisestä aiheutuvien seurausten selvittäminen ja jäsentäminen onkin merkittävä tehtävä insolvenssioikeudelliselle tutkimukselle. Tämän tehtävän toteuttaminen on syytä aloittaa selvittämällä, miten oikeusjärjestelmässä yleisesti suhtaudutaan legaalisten vallinnanrajoitusten rikkomiseen.

Yleisessä varallisuus oikeudessa vallinnanrajoituksen ylittäminen saa aikaan *kompetenssivirheen*, josta seurauksena on usein (muttei aina) oikeustoimen *tehottomuus*. Vallinnanrajoitusten yhteydessä puhutaankin *kompetenssitehottomuudesta*.¹ Saneeraus oikeudellisessa kontekstissa kysymys on siitä, että YSL:n vallinnanrajoitusnormit (mahdollisesti tuomioistuimen täsmentäminä)

- rajoittavat velallisen vallintavaltaa, jonka vuoksi
- rajoituksen vastaista disponointia rasittaa kompetenssivirhe, jolloin
- oikeustoimeen sovelletaan kompetenssitehottomuutta koskevia sääntöjä ja periaatteita
- jollei erityisestä perusteesta muuta johdu.

YSL:n tekstissä käytetään tehottomuusterminologiaa, mutta tehottomuuden sisältöä ei täsmennetä enempää säännöksiin kuin perusteluunkaan. Terminologia on myös jonkin verran vaihtelevaa siten, että kaikkia vallinnanrajoitusten vastaisia disponointeja ei nimenomaisesti säädetä tehottomiksi. Esimerkiksi maksukiellon vastainen maksu on ainoastaan ”palautettava”. Asiallisesti maksukiellossa on kuitenkin kysymys velallisen disponointivallan rajoittamisesta; palautusvelvollisuuden perusteena on velalliselta puuttunut kompetenssi määrätä

¹ Ks. *Zitting* Omistajanvaihdoksesta s. 52 ja 59.

varallisuudestaan sellaisin vaikutuksin, että velkasuhde lakkaisi. Tässä tutkimuksessa maksukieltoa käsitelläänkin samanlaisena ilmiönä kuin muitakin YSL:iin perustuvia vallinnanrajoituksia. Vastaavasti on huomattava, että YSL:ssa ei säädetä nimenomaista palautusvelvoitetta niiden disponointien osalta, jotka on säädetty tehottomiksi. Tämän tutkimuksen lähtökohtana pidetään kuitenkin myös näiden disponointien osalta, että YSL:ssa säädettyt määräysvallan rajoitukset ovat varallisuusosoikeuden yleisten kompetenssitehottomuutta koskevien periaatteiden alaisia. YSL:n mukaisesta kompetenssitehottomuudesta seuraa siten yleisten periaatteiden mukainen palautus- ja muu ennallistamisvelvoite, jollei erityisestä perusteesta muuta johdu.

Se, että YSL:n teksti ei tukeudu kompetenssitehottomuuteen eikä muutoinkaan tehottomuutta koskeviin yleisiin (palautus- ym.) periaatteisiin, ei ole oudoksuttavaa. Tehottomuutta koskeva terminologia ja systematisointi nimittäin vaihtelee myös siviilioikeuden eri lohkoilla. Esimerkiksi sopimusoikeudessa oikeustoimen tehottomuus ymmärretään yläkäsitteeksi, joka sulkee sisäänsä 1) pätemättömyyden sekä 2) ehdosta, aikamääräyksestä, peruuntumisesta tai muusta syystä johtuvan oikeusvaikutusten puuttumisen.²

Kompetenssitehottomuus erottuikin koko tehottomuusdoktriinissa omaksi erityisryhmäkseen. Varallisuusosoikeudellisessa tutkimuksessa kompetenssitehottomuus on perinteisesti liitetty kiinteämmin sivullissuhteisiin kuin oikeustoimen osapuolten väliseen relaatioon. YSL:n vallinnanrajoitusten tarkastelua on omiaan vaikeuttamaan juuri se, että kompetenssitehottomuutta koskeva mielenkiinto näyttää suuntautuneen lähes kokonaan sivullissuhteisiin.³ Jo tässä vaiheessa on kuitenkin syytä korostaa, että kompetenssitehottomuus ei ole asianosaissuhteessakaan vailla merkitystä. Zitting totesi jo väitöskirjassaan, että ”Periaatteellista estettä ei ole sille, että lainsäätäjä liittää kompetenssin puutteeseen absoluuttisen tehottomuuden” eli sekä pätemättömyyden osapuolten välillä että tehottomuuden sivullisiin nähden.⁴

YSL:iin perustuva kompetenssitehottomuus lieene melko tarkoituksellisesti jätetty oikeustieteen ja -käytännön varaan. Tehottomuuden pääasialliset vaikutustavat on myös ehkä oletettu siinä määrin tunnetuiksi, ettei niitä katsottu tarpeellisiksi säännellä erikseen YSL:ssa.⁵ Tämä on periaatteessa täysin hyväk-

² Ks. Hemmo s. 304.

³ Näin varsin selvästi Zitting Sivullissuojasta s. 21–22 ja 33–34. Samoin Hyvönen LM 1972 s. 912.

⁴ Zitting Omistajanvaihduksesta s. 59 alav. 24. Vuosien kuluessa hän näyttää pysytelleen johdonmukaisesti samoilla linjoilla todetessaan (Zitting Sivullissuojasta s. 34), että kompetenssivirhe vaikuttaa ”yleensä” sivullissuhteissa ja saa ”normaalisti” aikaan relatiivisen, tiettyyn sivullistahoon kohdistuvan tehottomuuden. Sivullissuhteet siis edelleen korostuvat, mutta osapuoliin kohdistuvaa pätemättömyyttä ei suljeta mahdollisuuksien ulkopuolelle.

⁵ Myös yleisen sopimusoikeuden piirissä on arveltu, että tehottomuuden oikeusvaikutusten sääntelemättömyys johtuu niiden oletetusta selvyydestä. Ks. Hemmo s. 319.

syttävä ratkaisu, mutta on huomattava, että melkoinen osa keskeisistäkin kysymyksistä jää juuri tämän johdosta avoimiksi. Jo nyt on syytä huomauttaa, että tämän tutkimuksen tavoitteena ei ole YSL:iin perustuvan kompetenssitehottomuuden tyhjentävä selvittäminen, vaan sen *perusteiden hahmottaminen*. Ensinnäkin niistä oikeustoimista, joissa velallinen on osapuolena, tarkastelu kohdistetaan vain kahteen henkilörelaatioon, eli 1) velallisen ja hänen sopimuskumppaninsa väliseen asianosaissuhteeseen sekä 2) saneerausvelkojen ja velallisen sopimuskumppanin väliseen sivullissuhteeseen. Laajemmalle etenevä analyysi, esimerkiksi mahdollisten edelleenluovutusten merkitys, jätetään muihin yhteyksiin. Myöskään tarkasteltavissa relaatioissa ei tavoitella tyhjentävyyttä, vaan systematiikan perusteiden jäsentelyä.⁶ Velallisen tekemien oikeustoimien jälkeen tarkastellaan vielä erikseen saneerausvelkojen perintäkiellon vastaisen disponoinnin tehottomuutta suhteessa velalliseen ja muihin saneerausvelkoihin.

5.1.2 YSL:iin perustuvan kompetenssitehottomuuden ulottuvuus

Kuten juuri todettiin, kompetenssitehottomuuden on yleensä nähty vaikuttavan vain sivullissuhteissa, joskin jo Zitting mainitsi väitöskirjassaan, että lainsäätäjää voi liittää kompetenssin puuttumiseen myös pätemättömyysseuraamuksen inter partes. Insolvenssilainopin keskeisiin haasteisiin kuuluukin selvittää, onko lainsäätäjää liittännyt YSL:n tehottomuusnormeihin myös osapuolia koskevan pätemättömyysseuraamuksen, vai onko niissä kysymys ainoastaan tehottomuudesta sivullisiin – etenkin saneerausvelkoihin – nähden. Varallisuus oikeuden perinteiseen systematiikkaan sijoitettuna kysymys on rajankäynnistä absoluuttisen ja relatiivisen tehottomuuden välillä. Absoluuttisella tehottomuudella tarkoitetaan, että tehottomuuteen voi vedota jokainen, jonka oikeuksia oikeustoimi koskee. Tehottomuus on puolestaan relatiivista, jos siihen voi vedota vain se, jonka suojaksi tehottomuusperuste on (sen katsotaan olevan) voimassa.⁷

⁶ Tätä edellyttää jo 1. luvussa esitelty tutkimusote.

⁷ Absoluuttisen ja relatiivisuuden tehottomuuden käsitteillä operoidaan siviilioikeuden eri lohkoilla vaihtelevasti. Sopimuksen pätemättömyydestä yllä esitetyn suuntaisesti Hemmo s. 314–316. Vrt. Zitting Omistajanvaihdoksesta s. 55, jonka mukaan absoluuttinen tehottomuus ilmenee ”yleisessä sivullisrelaatioissa ja relatiivinen tehottomuus asianosaissuhteissa sekä etenevässä ja takautuvassa sivullissuhteessa.” Sivullissuojaa koskevassa oppikirjassaan hän kuitenkin määrittelee absoluuttiseksi eli rajoittamattomaksi tehottomuudeksi tilanteet, joissa tehottomuusvaikutus kohdistuu ”kaikkiin henkilötahoihin”, kun taas relatiivisessa eli rajoitetussa tehottomuudessa vaikutus kohdistuu ”ainoastaan määrättyssä asemassa olevaan henkilötahoon” (Zitting Sivullissuojasta s. 21). Tässä tutkimuksessa pitäydytään yllä esitetystä määritelmästä, jonka tavoitteena on kattaa mahdollisimman laaja alue erilaisia varallisuus oikeudellisia dispoineja, riippumatta esimerkiksi sopimuksen syntymisen edellytyksistä, yksipuolisen oikeustoimen ’tunnusmerkeistä’ ja muista vastaavista määritelmistä. Jäljempänä tosin puhutaan paljon velallisen *sopimuskumppanista*, jolla kuitenkin tarkoitetaan yleisesti sitä tahoa, jota voidaan pitää velallisvarallisuuden kohdistuvan oikeustoimen toisena osapuolena.

Tämän tutkimuksen keskeisiin väitteisiin kuuluu, että YSL:iin perustuva tehottomuus *sisältää pätemättömyysvaikutuksen inter partes*. Tämä perustuu ennen kaikkea siihen, että rauhoitusaika vallinnanrajoituksineen on säädetty suojaamaan myös velallista itseään. Modernissa insolvenssioikeudessa velallinen ei ole varallisuuttaan koskevan kollektiivimenettelyn ulkopuolinen tarkastelija, vaan on prosessissa mukana, sen aktiivisena osapuolena. Saneerauslain vallinnanrajoitusten katsotaan siten olevan voimassa myös velallisen intressissä. Erityisesti on syytä vapautua perinteiseen likvidaatioajatteluun nojautuvasta näkemyksestä, jonka mukaan velallinen ei itse voisi vedota oikeustoimen tehottomuuteen, koska vallinnanrajoitukset olisivat voimassa vain velkojien intressissä. Kategorisimmassa muodossaan tällainen ajattelu vie jäykkiin käsitelainopillisiin perusteluketjuihin ja muodollisjuridisiin lopputuloksiin, esimerkiksi ”kukaan ei voi moittia omaa oikeustointaan”. Velallisella ja velkojilla on saneerausmenettelyssä *yhteinen intressi* huolehtia siitä, että velallisvarallisuutta koskevaa määräysvaltaa käytetään YSL:n edellyttämän tavoin.⁸

Juuri omaksuttu tulkinta eroaa olennaisesti aviopuolisoiden disponointivaltaa rajoittavista AL 38–39 §:stä, jotka muodostavat merkittävän vallinnanrajoitusnormiston oikeudessamme⁹ ja samalla myös periaatteessa mahdollisen analogiatulkintojen lähteen saneeraus oikeudelliselle tutkimukselle. AL:n mukaisen vallinnanrajoituksen ylittämistä aiheutuvaa pätemättömyyttä on vakiintuneesti pidetty relatiivisena; pätemättömyys kohdistuu ainoastaan määräämistoimen tekijän aviopuolisoon. Lisäksi vain tällä puolisoilla on asiavaltuus pätemättömyyskanteen nostamiseen.¹⁰ Se, että tässä tutkimuksessa päädytään merkittävän kysymyksen osalta täysin eri lopputulokseen kuin avioliitto-oikeudessa, johtuu tietenkin yrityssaneerausvelallisen ja aviopuolison oikeusaseman huomattavista eroista. Merkittävin näistä on, että saneerausvelalliseen kohdistuvat disponointirajoitukset ovat sisällöltään väljempinä; velallinen saattaa ylittää vallintavaltansa erehdyksessä tai siksi, että rajoituksen laajuudesta vallitsee perustellusti erilaisia mielipiteitä. Lisäksi saneerausvelallista saatetaan painostaa kompetenssinsa ylittämiseen, jolloin ei nähdäkseni ole pienintäkään syytä katsoa, etteikö tehottomuus suojaisi myös velallista itseään. AL:n vallinnanrajoitukset ovat selvästi tarkkarajaisempia; puoliso ei hevin ylitä vallintavaltansa erehdyksessä eikä siksi, että hän olisi rajoitusnormin tulkinnasta perustellusti eri mieltä vallitsevaan kantaan nähden. Avioliittoon ei myöskään liity täytäntöönpanointressiä vastaavaa ulottuvuutta, joka antaisi aiheen painostaa puolisoa määräysvaltansa ylittämiseen.

⁸ Rehabilitaatioideologia ei kuitenkaan ole mikään välttämätön edellytys sille, että insolvenssimenettelyyn perustuva kompetenssitehottomuus on laaja-alaista. InsO 81.1 §:n mukaan velallisen insolvenssimenettelyn alkamisen jälkeen tekemä oikeustoimi on ”unwirksam”. Hallituksen esityksen (RegE s. 136) mukaan tällä tarkoitetaan absoluuttista tehottomuutta. Esimerkiksi luovutuksensaaja ei ole omistaja edes suhteessaan velalliseen, ks. *Landfermann* s. 130.

⁹ Yleisen esineoikeuden tutkimuksessa juuri AL:n vallinnanrajoitusnormisto lieenee useimmin viitattu esimerkki lakiin perustuvista kompetenssinrajoituksista, ks. esim. *Zitting* Sivullissuojasta s. 33 ja *Tammi-Salminen* s. 80–81.

¹⁰ Ks. *Aarnio – Helin* s. 253 ja 259.

Vaikka vallinnanrajoitusten katsotaankin tässä tutkimuksessa suojaavan myös velallista itseään, kompetenssinrajoitusnormit mielletään edelleen ensisijaisesti saneerausvelkojen suojaksi velallisen disponointeja vastaan. Vallinnanrajoituksen ylittämistä johtuva tehottomuus onkin luonnollisesti myös, ja ennen kaikkea, tehottomuutta suhteessa *saneerausvelkoihin*.¹¹

Sen sijaan katsoisin, että YSL:sta johtuva tehottomuus *ei suoja* velallisen *sopimuskumppania*. Tämä johtuu siitä, että tehottomuus edellyttää sopimuskumppanin vilpillistä mieltä (YSL 17.3 §:n viittaus yleisiin suojasäännöksiin sekä nimenomaiset bona fide -edellytykset YSL 29.3 §:ssa ja 30.4 §:ssa). Koska sopimuskumppanin voidaan siten vilpillisellä mielellään katsoa aiheuttaneen disponoinnin tehottomuuden, tehottomuusseuraamuksella ei ole syytä suojata sopimuskumppania. Vilpillisessä mielessä oleva velallisen sopimuskumppani on siten *sidottu* YSL:n disponointirajoituksen vastaiseen oikeustoimeen. Vallinnanrajoitus saatetaan useinkin ylittää juuri sopimuskumppanin aloitteesta tai suoranaisesta painostuksesta, joten hänelle ei luonnollisestikaan tule antaa mahdollisuutta tehottomuuden voimaan saattamiseen.

Suhteessa selvittäjään ei ole kysymys oikeustoimen tehottomuudesta. Silloinkin, kun oikeustoimeen vaaditaan selvittäjän lupa, oikeustoimen tehokkuutta arvioidaan vain suhteessa velalliseen, tämän sopimuskumppaniin ja saneerausvelkoihin (sekä mahdollisiin edelleenluovutuksen saajiin ja muihin sivullisiin). Selvittäjän lupa tai sen puuttuminen määrää ainoastaan sen, voiko selvittäjä viime kädessä prosessuaalisen puhevaltansa nojalla saattaa tehottomuuden voimaan. Myönteisessäkin tapauksessa oikeustointa ei julisteta tehottomaksi ”selvittäjää kohtaan”.

5.1.3 Legaalisten vallinnanrajoitusten varallisuus oikeudellisesta jäsentämisestä

Varallisuus oikeudessamme ei vallitse yksimielisyyttä siitä, miten lakiin perustuvat vallinnanrajoitukset tulisi systematisoida osaksi tehottomuusoppien – ml. tehottomuudesta aiheutuvien seuraamusten – järjestelmää. Asianosaissuhteessa kysymys on tosin selvä. Laissa, esim. YSL:ssa, säädetyn vallinnanrajoituksen ylittäminen johtaa siihen, että oikeustoimi on *osapuolten välillä pätemätön*. Pätemättömyyden ydinmerkitys taas on, että oikeustoimi ei saa aikaan sillä tavoiteltuja oikeusvaikutuksia. Se ei velvoita osapuolia tekemään oikeustoimel-

¹¹ Kuten edellä velallisen prosessuaalisen puhevallan käytön yhteydessä on kuitenkin todettu, saneerausvelkojalla ei ole itsenäistä mahdollisuutta saattaa tehottomuutta voimaan kanneteitse. Tehottomuuskanteen ajaminen kuuluu asialegitimaation pysyvyyden periaatteen nojalla lähtökohtaisesti velalliselle, mutta selvittäjä voi päätöksellään ottaa asian hoitaakseen, joko nostamalla kanteen alun perin itse taikka kesken oikeudenkäynnin, jossa velallisyriytystä edustetaan normaalin laillisen edustuksen muotoin.

la tavoiteltua suoritusta, eikä positiivisen sopimusedun korvaamiseen. Siltä osin kuin suorituksia on jo tehty, ne on palautettava vastavuoroisesti.¹²

Keskustelu legaalisten vallinnanrajoitusten systemaattisesta asemasta – ja samalla niiden ylittämisen seurauksista – on koskenut sivullissuhteita, joista tässä tutkimuksessa, kuten todettu, keskitytään saneerausvelkojen ja velallisen sopimuskumppanin väliseen suhteeseen. Zittingin mukaan lakiin perustuvan kompetenssinrajoituksen rikkomista olisi tarkasteltava kollisiona *etenevässä sivullissuhteessa*.¹³ Tällöin saneerausvelkojat olisivat täytäntöönpanointressin – perusteella oikean omistajan (X) asemassa, saneerausvelallinen puolestaan oikeudettoman disponoinnin tekijä (A). Kysymys olisi siitä, saako velallisen sopimuskumppani (B) saantosuoja saneerausvelkoja vastaan vai ei. Saantosuoja koskeneessa erityistutkimuksessaan Zitting on kuitenkin katsonut, että konkurssivelallisen tekemä luovutus johtaa takautuvan sivullissuhteen kollisioon pesän ja velallisen sopimuskumppanin välillä.¹⁴

Hyvösen ehdottaman jäsenyyksen perusteella saneerausvelkojat ikään kuin rinnastuisivat velalliseen, jolloin velallisen sopimuskumppanilla olisi myös saneerausvelkoihin nähden asianosaissuhdetta lähestyvä relaatio. Hyvösen mukaan lakiin perustuva vallinnanrajoitus nimittäin aiheuttaa asianosaissuhteen ja etenevän sivullissuhteen välillä olevan asetelman, jota hän kutsuu *rinnakkaiseksi sivullissuhteeksi*.¹⁵ Tällöinkin on nähdäkseni kyse siitä, saako velallisen sopimuskumppani saantosuoja saneerausvelkoja vastaan.

Havansi on puolestaan perinteisessä insolvenssioikeudessa hahmottanut tilanteen *takautuvaksi sivullissuhteeksi* sillä perusteella, että pakkotäytäntövelkojen muodostamaa kollektiivia voidaan pitää primuksena suhteessaan velallisen myöhempään sopimuskumppaniin.¹⁶ Näkemys perustuu siihen, että velallisen vallintavallan rajoitus on säädetty ensisijaisesti juuri velkojakollektiivin intressissä, jolloin velallisen sopimuskumppani on takautuvan sivullissuhteen sekundus. Saneerauskontekstissa kyse on tällöin siitä, saavatko saneerausvelkojat vaihdantasuojan kaltaista, aikaprioriteettiaan turvaavaa suojaa velallisen sopimuskumppania vastaan, vai saako tämä puolestaan saantosuojaan verrattavaa vilpittömän mielen suojaa velkoja vastaan.

Tämän tutkimuksen tavoitteena ei ole antaa keskustelunalaiseen kysymykseen ”lopullista” vastausta. Pyrkimyksenä ei ole vastata tyhjentävästi siihen, aiheuttaako YSL:n mukaisen vallinnanrajoituksen rikkominen saneerausvelkojen ja velallisen sopimuskumppanin välille kollision etenevässä, takautuvassa vai ns. rinnakkaisessa sivullissuhteessa (joka ilmeisesti siis lähenisi tehotto-

¹² Pätemättömyyden vaikutuksista inter partes ks. esim. *Hemmo* s. 319–324 ja *Ämmälä* 14–16.

¹³ Ks. *Zitting* Sivullissuojasta s. 33–34 ja 81–83. Mahdollisesti samoin *Kartio* LM 1985 s. 584.

¹⁴ Ks. *Zitting* Saantosuoja s. 65–66.

¹⁵ *Hyvönen* LM 1972 s. 913–914.

¹⁶ *Havansi* Takavarikko s. 564 ja *Esinevakuusoikeudet* s. 67.

muutta asianosaissuhteessa). On huomattava ensinnäkin, että sopimuskumppanin suoja saneerausvelkojia vastaan ratkeaa irtaimisto- ja arvopaperioikeudessa riippumatta siitä, miten tilanne jäsennetään. Kysymys on aina *saneerausvelkojien suojasta ekstinktiota vastaan*, velallisen sopimuskumppanin näkökulmasta taas *ekstinktion edellytyksistä* eli suojasta saneerausvelkojia vastaan. Ongelma ratkeaa irtaimisto- ja arvopaperioikeudessa aina *saantosuojan edellytysten perusteella* (KK 11:4 ja 12:4, VKL 14 §). Sillä, jäsennetäänkö tilanne eteneväksi vai takautuvaksi sivullissuhteeksi, ei ole merkitystä. Takautuvassakin sivullissuhteessa sekunduksen suojan – ekstinktion – edellytykset määräytyvät nimenomaan saantosuojaa koskevien sääntöjen mukaisesti. Kartio toteaa, että sekunduksen on tällöin katsottu saavan ”saantosuojaan verrattavaa suojaa”.¹⁷ Kaiston mukaan KK 11:4 ja 12:4 soveltuvat ensisijaisesti etenevän sivullissuhteen kollisioihin, mutta myös takautuvaan sivullissuhteeseen sekunduksen hyväksi ”vähintään” analogisesti.¹⁸ Irtaimisto- ja arvopaperioikeudessa olisikin nähdäkseni aivan mahdollista puhua yleisesti *velallisen sopimuskumppanin saantosuojasta l. ekstinktiosta* riippumatta siitä, miten insolvenssivelallisen kompetenssinylytystilanteet halutaan jäsentää sivullissuhdeanalyysissä.¹⁹ Toisaalta on myös merkittäviä tilanteita, joissa kollision ratkaisu todella kytkeytyy siihen, nähdäänkö kollision syntyvän etenevässä vai takautuvassa sivullissuhteessa. Arvosuuteen kohdistuvassa disponoinnissa ekstinktion edellytykset on säännelty erikseen etenevän ja takautuvan sivullissuhteen osalta (ATL 26 ja 27 §:t).

Silloin, kun tilanteen sijoittamisella vakiintuneeseen sivullissuhdejaotteluun on reaalistakin (ei siis vain systemaattista) merkitystä, ajateltavissa on kaksi lähestymistapaa. Ensinnäkin voidaan etukäteen muodostaa perusteltu kanta siitä, onko tilanne jäsennettävä *mieluummin eteneväksi vai takautuvaksi sivullissuhteeksi*. Kollisio ratkaistaan tämän kannanoton jälkeen, valitun normiston edellyttämällä tavalla. Toiseksi on mahdollista *vertailla kollisionormeja* keskenään. Tällöin ratkaisua ei haeta etukäteisen systematisoinnin kautta, vaan etsimällä oikeuspoliittisia perusteita, joiden nojalla toista *lopputulosta on pidettävä parempana*. Keskeisellä sijalla on tällöin lain tarkoitus, sikäli kuin se on selvä tai ainakin kyetään abstrahoimaan. Edellinen lähestymistapa vastaa analyttisen siviilioikeuden – varsinkin esineoikeuden – perinteistä metodologiaa. Siinä tilanne ensin ’subsumoidaan’ vallitsevaan systematiikkaan ja tämän jälkeen sovelletaan juuri tätä tilannetta koskevia normeja. Jälkimmäinen etenemistapa

¹⁷ Kartio Perusteet s. 294.

¹⁸ Kaisto Tiesi tai piti tietää s. 149.

¹⁹ Tähän tapaan saantosuojaa on joskus käsiteltykin; ks. HE 104/1990 s. 9–11, jossa saantosuoja ja vaihdantasuoja asetetaan yleisellä tasolla toistensa vastakohdiksi. Ruotsissa irtaimen kohdistuvan ekstinktion edellytykset ovat etenevässä ja takautuvassa sivullissuhteessa samat suoraan lain nojalla (GFL 2 §). Ks. *Håstad* s. 65. Vaikka lakia ei nimenomaisesti sovelleta konkurssista johtuvaan omistajan kompetenssin puutteeseen, hallituksen esityksessä mainitaan erikseen, että analogiamahdollisuus on jätetty oikeuskäytännön varaan, ks. Prop. 1985/86:123 s. 17.

pyrkii puolestaan täyttämään oikeuden materiaalistumisesta johtuvia vaatimuksia. Tällöin ei ole riittävää, että tilanne onnistutaan sijoittamaan vallitsevaan systematiikkaan, vaan tärkeämpänä pidetään, että lopputulos vastaa mahdollisimman pitkälti lain tarkoitusta ja – mikä vielä olennaisempaa – vallitsevia oikeudenmukaisuuskäsityksiä. Insolvenssioikeudellisessa kontekstissa kysymys voidaan kiteyttää siihen, pidetäänkö ekstinktiota tulkintatilanteessa oikeampana kuin (konkurssi- ja) saneerausvelkojen suojaamista.

Systemaattisin perustein olisi nähdäkseni päädyttävä siihen, että YSL:n valinnanrajoitusten rikkominen johtaa kollisioon nimenomaan takautuvassa sivullissuhteessa. Kuten Havansi on perinteisen pakkotäytännön yhteydessä esittänyt, velallisen sopimuskumppani on sekundus suhteessaan pakkotäytäntövelkoihin. Tilanne on aivan sama sopimuskumppanin ja saneerausvelkojen välillä. Näkemyksen perusteita voidaan nähdäkseni kuitenkin vielä täsmentää sivullissuhde-erittelyn kahdella keskeisimmällä elementillä. Ensinnäkin saneerausvelkojat ja velallisen sopimuskumppani johtavat oikeutensa *samalta taholta*, saneerausvelalliselta. Tämän lisäksi, jopa painavammin, tilanteen mieltämistä juuri takautuvaksi sivullissuhteeksi puoltaa nähdäkseni se, että velallinen on saneerausmenettelyn johdosta *menettänyt aiemman kompetenssin*. Tehottomuus ei johdu siitä, että kompetenssi kyseiseen disponointiin olisi jo alun perinkin puuttunut (esimerkiksi siksi, että velallisen omistusoikeus ei ole syntynyt pätevästi). Olemassa olevan kompetenssin menetys jonkin tahon – tässä saneerausvelkojen – hyväksi rinnastuu nähdäkseni luontevammin *primuksen oikeusperusteen* syntyyn kuin oikean omistajan (tai vastaavan oikeudenhaltijan) ja hänen sopimuskumppaninsa välisen oikeustoimen pätemättömyyteen. Näillä perusteilla velallisen sopimuskumppani on todella nähtävä mieluummin takautuvan sivullissuhteen sekunduksena kuin luovutuksensaajana, jonka saanto on tehoton oikeaa omistajaa tai vastaavassa asemassa olevaa sivullista kohtaan.²⁰

Jos saneerausvelkojen ja velallisen sopimuskumppanin välistä suhdetta pidetään yllä esitetyn perustein takautuvana sivullissuhteena, ja jos kollision ratkaisu halutaan tehdä perinteistä metodologiaa seuraten tästä systemaattisesta ratkaisusta käsin, kaikkiin saneerausvelkojen ja velallisen sopimuskumppanien välisiin kollisioihin olisi sovellettava takautuvaa sivullissuhdetta koskevia – laissa

²⁰ Tekstissä esitetty ajatuksenkulku – velallisen kompetenssin menetys rinnastuu primuksen oikeusperusteen syntyyn – pätee nähdäkseni samalla tavoin niin saneerausmenettelystä kuin konkurssistakin johtuvaan kompetenssin rajoittumiseen. Siten myös konkurssivelallisen konkurssin aikana tekemät disponoinnit aiheuttavat pesän ja sopimuskumppanin välille pikemminkin takautuvan kuin etenevän sivullissuhteen kollisio. Sen sijaan tämä ei tarkoita, että kaikki legaaliset kompetenssinrajoitukset olisi systematisoitava samoin. Ratkaisevaa on nimenomaan asianmukaisesti syntyneen kompetenssin rajoittuminen tai menettäminen; juuri tämä tapahtuma perustaa primuksen oikeusperusteen. Ks. myös *Zitting* Saantosuoja s. 65–66, jossa – kuten edellä jo viitattiin – konkurssivelallisen tekemää luovutusta arvioidaan pesän ja luovutuksensaajan välisenä takautuvan sivullissuhteen kollisiona.

säädettyjä tai muutoin voimassa olevia – kollisionormeja. Jos taas katsotaan, että sivullissuhteen systemaattinen paikannus ei yksinään saa määrätä lopputulosta, voidaan tarkastella, vastaisiko etenevää sivullissuhdetta koskeva normi joissakin tilanteissa paremmin lain tarkoitusta tai vallitsevia oikeudenmukaisuuskäsityksiä (jos viimeksi mainitut ovat ristiriidassa lain tarkoituksen kanssa). Tässä tutkimuksessa saneerausvelkojen ja velallisen sopimuskumppanin väliseen kollisioon sovelletaan *ensisijaisesti takautuvaa sivullissuhdetta koskevaa ratkaisunormia*. Jos lopputulos ei ole tyydyttävä, voidaan tarkastella, olisiko tilanne ratkaistava etenevää sivullissuhdetta koskevan kollisionormin mukaisesti.

5.2 MÄÄRÄYSVALLAN YLITTÄMINEN JA YSL:N SEURAAMUSHAKUISUUS

Jotta määräysvalta todella jakautuisi rauhoitusaikana lainsäätäjän oikeaksi harjoittamalla tavalla, on kompetenssinrajoitusten vastaisiin toimiin liitettävä *seuraamuksia*. YSL:n voidaankin sanoa rakentuvan seuraamushakuiselle lähtökohdalle. Maksu-, vakuudenasettamis- tai perintäkiellon vastainen disponointi on tehoton; sama koskee luvanvaraisen kompetenssin ja ylimääräisen vallinnanrajoituksen ylittävää disponointia. Disponointiin sovelletaan kompetenssitehottomuutta koskevaa seuraamusjärjestelmää, kuten yllä on todettu.

Niin itsestään selvältä kuin seuraamushakuinen lähtökohta vaikuttaakin, oikeusvertailevassa katsannossa se näyttää pikemminkin poikkeukselliselta. Tämän tutkimuksen vertailukohteista ensinnäkin Norjassa kompetenssin ylitys voi nimenomaisen säännöksen mukaan olla tehoton.²¹ Myös Yhdysvaltain oikeudessa rauhoitusaikaa rikkovat disponoinnit ovat epäilyttä tehostomia, mutta keskustelua on käyty siitä, ovatko ne mitättömiä (”null and void, without legal effect”) vai korjautumiskelpoisesti pätemättömiä (”voidable, capable of cure”).²² Ruotsissa,

²¹ Konkursloven 14 ja 15 §:t, joista ks. *Brækhus* Omsetning og kreditt 1 s. 155–156.

²² Kuten edellä on todettu, Yhdysvaltain oikeudessa ei kuitenkaan ole selvää, ovatko velallisen itse tekemät maksut edes rauhoitusajan vastaisia. – Void/voidable-keskustelusta *Niccolini* Vand L. Rev. 1992 s. 1663–1687. Merkittävin ratkaisu, jossa päädyttiin mitättömyysseuraamukseen, ja jonka prejudikaattimerkitys on jatkunut vuosikymmeniä, on *Kalb v. Feuerstein*, 308 U.S. 433 (1940), ks. mas. 1669–1671 ja *Warren – Bussel* s. 208. Mitättömyyssääntöä on Yhdysvalloissa sovellettu riippumatta siitä, tiesikö velallisen vastapuoli rauhoitusajan alkamisesta vai ei, ks. mas. 1670. Sittemmin oikeuskäytännössä on kuitenkin esiintynyt perusteluja myös voidable-säännölle; ks. *Niccolinin*, mas. 1681 alav. 128, viittaama *In re Lampkin*, 116 Bankr. At 451, 453 (Bankr. D. Md. 1990), joka koski rauhoitusajasta tietämättömän velkojen suorittamaa velan perintää. *Niccolini* (mas. 1677–1688) päättyikin suositteluun vallitsevan void-kannan muuttamista, koska rauhoitusaikaa ei välttämättä aina rikota illojaalein motiivein, vaan usein siksi, ettei velkoja ollut saanut tietoa rauhoitusajan alkamisesta. Ja kun tieto rauhoitusajan alkamisesta on ensimmäisenä velallisella, juuri hänen tulisi informoida tilanteesta velkoja. Vallitseva void-sääntö sisältää siten moraalisen hasardin: velallisen tietäessä, että jokainen rauhoitusaikaa rikkova velkojadisponointi on mitätön, hänellä ei ole kannustinta informoida velkoja rauhoitusajan alkamisesta. Näin void-sääntö saattaa osaltaan jopa edistää rauhoitusaikaa rikkovia toimia.

Saksassa ja Tanskassa lähtökohta näyttää sen sijaan päinvastaiselta. Ruotsin LFR 2:15.2:n mukaan pykälän 1 momentissa säädetyn kiellon rikkominen ei vaikuta disponoinnin pätevyYTEEN. Kirjallisuudessa tämän on katsottu perustuvan siihen, että saneerausvelallisella on edelleen periaatteessa määräysvalta omaisuuteensa.²³ LFR:n esitöissä todetaan myös useaan otteeseen, että saneerausmenettelyssä velallinen ”pelaa” omalla intressillään. Jos velallinen ei noudata dispo-
nointirajoituksia – joka Ruotsissa tarkoittaa merkittävämpien oikeustoimien tekemistä ilman selvittäjän lupaa – hän vaarantaa vakavasti oman intressinsä eli menettelyn jatkumisen.²⁴

Myöskään InsO:n mukaisessa velallishallinnossa valvojan lupakontrolli ei lähtökohtaisesti ole oikeustoimen pätevyYDEN edellytys. Jos velkojat haluavat vaikuttaa velallisen tekemien oikeustoimien pätevyYTEEN, heidän on haettava tuomioistuimelta erityistä määräystä, jonka mukaan oikeustoimen tehokkuus edellyttää valvojan hyväksyntää.²⁵

Tanskassa maksukiellosta on voimassa yleinen välttämättömyyspoikkeus. Pysyviksi jäävät myös etuoikeusjärjestystä vaarantamattomat maksut, samoin kuin maksut, joiden vastaanottaja on ollut vilpittömässä mielessä. Muita oikeustoimia kuin maksuja koskee lisäksi yleinen suoja säännös: Tanskan konkursloven 72.2 §:n mukaan takaisinsaantiriski ei koske oikeustoimia, jotka ovat olleet välttämättömiä liiketoiminnan ylläpitämiselle tai kaikkien velkojien edun mukaisia. Ja vaikka sanotut edellytykset eivät tosiasiallisesti täytyisikään, oikeustoimi on tehokas, jos velallisen vastapuolella oli syytä olettaa, että oikeustoimi oli säännöksessä tarkoitettu tavoin välttämätön.²⁶ Velallisen vastapuoli saa myös luottaa valvojan antamaan suostumukseen; jos oikeustoimeen oli valvojan suostumus, takaisinsaanti tulee kyseeseen vain, jos valvoja on selvästi ylittänyt toimivaltansa (Tanskan konkursloven 72.3 §, joka koskee myös maksuja).²⁷

²³ Ks. *Hellners – Mellqvist* s. 106; sivulla 104 tekijät toteavat, että LFR:n mukaisten määräysvaltarajoitusten rikkominen ”i princip är osanktionerad”. Oikeustoimen pätevyys ei edellytä velallisen sopimuskumppanilta vilpittömyyttä, ks. SOU 2001:80 s. 76. Kiellonvastaisesta oikeustoimesta ks. myös *Persson – Tuula* s. 84.

²⁴ Juuri velallisen omaa intressiä, riskiä luotettavuutensa menettämisestä ja tätä kautta koko saneerausmenettelyn lakkaamisesta pidettiin lainvalmistelun alusta saakka riittävinä takeina sille, että velallinen noudattaa lupaedellytystä. Ks. jo SOU 1992:113 s. 365, myöhemmin Prop. 1995/96:5 s. 79, 81 (jossa kuitenkin todetaan myös, että selvittäjän luvatta tehty oikeustoimi voidaan peräyttää takaisinsaannilla) ja 82. Ajattelun perinteet ovat pitkät; jo akordikeskusten avulla läpiviety maksunlakkautus mahdollisine akordeineen perustui viime kädessä ainoastaan velallisen luotettavuuteen. Ks. *Arnesdotter* s. 86–91.

²⁵ Ks. *Pape – Uhlenbruck* s. 617 ja *Huntemann* s. 383–384.

²⁶ Ks. Bet. Nr. 606 s. 159–160, *Ørgaard* Betalingsstandsning s. 230–235 ja *Munch* s. 486–488. Poikkeus koskee myös päivittäin välttämättömiä oikeustoimia (”nødvendig af hensyn til – – erhvervelse af dagliglivets fornødenheder”).

²⁷ Esitöiden mukaan (Bet. Nr. 606 s. 159) säännöksen tarkoituksena on suojata velallisen sopimuskumppanin luottamusta siihen, että valvojan suostumus on asianmukainen. Tästä toisaalta seuraa, kuten *Munch* s. 488 toteaa, että suostumuksella ei ole merkitystä, jos sopimuskumppani ei ollut siitä tietoinen.

YSL:n seuraamushakuisuutta on nähdäkseni pidettävä perustellumpana kuin juuri kuvailtuja vertailunormistoja. Vallintavallan uudelleenjärjestelyä ei ole meillä säädetty optioksi, vaan *noudatettavaksi*. Myös ajatus siitä, että jokainen epäselvyys velallisen tekemän oikeustoimen sallittavuudesta vaarantaisi koko saneerausmenettelyn, on yleisenä lähtökohtana tarpeettoman kohtalokas. Käytännössä näin ankaraa seuraamusta voidaan pyrkiä käyttämään myös epälojallisti. YSL:n mukainen tehottomuusseuraus tarjoaa rationaalisen välimuodon, jonka avulla oikeustoimeen voidaan puuttua ilman, että menettelyn jatkuvuus joutuu välittömästi vaakalaudalle.

Seuraavassa siirrytään tarkastelemaan YSL:n vallinnanrajoitusten vastaisten dispoointien seuraamuksia. Päähuomio kiinnitetään nimenomaan YSL:iin perustuvan kompetenssivirheen seuraamuksiin *järjestelmätasolla*. On selvää, että järjestelmän tutkiminen edellyttää myös kompetenssitehottomuutta koskevien yleisten periaatteiden tarkastelua, koska ne osaltaan vaikuttavat erityisseuraamusten soveltumiseen ja toteuttamiseen. Tarkastelu aloitetaan maksukiellon vastaisesta suorituksesta, jonka yhteydessä käsitellään myös maksukieltopoikkeusten alaisten suoritusten takaisinsaantia. Maksukiellolla ja takaisinsaannilla on kiinteä keskinäinen yhteys niin palautusoppien järjestelmässä kuin käytännössäkin, joskin ne on samalla kyttävä myös erottamaan toisistaan jäljempänä havaittavin tavoin.

5.3 KIELLONVASTAISEN MAKSUN PALAUTUS

5.3.1 Maksukiellon vastaisuus palautusvelvoitteen edellytyksenä

5.3.1.1 Korostetun objektiivinen edellytys

Saneerausvelan maksu, joka on tehty vastoin maksukieltoa, on palautettava (YSL 17.2 §). Kuten edellä on todettu, palautusvelvoitteen perusteena on velalliselta puuttunut kompetenssi suorituksen tekemiseen. Kompetenssivirhe on myös ainoa peruste, sillä palautusvelvoitteen edellytyksenä on pelkästään *maksukiellon vastaisuus*. Takaisinsaantiterminologiaa mukaillen voidaan sanoa, että maksukielto nojaa korostetun objektiiviselle edellytykselle. Enempää velallisen kuin maksun vastaanottajankaan vilpittömällä mielellä ei ole merkitystä. Samoin on irrelevanttia, millä maksuvälineillä suoritus on tapahtunut. Maksukiellon vastaisina on palautettava kaikki varallisuudensierrot, joiden tarkoituksena tai tosiasiallisena seurauksena on saneerausvelan lakkaaminen. Tämä vastaa perinteistä velvoiteoikeudellista määritelmää, jonka mukaan maksulla laajassa mielessä tarkoitetaan varallisuusarvoisen suoritusvelvollisuuden täyttämistä.²⁸

²⁸ Maksun kriteereitä on tietenkin tarkasteltu laajasti yhteispohjoismaisen takaisinsaantilainsäädännön yhteydessä. Ks. *Tuomisto* s. 134–162, *Lennander* s. 187–206, *Andenaes* s. 240–246, *Munch* s. 444–446 ja 467–469.

5.3.1.2 Saneerausvelka suorituksen kohteena

Maksukielto koskee vain saneerausvelkoja. Kiellonvastaisuuden perusedellytyksenä on siten, että suoritus on kohdistunut saneerausvelkaan. Saneerausvelan status puolestaan edellyttää, kuten tunnettua, että velan *oikeusperuste on syntynyt ennen saneerausmenettelyn alkamista* (YSL 3.1 § 4 kohta).²⁹ Tältä osin saneerausoikeudessa voidaan melko laajalti hyödyntää konkurssioikeudellisia sääntöjä ja periaatteita, sillä vaatimus oikeusperusteen oikea-aikaisesta syntymisestä on yhteinen. Toisaalta juuri tästä syystä saneerausvelan perusedellytyksiä ei seuraavassa pyritä selvittämään yksityiskohtaisesti, vaan melko pian siirrytään ongelmiin, jotka toistaiseksi ovat jääneet kokonaan tutkimuksen ulkopuolelle.³⁰

Kuten tiedetään, velan oikeusperusteella (causalla) tarkoitetaan sitoumusta, tapahtumaa tai muuta tosiseikastoa, joka voimassa olevan oikeuden mukaan aiheuttaa velalliselle suoritusvelvollisuuden.³¹ Oikeusperusteen ’käsitteen’ tarkentaminen näyttää tarpeelliselta etenkin silloin, kun velvoitteen sisältöä koskevat epäselvyydet antavat aiheen epäillä koko velvoitteen olemassaoloa. Varsinkin konkurssioikeudellisessa kirjallisuudessa oikeusperustetta on usein täsmennetty erottamalla se velvoitteen sisältöä koskevista muutoksista ja epäselvyyksistä. Esimerkiksi saatavan valvontakelpoisuus konkurssissa on perinteisesti edellyttänyt ainoastaan oikeusperusteen *olemassaoloa* konkurssin alkaessa, sen sijaan ei velvoitteen sisällön riidattomuutta, velan erääntyneisyyttä eikä lopullisuutta. Ratkaisevaa on ainoastaan, että saatavan olennainen peruste (”*väsentliga grunden*”) on ollut olemassa viimeistään konkurssin alkaessa.³² Tämän vaatimuksen täyttää esimerkiksi ehdollinen sitoumus, kuten takaus. Ehdon täyttymisen – esim. takausvastuun konkretisoitumisen – todennäköisyyteen ei kiinnitetä huomiota.

²⁹ Koskela s. 123–124.

³⁰ Saneerausvelan määräytymisestä ks. Koskela s. 123–137, konkurssisaatavasta *Havansi* Konkurssioikeus s. 190–198 ja (harkinnan yleislinjoista) *Welamson* Konkursrätt s. 441–443. Perusteellisin tutkimus konkurssi- ja massavelkojen erottelusta on meillä *Niemi-Kiesiläinen* Massavelat passim. Tarvetta saneerausvelan kriteerien yksityiskohtaiseen selvittämiseen tässä tutkimuksessa vähentää sekin, että 1900-luvun lopulla ja erityisesti vuosituhannen vaihduttua problematiikka otettiin korkeimmassa oikeudessa aktiivisen prejudikaattisääntelyn kohteeksi. Ks. KKO:n ratkaisut 1995:127, 1997:54, 1999:43 ja 2000:103. Vuonna 2003 aiheesta annettiin peräti neljä ennakkoratkaisua: KKO 2003:10, 2003:31, 2003:41 ja 2003:87. Ks. myös yksityishenkilön velkajärjestelyä koskevat KKO 1997:206 ja 2003:56. Velkojen erottelua koskee lisäksi ratkaisu KKO 1997:133, vaikka siinä pääasiallisena oikeuskysymyksenä oli saneerausohjelman oikeusvoima (lainvoimainen ohjelma esti tutkimasta kanteen, jossa vaadittiin ohjelmaan otetun saneerausvelan vahvistamista menettelyn aikana syntyneeksi velaksi).

³¹ Näin määriteltynä velan oikeusperuste voi olla joko konkreettinen tosiseikasto (esim. vahingonkorvausvastuun aiheuttava teko tai laiminlyönti) taikka tällaisesta seikastosta enemmän tai vähemmän erillinen l. abstrakti. Tähän jakoon perustuu koko velkakirjaoikeus; velkakirjan antaminen perustaa konkreettisen oikeusperusteen (perussuhteen) rinnalle abstraktin velkomusperusteen. Ks. *Hakulinen* Velkakirjalaki s. 23 ja 25–29.

³² Väsentliga grunden -rekvisiittia lienee ensimmäisenä käyttänyt *Ekdahl* (ks. s. 5–6).

Vastaavat periaatteet koskevat myös saneerausvelkoja. Maksukiellon kannalta tämä tarkoittaa, että maksu on palautettava, jos maksetun velan oikeusperuste oli olemassa saneerausmenettelyn alkaessa. Poikkeuksen muodostavat velat, jotka ovat syntyneet YSL 22.1 §:n mukaisen väliaikaisen maksukiellon aikana, tai jotka lain mukaan oli – ja maksamattomina on edelleen – maksettava väliaikaiskiellosta huolimatta. Tällaisten velkojenhan on edellä katsottu säilyttävän poikkeusstatuksensa varsinaisen rauhoitusajan alkamisen jälkeenkin. Jos tällaisia velkoja on menettelyn alkaessa vielä maksamatta, ne on edelleen maksettava, eikä palautusvelvoitetta synny.³³ Sen sijaan tällaisenkin maksun takaisinsaanti on mahdollinen.³⁴ Väliaikainen maksukiello vaikuttaa luonnollisesti myös toiseen suuntaan: jos ennen saneerausmenettelyn alkua tehty maksu on rikkonut väliaikaista kielloa, se on palautettava nimenomaan maksukiellon vastaisena, *riippumatta takaisinsaannin edellytyksistä*.

Maksukiellon vastaisuus voi olla tulkinnanvaraista erityisesti silloin, kun maksun vastaanottaneella velkojalla on saneerausvelalliselta useita saatavia. Varsinkin pitkäkestoisissa, toistuvia velkaeriä aiheuttavissa sopimussuhteissa on huolehdittava siitä, että saneerausvelallisen tekemiä suorituksia ei kohdeneta – tarkoituksella tai huolimattomuudesta – maksukiellon alaisiin saataviin. YSL 32.1 §:n mukaan tällaisista sopimussuhteista aiheutuvat velat ovat saneerausvelkaa siltä osin kuin ne kohdistuvat menettelyn alkua edeltävään aikaan. Tämän jälkeiset erät ovat puolestaan uutta, menettelynaikaista velkaa, joka mainitun säännöksen mukaan on maksettava erääntyessä. Jos velallinen ei suorituksensa yhteydessä ilmoita, minkä erän maksuksi suoritus on tarkoitettu, herää kysymys, miten kohdentaminen on rauhoitusaikana toteutettava. Velvoiteoikeudellisena pääsääntönä on, että velallisella on oikeus määrätä suorituk-

³³ Jotta väliaikaisella kiellolla olisi tämä vaikutus, kiellon on sisällettävä *vähintään* maksukiello. Pelkkä perintäkiello kohdistuu velkojaan, hänen käytettävissään oleviin perintäkeinoin. Tämä ei sellaisenaan vaikuta velallisen velvollisuuteen maksaa velkojaan eikä siten myöskään maksukiellon laajuuteen menettelyn alkaessa. Sama koskee luonnollisesti myös itsenäistä väliaikaista vakuudenasettamiskielloa, jollainen tosin lienee vielä harvinaisempi kuin pelkkä perintäkiello.

³⁴ Väliaikaisen kiellon voimassaoloaika on aina kriittistä aikaa. Kriittisen ajan jatkuminen määräpäivästä eteenpäin – vielä konkurssin ja saneerauksen aikanakin – on kiistatonta jo TakSL:n sanamuodon perusteella; ks. *Havansi* Konkurssioikeus s. 282–284, *Tuomisto* s. 59–60 ja *Lennander* s. 67–68. Tuomisto tosin tarkastelee YSL 16.1 §:n mahdollista vastakohtaistulkintaa, jonka mukaan takaisinsaantiaika päättyisi menettelyn alkamiseen. Hän ei kuitenkaan hyväksy *e contrario* -päätelmää, eikä siihen olekaan perusteita. YSL 16.1 §:n mukaanhan saneeraushakemuksen ja menettelyn aloittamisen välisenä aikana tehtyt määräämistoimet voidaan peräyttää takaisinsaannilla. Perustelujen mukaan (HE 182/1992 s. 73) säännös on otettu lakiin selvyiden vuoksi ja samaan lopputulokseen päädyttäisiin jo YSL 35 §:n viittaussäännöksen nojalla. Periaatteessa mahdollinen vastakohtaispäätelmä aiheuttaa kuitenkin sen, että selvyystoive voikin kääntyä päinvastaiseksi, ts. aiheuttaa pikemminkin epäselvyyttä kriittisen ajan ulottuvuudesta. Mikään vakava ongelma tämä ei kuitenkaan ole, koska oikeustila on kiistaton.

sensa kohdentamisesta (KK 9:5) ja toisaalta, että määräysvalta siirtyy velkojalle, jos velallinen ei sitä käytä.³⁵ Jos saneerausvelallinen tekee rauhoitusaikana yksilöimättömän suorituksen velkojalleen, jolla on sekä maksukiellon alaisia että sen ulkopuolisia saatavia, täytyy kuitenkin velvoiteoikeudellisesta pääsäännöstä poiketen katsoa, että valintaoikeus *ei siirry* velkojalle. Tämä perustuu maksu- ja perintäkiellon yhteisvaikutukselle, joka estää velkojaa kohdentamasta suoritusta maksukiellon alaiseen saatavaan. Näissä tilanteissa voitaneenkin puhua erityisestä *kohdentamiskiellosta*. Maksun palautusvelvollisuus syntyy siltä osin kuin kohdentaminen on ollut kiellon vastainen.³⁶

Vähintään hyvän tavan mukaista on, että selvittäjän pyynnöstä velkoja ilmoittaa, minkä saatavien suorituksiksi rauhoitusaikana tapahtuneet maksut on kohdistettu, ja tarvittaessa selostaa laajemminkin kohdentamisperiaatteitaan. Vaikkei asiasta olekaan nimenomaista säännöstä, sitoutuminen saneerausmenettelyyn rationaalisena – järkevien ihmisten välisenä – yhteistoimintana edellyttää, että selvittäjälle annetaan todellinen mahdollisuus kontrolloida yrityksen velkaantumista rauhoitusaikana ja näin täyttää laissa säädetyt tehtävänsä. Tämä koituu viime kädessä velkojakollektiivinkin hyväksi.

5.3.1.3 Maksukieltopoikkeuksen täyttymisestä

Kiellonvastaisuuden keskeinen edellytys on myös, että maksu ei ole sallittu tai pakollinen maksukieltopoikkeuksen perusteella. Pakollisen poikkeuksen alainen maksu ei tietenkään ole kiellon vastainen, eikä sitä tarvitse palauttaa. On kuitenkin jälleen huomattava, että myös pakolliseen poikkeukseen vaadittavan tosiseikaston täytyminen voi edellyttää tapauskohtaista tulkintaa. Näin on erityisesti edellä jo käsitellyissä YSL 27.2 §:n tarkoittamissa tilanteissa. Tässä yhteydessä on vielä korostettava, että maksukiellon vastaisuuden ja siten palautusvelvoitteen ratkaisee YSL 27.2 §:n mukaan nimenomaan velallisen *sopimus-kumppanin suoritus*; sen on oltava velallisen toiminnan kannalta tavanomainen, jotta maksukiellosta voitaisiin, ja on pakkokin, poiketa. Itse maksun (epä)tavan-

³⁵ Määräysvallan siirtyminen velallisen passiviteetin seurauksena on täysin vakiintunut kanta, vaikka siitä ei olekaan kirjoitetun lain säännöstä. Ks. *Aurejärvi* Luotto- ja maksuvälineet s. 65–66 ja *Hemmo* Pankkioikeus s. 107 viittauksineen. Ratkaisusta KKO 2001:106 ilmenee, että KK 9:5:n säännös koron ensisijaisuudesta ohittaa velallisen kohdentamismääräyksen. Koron etuoikeus ei siis syrjäydy velallisen yksipuolisella disponoinnilla, vaan tähän vaaditaan myös velkojan suostumus. Koska pääoman lyhentäminen on velallisen intressissä, velkoja voi tietenkin myös yksipuolisesti asettaa pääoman koron edelle.

³⁶ Kielletyn kohdentamisen tehneellä velkojalla lieenee kuitenkin oikeus kohdentaa suoritus uudelleen, mikäli hänellä vielä palautusvaatimuksen hetkellä on jäljellä maksukiellon ulkopuolista velkaa.

omaisuudella ei ole periaatteessa mitään merkitystä, joskin yleensä kyse lienee molemmiin puolin normaaleista suorituksista.³⁷

Jos taas maksukieltopoikkeus on selvittäjän kontrollin varassa, palautusvelvoitteen syntyminen riippuu siitä, oliko maksulle selvittäjän asianmukainen lupa. Tällaisia poikkeuksia ovat meillä vähäiset saatavat sekä luotollisen tilin velkasaldo (YSL 18.2 § 4–5 kohdat). Selvittäjällä on kontrollioikeus myös työntekijöiden palkka- ja kulukorvaussaataviin, koska hän voi estää niiden maksamisen tai ainakin lykätä tätä riitauttamalla saatavan perusteen tai määrän (18.2 § 1 kohta). Vaikka poikkeussaatavien yhteismäärä voi nousta suureksikin, täytynee katsoa, että selvittäjä voi hyväksyä niiden maksamisen myös jälkikäteen. Mikäli ilman lupaa maksettujen velkojen yhteismäärä on kovin suuri, selvittäjä voi luonnollisesti rajata jälki-
käteishyväksyntänsä (ratihibition) koskemaan vain osaa suorituksista.³⁸

Ruotsissa, jossa maksukielto on kokonaan selvittäjän lupaharkinnan varassa, on lainvalmistelutöissä puollettu yleistä ratihabitomahdollisuutta. Tämän on katsottu perustuvan sopimusoikeuden yleisiin periaatteisiin.³⁹ Kannanotto on kuitenkin nähtävä sitä edellä todettua seikkaa vasten, että vallintavallan rajoituksilla ei LFR:n mukaan ole merkitystä velallisen disponointien pätevyyyteen. Kysymys ratihibition mahdollisuudesta ei tästä syystä näyttäisi nousevan kiinnostavimpien ongelmien joukkoon. Esimerkiksi maksukiellon vastainen suoritus jää pysyväksi ja sillä on normaali velkavastuun lakkauttava vaikutus, antoipa selvittäjä suostumuksensa etukäteen, jälkikäteen tai ei lainkaan.

³⁷ YSL 27.2 §:sta on erotettava se, olisiko maksua voitu pitää TakSL 10 §:ssä tarkoitettuna tavanomaisena maksuna, jos se olisi tehty ennen rauhoitusajan alkamista. Tällä on, jos mahdollista, vielä vähemmän merkitystä maksukieltoon perustuvaa palautusvelvoitetta arvioitaessa. Samoin YSL 27.2 §:sta on erotettava maksun *tärkeys* velallisen liiketoiminnalle ja vastaanottavalle velkojalle. Tärkeäkin maksu on palautettava, jos vastapuolen suoritus ei ollut velallisen toiminnan kannalta tavanomainen. Meillä ei ole Tanskan konkursloven 72 §:ää vastaavaa normia, joka turvaa liiketoiminnan jatkuvuuden kannalta tärkeiden oikeustoimien pysyvyyttä. Ks. siitä *Ørsgaard Betalingsstandsning* s. 226–233 ja *Munch* s. 481–487.

³⁸ Luotollisen maksuliikennetilin (tiliin liittyvän velan lyhentämisen) kontrollointi on lain sanamuodon mukaan tulevaisuuteen suuntautuvaa: YSL 18.2 §:n 5 kohdan mukaan velallinen voi ”jatkaa” tilisuhdetta, tulevien maksujen ohjaamista ao. tilille sekä pankin tiliin liittyvän saatavan lyhentämistä, jollei selvittäjä toisin päättää. Pelkästään sanamuodon nojalla arvioituna selvittäjän päätöksellä ei siis ehkä olisi merkitystä jo tapahtuneisiin lyhennyksiin nähden – niihin päästäisiin käsiksi vain takaisinsaannilla, ei YSL 17.2 §:iin perustuvalla palautusvaatimuksella. Nähdäkseni ei kuitenkaan ole syytä päätellä, etteikö jo tapahtuneita lyhennyksiä voitaisi koskaan vaatia palautettaviksi maksukiellon perusteella. Etenkin, jos selvittäjä ja velallinen – mahdollisesti yhteistyössä ao. pankin kanssa – ovat laatineet tietyt periaatteet säännöksen soveltamisesta (koskien esim. lyhennysten suurinta mahdollista kokonaismäärää), on katsottava, että selvittäjä on näin menetellessään tehnyt aktiivisen maksulupapäätöksen. Sovittuja periaatteita rikkova suoritus on siten palautettava juuri maksukiellon vastaisena, takaisinsaannin edellytyksistä riippumatta.

³⁹ Ratihabitomahdollisuutta on pohjoismaisessa tutkimuksessa ja lainvalmistelussa pidetty varsin selvänä. Ks. jo *Ørsgaard Betalingsstandsning* s. 253–254, jonka mukaan valvojan suostumus on lähtökohtaisesti hankittava etukäteen, mutta ratihabitiolle ei ole estettä. Ks. myös *Munch* s. 144, *SOU* 1992:113 s. 365, *Tuula* s. 349 ja *Hellners – Mellqvist* s. 106.

On kuitenkin huomattava, että Ruotsissakaan selvittäjän lupa ei ole täysin yhdentekevä. Merkityksettömyys koskee vain maksusuorituksia. Sellaisissa oikeustoimissa, joiden seurauksena saneerausvelalliselle syntyy velkavastuu sopimuskumppaniaan kohtaan, selvittäjän lupa on olennaisen tärkeä, joskaan ei maksun pätevyyden kannalta. Jos sopimus on tehty saneerausmenettelyn aikana, siihen perustuvalla saatavalla on FörmånL 10.1 §:n 4 kohdan mukainen etuoikeus *vain, mikäli oikeustoimi on tehty selvittäjän luvalla*.⁴⁰ Etuoikeuden kannalta on siten hyvinkin tärkeää tietää, miten voimassa oleva oikeus suhtautuu ratihabitioon mahdollisuuteen. Oikeuskirjallisuudessa ratihabitio on hyväksytty, kuten edellä todettiin.⁴¹

Jotta sallitut, selvittäjän harkintaan perustuvat maksut eivät olisi maksukiellon vastaisia, täytyy vielä nähdäkseni edellyttää, että selvittäjän lupa (tai jälkikäteishyväksyntä) on pysynyt lain salliman harkintavallan rajoissa.⁴² Maksulupa voi olla 'lain vastainen' ainakin kahdella perusteella. Ensinnäkin jossain täytyy kulkea raja, jota harkinnanvaraiset maksut eivät saa yhteismäärältään ylittää. Toiseksi selvittäjän lupapäätösten on oltava yhdenvertaisia. Esitöissä korostetaan, että selvittäjän on noudatettava hyväksyttäviä perusteita harkintavaltansa käytössä; hyväksyttävillä perusteilla viitataan erityisesti yhdenvertaisuusperiaatteeseen.⁴³ Yhdenvertaisuuden taas katsotaan edellyttävän lähtökohtaisesti, että kaikki tietyn määrän alittavat saatavat maksetaan, jollei poikkeuksiin ole erityistä syytä esimerkiksi velkasuhteiden erilaisten causerojen johdosta.⁴⁴

Esitöiden argumentointi on sinänsä vastaansanomaton. Johdonmukaisesti sovellettuna nämä harkintavallan kriteerit näyttävät kuitenkin johtavan siihen, että yhdenvertaisuuden tavoittelu väistämättä kasvattaa maksettavien velkojen yhteismäärää. Tätä "ongelmaa" helpottaa tietenkin harkintavallan nimenomainen tarkoituksenmukaisuusrekvisiitta, joka tosin sanamuodon mukaan koskee vain vähäisten velkojen maksamista (YSL 18.2 § 4 kohta verr. 5 kohta). Myös asianmukaisten perusteiden vaatimus on esitöissä mainittu vain näiden velkojen kohdalla. Lain sanamuotoa ja esityökannanottoja ei kuitenkaan pidä lukea rajoittavasti, vaan päinvastoin etsien niistä elementtejä, joilla voisi olla merkitystä myös selvittäjän harkintavallan yleisempinä perusteina. Tässä tutkimuk-

⁴⁰ Ks. Persson – Tuula s. 84 ja 108.

⁴¹ Myös Tanskan oikeudessa velat, jotka perustuvat valvojan luvalla tehtyihin oikeustoimiin, ovat etuoikeutettuja myöhemmässä konkurssissa (konkursloven 94 § 2 kohta). Ks. Munch s. 144–145 ja 557–559. Ratihabitio mahdollisuus on siis samalla tavoin tärkeä kuin juuri todettiin Ruotsin oikeuden osalta. Kuten niin ikään tuli jo ilmi, ratihabitio on oikeuskirjallisuudessa hyväksytty.

⁴² Tämä vaatimus on kiistaton, vaikkei se meillä ilmenekään suoraan kirjoitetusta laista. Tanskassa maksu tai muu oikeustoimi peräytyy valvojan luvasta huolimatta, jos valvoja on lupaharkinnassaan selvästi ylittänyt toimivaltansa (konkursloven 72.3 §).

⁴³ HE 182/1992 s. 74.

⁴⁴ HE 182/1992 s. 74.

nessa korostetaankin, että tarkoituksenmukaisuusedellytys ja asianmukaisten perusteiden vaatimus koskevat *sallittuja maksukieltopoikkeuksia kokonaisuutena*. Selvittäjän on pidettävä silmällä sekä näiden suoritusten yhteismäärää että velkojien yhdenvertaisuutta.⁴⁵ Siltä osin kuin selvittäjän maksulupaa ei voida pitää lain mukaisena, maksu on palautettava kiellon vastaisena.

5.3.1.4 Maksun kriteerit ja maksuhetki

Vaikka takaisinsaanti onkin lähtökohtaisesti pidettävä erossa maksukiellosta, on hyvin mahdollista, että maksukieltoon perustuva palautusvaatimus herättää samoja kysymyksiä kuin takaisinsaantivaatimus. Myös maksukieltoon perustuva vaatimus voidaan nimittäin kiistää väittämällä, että varallisuudensiirtoa ei ollut pidettävä maksuna lainkaan tai että suoritusta ei tehty laissa tarkoitettuna ajankohtana, ts. rauhoitusaikana. Tällöin joudutaan selvittämään, onko varallisuudensiirtoa pidettävä maksuna ja jos on, milloin maksu todella tapahtui.⁴⁶ Näitä kysymyksiä arvioitaessa voidaan ja on perusteltuakin ottaa huomioon takaisinsaantilainopissa kehiteltyjä periaatteita.

Erityisesti olisi huolehdittava siitä, että maksukieltoa ei kierretä järjestelyillä, jotka tosiasiallisesti tähtäävät saneerausvelan lakkaamiseen käyttämällä hyväksi muuta velallisvarallisuutta kuin likvidiä rahaa. Lisäksi on mahdollista, että tällaisia järjestelyjä tehdään rauhoitusaikana ilman erityistä kiertämistarkoitusta, koska niiden katsotaan – ehkä vilpittömästäkin – kuuluvan normaaliin liiketoimintaan. Maksukiellon kannalta on kuitenkin lähtökohtaisesti merkityksentöntä, miten osapuolet ovat mieltäneet kielletyn suorituksen roolin velallisen liiketoiminnassa. Olennaisinta on, ettei maksukiellon valvontaa rajata vain velallisen rahaliikenteeseen, vaan suorien rahansiirtojen lisäksi kontrolli on ulotettava sijaissuorituksiin (kuten rahasuorituksen korvaaviin tavaramaksuihin) ja yleisestikin kaikkiin järjestelyihin, joiden vaikutukset vastaavat velan maksua, aivan kuten takaisinsaantiperusteidenkin selvittämisessä.⁴⁷

⁴⁵ Jos tarkoituksenmukaisuus ja yhdenvertaisuus omaksutaan maksukieltopoikkeuksia koskevan harkintavallan yleisiksi perusteiksi, päädytään nähdäkseni varsin erilaiseen – väljempään – harkintaan kuin Ruotsissa. LFR 15.3 §:n mukaan maksukiellosta voidaan poiketa vain, jos tähän on erityisiä (tärkeitä) syitä (synnerliga skäl). Synnerliga skäl -rekvisiitasta ks. *Hellners – Mellqvist* s. 106–107.

⁴⁶ Ks. vastaavasti takaisinsaannin kannalta *Tuomisto* s. 134–162.

⁴⁷ Takaisinsaantiopissa suorituksen 'luonnehdinta' maksuksi on ollut eräänlainen esikysymys, jonka jälkeen on siirrytty tarkastelemaan, onko maksu tehty epätavallisilla maksuvälineillä. Ks. *Maljonen* LM 1966 s. 846. Tällainen esitys rakenne löytyy miltei säännönmukaisesti pohjoismaisista monografiatutkimuksista ja käsikirjoista, ks. *Tuomisto* s. 134–186, *Lennander* s. 189–221, *Andenes* s. 240–247 ja *Munch* s. 444–446. Ajatuksenkulku on looginen, mutta on syytä huomauttaa, että maksun tapahtuminen ja maksuvälineen epätavallisuus voivat kattaa osin päällekkäisiä kysymyksiä. YSL:n mukaisen maksukiellon yhteydessä erotteluun ei tarvitse kiinnittää lainkaan huomiota, koska maksuvälineen laatu ei vaikuta suorituksen pysyvyyteen.

Maksukiellon valvonta on syytä ulottaa myös velallisen veloista lain mukaan henkilökohtaisessa vastuussa oleviin tahoihin. Saneerausmenettelyn oikeusvaikutuksethan koskevat myös heitä (YSL 4.1 §). Sen sijaan ns. yksityistakaus – jollaisena pidetään mm. henkilöyhtiön yhtiömiehen yhtiönsä velasta antamaa takausta – on ainoastaan perintäkiellon piirissä (YSL 25.2 §). Yhtiönsä velasta takauksen antanut yhtiömies voi siten maksukiellon estämättä maksaa saneerausvelan *takausvastuunsa osalta*. Palautusvelvollisuutta ei ole, kunhan maksu on ollut vapaaehtoinen.⁴⁸

Maksukieltokontrollin ulottamisella muihinkin varallisuussiirtoihin kuin raha-liikenteeseen pyritään estämään se, että rahavelvoitteita suoritettaisiin muutoin kuin rahamaksuilla. Tavallaan vastakkainen kysymys on, millaisten velvoitteiden täyttämistä pidetään maksuina. Takaisinsaantidoktriinissa on keskusteltu erityisesti siitä, voidaanko maksun takaisinsaantia koskevia sääntöjä soveltaa *myös muun kuin rahavelvoitteen* täyttämiseen. Esimerkiksi ennalta maksettujen hyödykkeiden toimittaminen tai muun toimintavelvollisuuden täyttäminen on mahdollista katsoa laajassa mielessä velan maksamiseksi.⁴⁹ Sama kysymys on syytä esittää maksukiellon rajoja käytäessä: estääkö maksukiello muidenkin kuin rahasuoritusten täyttämisen?

Vastaus ei selviä pelkästään viittaamalla siihen, että YSL 17.1 §:n mukaan maksukiello koskee vain saneerausvelkoja, jotka puolestaan ovat aina rahavelkoja. Insolvenssimenettelyssä huomioitava velvoitehan voi olla alun perin muunkin sisältöinen, kunhan se on muunnettavissa rahamääräiseksi. Takaisinsaantioppien vallitseva näkemys on tältä osin jossain määrin epäselvä. Perintei-

⁴⁸ Tämä on lähtökohta, jonka nojalla takaajayhtiömiehen maksua arvioidaan. Suorituksen vapaaehtoisuus voi tietenkin osoittautua epäselväksi (jos velan maksua ylipäänsä koskaan voidaan pitää vapaaehtoisena niin, etteikö velvoite- ja siviiliprosessioikeuden sanktiojärjestelmä jo olemassaolollaan edistäisi velvoitteen mukaista käyttäytymistä). Takaajayhtiömiehen rauhoitusaikana (tai väliaikaisen kiellon) aikana tekemä maksu on kuitenkin voitava yksittäistapauksessa katsoa vapaaehtoiseksi. YSL 25.2 § edellyttää tätä. Ensi käden arviointikriteerinä voidaan pitää sitä, onko maksun saanut velkoja millään tavoin pyrkinyt vaikuttamaan yhtiömieheen maksun saadakseen. On syytä korostaa, että YSL 19.1 §:n mukaan velalliseen ei saa kohdistaa mitään toimenpiteitä saneerausvelan perimiseksi tai suorituksen turvaamiseksi. Kuten aiemmin on tullut esille, säännöksen sisältämä toimenpideluettelo ei ole tyhjentävä, vaan sisältää ”käytännössä tärkeimpiä kiellettyjä toimia” (HE 182/1992 s. 75). Koska perintäkiellon tarkoituksena on turvata maksukiellon ja viime kädessä velkojen yhdenvertaisuuden toteutuminen, kielletyksi on katsottava kaikki – myös vapaamuotoinen suullinen – vaikuttaminen, jolla pyritään maksukiellon vastaisen suorituksen tapahtumiseen. Esimerkiksi velkojan ilmoitus siitä, että hän tulee kannattamaan saneerausohjelmaa tai jatkamaan liikesuhdetta velallisen kanssa vain saadessaan vaatimansa maksun, on YSL 19.1 §:n tarkoituksen vastaista vaikuttamista. Tällaista painostusta ei siten saa kohdistaa yhtiömieheen, joka kylläkin saa vapaaehtoisesti maksaa takausvastuunsa kattaman saneerausvelan.

⁴⁹ Ks. *Tuomisto* s. 142. Selvää on, että velvoiteoikeuden yleiset periaatteet soveltuvat myös tällaisiin suorituksiin. Kysymys on nyt vain siitä, voidaanko ne velvoiteoikeudellisesti rinnastaa maksuun.

sesti maksun 'käsite' on rajattu melko ahtaasti tarkoittamaan lähinnä rahasuorituksia (KKO 1972 II 28). Sittenmin on meilläkin oikeuskirjallisuudessa – mm. pohjoismaiseen oikeusvertailuun tukeutuen – puollettu maksun kriteerien väljentämistä niin, että myös esimerkiksi tavaroiden luovutusvelvoitteen täyttämiseen, ja jopa urakkatyön suorittamiseen, voitaisiin soveltaa velan maksua koskevia takaisinsaantinormeja.⁵⁰

Takaisinsaantidoktriinissa suositeltua maksun käsitteen laajentamista *ei nähdäkseni pidä siirtää maksukielto-oppiin*. Tämä johtuu rauhoitusajan ja koko saneerausmenettelyn tavoitteesta, velallisen liiketoiminnan jatkuvuuden edistämisestä. Maksukiellon ei pidä estää tavarantoimitusvelvoitteiden, urakkasopimusten eikä velallisen muiden työsuoritusten täyttämistä *oikealla suorituksella*, ts. sovitun tavarantoimittamisella tai sovitun työn tekemisellä. Näin siitä huolimatta, että tällaisillekin suorituksille luonnollisesti voidaan osoittaa jokin rahassa mitattava arvo, viime kädessä positiivisen sopimusedun korvausta vastaava rahamäärä, ja vaikka velvoite tällaisten suoritusten tekemiseen olisikin syntynyt ennen rauhoitusajan alkua. Saneerausmenettelyllä on pyrittävä mieluummin edistämään kuin vaikeuttamaan velallisen liiketoimintaan kuuluvien suoritusten – nimenomaan muiden kuin rahavelvoitteiden – täyttämistä. Tällaisiin velvoitteisiin on sovellettava lähtökohtaisesti määräysvallan pysyvyyden periaatetta, joskin myös niitä saatetaan joutua arvioimaan jäljempänä tarkasteltavien muiden vallinnanrajoitusten kannalta.

Maksukiellon vastaisuutta harkittaessa pitäisinkin keskeisimpänä maksun kriteerinä sitä, että *velvoitteen alkuperäisenä sisältönä on rahasuoritus*. Maksukiellon ulkopuolelle jäävät näin velvoitteet, joiden rahallinen arvo joudutaan erikseen selvittämään (arvottamaan rahassa). Tällaiset velvoitteet voivat olla maksukiellon piirissä vain, jos ne todella konvertoidaan ja suoritetaan rahana tai jos on käynyt täysin selväksi, että rahamaksu tulee korvaamaan velvoitteen muut mahdolliset täyttämistavat. Keskeistä on juuri *oikea suoritus*. Tavarantoimitusvelvoite tai muu työsuoritus voidaan täyttää maksukiellon estämättä, kunhan tämä tapahtuu velvoitteen alkuperäisen sisällön mukaisesti eikä rahakorvauksella. Voidaan sanoa, että maksukielto estää tällaisen velvoitteen täyttämisen rahalla, *mutta ei muulla tavalla*.⁵¹

Juuri todetun perusteella jättäisin maksukiellon ulkopuolelle velvoitteet, joiden sisältönä on laji- tai paljousesineiden luovuttaminen jo tehtyä ennakkosuoritusta vastaan. Näiden ns. tavaravelkojen rahallisen arvon selvittäminen edel-

⁵⁰ Ks. Tuomisto s. 142–145 viitteineen. Ks. myös Havansi Pantin takaisinsaannista s. 81 alav. 33 ja Kaisto Sopimusvapaus s. 174–175 viitteineen.

⁵¹ Tämän suuntaisesti Ruotsin akordioikeudessa Arnesdotter s. 285–288, vrt. (koskien myös LFR:a) Håstad s. 103. LFR 2:15:n ulottuvuutta muihin kuin rahasuorituksiin on viimeaikaisessa lainvalmistelussa pidetty epäselvänä, ks. SOU 2001:80 s. 74.

lyttää aina arvotusratkaisua.⁵² Niiden täyttäminen on yleensä myös olennainen osa velallisen liiketoimintaa, minkä jatkuvuutta rauhoitusajalla juuri pyritään edistämään – ei vaikeuttamaan. Edellytyksenä siis kuitenkin on, että velvoite täytetään oikein, so. muutoin kuin rahakorvauksella. Jos velvoite taas voidaan sopimuksen mukaan täyttää *joko* rahalla *tai* muutoin, kyseessä on valinnaisvelvoite. Maksukielto rajoittaa tällöin velallisen *valintaoikeutta*; rahasuoritus es-tyy ja velvoite on täytettävä muulla tarjolla olevalla vaihtoehdolla. Jos valin-naisvelvoite täytetään rauhoitusajana rahalla, suoritus on palautettava maksu-kiellon vastaisena. Jos velallinen ei kykene mihinkään muuhun sopimuksen mukaiseen suoritukseen kuin rahamaksuun, tästä aiheutuva korvausvastuu on sopimuskumppanin saneeraussaatavaa.

Tyypillisimmillään kysymys maksun tapahtumisesta herää kuitenkin päin-vastaisessa tilanteessa eli silloin, kun alkuperäinen rahavelvoite pyritään täyt-tämään sijaissuorituksella tai muulla rahan korvaavalla järjestelyllä. Kuten tunnettua, sijaissuorituksella (*datio in solutum*) tarkoitetaan suoritusta, jo-ka laadultaan poikkeaa velvoitteen alkuperäisen sisällön edellyttämästä suo-rituksesta (ns. oikeasta suorituksesta).⁵³ Jotta velallinen voisi täyttää vel-voitteensa muutoin kuin alkuperäisellä suorituksella, velkojan on suostuttava tähän.

On täysin selvää, että *maksukielto koskee rahavelkojen sijaissuorituksia*.⁵⁴ Rauhoitusajana saneerausvelallinen ei saa esimerkiksi siirtää saatavaansa vel-kojalle siinä tarkoituksessa tai sillä seurauksella, että saneeraussaatava tulee maksetuksi siirretyn saatavan arvolla.⁵⁵ Kieltoon ei vaikuta, onko tarkoituksena ollut, että velkojan saatava lakkaa välittömästi siirron perusteella vaiko ainoas-taan sillä edellytyksellä, että velkoja onnistuu myös perimään siirretyn saata-

⁵² Kun maksukiellon rajana pidetään suorituksen arvotuspakkoa, laji- ja paljousesineitä koskeva velvoite jää kiellon ulkopuolelle riippumatta siitä, milloin esineet on yksilöity. Toisin sanoen esineiden luovutus voidaan toteuttaa maksukiellon estämättä, vaikka yksilöintiä ei olisi suoritettu ennen rauhoitusajan alkua. Laji- ja paljousesineistä yleisesti ks. *Kartio* Perusteet s. 63–64 viittauksineen. – Takaisinsaantiopieissa tavaravelkojen on täysin perustellusti arveltu samastuvan rahavelkoihin, ks. *Tuomisto* s. 142–143 alav. 29.

⁵³ Sijaissuorituksesta ks. *Aurejärvi – Hemmo* s. 175–178.

⁵⁴ Luonnollisesti rahavelkojen sijaissuoritukset ovat maksuja myös takaisinsaantiopieissa, ks. *Welamson* Konkursrätt s. 234–235. – Jos velvoite voidaan sopimuksen mukaan täyttää useam-malla tavalla, puhutaan edellä jo viitatuista valinnaisvelvoitteista. Sopimuksen tuntemat suoritus-tavat eivät tällöin ole sijaissuorituksia, vaan velvoitteen sisällön mukaisia, oikeita suorituksia. Takaisinsaannin yhteydessä valinnaisvelvoitteet herättävät kuitenkin kysymyksen siitä, onko tiettyä täyttämistapaa pidettävä in casu epätavallisena maksuvälineenä. Maksukiellon yhteydessä ei tälläkään näytä olevan merkitystä, koska maksuvälineeltä ei edellytetä epätavallisuutta. Mak-sukielto ei estä valinnaisvelvoitteen täyttämistä muutoin kuin rahasuorituksella.

⁵⁵ Saatavan siirto on tavaramaksun ohella ehkä tyypillisin sijaissuorituksen muoto. *Immonen* (s. 66) näyttääkin jopa samastavan saatavan siirron tavaramaksuun takaisinsaannin kannalta.

van.⁵⁶ Koska maksukiellon vastaisuus ei edellytä maksuvälineeltä epätavallisuutta, kiellettyjä ovat nähdäkseni kaikki järjestelyt, joiden tarkoituksena tai seurauksena on saneerausvelkojen tyydyttäminen velallisen saamisoikeuden arvolla. Näin ollen maksukielto estänee yhtäläisesti niin saatavan siirron, perimisvaltuuden myöntämisen kuin maksuosituksenkin. Kaikki nämä tähtäävät samaan kiellettyyn lopputulokseen, saneerausvelan maksuun velallisen saamisoikeuden arvolla. Vailla merkitystä näyttäisi olevan myös se, oliko velallisella mahdollisuus peruuttaa siirto-oikeustoimi tai oliko siirretty saatava jo siirron hetkellä erääntynyt vai ei. Maksu on palautettava kiellon vastaisena, vaikka siirto olisi ollut peruutettavissa ja vaikka se olisi kohdistunut erääntymättömäänkin saatavaan. Näiden seikkojen on katsottu voivan estää maksun takaisin-saannin, koska kyseessä ei olisi epätavallinen maksuväline.⁵⁷

Vaikka juuri mainituilla seikoilla ei olekaan merkitystä maksun kiellonvastaisuuteen, ne vaikuttavat luonnollisesti palautusvelvoitteen *toteuttamiseen*. Toteutuskeinot nimittäin riippuvat siitä, oliko velkoja jo saanut perittyä saatavaa. Jos perintää ei ole tapahtunut – esimerkiksi sen johdosta, että velallinen on ehtinyt kieltää perinnän ja velkoja on noudattanut kieltä – ’palautus’ tapahtunee siirron peruutuksena. Siirronsaajavelkojen on tällöin palautettava mahdollinen juokseva saamistodiste; jos kyseessä oli tavallinen saatava, peruutetaan velalliselle annettu siirtoilmoitus (denuntiaatio). Jos velkoja taas oli jo saanut perittyä rahaa, palautus tapahtuu kertyneen summan luovuttamisella velalliselle (selvittäjälle). Mikäli saatavaa oli peritty vain osittain, palautusvelvoite sisältää sekä peruutus- että luovutuselementin.

Saatavan siirron ohella ovat luonnollisesti myös rahasuorituksen korvaavat *tavaramaksut* maksukiellon vastaisia sijaissuorituksia. Takaisinsaantidoktriinissa tavaramaksuna on pidetty myös tavaran palauttamista myyjälle maksuvelvoitteesta vapautumiseksi, jollei palautus perustu omistuksenpidätyksen tai takaisinottoehtoon.⁵⁸ Omaisuuden palautusta maksuvelvoitteesta vapautumiseksi on

⁵⁶ Viimeksi mainittu tilanne on velvoiteoikeudessa erotettu sijaissuorituksista katsomalla, että kysymys on luovutuksesta suorituksen aikaansaamiseksi (*datio solvendi causa*). Ks. *Aurejärvi – Hemmo* s. 178. Inter partes -suhteessa erottelu on tärkeä, koska saamisoikeuden lakkaaminen riippuu perinnän onnistumisesta. Sen sijaan takaisinsaantidoktriinissa erottelulle ei ole annettu merkitystä, ks. *Lennander* s. 209 ja *Tuomisto* s. 146 alav. 43. Erottelun ohittaminen takaisinsaantiopeissa perustunee ajatukseen, että velkojakollektiiville aiheutuu vahinkoa jo velallisen saamisoikeuden menettämisestä. Kyseessä on *maksu* jo sillä perusteella, että saamisoikeuden *mahdollinen* varallisuusarvo koituu yhden velkojan hyväksi. Sama ajatus pätee nähdäkseni maksukieltoon ja sen rikkomisesta seuraavaan palautusvelvollisuuteen. *Datio in solutum/datio solvendi causa* -erottelulla ei ole merkitystä, koska jo saatavan siirtäminen maksutarkoituksessa suosii yhtä velkojaa maksukiellon tarkoituksen vastaisesti.

⁵⁷ Ks. *Raulos* LM 1986 s. 817–818. *Tuomisto* (s. 180–183) on suositellut siirron peruuttamattomuuden ja velallisen saatavan erääntymättömyyden aseman selkiyttämistä ja vahvistamista takaisinsaannin edellytyksinä.

⁵⁸ Ks. *Tuomisto* s. 155 ja 173 viittauksineen.

epäilyittä pidettävä myös maksukiellon vastaisena disponointina. Erona takaisinsaantisäännöstöön on, että edes omistuksenpidätys- tai takaisinottoehto ei poista palautusvelvoitetta. Kysymys on jälleen *maksu- ja perintäkiellon yhteisvaikutuksesta*. Sen lisäksi, että maksukiello estää velallista tyydyttämästä myyjävelkojaa omaisuuden palautuksella, YSL 19.1 §:n 1 kohdan nimenomaisen säännöksen mukaan myyjä ei myöskään itse saa periä saatavaa, ts. käyttää velallisen ehkä palauttamaa omaisuutta saneeraussaatavansa suoritukseksi. Omaisuus on palautettava takaisin.

Jos myyjällä on saneerausvelalliselta myös maksukiellon ulkopuolisia saatavia, herää kysymys, voidaanko velallisen palauttama omaisuus käyttää näiden suoritukseksi. Esimerkiksi rahoitusyhtiöllä voi hyvinkin olla saneerausvelkoihin kuuluvan osamaksusaatavansa lisäksi vaikkapa leasingsaatavaa, joka on syntynyt rauhoitusaikana ja olisi siten joka tapauksessa maksettava erääntyessä.

Tarkastelun lähtökohtana on pidettävä, että luottokauppavakuutena toimiva omaisuus turvaa *ainoastaan kyseistä vastikesaatavaa*, ei myyjän mahdollisia muita saatavia ostajalta (KKO 1977 I 1). Velkoja ei siten voi realisoida luottokauppavakuutta muun saatavansa suoritukseksi ilman tuota saatavaa koskevaa erillistä vakuussopimusta. Ainakin silloin, kun velallinen on palauttanut omaisuuden nimenomaan vastikevelasta vapautumiseksi, myyjällä ei KK 9:5:n mukaan ole oikeutta yksipuolisella päätöksellä myöskään 'kohdentaa' suoritusta muuhun saatavaansa ja näin yrittää kiertää luottokauppavakuuden tarkoitusta. Myyjä tarvitsee tietenkin sekä uuden vakuussopimuksen solmimiseen että juuri mainittuun kohdentamiseen velallisen myötävaikutusta. Jatkokysymys kuuluu, onko velallisella kompetenssi määrällä omaisuudestaan tällä tavalla ilman selvittäjän lupaa. Tässä asiaa tarkastellaan nimenomaisesti vain maksukiellon (suorituksen 'kohdentamisen') osalta, mutta YSL 17.2 §:n mukaan sama koskee uuden vakuussopimuksen solmimista.⁵⁹

YSL 29.1 §:ssa ei ole erityissäännöstä, jonka mukaan velallinen tarvitsisi selvittäjän luvan maksukiellon ulkopuolisten velkojen maksamiseen. Se, että maksu tapahtuu sijaissuorituksin – joita edellä selostetut omaisuuden palauttaminen ja kohdentamissuostumus epäilemättä olisivat – ei sellaisenaan ole merkityksellistä. Lähtökohta on pikemminkin päinvastainen; esimerkiksi menettelyn aikana syntyneet velat on maksettava ilman minkäänlaista lupakontrollia selvittäjän taholta.

Nimenomaisen sijaissuorituskiellon puuttuminen ei kuitenkaan tarkoita, etteikö selvittäjällä olisi mitään mahdollisuuksia vaikuttaa maksukiellon ulkopuolisten velkojen maksutapaan. Velallinen ei voinekaan ilman selvittäjän lupaa luovuttaa omaisuuttaan maksukiellon ulkopuolisen velan sijaissuoritukseksi, jos kyseinen omaisuus on YSL 29.1 §:n 2 tai 3 kohdassa tarkoitettui tavoin toiminnan kannalta tärkeää. Sijaissuoritus täyttää epäilyksittä

⁵⁹ Vakuudenasettamiskiellon rikkomisen yhteyttä maksukielloon tarkastellaan jäljempänä lähemmin.

2 kohdan mukaisen luvanvaraisen luovutuksen kriteerit. Jos kyseessä on vaihto-omaisuus, YSL 29.1 §:n 4 kohdasta seuraa, että velallisella ei ole oikeutta luovuttaa sitä velan maksuksi selvittäjän luvatta. Vaihto-omaisuuden luovuttaminen maksuvelvoitteesta vapautumiseksi täytynee katsoa epätavallisin ehdoin tehdyksi luovutukseksi, eikä sitä voida pitää myöskään osana velallisen tavanomaista toimintaa; sääntöä voitaneen pitää miltei poikkeuksellomana.⁶⁰ Viimein on mahdollista katsoa, että sijaissuoritus on YSL 29.1 §:n 7 kohdassa tarkoitettu epätavallinen toimi, johon vaaditaan selvittäjän suostumus.

Maksukielлон nojalla on palautettava vain rauhoitusajana tehty maksut. Jos maksu on tehty ennen rauhoitusajan alkua, palautusvelvollisuus edellyttää joko maksun pätemättömyyttä oikeustoimena, sitomattomuutta velkoihin nähden taikka takaisinsaannin edellytysten täyttymistä. Rauhoitusajaksi tai saneerauslainsäädäntö muutoinkaan eivät vaikuta näihin kriteereihin.⁶¹ On kuitenkin syytä korostaa, että rauhoitusajan kestäessä kiellettyä lienee niin velallisen oma sitoutuminen maksuun kuin myös vaihdantasuojan edellytysten täyttäminen. Vaikka velallinen olisi rauhoitusajan alkaessa jo itse sidottu suoritukseen, maksukielto estää vaihdantasuojan edellytysten täyttämisen – ja mikäli suojan toteuttava toimenpide tästä huolimatta tehdään, suoritus on palautettava nimenomaan maksukielлон vastaisena.⁶² Kanta perustuu siihen, että rauhoitusajalla ei suojata vain velkojia, vaan myös velallista itseään. Maksukielto eroaa tältä osin olennaisesti takaisinsaannista. Meillä vallitsevan näkemyksen mukaan velallisella ei ole oikeutta takaisinsaantikanteen nostamisen tai -väitteen esittämiseen. Takaisinsaantiaikakin lasketaan vasta siitä, kun määräämistoimi sitoo pakkotäytäntövelkojia. Velallisen sivullisasema takaisinsaannissa ilmenee nykyään myös useista lainkohdista sekä KKO:n käytännöstä (TakSL 23.1 §, YSL 35.3 §, UL 3:35.1, VJL 60.3 § sekä KKO 1995:130 ja 1997:187).

⁶⁰ Tällainen luovutus lienee yhtä selvästi myös takaisinsaantiriskin alainen, epätavallisin maksuvälinein tehty maksu.

⁶¹ Kuten edellä on todettu, maksun on oltava velallisen muita velkojia sitova saneerausmenettelyn alkaessa.

⁶² Näin voidaan aivan hyvin katsoa siitä riippumatta, että suoritus saattaa tällöin olla myös velkojia sitomaton. Oikeudellemme ei ole mitenkään vierasta, että määräämistoimen inter partes-pätevyyden ja vaihdantasuojan edellytykset ovat samat. Niin irtaimen kuin kiinteistönkin kauppaa on perinteisesti sovellettu sopimusperiaatetta, jonka mukaan kauppa sitoo myyjän velkojia jo sopimuksen perusteella. Kysymys sopimuksen olemassaolosta on siten sama kuin kysymys ostajan velkojien sidottuudesta kauppaan. Nytemmin myös tilimaksujen kohdalla kysymys velallisen sidottuudesta (ja suoritusvelvollisuuden lakkaamisesta) on samastettu suorituksen sivullissitovuuteen. TilisiirtoL 18 § ja 19 §:n mukaan maksumääräyksen peruutettavuus ja sen antajan velvoitteesta vapautuminen nimittäin edellyttävät, että maksumääräys sitoo antajansa velkojia ja muita sivullisia. Ks. HE 5/1999 s. 18 ja 35–36. Sivullissitovuudesta taas säädetään lain 17.1–2 §:ssa, josta ks. HE 5/1999 s. 7 ja 34–35 sekä *Hemmo* Pankkioikeus s. 415–417.

Maksukiellon vastaisuutta on tarkasteltava myös aikajanan toisessa päässä, rauhoitusajan päätyttyä. Jos maksu suoritetaan vasta rauhoitusajan jälkeen, sitä ei tarvitse palauttaa maksukiellon perusteella. Maksun pysyvyys riippuu tällöin siitä, ajautuuko velallinen myöhemmin konkurssiin (tai periaatteessa mahdolliseen uuteen saneeraukseen). Jos näin käy, voidaan saneerausohjelman toteutusvaiheessa tehtyjä maksuja vaatia peräytettäväksi takaisinsaannilla.⁶³ Tällaiseen maksuun kohdistuva takaisinsaantivaatimus voidaan esittää myös rauhoitusajan jälkeisessä ulosmittauksessa.

Seuraava prejudikaatti osoittaa, kuinka olennainen ja kauaskantoinen merkitys rauhoitusajan rikkomisella on maksun vastaanottaneen velkojan palautusvelvoitteelle.

KKO 1997:89. Saneerausmenettelyn lakkaaminen velallisen asettamisella konkurssiin ei poistanut velvollisuutta palauttaa saneerausmenettelyn aikana vallinneen maksukiellon vastaisesti saatu suoritus konkurssipesään.

Palautusvelvollisuus perustui ainoastaan siihen, että suoritus oli tehty maksukiellon ollessa voimassa. Se, että rauhoitusaika päättyi, ei poistanut palautusvelvoitetta, ei esimerkiksi 'siirtänyt' velvoitteen edellytyksiä takaisinsaantisäännösten piiriin.⁶⁴ Ratkaisu vahvistaa käsitystä siitä, että saneeraus ja konkurssi muodostavat myös erillismenettelyjärjestelmässä kokonaisuuden. Saneerauksen oikeusvaikutuksia ei voida sivuuttaa myöhemmässä konkurssissa muodollisin perustein, esimerkiksi katsomalla, että menettelyn lakkaamisen jälkeen kaikki saneerausmenettelystä johtuvat velvoitteet ovat lakanneet. Korkein oikeus palautti ratkaisullaan voimaan käräjäoikeuden tuomion.⁶⁵ Hovi-oikeus oli päätenyt siihen, että koska saneerausmenettely oli lakannut, "eikä laissa ollut erityissäännöstä, joka oikeuttaisi vaatimaan saneerausvelan palauttamista enää sen jälkeen kun konkurssimenettely oli alkanut, osakeyhtiö ei ollut velvollinen palauttamaan saamaansa maksua."⁶⁶

⁶³ Ks. *Koulu* Toteuttaminen s. 277–278.

⁶⁴ Kun edellä päädyttiin siihen, että jo velallisen sitoutuminen maksuun rauhoitusaikana on maksukiellon vastaista, palautusvelvollisuus on voimassa, vaikka maksun sivullisistavuus olisi täytynyt vasta rauhoitusajan päätyttyä.

⁶⁵ Kemijärven KäO 14.9.1995/1517 (95/127).

⁶⁶ RHO 13.12.1995/1728 (S 95/436). Yhtiön konkurssipesä nosti samansisältöisen kanteen toista vastaajaa vastaan Helsingin käräjäoikeudessa, joka hyväksyi kanteen; ks. Helsingin KäO 5. osasto 27.4.1995/18997 (95/4004). Helsingin hovioikeus, jonne tuomiosta valitettiin, oli samalla kannalla KäO:n kanssa; ks. HHO 17.10.1995/5537 (S 95/1030). Helsingissä asian käsittely päättyi hovioikeuteen, mutta problematiikalle avautui tie korkeimpaan oikeuteen Rovaniemen hovioikeuden hylättyä kanteen (mm.) yllä siteeratuin perustein. Käräjäoikeuksien tuomioissa ei ole juuri muuta eroa kuin asianosaisten yksilöinti- ja tapahtumatiedot. Tämä onkin tarkoituksenmukaista tilanteessa, jossa tulkinnanvaraisesta oikeuskysymyksestä haetaan ensimmäisiä tuomioistuinratkaisuja.

Vaikka ratkaisu koski nimenomaisesti saneerausmenettelyn lakkaamista konkurssin johdosta, siitä ilmenevää periaatetta voidaan epäilyksittä soveltaa muihinkin rauhoitusajan päättymisperusteisiin. Mitään asiallista syytä katsoa, että rauhoitusajan päättymisperuste vaikuttaisi jollain tavoin palautusvelvoitteeseen, ei ole. Erityisesti on huomattava, että maksukiellon vastainen suoritus on palautettava myös silloin, kun rauhoitusaika on päättynyt lainsäätäjän tarkoituksen mukaisesti eli saneerausohjelman vahvistamiseen. Tällöinkin palautusvelvoitteen ainoana edellytyksenä on, että suoritus on tapahtunut rauhoitusaikana maksukiellon vastaisesti. Palautusvelvoitteen kannalta olennaista on ainoastaan se, että *maksua ei olisi saanut tehdä*. Sillä, että saneerausmenettely on päättynyt, ei ole merkitystä.

5.3.2 Palautusvastuun toteuttamisesta

5.3.2.1 Vapaaehtoinen palautus ja asiavaltuus palautuskanteeseen

Maksukieltoon perustuvan palautusvastuun toteuttamista ei säännellä YSL:ssä, joten asia on velvoitteiden yleisten toteutuskeinojen varassa. Ensisijaisena tavoitteena on luonnollisesti *vapaaehtoinen* palautus. Selvittäjän otettua yhteyttä maksun vastaanottaneeseen velkojaan – ja selostettua tarvittavassa laajuudessa palautusvelvoitteen perusteet – olisi kaikkien osapuolten edun mukaista, että velkoja todella palauttaisi maksun. Vaikka velkoja kiistäisi palautusvelvoitteen, tilanteen hoitamiseksi kannattanee nähdä jonkin verran vaivaakin, jotta laajempi, avoin konflikti voitaisiin välttää.

On kuitenkin selvää, että YSL 17.2 §:iin perustuva palautusvelvoite tarvitsee, kuten velvoitteet yleensäkin, tuekseen tehosteita. Palautusvelka onkin viime kädessä toteutettava *oikeudenkäynnin ja pakkotäytäntön* kautta. Asiavaltuuden pysyvyyden periaatteen nojalla palautuskanteen on oikeutettu nostamaan ensinnäkin velallinen itse. Sama oikeus on selvittäjällä, joka voi päätöksellään siirtää yrityksen laillisen edustuksen itselleen, joko kesken velallisen aloittaman oikeudenkäynnin tai nostamalla alun perin oman kanteen, kuten edellä on todettu. Esiintyypä velallinen jutussa normaalin laillisen edustuksensa puitteissa taikka selvittäjän välityksellä, vastaajaa vaaditaan palauttamaan saamansa maksu *velalliselle*.

Saneerausohjelman *valvojalla* ei ole asiavaltuutta maksukiellon vastaisia maksuja koskevista prosesseista. Valvojan tehtävänä on ohjelman toteuttamisen valvonta sekä erikseen määrättyjen toteutustoimien suorittaminen, joihin kumpankaan tehtäväryhmään ei selvästikään voida lukea YSL 17.2 §:iin perustuvien kanteiden ajamista.⁶⁷ On myös varsin kyseenalaista, voidaanko valvojal-

⁶⁷ Esitöiden (HE 182/1992 s. 98) mukaan valvojalle voidaan laissa nimenomaisesti säädettyjen tehtävien ohella ”tarvittaessa uskoa sellaisia ohjelman toimeenpanoon liittyviä tehtäviä, joiden

le myöntää asiavaltuutta etukäteen saneerausohjelmassa. Sopimusvapauteen perustuvaa prosessimandaattia ei perinteisesti ole katsottu meillä sallituksi; asiavaltuus on ehdoton prosessinedellytys, josta ei voida sopia. Eri asia on, että valvoja voidaan tietenkin valtuuttaa velallisyhtiön oikeudenkäyntiasiamieheksi.⁶⁸

YSL 8.4 §:n mukaan selvittäjän tehtävä jatkuu menettelyn lakkaamisen jälkeenkin siinä laajuudessa kuin on tarpeen takaisinsaantiprosessien loppuun saattamiseksi (YSL 8.4 §). Tässäkään säännöksessä ei mainita mitään YSL 17.2 §:iin perustuvasta palautuskanteesta. Säännöksestä on mahdollista tehdä joko analogia- tai vastakohtaispäätelmä. Edellisen mukaan maksukielltoon perustuviin kanteisiin sovellettaisiin analogisesti YSL 8.4 §:ä, jolloin selvittäjän tehtävä jatkuisi myös maksukiellon rikkomiseen perustuvien oikeudenkäyntien loppuun saattamiseksi. Vastakohtaispäätelmää taas voitaisiin perustella sillä, että kyseessä on selvittäjän tehtävien jatkumista ja hänen asialegitimaatiotaan koskeva erityissäännös, jota ei pidä laajentaa yli sanamuotonsa. Käytännön tasolla tulkintojen välillä ei kuitenkaan välttämättä ole suurta eroa. Jos analogiamahdollisuus epäilyttää, mutta velallisyhtiö haluaa selvittäjänä toimineen henkilön jatkavan maksukiellon rikkomiseen perustuvan kanteen ajamista, tämä henkilö voidaan saneerausmenettelyn päätyttyä valtuuttaa jatkamaan prosessia yhtiön oikeudenkäyntiasiamiehenä.

5.3.2.2 Saneerausvelan elpyminen maksun palautuksella

Maksukiellon vastaisen suorituksen palauttaminen herättää kysymyksen velkojan saamisoikeuden kohtalosta. Laissa on nimenomaiset säännökset saamisoikeuden elpymisestä ja huomioon ottamisesta saneerausmenettelyssä silloin, kun maksu palautetaan takaisinsaantiperusteiden nojalla (YSL 38 §).⁶⁹ Maksukiellon osalta vastaavaa erityissääntelyä ei ole. Mitään epäselvyyttä ei kuitenkaan voine vallita siitä, että saatava elpyy myös YSL 17.2 §:iin perustuvan palautuksen myötä. Tältä osin tilanne on täysin rinnastettavissa takaisinsaantiin. Kaikkien osapuolten kannalta on aivan yhdentekevää, palauttaako velkoja suorituksen maksukiellon vastaisena vaiko takaisinsaantiperusteiden nojalla. Itse asiassa voitaneen pitää jopa insolvenssioikeuden yleisenä periaatteena, että (ainakin) objektiivisiin maksun palautusperusteisiin liittyy ipso jure saamis-

suorittaminen ei ole velallisen velvollisuutena tai kuulu muulle asianosaiselle”. Lakitekstin mukaan taas velkojan tehtävänä on ”huolehtia sellaisista ohjelman mukaisista toimenpiteistä, joiden suorittaminen ei kuulu asianosaisille”.

⁶⁸ Ks. *Lappalainen* I s. 273 alav. 35.

⁶⁹ Konkurssitakaisinsaannissa noudatetaan TakSL 25 §:ää. Säännös myöntää palautusvelvolliseksi määrätyle velkojalle oikeuden vähentää palautuksesta sen, mitä hän olisi ollut oikeutettu nostamaan jako-osuutena konkurssissa valvonnan perusteella. Vastaavaa vähennysoikeutta ei ole voimassa saneeraustakaisinsaannissa. Mitään estettä TakSL 25 §:n analogiselle soveltamiselle ei kuitenkaan liene. Jos velallinen on jo tehnyt suorituksia saneerausohjelman nojalla muille velkojille, takaisinsaantivastaajana ollut velkoja saanee siten vähentää palautusvelvoitteestaan sen, mihin hän olisi ollut oikeutettu ohjelman perusteella. Vastaava vähennysoikeus täytyy olla myös velkojalla, joka joutuu palauttamaan suorituksen maksukiellon perusteella.

oikeuden elpyminen. Näillä perusteilla täytyy hyväksyä tulkinta, jonka mukaan saatava, jota koskenut suoritus palautetaan maksukiellon vastaisena, on otettava huomioon saneerausvelkana sen estämättä, mitä YSL:ssä säädetään saatavien ilmoittamisesta (YSL 38 § ex analogia). Tällaiseen saatavaan on sovellettava analogisesti myös saneerausohjelman muuttamista koskevaa YSL 63.3 §:a, jonka mukaan maksun takaisinsaantiin perustuva saatavan elpyminen oikeuttaa velkojan tai velallisen vaatimaan saneerausohjelman muuttamista.⁷⁰

Saatavan elpymisestä seuraa edelleen, että jos palautuskanne nostetaan vasta yrityksen konkurssipesän toimesta ja kanne hyväksytään valvontapäivän jälkeen, vastaajalla on oikeus jalkivalvontaan TakSL 25 §:n mukaisesti.⁷¹

5.3.2.3 Palautusvelan vanhentumisesta

Maksukieltoon perustuva palautusvastuu eroaa takaisinsaannista myös siinä, että vastuun toteuttamiselle ei ole säädetty erityistä määräaika. Tämä ei luonnollisestikaan tarkoita, että palautusvastuu olisi päättymätön, vaan siihen sovelletaan yleisiä normeja velvoitteiden vanhentumisesta. Uusi vanhentumislainsäädäntömme (L velan vanhentumisesta 728/2003, VanhL) ei näyttäisi muuttavan YSL 17.2 §:iin perustuvan palautusvelan vanhentumista koskevia sääntöjä aiempaan oikeuteen eli vuoden 1868 VanhA:een verrattuna. Tällaiseen velkaan on nimittäin sovellettava VanhL 8.1 §:a, jonka mukaan vanhentumisaika on kymmenen vuotta velan oikeusperusteen syntymisestä, kuten asian laita oli jo vanhentumisasetuksen 1 §:n mukaan.⁷²

Vanhentumisnormiston keskiöön on perinteisesti kuulunut juuri kysymys siitä, milloin kunkin velvoitteen oikeusperuste syntyy vanhentumisen aloittavalla tavalla. Kun uuden VanhL:n 8.1 § vastaa tältä osin aiempaa oikeutta, perinteinen problematiikka on edelleen relevantti.⁷³ Milloin maksukiellon vas-

⁷⁰ YSL 63.3 § koskee sanamuotonsa mukaan vain maksun takaisinsaantia. Ks. kuitenkin *Koulu Toteuttaminen* s. 68–69, jossa katsotaan säännöksen soveltuvan myös ulosmittauksen ja kuittauksen peräytymisestä johtuvaan saamisoikeuden elpymiseen. Myöskään sen, että takaisinsaanti ei välttämättä ole täysimittaisen oikeudenkäynnin, vaan defensiivisen väitteen, riitautuksen tai sovinnon tulos, ei Koulun mukaan pitäisi estää saneerausohjelman muuttamista. Koulun kanta soveltuu nähdäkseni ongelmitta myös rauhoitusaikakieltojen vastaisten disponointien tehotto-
muusseuraamuksiin.

⁷¹ Näin asia on oikeuskäytännössä miellettykin; palautuskanteen hyväksymisen yhteydessä vastaajalle on annettu myös jalkivalvontasoitus. Ks. edellä jo viitatus Helsingin KäO 5. osasto 27.4.1995/18997 (95/4004); tämä tuomio pysyi, kuten todettu, voimassa ratkaisulla HHO 17.10.1995/5537 (S 95/1030). Samassa konkurssissa samoin perustein annettiin jälkivalvontasoitus myös toiselle velkojalle Kemijärven KäO:n tuomiolla 14.9.1995/1517 (95/127).

⁷² Ks. HE 187/2002 s. 52, jossa nimenomaisesti todetaan, että lakiesityksen 8.1 §:n mukainen vanhentuminen vastaa aiempaa oikeutta.

⁷³ Kuten *Rekola* (s. 95) toteaa, vanhentumisen alkaminen jo saamisoikeuden syntymisestä on pohjoismaiselle vanhentumisajattelulle ominainen piirre, joka eroaa selvästi sekä mannermaisesta että ”englantilais-amerikkalaisen vanhentumisjärjestelmän” perusajatuksista. Tuo perusajatus on, että vanhentuminen alkaa vasta velkojan voidessa vaatia suoritusta. Pohjolassa perinteisesti

taisuuteen perustuvan palautusvelan oikeusperuste siis syntyy? Oikeusperuste on nähdäkseni olemassa viimeistään silloin, kun suoritus on saapunut velkojan tosiasialliseen määräämisvaltaan. Heti tämän jälkeen vastaanottajalle syntyy velvollisuus palauttaa saamansa maksu, joten tuota hetkeä lienee pidettävä myös VanhL 8.1 §:n mukaisena vanhentumisajan alkuhetkenä. Palautusvelasta voidaan samasta hetkestä lukien käydä myös oikeutta, se voidaan tuomita täytettäväksi ja saattaa ulosoton kautta pakolla toteutettavaksi.

Juuri todettu tarkoittaa, että palautusvelvoite 'erääntyy' maksettavaksi heti syntyessään. Tästä syystä pitäisin varsin kyseenalaisena, sovelletaanko palautusvelkaan lainkaan VanhL 8.2 §:a, jonka mukaan pykälän 1 momentissa tarkoitettu velka siirtyy kolmen vuoden vanhentumisajan alaisuuteen sen jälkeen, kun velka on velkojan vaatimuksen tai muun syyn johdosta erääntynyt maksettavaksi. Toisaalta kysymyksellä ei liene kovinkaan suurta käytännöllistä merkitystä. Selvittäjän esittämän vapaamuotoisen palautusvaatimuksen jälkeen aloitettavat neuvottelut saataneen käytännössä aina päätökseen vielä saneerausmenettelyn aikana eli reilusti ennen kolmen vuoden vanhentumisajan täyttymistä. Jos neuvottelut taas eivät tuota tulosta ja seurauksena on oikeudenkäynti tai välimiesmenettely, vanhentuminen keskeytyy prosessin ajaksi (VanhL 11.2 §).⁷⁴ Kun vaatimus on hyväksytty täytäntöönpanokelpoisella ratkaisulla, palautusvelka siirtyy viiden vuoden vanhentumisajan alaisuuteen (VanhL 13.2 §).⁷⁵

5.3.3 Sallitun ja pakollisen maksun takaisinsaannista

5.3.3.1 Takaisinsaantiriskin perusteet

Edellä on todettu, että maksukiellon ulkopuolisenkin velan maksu voidaan peräyttää. Yksittäisen maksun pysyvyyteen voi vaikuttaa olennaisesti mm. se, vaaditaanko takaisinsaantia jo samassa saneerausmenettelyssä vaiko vasta myöhemmässä konkurssissa. Heti aluksi on kuitenkin syytä korostaa, että *saneerausmenettelyn aikana* maksun takaisinsaantiriski koskee vain maksukielto-

vallinneen käsityksen mukaan ”saamisoikeutta vanhentavat elementit vaikuttavat... perimismahdollisuuksista riippumatta” (Rekola s. 96). Uusi VanhL siirtää järjestelmän lähtökohdan vastaamaan mannereurooppalaista ja common law -maissa vallinnutta ajattelutapaa (VanhL 5–7 §:t), mutta toisaalta säilyttää osittain velvoitteen syntyyn kytkeytyvän pohjoismaisen perinteen (8.1 §). Uuteen järjestelmään siirtymisen perusteista ks. HE 187/2002 s. 18–19.

⁷⁴ Vanhentumisen keskeyttämisellä tarkoitetaan, että vanhentuminen pysähtyy, ts. vanhentumisaika ei kulu, mutta ei myöskään ala alusta siten kuin vanhentumisen katkaisemisessa. Ks. yleisesti HE 187/2002 s. 23, erityisesti uuden viralliskatkaisusäätelyn osalta s. 60–62.

⁷⁵ VanhL 13.2 §:lla säilytettiin se vanhentumisnormiston perinteinen sääntö, että ulosottoperusteen antaminen siirtää kaikki velvoitteet yhteisen vanhentumisnormiston alaisuuteen. Rationa on, että oikeudenkäynnin päätteeksi annettava tuomio lakkauttaa ne erityisintressit, jotka ovat olleet erilaisten vanhentumisaikojen perusteina ennen oikeudenkäyntiä. Tämä yhteinen vanhentumisaika kuitenkin lyhennettiin kymmenestä viiteen vuoteen. Ks. HE 187/2002 s. 23–24 ja 64.

poikkeuksia. Uusien, menettelyn aikana syntyvien velkojen maksuja ei voida peräyttää käynnissä olevassa saneerausmenettelyssä (YSL 35 §). Niihin kohdistuva takaisinsaanti edellyttää uuden insolvenssimenettelyn käynnistämistä. Uutta velkaa koskeva maksu voi siten peräytyä joko yrityksen konkurssissa⁷⁶ taikka sitä vastaan haetussa ulosotossa. Periaatteessa on mahdollista, että yritys ajautuu myös uuteen saneerausmenettelyyn.

Laissa ei ole erityissääntelyä, jonka mukaan edes pakollinen maksukielto-poikkeus suojaisi velkojaa takaisinsaannilta. Myöskään selvittäjän maksuluvas-ta ei seuraa mitään absoluuttista takaisinsaantisuojaa.⁷⁷ Päinvastoin, *maksun takaisinsaannin edellytykset ovat voimassa myös maksukieltopoikkeuksia täy-tettäessä*. Tässä ei ole mitään oudoksuttavaa. Pakollisenkaan poikkeussaatavan velkojalla ei ole oikeutta vaatia, että hänen saatavansa suoritettaisiin ennenai-kaisesti tai epätavallisin maksuvälinein. Maksukieltopoikkeus ei tietenkään anna velkojalle oikeutta vaatia tällaisia muutoksia velvoitteen alkuperäiseen sisältöön, TakSL 5 §:n tunnusmerkit täyttävästä menettelystä puhumattakaan. Erityisesti on huomattava, että pelkästään poikkeuksen pakollisuus ei oikeuta maksamaan velkaa takaisinsaantiperusteen täyttävällä tavalla. Velathan on yleensäkin pakko maksaa. Takaisinsaantilainsäädäntö koskee vain sitä, *miten* velkoja on maksettava – tai oikeammin, miten niitä ei ainakaan pidä maksaa.

Toisaalta on yhtä selvää, että maksukieltopoikkeuksia täytettäessä *alkuperäi-nen velvoite sitoo*. Pakollinen poikkeus on täytettävä, lähtökohtaisesti riippu-matta esimerkiksi velan huomattavasta määrästä. YSL:n maksukieltopoikkeuk-set voinevat kuitenkin vain harvoin täyttää TakSL 10 §:n mukaisen huomatta-van määrän rajan, jos sellaisena pidetään n. 10 %:a velallisen varallisuudesta menettelyn alkaessa. Vaikka erityisesti työntekijöiden saatavat voivatkin yksit-täistapauksessa nousta yhteismäärältään huomattavaksi velvoitteeksi, vallitseva kanta on, että kukin velka arvioidaan takaisinsaannin kannalta itsenäisesti.⁷⁸ Sama koskee useille eri pienvelkojille harkinnanvaraisesti maksettavia velkoja.

⁷⁶ Uuden velan maksu ei ole suojattu konkurssitakaisinsaannilta pelkästään YSL 32.2 §:ssa sääde-tyн etuoikeutensa perusteella, kuten ratkaisusta KKO 1999:57 ilmenee. Ratkaisussa sovellettiin mainittua lainkohtaa alkuperäisessä muodossaan, jonka mukaan uudet velat olivat konkurssissa massavelan asemassa. Massavelkastatuksen muuttuminen etuoikeudeksi vuoden 1998 uudistuksel-la on nähdäkseni vain lisännyt ratkaisun prejudikaattiarvoa. On huomattava, ettei ratkaisussa otettu kantaa kyseisen maksun takaisinsaannin täsmällisiin edellytyksiin, vaan pelkästään siihen, voidaan-ko saneerausmenettelyn aikana syntynyt velka ylipäänsä peräyttää myöhemmässä konkurssissa.

⁷⁷ Kuten edellä on pariin otteeseen jo todettu, tanskalaisessa maksunlakkautuksessa tilanne on hieman toinen. Jos maksu on tehty valvojan luvalla, se peräytyy vain, mikäli valvoja on lupahar-kinnassaan selvästi ylittänyt toimivaltansa (”åbenbart har overskredet sine beføjelser”, kon-kursloven 72.3 §).

⁷⁸ Tämä ilmenee selvästi esim. ratkaisusta KKO 1999:38, josta käy ilmi myös, että velkojen erillisyyden on oltava todellista. Jos muodollisesti (konserniorganisatorisesti tms.) erilliset velko-jat esiintyvät suhteessaan velalliseen tosiasiallisesti samana velkojatahona, maksun huomatta-vuutta arvioidaan ko. velkojille maksettujen määrien yhteissummasta. Huomattavuusarvion vel-kojakohtaisuudesta ks. myös *Tuomisto* s. 206–211.

5.3.3.2 Sovittelumahdollisuuden laajentuminen?

a) *Takaisinsaantivaatimus saneerausmenettelyssä.* Vaikka enempää pakollinen maksukieltopoikkeus kuin selvittäjän maksulupakaan eivät tarjoa välitöntä takaisinsaantisuojaa, on periaatteessa ajateltavissa, että ne tekisivät maksusta tavanomaisen. Tässä yhteydessä korostuisi erityisesti TakSL 10 §:ssä tarkoitettu *olosuhteiden huomioon ottaminen* takaisinsaannilta suojaavana perusteena. Rauhoitusajan kaltaisissa erityisolosuhteissa voitaisiin siis katsoa tavanomaisiksi maksuja, joita muutoin olisi pidettävä epätavallisina.⁷⁹ Esimerkiksi pakollisen maksukieltopoikkeuksen täyttäminen voitaisiin ehkä katsoa juuri rauhoitusajan kaltaisessa poikkeustilanteessa tavanomaisemmaksi kuin sama suoritus rauhoitusajan ulkopuolella. Tarkoittaahan poikkeusnormi edellä todetuin tavoin juuri sitä, että lainsäätäjä on arvottanut kyseisen velvoitteen muita tärkeämmäksi ja asettanut sen tosiasiallisessa maksunsaantijärjestyksessä muiden edelle.⁸⁰

Rauhoitusajan mieltäminen maksun tavanomaisuutta puoltavaksi olosuhteeksi on kuitenkin varsin ongelmallista. Ajatus sotii koko tavanomaisuuskriteerin perusteita vastaan suojatessaan maksuja, joiden keskeisenä motiivina ovat velallisen taloudelliset vaikeudet ja niistä johtuvat erityistarpeet. Juuri tällaisten maksujen estäminen on tavanomaisuuskriteerin, kuten koko takaisinsaantinormistonkin, päämäärä. Tavanomaisuuskriteerillä suojataan nimenomaan maksuja, joilla *ei* ole yhteyttä taloudellisen ahdingon aiheuttamiin erityismotiiveihin.⁸¹

Tavanomaisuusargumentoinnin sijasta rauhoitusajan erityisolosuhteet voidaan ja täytyykin ottaa huomioon takaisinsaannin seuraamuksissa, niiden *sovit-*

⁷⁹ TakSL 10 §:n tarkoittama olosuhteiden huomiointi on havaintojeni mukaan jäänyt varsin marginaaliseksi kriteeriksi. Syynä lienee, että maksun osapuolten subjektiivinen kokemus tavanomaisuudesta ei estä takaisinsaantia, olipa kokemus nimenomaan osapuolille subjektiivisesti kuinka voimakas ja perusteltu hyvänsä. Peräytettäviä maksuja tehtäen useinkin olosuhteissa, jotka tekevät maksuista *ymmärrettäviä*, jolloin niitä ei välttämättä mielletä kovinkaan epätavanomaisiksi. Esimerkiksi velan maksaminen konkurssiuhkaisen maksukehotuksen seurauksena on useimpien velallisten kannalta subjektiivisesti hyvinkin ymmärrettävää ja olosuhteet huomioiden tyypillistäkin.

⁸⁰ Kuten edellä on jo lyhyesti mainittukin, Tanskan konkursloven 72 §:n mukaan maksu, joka on tehty määräpäivän jälkeen, on suojattu takaisinsaannilta, jos maksu oli välttämätön tappion välttämiseksi (var nødvendig for at afværge tab) tai maksun saaja oli vilpittömässä mielessä. Ks. *Munch* s. 484–486.

⁸¹ Juuri näinhän yhteispohjoismainen tavanomaisuuskriteeri yleisesti määritellään. Ks. HE 102/1990 s. 15 ja 56, *Tuomisto* s. 212, *Lennander* s. 238, *Munch* s. 454 ja kriittisesti *Andenæs* s. 246–247, joka huomauttaa tavanomaisuuskriteerin kaksoismerkityksestä sen viitattaessa sekä takaisinsaannin positiivisiin edellytyksiin että peräytyvien maksujen vastakohtaan. *Lennander* (s. 238) toteaa, että maksun tavanomaisuuskriteeri ilmentää takaisinsaantinormiston yleisempääkin suuntautuneisuutta epätavallisiin oikeustoimiin. Tähän voidaan kuitenkin todeta, että takaisinsaantiperusteiden objektivoituminen vie kehitystä osin toiseen suuntaan. Vrt. myös *Munch* s. 421–422, jonka mukaan maksun takaisinsaannissa sovellettavasta tavanomaisuuskriteeristä ei pidä päätellä yleistä, koko takaisinsaanti-instituutiota koskevaa normia.

telua puoltavina perusteina. Maksukieltopoikkeuksen pakollisuutta voitaneenkin pitää jopa lähtökohtaisesti TakSL 22 §:ssä tarkoitettuna painavana syynä sovittelulle.⁸² Se, kuinka syvällisesti takaisinsaantiseuraamuksia sovittelulla kulloinkin muokataan, ratkeaa kiinteästi yksittäistapauksen olosuhteiden perusteella. Eräksi yleiskriteeriksi voitaneen kuitenkin asettaa maksun *tarkoituksenmukaisuus saneerausmenettelyn kannalta*. Sovitteluiperusteet vahvistuvat sitä mukaa kuin maksu näyttää koko menettelyn kannalta puolustettavalta. Sovittelun perusteiden vahvistuminen – painavan syyn painoarvon lisääntyminen – puolestaan oikeuttaa yhä radikaalimman sovittelun. Niinpä saneerausmenettelyn kannalta välttämättömän, pakollisen poikkeusvelan maksu täytynee yksittäistapauksessa voida jättää sovittelun nojalla kokonaankin voimaan. Sallittujen poikkeusmaksujen osalta samat argumentit mahdollistavat mm. pienvelkojen maksamisen (YSL 18.2 § 4 kohta) selvästikin ennenaikaisesti ilman takaisinsaantiin perustuvaa palautusuhkaa.

Sovitteluinstituution yllä kuvattu hyväksikäyttö tekisi mahdolliseksi sen, että jos maksukieltopoikkeuksen täyttävään maksuun kohdistetaan takaisinsaantivaatimus, vaatimusta harkittaisiin rauhoitusajan poikkeuksellisia olosuhteita vasten. Toisin sanoen vaikkei tällaista maksua voidakaan pitää objektiivisesti tavanomaisena, velallisen (subjektiivinen) erityistilanne voi johtaa jopa maksun täydelliseen pysyvyyteen eli käytännössä samaan tulokseen kuin tavanomaisuusarvio.

Vaikka sovittelulla siten voidaan – ja pitääkin – taata maksukieltopoikkeuksia koskeville maksuille suojaa takaisinsaannilta, mitään ehdotonta sovittelu-pakkoa ei ole syytä asettaa, eikä sellaista tässä tutkimuksessa suositellakaan. Päinvastoin, lähtökohtana poikkeusvelkojenkin maksamisessa on pidettävä, että suoritukset ovat asianmukaisia myös takaisinsaantinormiston kannalta.

b) Takaisinsaantivaatimus saneerausmenettelyn jälkeisessä konkurssissa. Poikkeusvelkoihin kohdistuvia suorituksia voidaan vaatia peräytettäväksi jo saman saneerausmenettelyn aikana. Kriittinen aikahan ei pääty insolvenssimenettelyn

⁸² Takaisinsaantisovittelun yleiset edellytykset on ruotsalaisessa lainvalmistelussa ja oikeuskirjallisuudessa asetettu varsin tiukoiksi, suorastaan poikkeuksellisiksi. Ks. *Lemander* s. 364, *Welamson* Konkurs s. 116 ja *Walén – Palmér* s. 361. Tanskassa – jossa sovitteluajattelu tosin on kokonaisuutena lähempänä Norjan kuin Suomen ja Ruotsin oikeutta – konkurssiloven 78 §:n katsotaan olevan ”en ren undtagelsesregel”, jota tuskin sovelletaan lainkaan yrityksen insolvenssioikeudessa (*Munch* s. 515). Jos pidättyvyys halutaan ymmärtää jopa sovittelun vastaiseksi presumtioksi (ks. *Koulu* Palautusvastuu s. 265 alav. 8 viittauksineen), pakollinen maksukieltopoikkeus puolestaan johtaa – mikäli yllä tekstissä ehdotettu merkitys hyväksytään – presumption kumoutumiseen tai ainakin sen vakavaan heikkenemiseen. Toisaalta juuri Suomessa takaisinsaantisovittelulle on ilmeisesti oltu valmiita antamaan huomattavasti merkittävämpi rooli kuin Ruotsissa (Tanskasta ja Norjasta puhumattakaan), kuten jäljempänä havaitaan. Sovittelu muodostaa erään merkittävimmistä poikkeuksista siihen harmoniaan, joka muutoin vallitsee pohjoismaisten takaisinsaantinormistojen välillä, ks. HE 102/1990 s. 24.

alkamiseen, vaan takaisinsaantivaatimus voidaan kohdistaa myös menettelyn aikana tehtyyn oikeustoimeen.⁸³ Tästä periaatteellisesta mahdollisuudesta huolimatta lienee selvää, että käytännössä maksukieltopoikkeusten alaisia suorituksia ei juuri vaadita peräytettäväksi saneerausmenettelyn aikana. Näin ainakin, jos saneerausaikeet ovat vakavia, niillä on merkittävimpien velkojien tuki ja selvittäjä noudattaa poikkeusvelkoihin asianmukaista maksupolitiikkaa.

Tilanne muuttuu huomattavasti, jos yritys ajautuu konkurssiin, joko jo saneerausmenettelyn aikana tai ohjelman toteutusvaiheessa. Pesänhoitajan on takaisinsaantiperusteita selvittäessään kohdistettava tutkimuksensa myös saneerausmenettelyn aikana tehtyihin maksuihin ja muihin disponointeihin. Jos maksukieltopoikkeuksen perusteella tehtyyn suoritukseen kohdistetaan konkurssipesän tai -velkojan taholta takaisinsaantivaatimus, ongelmaksi nousee, miten tässä vaiheessa tulisi suhtautua edellä selostettuihin, poikkeusvelkoja koskeviin erityistarpeisiin sekä erityisesti näihin tarpeisiin nojautuvaan sovitteluvaatimukseen. Menettely on vaihtunut konkurssiksi, eikä poikkeusvelkoja koskeneiden maksujen pysyvyydellä enää ole samaa merkitystä.

Vastaus riippuu osin siitä, nähdäänkö TakSL 22 §:n ylipäänsä vaikuttavan takaisinsaannin edellytyksiin, vai otetaanko se huomioon vain peräytyksen seuraamuksia määrättäessä. Jos maksun suoritushetkellä vallinneet erityisolosuhteet hyväksytään ”anteeksiantoperusteiksi”, maksukieltopoikkeuksen täytävä suoritus voisi jäädä pysyväksi myös myöhemmässä konkurssissa samoilla perusteilla, joiden on edellä katsottu suojaavan tällaista suoritusta saneerausmenettelyn aikana. Jos taas katsotaan, että maksuhetkellä vallinneet olosuhteet menettävät konkurssin johdosta merkityksensä, takaisinsaantivaatimus on ratkaistava – ainakin lähtökohtaisesti – normaalien edellytysten nojalla.

Takaisinsaantilainsäädännön perusteella voidaan ajatella, että sovittelu kohdistuu vain takaisinsaannin seuraamuksiin. Seuraamuksia taas ei voi syntyä ilman, että takaisinsaantiperuste täyttyy. Näin takaisinsaannin edellytykset ja seuraamusten sovittelu eriytyvät täysin toisistaan riippumattomiksi ongelmiksi. Takaisinsaantikanteen tutkimisen etenemisessä sovittelun voidaan tällöin ajatella sijoittuvan viimeiseksi. Kannetta tutkittaessa selvitetään 1) onko takaisinsaantiperuste täyttynyt, jos on 2) mitä seuraamuksia vastaajalle määrätään, sekä lopuksi 3) onko seuraamusten sovittelulle perusteita.

Tuomisto on kuitenkin todennut, että sovittelusäännöksen voidaan sanoa joustavoittaneen myös takaisinsaantiperusteita; sovittelumahdollisuus tarjoaa takaisinsaantivaatimuksen ratkaisijalle hyväksymisen ja hylkäämisen välimuodon, ”osittaisen takaisinsaannin”.⁸⁴ Tuomisto tarkoittanee, että maksuhetkellä

⁸³ Ks. konkurssin osalta *Havansi* Konkurssioikeus s. 282–283, *Tuomisto* s. 16–17 (erityisesti saneerausmenettelyn aikana tehtävien disponointien osalta mts. 60).

⁸⁴ Ks. *Tuomisto* s. 54 viittauksineen (sitaatit alkup.).

(tai muun oikeustoimen tekohetkellä) vallinneet erityisolosuhteet voidaan ottaa huomioon takaisinsaantiperustetta lieventävinä asianhaaroina. Nämä asianhaarat tekevät takaisinsaantiperusteen täyttävästä käyttäytymisestä hyväksyttäväämpää, tai ainakin ymmärrettävämpää – ja tämän tulee näkyä seuraamusten lieventämisenä.⁸⁵

TakSL 22 § voidaankin todella nähdä koko takaisinsaantinormistoa joustavoittavana säännöksenä. Sen sanamuoto ei myöskään rajoita sovittelun edellytyksiä pelkästään takaisinsaantiseuraamusten ankaruuteen; painavana syynä sovittelulle voidaan pitää myös seikkoja, jotka tekevät peräytettäväksi vaaditun oikeustoimen ymmärrettäväksi, jopa hyväksyttäväksi. Toisaalta on nähdäkseni syytä korostaa, että sovittelumahdollisuus on *lähtökohtaisesti eri kysymys* kuin takaisinsaantiperusteen täytyminen. Niiden välinen yhteys on *enintään* juuri kuvattun kaltainen, takaisinsaantiperusteen konstituovaa käyttäytymistä lieventävä seikka. Vain tälle ajatukselle perustuu myös yllä kuvattu mahdollisuus sovittaa maksukieltopoikkeuksen täyttävän maksun takaisinsaantia. Tämän laajempaa merkitystä ei sovittelumahdollisuudelle nähdäkseni tulisi antaa takaisinsaannin edellytyksiä koskevassa harkinnassa. Erityisesti on torjuttava ajatus, että takaisinsaantijutussa esillä olevan oikeuskysymyksen tulkinnanvaraisuutta tai faktapuolen epäselvyyttä voitaisiin kompensoida sovittelulla.⁸⁶ Takaisinsaantivaatimus on hylättävä, jos sen perusteiden täyttymisestä ei saavuteta riittävää varmuutta.

Vaikka oikeutemme siis *järjestelmätasolla* ilmeisesti hyväksyykin oikeustoimen tekohetkellä vallinneiden olosuhteiden huomioon otettua sovittelua puoltavina seikkoina, on kokonaan eri asia, miten tällaisiin olosuhteisiin tulisi suhtautua yksittäistapauksissa tai erilaisissa tyyppitilanteissa. Näyttää erityisesti siltä, että seikat, joiden nojalla maksukieltopoikkeuksen alainen velka on maksettu saneerausmenettelyn aikana, *menettävät konkurssin alkaessa huomattavan osan merkityksestään*. Välttämättömän maksun pysyvyyden tavoite ei ole enää merkityksellinen. Oikeutemme ei muutoinkaan sisälly normia, jonka mukaan maksuhetkellä vallinnut välttämättömyys yksinään estäisi tuon maksun takaisinsaannin. Sanoma voitaneen tiivistää seuraavasti: ainakaan pelkästään se seikka, että maksu on ollut jopa pakollisen poikkeusnormin alainen, ja ehkä ehdottoman välttämättömän saneerausmenettelyssä, ei enää konkurssissa voine johtaa palautusvastuun tavallista radikaalimpaan sovitteluun. Pikemminkin

⁸⁵ Tällaista ajattelua ilmentää nähdäkseni etenkin se, että Tuomiston mukaan samat seikat voivat puoltaa joko sovittelua tai sitä, että menettelyä ei pidetä TakSL 5 §:ssä tarkoitettuin tavoin sopimattomana (tai mahdollisesti molempia). Esimerkkinä ks. *Tuomisto* s. 337 (velkasuhteen ehtojen muuttaminen velalliselle edullisemmiksi voi poistaa samassa yhteydessä annetun vakuuden sopimattomuuden tai/ja puoltaa palautusvelvollisuuden sovittelua).

⁸⁶ Mitään tällaista ei Tuomistokaan ole ilmaissut, mutta asiaan on nähdäkseni perusteltua kiinnittää erityistä huomiota.

sekä kanteen hyväksyminen että palautusvastuun sovittelu määräytyvät tässä vaiheessa *tavanomaisten edellytystensä* mukaisesti.

Juuri omaksuttu kanta ei nähdäkseni ole mitenkään kohtuuton enempää velallisen kuin maksun vastaanottaneen velkojankaan kannalta. Takaisinsaanti-han edellyttää joka tapauksessa, että maksu on tehty ennenaikaisesti, epätavallisin maksuvälinein tai konkurssipesään kuuluviin varoihin nähden huomattavalla määrällä. Vastaajavelkojan ei pidä olla lähtökohtaisesti sen suojatummassa asemassa kuin muunkaan velkojan, joka on ottanut vastaan tällaisia suorituksia.

Yllä lausuttu soveltuu pitkälti myös saneerausmenettelyn aikana syntyneiden velkojen maksuun. Näiden velkojen etuoikeus ei suojaakaan maksua takaisinsaannilta (KKO 1999:57). Mitään erityistä takaisinsaantisuojaa ei seuraa myöskään siitä, että uudet velat on saneerausmenettelyn aikana maksettava erääntyessä (YSL 32.1 §). Kaikki velathan on pakko maksaa. Niinpä uudenkin velan maksuun kohdistuu takaisinsaaniriski, jos maksu tehdään kriittisenä aikana ennenaikaisesti, epätavallisin maksuvälinein tai pesään kuuluviin varoihin nähden huomattavalla määrällä.

5.4 KIELLONVASTAISEN VAKUUDEN TEHOTOMUUS

5.4.1 Maksu- ja vakuudenasettamiskiellon yhteinen soveltamisala

Säännellyn maksunlakkautusjärjestelmän olennaisiin perusteisiin kuuluu, kuten edellä on todettu, että maksu- ja vakuudenasettamiskielloilla on yhteinen soveltamisala (YSL 17.1 §). *Jos velan maksu on sallittu, vakuudenasettamiskieltokaan ei ole voimassa.* Vakuuden kiellonvastaisuuden arvioinnissa voidaan näin pitkälti tukeutua siihen, mitä edellä on todettu maksusta.⁸⁷ Maksukiello-poikkeusten ja uusien velkojen osalta on siten velkojan ja velallisen välinen asia, pidetäänkö vakuutta yksittäistapauksessa tarkoituksenmukaisempana kuin maksua. Eräät täsmennykset ja poikkeukset on kuitenkin syytä ottaa erityistarkasteluun.

Ensinnäkään juuri todettu ei tarkoita, että velallinen voisi vapaasti asettaa varallisuuttaan vakuudeksi maksukiellon ulkopuolisista veloista. Vakuusomaisuuden *valintaa* rajoittavat YSL 29.2 §:n säännökset, erityisesti 2 ja 3 kohdat.⁸⁸ Edellisen mukaan velallinen ei ilman selvittäjän lupaa saa luovuttaa yritystä tai sen osaa eikä myöskään käyttö- tai rahoitusomaisuutta taikka immateriaali- tai

⁸⁷ Sen sijaan vakuudenasettamiskiellon rikkomisen seuraamukset eroavat maksukiellosta selvästi, kuten pian huomataan.

⁸⁸ Edellä on jo todettu, että YSL 29.2 § rajoittaa myös sijaissuoritukseen käytettävissä olevaa varallisuutta.

muita toiminnan kannalta tarpeellisia oikeuksia. Jälkimmäisessä kohdassa velallista taas kielletään ilman selvittäjän lupaa perustamasta käyttö- tai muuta oikeutta 2 kohdassa tarkoitettuun omaisuuteen, jollei kysymyksessä ole velallisen tavanomaiseen toimintaan liittyvä toimi. Samastusperiaatteen nojalla YSL 29.2 §:n 2 kohdassa tarkoitettua luovutuskieltoa (luovutuksen luvanvaraisuutta) on sovellettava myös säännöksessä luetellun omaisuuden vakuudeksi antamiseen. Epäilyksetöntä on myös, että vakuusoikeus on 3 kohdassa tarkoitettu ”muu oikeus”, jota ei saa perustaa ilman selvittäjän lupaa.

Maksukieltopoikkeukset ovat, kuten edellä on useaan otteeseen todettu, joko sallittuja tai pakollisia. Tämän lisäksi edellä on havaittu, että pakollisenkin poikkeuksen tarkoittaman tosiseikaston täyttyminen voi olla tulkinnanvaraista, kuten harkittaessa suorituksen tavanomaisuutta velallisen toiminnan kannalta YSL 27.2 §:n mukaisesti. Vakuudenasettamiskielto mukautuu tässäkin luontevasti maksukieltoon. Jos kyseessä on pakollinen maksukieltopoikeus, velkojalla on luonnollisesti oikeus tyytyä vakuuteen. Sama koskee uusia velkoja; koska ne on maksettava erääntyessä, niistä voidaan velkojan suostumuksin asettaa myös vakuus.⁸⁹ Jos maksukieltopoikeus on sitä vastoin vain sallittu (vapaaehtoinen), myös vakuuden sallittavuus ratkeaa selvittäjän harkinnan lopputuloksen perusteella. Erityisesti on korostettava, että velallinen ei saa itsenäisesti asettaa vakuutta etukäteen siltä varalta, että selvittäjä mahdollisesti myöhemmin päättää soveltaa asianomaista maksukieltopoikkeusta. Velkojalla ei myöskään ole oikeutta vaatia tällaista vakuutta, vaan selvittäjä päättää asiasta itsenäisesti.

5.4.2 Vakuuden tehottömyys ja tehottömyuden korjautuminen

5.4.2.1 Palautusvelvollisuus tehottömyuden seurauksena

Jos vakuus katsotaan kiellonvastaiseksi, se on tehoton (YSL 17.3 §). Esitöissä asiaa täsmennetään vain toteamalla, että kiellon vastainen vakuus ei tuota velkojalle vakuusoikeutta.⁹⁰ Laissa ei säädetä esimerkiksi, että kiellon vastainen vakuus olisi palautettava, toisin kuin maksuksi luovutettu omaisuus saman pykälän 2 momentin mukaan. Tämä saattaa selittyä sillä, että tehottömyuden on katsottu kohdistuvan jo velallisen sitoumukseen. Vakuussopimuksen tehottömyys inter partes johtaa siihen, että julkivarmistusta – esimerkiksi hallinnan

⁸⁹ On tietenkin mahdollista, että vakuuden asettamismahdollisuudesta on sovittu jo ennalta. Tällöin vakuus voidaan asettaa, vaikka velkoja vaatisi maksua vedoten maksukieltopoikkeuksen pakollisuuteen tai siihen, että velka on syntynyt saneerausmenettelyn aikana. Saneerausmenettely ja rauhoitus aika eivät poista velalliselta sopimukseen perustuvaa valintaoikeutta. Vakuuden asettamisen edellytysten on luonnollisesti täyttyttävä sopimuksen mukaisesti.

⁹⁰ HE 182/1992 s. 73. Samoin Koskela s. 169.

siirtoa tai kirjausta – ei saa suorittaa. Ajatuksenkulku perustuisi tällöin siihen, että kysymys palautusvastuusta ei edes herää, koska vakuustoimet ’pysäytetään’ ennen kuin ne ehtivät riittävän pitkälle.

Vastaapa juuri kuvailtu päättely todella lainsäätäjän tarkoitusta tai ei, on korostettava, ettei YSL 17.3 §:n sanamuodosta saa tehdä johtopäätöstä, jonka mukaan palautusvelvollisuutta ei olisi. On perusteltua katsoa, kuten edellä on todettu, että vakuuden tehottomuuden seuraamukset määräytyvät kompetenssi-tehottomuutta koskevien yleisten sääntöjen ja periaatteiden nojalla. Näihin taas kuuluu keskeisesti (vastavuoroinen) palautusvelvollisuus. Tässä tutkimuksessa katsotaankin epäröimättä, että *vakuudenasettamiskiellon rikkomisesta seuraa myös vakuudeksi luovutetun omaisuuden palautusvelvollisuus*.

5.4.2.2 Arvopaperi- ja arvo-osuusoikeudellinen suoja

a) *Viittaus arvopaperi- ja arvo-osuusoikeudellisiin suojanormeihin*. Merkittävin ero maksukiellon ja vakuudenasettamiskiellon välillä on, että jälkimmäiseen perustuva tehottomuus voi *korjautua* juoksevia velkakirjoja, muita arvopapereita ja arvo-osuuksia koskevien säännösten perusteella. Tämä YSL 17.3 §:iin sijoitettu säännös *viittaa* kyseisiä varallisuuslajeja koskeviin suojanormeihin säätämällä, että kiellonvastainen ”pantaus tai muu vakuuden asettamistoimi on tehoton, jollei juoksevia velkakirjoja tai muita arvopapereita taikka arvo-osuuksia koskevista säännöksistä johdu muuta”. Tässä tutkimuksessa YSL 17.3 §:ssa tarkoitettua suojasta käytetään nimitystä arvopaperi- ja arvo-osuusoikeudellinen suoja.

Esitöiden mukaan viittaussäännös on otettu YSL:iin selvyiden vuoksi.⁹¹ Viittauksen nojalla vakuuden tehottomuus korjautuu saneerausmenettelyssä *samoilla edellytyksillä* kuin muissakin kyseisiä varallisuuslajeja koskevissa kompetenssivirhetapauksissa. Olennaista on, että tehottomuuden korjautumiseen ei vaadita mitään saneerausmenettelystä johtuvia erityisedellytyksiä. Toisaalta korjautuminen ei tapahdu myöskään väljemmin kriteerein kuin saneerausmenettelyn ulkopuolella.⁹² Keskeisimmät voimassa olevat suojanormimme edellyttävät vakuudensaajalta vilpittömyyttä, mutta jos jotakin varallisuus-

⁹¹ HE 182/1992 s. 73.

⁹² Poikkeusta ei näytä muodostavan edes RahVakL 12.1 §:n erityinen vilpittömän mielen suojasäännös. Sen mukaan lain soveltamisalaan kuuluva vakuus on sitova, vaikka vakuuden antajalla ei maksukyvyttömyysmenettelyn alkamisen vuoksi ollut oikeutta antaa vakuutta, jos vakuuden saaja ei vakuuden antamishetkellä tiennyt eikä hänen pitänyt tietää määräysvallan menettämistä. Lain 1 §:n erityisperustelujen (HE 133/2003 s. 27) mukaan lakia sovelletaan vain, kun ”velkojan vakuusoikeus on perustettu esineoikeudellisesti tehokkaalla tavalla”. Erikseen korostetaan vielä, että nykyiset normit vakuuden sivullissitovuudesta pysyvät voimassa. Näin ollen lain 12.1 §:n sanamuoto ”vakuuden antamishetkellä” tarkoittanee sivullissitovuuden edellytysten täyttymistä.

lajia tai erityistilannetta koskeva normi antaisi suojaa kompetenssivirhettä vastaan myös virheestä tietoiselle sopimuskumppanille, YSL 17.1 §:sta johtuva virhe korjautuisi samoilla edellytyksillä.⁹³

On perusteltua kysyä, miksi maksu- ja vakuusdisponoinnit on erotettu toisistaan niin, että kompetenssitehottomuus voi korjautua jälkimmäisissä. Tämä saattaa provosoida dissimulaatioyrityksiä. Vakuusdisponoinniksi puetun varallisuusjärjestelyn suojissa on mahdollista pyrkiä lopullisestikin maksamaan maksukiellon alainen velka; todellisuudessa maksuksi tarkoitettu disponointi pyritään tällöin muotoilemaan otsikoltaan ja muutoinkin ulkoasultaan sellaiseksi, että kyseessä näyttää olevan ”vain” vakuus. Oikeustoimiopillisesti järjestely täyttää ns. peitellyn oikeustoimen (dissimulaation) tunnusmerkit: oikeustoimi, jota osapuolet eivät ole tarkoittaneet, peittää alleen todellisuudessa tarkoitetun oikeustoimen.⁹⁴ Dissimulaatiossa ulkoinen oikeustoimi on pätemätön, todellinen pätevä.⁹⁵ Jos saneerausvelallisen tekemä vakuusoikeustoimi havaitaan simuloiduksi ja sen todelliseksi tarkoitukseksi ilmenee maksu, disponointia on pidettävä maksuna. Mitä tahansa velallinen on velkojalleen luovuttanutkaan, on absoluuttisen maksukiellon perusteella palautettava. Tällöin on vailla merkitystä, olisiko aito vakuusoikeustoimi saanut arvopaperi- tai arvo-osuus-oikeudellista suojaa.

Kovin merkittävää spekulatiivista riskiä ei juuri hahmoteltu dissimulaatiomahdollisuus kuitenkaan aiheuttane. Arvopaperi- ja arvo-osuus-oikeudellinen suoja nimittäin edellyttää vakuuden saajalta vilpittömyyttä. Jos velallisen sopimuskumppani (vakuuden vastaanottava saneerausvelkoja) tietää tai hänen pitäisi tietää, että velallinen on vain muotoillut oikeustoimen vakuudeksi, *jo tämä tietoisuus* perustaa kumppanille velvollisuuden selvittää, mistä oikein on kysymys. Toisin sanoen velkoja voinee tuskin olla *perustellussa* vilpittömässä mielessä velallisen kompetenssin menetyksen suhteen. Toisaalta silloin, kun kompetenssivirhettä koskeva vilpittömän mielen edellytys täyttyy, rajanveto maksun ja vakuuden välillä herännee viimeistään siinä vaiheessa, kun luovutettua varallisuutta vaaditaan takaisin velalliselle. Itse asiassa oikeustointa saatetaan useinkin väittää vasta tässä vaiheessa maksun sijasta vakuudeksi; kyseessä on siten tavallaan ’jälkipäinen’ dissimulaatio. Maksun ja vakuuden välisen rajan pyrkittämisessä voidaan tietenkin turvautua mitä erilaisimpiin indisioidiin ja ratkaisun perusteet riippuvat myös yksittäistapauksen erityispiirteistä. Eräs mahdollinen lähtökohta voi kuitenkin olla sen selvittäminen, onko luovutuksen

⁹³ Näin silloin, kun suojaa annetaan yleisesti sitä vastaan, ettei luovuttaja tai panttaaja ollut oikeutettu määrittämään kyseisestä omaisuudesta. Jos erityisnormissa edellytettäisiin, että kompetenssivirhe johtuu tietyistä seikasta, olisi säännön soveltuvuus vakuudenasettamiskiellon rikkomiseen harkittava erikseen.

⁹⁴ Ks. Kivimäki – Ylöstalo s. 414–415 ja Aurejärvi LM 1980 s. 206.

⁹⁵ Aurejärvi LM 1980 s. 207.

pysyvyys kytketty velallisen myöhempään suoritukseen vai ei.⁹⁶ Merkittävää on myös, oliko velallisen velka kyseiselle velkojalle erääntynyt jo disponoinnin tapahtuessa, ovatko osapuolet sopineet, millä edellytyksillä velkojan saa realisoida omaisuuden tai miten omaisuutta on säilytettävä. Luovutuksen pysyvyyden kytkeminen myöhempään suoritukseen, omaisuuden säilyttämistä ja realisointia koskevat ehdot sekä velan erääntymättömyys puoltavat sitä, että kyseessä todella oli vakuuden asettaminen. Tällaisten elementtien puuttuminen tukee puolestaan vastakkaista päätelmää.

Vakuudenasettamiskiellosta johtuva kompetenssivirhe voi korjautua vain, jos vakuudeksi annettu omaisuus on juokseva velkakirja, muu arvopaperi tai arvo-osuus. Muut käteispannit, samoin kuin hypotekaariset panttioikeudet, ovat tehotomia (YSL 17.3 § e contrario). Tehottomuuteen ei vaikuta se, suojattaisiinko vakuuden saajaa muuta kompetenssivirhettä – esimerkiksi sopimusperusteista kompetenssinrajoitusta – vastaan. Enempää objektiivisella kuin subjektiivisellakaan esineoikeudellisella momentilla ei ole tältä osin merkitystä. Tämä on lain sanamuodon ja perustelujen valossa epäilyksittä voimassa olevan oikeuden sisältö.

b) Erityisesti arvo-osuuspanntaukseen sovellettavasta kollisionormista. YSL:n esitöissä viitataan erityisesti VKL 14 §:ään, OYL 3:9:ään sekä ATL 27 §:ään. Viimeksi mainitusta, arvo-osuuksia koskevasta viittauksesta ilmenee, että lainvalmisteluvaiheessa vakuudenasettamiskielion rikkomisen katsottiin aiheuttavan *etenevän* sivullissuhteen kollision, jonka osapuolina ovat arvo-osuuden pantiksi saanut velkoja ja muut saneerausvelkojat. Perusteluissahan viitataan nimenomaisesti ATL 27 §:ään, jossa säädetään arvo-osuuden luovutuksensaajan (ja pantinsaajan) saantosuojasta etenevässä sivullissuhteessa. Takautuvaa sivullissuhdetta koskevan ATL 26 §:n soveltamismahdollisuutta ei oteta perusteluissa esille lainkaan.⁹⁷

Kuten edellä on jo mainittu, arvo-osuuksien kohdalla tilanteen jäsentäminen osaksi sivullissuhdejaottelua ei ole vain systematisointikysymys – toisin kuin irtaimisto-oikeudessa ja perinteisessä arvopaperioikeudessa – vaan jäsenäysratkaisusta seuraa merkittäviä reaalisia oikeusvaikutuksia. Tämä johtuu siitä, että arvo-osuuteen kohdistuvassa etenevän sivullissuhteen kollisiossa ekstinktio ei edellytä objektiivista esineoikeudellista momenttia (kirjausta arvo-osuustilille), takautuvassa sivullissuhteessa taas edellyttää (ATL 26 §).⁹⁸ Mikä merkitys

⁹⁶ Näin takaisinsaantinormiston kannalta samasta ongelmasta *Andenæs* s. 243, joka mainitsee myös, että vakuustarkoitus saattaa ilmetä tilitysvetollisuutta koskevista ehdoista.

⁹⁷ Ks. myös *Koulu* LM 1992 s. 504, joka tarkastelee *konkurssia* vain ATL 27 §:n soveltamisalaan kuuluvana kompetenssinrajoituksena.

⁹⁸ Arvo-osuuteen kohdistuvan ekstinktion edellytyksistä ks. *Havansi* Esinevakuusoikeudet s. 121 ja 305, *Tuomisto* Tyypipakosta s. 120–121 ja 123 sekä *Kartio* Perusteet s. 284 ja 297. ATL 26–27 §:stä kollisionormeina muutoin *Koulu* LM 1992 s. 503–504 sekä *Tammi-Salminen* s. 226–228 ja 230–233.

YSL:n juuri viitatus perustelulausumalle annetaan, on toinen asia. Lausuman oikeuslähdearvoa harkittaessa on joka tapauksessa huomattava, että YSL:n esitöissä kollisio-ongelmia ei pohdittu kokonaisvaltaisesti. Edellä on myös perusteltu, miksi saneerausvelkojen ja velallisen sopimuskumppanin välinen suhde olisi *systemaattisin perustein* nähtävä mieluummin takautuvana kuin etenevänä sivullissuhteena. Samalla päädyttiin siihen, että tässä tutkimuksessa kollisio ratkaistaan lähtökohtaisesti takautuvaa sivullissuhdetta koskevan normin mukaisesti, jonka jälkeen voidaan tarkastella, vastaisiko etenevää sivullissuhdetta koskeva normi paremmin lain tarkoitusta tai oikeudenmukaisuuskäsitteitä.

Jos saneerausvelallinen vastoin kompetenssiaan panttaa arvo-osuuden, ja jos tilanteeseen sovelletaan takautuvaa sivullissuhdetta koskevaa ATL 26 §:ää, on selvitettävä, tiesikö panttinsaaja panttioikeuden saadessaan tai pitikö hänen tuolloin tietää, että velallinen oli jo aiemmin menettänyt panttauskompetenssinsa saneerausmenettelyn johdosta (ATL 26.2 § 2 kohta e contrario). Panttioikeuden kirjaamisella arvo-osuustilille on kollisio-oikeudellista merkitystä vain, jos panttinsaajavelkoja (sekundus) oikeuden saadessaan oli perustellussa vilpittömässä mielessä saneerausvelkojen täytäntöönpanointressiin perustuvan, YSL 17.1 §:ssa säädetyn panttauskiellon voimassaolosta (primuksen oikeusperusteesta). Tämän edellytyksen täytyessä on ATL 26.1 §:n mukaan ratkaisevaa, ehtiikö panttinsaaja kirjata oikeutensa ennen kuin velallisen kompetenssia rajoittava kirjaus on tehty arvo-osuustilille. Jos panttinsaaja kirjaa oikeutensa ensin, hän saa vilpittömän mielen suojaa kompetenssivirhettä vastaan, jos ei ehdi, panttaus on tehoton. Panttinsaajan siis ei kuitenkaan tarvitse olla vilpittömässä mielessä enää kirjausta hakiessaan, saati kirjauksen tapahtuessa, vaan riittää, ettei hän *inter partes* sitovan panttioikeuden syntyessä tiennyt eikä hänen pitänytkään tietää velallisen panttauskompetenssin menettämisestä.⁹⁹

Takautuvassa sivullissuhteessa kiellonvastaisen arvo-osuuspanntauksen tehokkuus siis riippuu panttinsaajan vilpittömästä mielestä ja – jos tämä edellytys täyttyy – hänen oikeutensa kirjaamisesta ennen kuin saneerausvelallisen kompetenssin rajoittamista koskeva kirjaus on tehty.¹⁰⁰ Jos tilanne taas jäsennetään

⁹⁹ Ks. *Havansi* Esinevakuusoikeudet s. 305 ja *Tuomisto* Tyypipakosta s. 120.

¹⁰⁰ ATL 26 § on kollisiotutkimuksessa jäsennetty aikaprioriteetille rakentuvaksi ratkaisusäännöksi, josta voidaan poiketa sekunduksen vilpittömän mielen perusteella. Ks. *Tammi-Salminen* s. 227, joka samalla huomauttaa, että sanamuotonsa perusteella säännös saattaa tosin näyttää julkistamisperiaatteelle rakentuvalta normilta, joka antaisi ratkaisevan merkityksen samaa oikeutta koskevalle ensimmäiselle kirjaukselle. Näin ei kuitenkaan ole, koska ”primuksen oikeus sitoo kirjaamisen puuttumisesta huolimatta siitä tietoista sekundusta” (ibid.). Esineoikeudellisesta systematiikasta ehkä hieman poiketen on kuitenkin nähdäkseni syytä korostaa, että jos vaatimus sekunduksen vilpittömästä mielestä *inter partes* -sitovuuden hetkellä täyttyy, kollisio todella ratkeaa ensimmäisen kirjauksen perusteella. Aikaprioriteetti- ja julkistamisperiaatteen käsitteistä kollisiotutkimuksessa yleensä ks. *Tuomisto* Tyypipakosta s. 56–59 ja *Tammi-Salminen* s. 107–111.

eteneväksi sivullissuhteeksi, sovellettavaksi tulee ATL 27 §. Tällöin vakuudensaaja on suojattu saneerausvelkojia vastaan jo sillä perusteella, että hän ei inter partes -sitovan panttioikeuden saadessaan tiennyt eikä hänen tuolloin pitänytkään tietää, ettei velallisella ollut oikeutta vakuuden asettamiseen. Suojaa saadakseen pantinsaaajan ei tarvitse lainkaan kirjata oikeuttaan arvo-osuustilille.¹⁰¹

Kumpaa sääntöä sitten olisi pidettävä *oikeuspoliittisten asia-argumenttien* valossa perustellumpana? Tässä tutkimuksessa kysymystä käsitellään nimenomaisesti vain saneerausmenettelystä (YSL 17.1 §:sta) johtuvan panttauskompetenssinrajoituksen kannalta. Näyttää kuitenkin siltä, että samat argumentit soveltuvat myös konkurssivelallisen tekemään arvo-osuuspanntaukseen.

Nähdäkseni vakuudenasettamiskiellon vastaiseen arvo-osuuspanntaukseen on sovellettava *takautuvaa sivullissuhdetta koskevaa ATL 26 §:ää*, ei etenevää sivullissuhdetta koskevaa ATL 27 §:ää. Muussa tapauksessa velkojakollektiivia sitovan panttioikeuden edellytykset *lievenisivät* saneerausmenettelyn alkaessa. Tämä ei voi olla YSL:n oikeuspoliittisten tavoitteiden mukaista. Ennen saneerausmenettelyn alkamista tehty arvo-osuuspanntaus sitoo saneerausvelkojia vain kirjattuna, eikä kirjaamisvaatimuksesta ole mitään syytä tinkiä rauhoitusaikana. Koska vakuus on tällöin vielä lakiin perustuvan nimenomaisen kiellon vastainen ja velkojien yhdenvertaisuutta loukkaava, sitovuuden edellytysten voitaisiin ajatella mieluummin jopa kiristyvän. Jos yksittäiselle saneerausvelkojalle halutaan ylipäänsä tarjota mahdollisuus saada velalliselta vielä rauhoitusaikana muita velkojia sitova vakuus, edellytykseksi on asetettava *sekä* velkojan perusteltu vilpittömästä mieltä *että* vakuusoikeuden tehokas julkistaminen.

Oikeuspoliittisin argumentein päädytään näin samaan lopputulokseen kuin edellä sivullissuhdeanalyysiä koskevin systemaattisin perustein: velallisen sopimuskumppanin ja saneerausvelkojien väliseen kollision on sovellettava mieluummin takautuvaa kuin etenevää sivullissuhdetta koskevia kollisionormeja.

c) *Suojan kytkemisestä rekisterimerkintöihin.* Yllä esitetystä jo ilmenee, että ATL tunnustaa yrityssaneerauksesta johtuvat kompetenssinrajoitukset kirjaimiskelpoisiksi. Ongelmana kuitenkin on, kuinka pitkälle kollision ratkaisu voidaan kytkeä välittömästi saneerausmenettelyn *alkamista* koskeviin arvo-osuustilin kirjauksiin. Varallisuusosoikeudessa on yleisestikin keskusteltu arvo-

¹⁰¹ ATL 27 §:n todetaan usein vastaavan sisällöltään VKL 14 §:ää arvo-osuusjärjestelmään sovellettuna, ks. *Kartio* Perusteet s. 284. Toinen usein toistuva yleistys on, että arvo-osuuteen kohdistuvan oikeuden kirjaus vastaa oikeusvaikutuksiltaan arvopaperin hallintaa VKL:n mukaan (esim. *Tammi-Salminen* s. 226). Rinnastuksia voidaan – ja on nähdäkseni perusteltuakin – täsmentää huomauttamalla, että VKL 14 §:n mukaan ekstinktion edellytyksenä on objektiivinen esineoikeudellinen momentti eli arvopaperin hallinnan siirto, kun taas ATL 27 §:n mukaan ekstinktio edellyttää ainoastaan subjektiivista elementtiä eli perusteltua vilpittömää mieltä. Tältä olennaiselta osin säännösten materiaaliset rekvisiitat eivät siis vastaa toisiaan.

osuustilille tehtävien kirjausten oikeusvaikutuksista. On epäilty, että kaikkiin kirjauksiin ei liity esineoikeudellisia vaikutuksia, vaikka oikeus sinänsä olisikin kirjaukelpoinen.¹⁰² Epäily on erityisen perusteltu saneerausmenettelystä johtuvien kompetenssinrajoitusten osalta, kuten seuraavasta ilmenee.¹⁰³

ATL 13.3 §:ssa säädetään ainoastaan, että saneerausmenettelyn alkaminen ja lakkaaminen kirjataan arvo-osuustilille selvittäjän ilmoituksesta. YSL:n esitöissä, samoin kuin lain kommentoinnissa ja artikkelikirjoittelussa, on täysin kritiikkiä lähdetty siitä, että juuri *saneerausmenettelyn alkamista* koskeva kirjaus poistaa sivulliselta mahdollisuuden vilpittömän mielen suojaan, tai ainakin suojan mahdollisuus jää kirjauksen jälkeen varsin kapea-alaiseksi.¹⁰⁴ Kirjoittelusta saa kuvan, että saneerausmenettelyn alkamista koskeva kirjaus arvo-osuustilille rinnastuu konkurssin kirjaamiseen (josta säädetään saman pykälän 2 momentissa). Rinnastuksen mukaan tietoisuus saneerausmenettelyn aloittamisesta saisi sellaisenaan aikaan myös tiedon siitä, kuinka laaja velallisen kompetenssi erilaisiin oikeustoimiin on.

Kun velallisen sopimuskumppanin – tässä arvo-osuuden pantiksi saaneen velkojan – selonottovelvollisuutta tarkastellaan eritellymmin, havaitaan pian, että vilpittömän mielen mahdollisuus ei ole niin kapea kuin yleisesti näytetään ajateltavan. Kuten todettu, arvo-osuustilille kirjataan ainoastaan *saneerausmenettelyn alkaminen*. YSA 5 ja 6 §:n mukaan taas kaupparekisteriin on kylläkin merkittävä saneerausmenettelystä johtuvat vallinnanrajoitukset, mutta merkintä tehdään vain viittauksin YSL 29 §:ään tai, jos rajoitus perustuu YSL 30 §:n mukaiseen tuomioistuimen määräykseen, merkitsemällä se tuomioistuimen päätöksestä ilmenevän yksilöinnin mukaisesti. Maksu- ja vakuudenasettamiskiellosta ei lain mukaan tehdä erillistä merkintää enempää kaupparekisteriin

¹⁰² *Koulu* LM 1992 s. 503. Keskustelusta ja sen vaikutuksista etenkin sopimuserusteisten panttauskompetenssinrajoitusten sivullisittovuuteen ks. *Tammi-Salminen* s. 230–232.

¹⁰³ Varallisuusoikeudellinen keskustelu on koskenut sitä, vallitseeko arvo-osuusjärjestelmässä kirjaamiskelpoisten oikeuksien tyyppipakkoperiaate vai ei. Vaikka vastaus olisi kielteinen, on katsottu, että kaikki kirjattavat oikeudet eivät kuitenkaan saa esineoikeudellista suojaa. Ks. *Koulu* LM 1992 s. 503. Yrityssaneerauksen osalta ei ole epäilystä siitä, etteikö menettelyn alkamista voitaisi kirjata arvo-osuustilille. Epäselvää on sen sijaan, mitä välittömiä oikeusvaikutuksia saneerausmenettelyn kirjaamisella lopulta on.

¹⁰⁴ Tämä ei koske vain arvo-osuustiliä, vaan muitakin varallisuuslajeja koskevia rekistereitä. Vakuudenasettamiskiellon osalta ks. *Koskelo* s. 169, YSL:n muista disponointirajoituksista mts. 239–240. Koskelon mukaan kuulutus menettelyn aloittamisesta ja kaupparekisteriin tehtävä merkintä ”viimeistään” poistavat vilpittömän mielen mahdollisuuden. Uskoa kuulutuksen ja rekisterimerkintöjen voimaan ilmentää hyvin myös *Liukkosen* (DL 1994 s. 419) lausuma, jonka mukaan YSL:n kompetenssinrajoitusten vastaiset toimet ovat tehottomia, ”paitsi jos sopimuskumppani ei muka olisi tiennyt tai ollut velvollinenkaan tietämään toimivaltarajoituksesta”. Koska menettelyn aloittaminen yleensä kuulutetaan virallisessa lehdessä ja merkitään kaupparekisteriin, ”ei kukaan voine enää kuulutuksen julkaisemisen ja kaupparekisterimerkinnästä kuultamisen jälkeen uskottavasti väittää, ettei olisi tiennyt velallista saneerauksen takia kohdanneista toimivaltarajoituksista” (*Liukkosen* DL 1994 s. 419).

kuin arvo-osuustilillekään (kuten ei muihinkaan rekistereihin). Luonnollista onkin, että maksu- vakuudenasettamiskiellon *voimassaolo* oletetaan tiedettäväksi tai ainakin selvitettäväksi oma-aloitteisesti; tosiasiallinen tietämättömyys ei vaikuta oikeusseurauksiin (ignorantia juris nocet). Mitään huomiota ei kuitenkaan ole kiinnitetty siihen, että velallisen sopimuskumppani saa kaupparekisteristä ja arvo-osuustililtä tiedon vain siitä, että velallisen panttauskompetenssi on rajoittunut saneerausmenettelyn johdosta, mutta hän ei tiedä eikä hänen mitenkään välttämättä pitäisikään tietää, koskeeko rajoitus juuri aiottua vakuusoikeustointa vai ei. Vakuuden saajan on itse kussakin tilanteessa selvitettävä, onko saneerausvelallisella oikeus asettaa kyseinen vakuus.

Saneerausmenettelyä koskevassa kirjoittelussa on jäänyt kokonaan vaille huomiota, että *kollisio ratkeaa juuri pantinsaajan suorittaman faktisen selonoton perusteella*, ei muodollisesti sillä perusteella, että kaupparekisterissä tai arvo-osuustilillä on merkintä saneerausmenettelyn alkamisesta. Kuten edellä on käynyt ilmi, maksukiellon ala voi olla perustellusti epäselvä. Tästä seuraa, että vastaava epäselvyys koskee vakuuden sallittavuutta. Velallisen sopimuskumppani voi olla täysin perustellusti esimerkiksi siinä käsityksessä, että selvittäjä on antanut luvan kyseisen velan maksuun tai vakuuden asettamiseen.¹⁰⁵ Sopimuskumppani saattaa myös perustellusti pitää itse velkasuhdetta YSL 27.2 §:ssa tarkoitettuna pakollisena poikkeuksena maksukiellosta. Nämä saneerausvelallisen kompetenssia määrittävät perusteet (selvittäjän lupa ja pakollinen maksukieltopoikkeus) *eivät* käy suoraan ilmi enempää kaupparekisteristä kuin arvo-osuustililtäkään. Näin ollen vilpittömän mielen suojakaan ei ratkea suoraan sillä perusteella, että kaupparekisterissä tai arvo-osuustilillä on merkintä saneerausmenettelyn alkamisesta. Menettelyn alkamista koskeva rekisterimerkintä tai kirjaus *ei yksilöi saneerausvelkojen oikeutta* (vakuudenasettamiskieltoa) sisällöltään niin, että merkintä tai kirjaus yksinään poistaisi velallisen sopimuskumppanilta mahdollisuuden perusteltuun vilpittömään mieleen – ja sen suojaan – in casu.

Jotta kysymys vilpittömän mielen suojasta voitaisiin ratkaista välittömästi saneerausmenettelyn alkamista koskevien rekisteri- tai tilimerkintöjen perusteella, tästä tulisi säätää laissa nimenomaisesti. Kokonaan eri asia on, että lain muuttamista olisi ehkä perusteltua harkitakin: vilpittömän mielen suojan edellytyksiä voitaisiin de lege ferenda kiristää niin, että ne kytkettäisiin jo saneerausmenettelyn alkamiseen, tarkemmin sanoen perusteltuun epäilyyn menettelyn alkamisesta. Tämä edistäisi ainakin muodollista oikeusvarmuutta, mahdollisesti myös kollektiivisen insolvenssioikeuden yleisiä periaatteita. Epäselvyys-

¹⁰⁵ Perusteltu käsitys voi johtua etenkin siitä, että selvittäjän lupa on vapaamuotoinen ja annettavissa etukäteen. Luvan olemassaolosta ja laajuudesta voi siten syntyä jälkikäteen aivan perusteltua erimielisyyttä. Kuten *Ørgaard* (Betalingsstandsning s. 254) toteaa, lupakontrollin vapaamuotoisuus tarkoittaa mm. sitä, että lupa voi olla myös konkludenttinen.

det siitä, mitä vakuuden saaja lopulta tiesi tai mitä hänen piti tietää velallisen kompetenssista, poistuisivat. Näin olisi jo ennalta nykyistä selvempää, miten kollisio ratkaistaan (muodollinen oikeusvarmuus). Toiseksi voidaan kysyä, onko vakuuden saajaa koskaan syytä suojata, jos hän tietää tai hänen pitäisi tietää saneerausmenettelyn (tai väliaikaisen vakuudenasettamiskiellon) alkamisesta. Olisiko velkojien yhdenvertaisuuden kannalta sittenkin oikeampaa, että jo tämä tieto tai epäily poistaisi mahdollisuuden saada muita saneerausvelkojia sitovan vakuusoikeuden velallisen omaisuuteen?

Tässä yhteydessä on paikallaan huomauttaa, että myös RahVakL 12.1 §:n erityissäännös tarjoaa mahdollisuuden vilpittömän mielen suojaan, vaikka lain soveltamisalaan kuuluvan vakuuden saaja olisi kiistattakin tietoinen saneerausmenettelyn aloittamisesta. Suojan edellytyksenä nimittäin on perusteltu tietämättömyys velallisen ”määräysvallan menettämisestä”. Näin ollen pelkästään saneerausmenettelyn alkamista koskevat tai YSL:n säännöksiin viittaavat rekisterimerkinnot eivät poista mahdollisuutta vilpittömän mielen suojaan myöskään RahVakL:n soveltamisalalla. Tältä osin implementointisäännöksemme suojaa vakuusvelkojaa tehokkaammin kuin rahoitusvakuusjärjestelyistä annetun direktiivin (2002/47/EY) 8 art. 2 kohta. Direktiivi vaatii jäsenvaltioita varmistamaan ainoastaan, että direktiivin soveltamisalaan kuuluva vakuus on sitova (ja ”täytäntöönpanokelpoinen”), jos vakuuden saaja voi todistaa, ettei hän tiennyt eikä hänen olisi pitänyt tietää likvidaatiomenettelyn tai tervehdyttämistoimenpiteiden *aloittamisesta*.

RahVakL 12 §:n perusteluista ilmenee kiistatta, että poikkeama direktiivistä oli tietoinen valinta.¹⁰⁶ De lege lata tällainen poikkeama oli perusteltu, sillä direktiivin edellyttämään vähimmäissuojaan tyytyminen olisi johtanut vaikeuksiin etenkin suhteessa YSL:n vakuudenasettamiskieltoon (joka siis sisältää suojamahdollisuuden menettelyn alkamista koskevasta tiedosta huolimatta). Vähimmäissuojasta poikkeaminen tarkoittaa, että YSL ja RahVakL antavat mahdollisuuden vilpittömän mielen suojaan samoilla edellytyksillä. Näin päästiin myös siihen, että rahoitusvakuusdirektiivi voitiin implementoida ilman kansallisen oikeutemme uudelleenarviointia.¹⁰⁷ Toisaalta – kuten yllä juuri todettiin – vilpittömän mielen suojan edellytyksiä voisi olla hyödyllistä pohtia kokonaisvaltaisesti säädettävän lain kannalta harkiten, olisiko suojamahdollisuus syytä katkaista jo saneerausmenettelyn alkua koskevaan perusteltuun epäilyyn.

¹⁰⁶ Ks. HE 133/2003 s. 55, jossa tarkoituksena tosin näyttää olevan lähinnä osoittaa, ettei vilpittömän mielen suoja ratkea vakuuden saajalla menettelyn alkamispäivänä tiedossa olleiden seikkojen perusteella.

¹⁰⁷ Ks. HE 133/2003 s. 16, jossa huomautetaan direktiivin lyhyestä täytäntöönpanoajasta ja siitä, ettei kansallisen oikeutemme mahdollisia muutostarpeita voitu tästä syystä arvioida.

5.5 KIELLONVASTAISEN PERINTÄTOIMEN TEHOTTOMUUS

5.5.1 Tehottomuus ja perintäkieltopoikkeukset velkojan ja velallisen välillä

Maksu- ja vakuudenasettamiskieltojen vastineena velkojapuolella toimiva perintäkielto on sekin sanktioitu. YSL 19.2 §:n mukaan perintäkiellon vastainen toimi on tehoton. Ratkaisevaa siten on, että toimenpide katsotaan perintäkiellon vastaiseksi. Kiellonvastaisuus määräytyy ensinnäkin edellä hahmotellun vastaavuusperiaatteen avulla. Perintäkieltoa ei tarvitse noudattaa, jos perinnän kohteena ollut saatava olisi pitänyt maksaa maksukiellosta huolimatta. Tämä koskee nimenomaan pakollisia maksukieltopoikkeuksia. Edellä on päädytty siihen, että selvittäjän päätös sallitun maksukieltopoikkeuksen soveltamisesta sen sijaan ei perusta vastaavaa poikkeusta perintäkieltoon. Tällaiseen saatavaan kohdistuva perintätoimi on siten kiellonvastaisena tehoton. Toisaalta samoin kuin edellä todettiin maksukiellon osalta, selvittäjän jälkikäteinen lupa (rati-habitio) korjaa myös perintätoimen tehottomuuden.

Kiellon piiri on jo YSL 19.1 §:n sanamuodon mukaan laaja, ja laajaa perintäkieltoa on pidettävä myös lainsäätäjän tarkoituksena.¹⁰⁸ Säännöksen soveltamisala voidaan määritellä vaikkapa siten, että perintäkielto koskee kaikkia aktiivisia toimenpiteitä, samoin kuin toimenpiteistä kieltäytymisiä, joiden motiivina on maksukiellon alaisen saatavan maksamattomuus ja tavoitteena velallisen painostaminen maksuun, jollei erityisestä perusteesta muuta johdu.¹⁰⁹

Ennen kuin siirrytään tarkastelemaan vakuusrealisoinnin tehottomuutta ja siitä voimassa olevia poikkeuksia on syytä kysyä, mitä velkojan suorittamien vapaamuotoisten perintätoimien tehottomuus lähemmin tarkoittaa. Nähdäkseni ainakin sitä, että velallinen voi *ilman haitallisia seuraamuksia edelleen kieltäytyä suorituksesta*. Hänen ei tarvitse reagoida velkojan perintätoimiin mitenkään. Velallinen ei myöskään vastaa kiellonvastaisen perintätoimen kuluista, vaan ne jäävät velkojan omalle vastuulle. Merkitystä ei ole sillä, tiesikö velkoja tai pitikö hänen tietää, että perintäkielto on tullut voimaan tai että kielto koskee myös toimenpiteen kohteena olevaa saatavaa.

Sekä teoriassa että käytännössä merkittävä kysymys on, mitä tapahtuu maksulle, joka on tehty perintäkiellon vastaisen toimenpiteen seurauksena. YSL 19.2 §:sta seuraa välittömästi ainoastaan, että tehotonta perintätoimenpidettä ei

¹⁰⁸ Myös BC 362 §:n soveltamisala on hyvin laaja, ja tätä on kirjallisuudessa tapana erityisesti korostaa. Ks. esim. *Herbert* s. 108 ja *Keating* Vand. L. Rev. 1991 s. 75.

¹⁰⁹ Edellä on tarkasteltu de lege ferenda, olisiko sopimusvelkojille joissakin tilanteissa myönnettävä pidättymisoikeus – so. oikeus kieltäytyä uusista suorituksista – ennen saneerausmenettelyn alkua syntyneiden saataviensa perusteella.

tarvitse noudattaa. Vastaus saadaan nähdäkseni vastaavuusperiaatteesta. Koska perintäkielto koskee maksukiellon alaisia saatavia, maksu on palautettava. Palautusvelvoite perustuu yksinkertaisesti siihen, että maksua ei olisi saanut tehdä vapaaehtoisestikaan. Se, että maksu on tehty kielletyn perintätoimen johdosta, ei tietenkään vaikuta palautusvelvollisuuteen.¹¹⁰

YSL 20 §:ssä säädetään erityisiä poikkeuksia perintäkieltoon. Näitä poikkeuksia voidaan pitää siinä mielessä ”epäsymmetrisinä” vastaavuusperiaatteen nähden, että niiden edellytyksenä ei ole itse saamisoikeutta koskeva maksukieltopoikeus. Poikkeukset kohdistuvat ainoastaan esinevakuuden realisointiin tai muuhun hyväksikäyttöön. Muunlaisesta perinnästä YSL ei tunne poikkeuksia lainkaan. YSL 20 § edellyttää, että tuomioistuimien myöntää perintätoimelle erityisen poikkeusluvan. Säännöksessä tarkoitetut perintätoimet ovat tuomioistuimen luvatta suoritettuina normaalin tehottomuusseurauksen alaisia.

YSL 20 §:n mukaan tuomioistuin voi vakuusvelkojan vaatimuksesta selvittää kuultuaan myöntää velkojalle luvan esinevakuusoikeuteen perustuvien rahaksimuutto- tai takaisinotto-oikeuksien käyttöön tai muunlaiseen vakuuden hyödyntämiseen maksun saamiseksi, jos:

- 1) on ilmeistä, että vakuusoikeuden kohteena olevan omaisuuden säilyminen velallisella ei ole tarpeellista saneerausjärjestelyjen kannalta¹¹¹ taikka velallisen tai hänen perheenjäsenensä kohtuullisten asunto-olojen tai elinkeinon turvaamiseksi; tai
- 2) vaatimuksen perusteena on velan ehtojen mukaisten, menettelyn alkamisen jälkeen erääntyvien korkojen tai muiden luottokustannusten laiminlyönti taikka YSL 33 §:ssä tarkoitetun korvauksen tai vakuuttamisvelvollisuuden laiminlyönti, joka ei ole merkitykseltään vähäinen.

¹¹⁰ Erikoislaatuinen tilanne syntyy silloin, kun maksukielto ei ole voimassa, mutta perintäkielto on. Tällainen asetelmahan koskee henkilöyhtiön yhtiömiestä: hän voi maksaa takausvastuunsa perusteella yhtiön saneerausvelan, vaikka ko. saatavan velkojalla ei ole oikeutta kohdistaa yhtiömieheen perintätoimia. Edellä on todettu, että yhtiömiehen suoritus on sallittu ja jää pysyväksi, jos se on tehty vapaaehtoisesti. Jos maksu taas on tehty YSL 19.1 §:ssa kielletyn painostuksen alaisena, herää kysymys, onko maksu palautettava. YSL 19.2 §:ssahan ei säädetä palautusvelvoitetta, vaan ainoastaan, että perintätoimet ovat tehottomia. Vastaavuusperiaatekaan ei ratkaise asiaa, koska maksukielto ei ole voimassa. Maksun jääminen velkojalle olisi kuitenkin ilmeisessä ristiriidassa säännellyn maksunlakkautuksen ration ja koko maksunlakkautusjärjestelmän kanssa. Velkoja hyötyisi siitä, että hän on toiminut vastoin laissa säädettyä kieltoa. Tilanne on selvästi lainsäätäjän tarkoituksen vastainen. Voidaan hyvin katsoa, että jo pelkkä perintäkielto estää velkojaa pitämästä hallussaan maksuksi saamiaan varoja. Näin ollen katsoisin, että velkojan on palautettava maksu.

¹¹¹ Tämän poikkeuksen esikuvana on BC 362 (d) §, jonka mukaan perintäkiellosta voidaan myöntää poikeus, jos vakuusomaisuus ei ole saneerausyritykselle välttämätön. Ks. *Warren – Bussel s. 599–610, LoPucki Strategies for creditors s. 619 ja Baird Elements s. 177–179.*

Esitöissä todetaan 1)-kohdan osalta, että poikkeus voitaisiin myöntää muun muassa silloin, kun vakuusoikeus kohdistuu velallisen vapaa-ajan kiinteistöön tai velallisen sijoitustarkoituksessa hankkimiin pörssiosakkeisiin.¹¹² Julkisesti noteerattujen osakkeiden realisointi ei kuitenkaan enää nykyään edellytä YSL 20 §:n mukaista lupaa, sillä ne kuuluvat RahVakL 6.3 §:ssa säädetyn vapaan realisointivallan piiriin. Vapaa-ajan kiinteistön mainitsemisella viitattaneen esitöissä siihen, että tällaisen kiinteistön realisointi ei yleensä voine vaarantaa kenenkään kohtuullisia asunto-oloja, mikä useimmissa tapauksissa pitäneeikin paikkansa.

Vaikka julkisesti noteeratut osakkeet eivät enää kuulukaan YSL 20 §:n soveltamisalaan, voidaan kysyä, ilmeneekö säännöksen perusteluista yleisempi näkemys, jonka mukaan velallisen sijoitusomaisuus olisi yleensä, tai ainakin muuta omaisuutta herkemmin, saneerausjärjestelyille tarpeetonta. Omaisuuden hankkiminen *alun perin* sijoitustarkoituksessa olisi tämän mukaan peruste, jonka nojalla velkoja voisi saada YSL 20 §:ssä tarkoitetun realisointiluvan. Nähdäkseni tällainen yleistys ei ole perusteltu (eikä sitä ole välttämättä valmisteluvaiheessakaan tarkoitettu). Ensinnäkin se seikka, että velallinen on sittemmin asettanut sijoitustarkoituksessa hankkimaansa varallisuutta velkansa vakuudeksi, osoittaa, että puhdas sijoitusintressi (tuotto-odotus) on jäänyt toissijaiseksi omaisuuden vakuuspotentiaaliin verrattuna. Varallisuus ei enää olekaan puhdasta sijoitusomaisuutta, vaan yrityksen rahoituksen ja siten *myös toiminnan* kannalta tärkeää varallisuutta. Varallisuuden alkuperäinen hankkimistarkoitus ei sellaisenaan voikaan ohjata YSL 20 §:n soveltamista. On muistettava myös, että perintäkielto ja velkajärjestelyyn sisältyvä mahdollisuus vakuuden vaihtoon (YSL 45.2 §) tarjoavat velalliselle mahdollisuuden palauttaa vakuudeksi antamansa omaisuus – siihen ehkä kohdistuvine tuotto-odotuksineen – takaisin itselleen.

Poikkeussäännöksen 2)-kohta perustuu ensinnäkin siihen edellä tarkasteltuun seikkaan, että vakuusvelalle menettelyn aikana erääntyvät korot ja muut luottokustannukset ovat pakollisen maksukieltopoikkeuksen alaisia. Toiseksi säännös suojaa vakuusvelkojaa siltä varalta, että vakuusobjekti on rauhoitusajana velallisen hallinnassa ja sitä käytetään liiketoimintaan. Tällaisissa tilanteissa velkojalla on oikeus korvaukseen siitä, että vakuusomaisuuden arvo alenee käytön johdosta (YSL 33.1 §). Korvaus luetaan kyseisen vakuusvelan lyhennykseksi. Vakuusomaisuutta turvaa myös se, että velallisen on pidettävä omaisuus vakuutettuna vahingon varalta (YSL 33.2 §). Tuomioistuin voi myöntää poikkeuksen perintäkieltoon, jos velallinen laiminlyö menettelyn aikana erääntyvän koron tai muun luottokustannuksen taikka arvonalennuskorvauksen maksamisen. Sama koskee vakuuttamisvelvollisuuden laiminlyön-

¹¹² HE 182/1992 s. 76.

tiä.¹¹³ Edellytyksenä on, että laiminlyönti ei ole merkitykseltään vähäinen. On korostettava, että YSL 20 §:n nojalla myönnetty poikkeus oikeuttaa velkojan perimään koko saatavansa vakuuden arvosta, ei ainoastaan laiminlyötyä määrää.¹¹⁴

Tuomioistuimen lupaan sidotut perintäkieltopoikkeukset herättävät kysymyksen, onko lupa annettavissa jälkikäteenkin. Kysymys on relevantti luonnollisesti vain sellaisen omaisuuden osalta, joka on velkojan tosiasiallisessa määräysvallassa siten, että perintätoimi todella on suoritettavissa ilman lupakontrollia. Ongelman harkinnassa on vastakkain kaksi päämäärää, yhtäältä perintäkiellon noudattaminen, toisaalta sellaisten oikeustoimien pysyvyys, jotka ovat de facto vaarattomia saneerauksen onnistumiselle, ja joille siten olisi voitu myöntää lupa YSL 20 §:n perusteella. Ehdotonta jälkikäteishyväksynnän kieltä ei liene syytä asettaa, koska se estäisi kaikkien osapuolten kannalta tarkoituksenmukaisten oikeustoimien tekemisen. Perintäkiellon ja sitä koskevien poikkeusnormien noudattamisvelvollisuutta voidaan kuitenkin edistää niin, että velkoja kantaa itse riskin luvatta tekemänsä oikeustoimen jälkiseurauksista. Tämä tarkoittaa ennen muuta, että *velallinen ei vastaa osaksikaan jälkikäteisen lupaprosessin kustannuksista*, oli tuon prosessin tuloksena luvan myöntäminen tai sen epääminen. Velkoja saattaa luonnollisesti joutua myös *vahingonkorvausvastuuseen* niin velallista, muita saneerausvelkoja kuin sopimuskumppaniaankin kohtaan.

5.5.2 Tehottomuus ja sen korjautuminen kiellonvastaisessa vakuusrealisoinnissa

5.5.2.1 Viittaus vilpittömän mielen yleisiin suojasäännöksiin

Perintäkiellon vaikutukset ulottuvat sivullisiin silloin, kun velkoja realisoi vakuuden luovuttamalla sen sivulliselle. YSL 19.2 §:n mukaan luovutus on lähtökohtaisesti tehoton, mutta luovutuksensaaja voi ”saada vilpittömän mielen suojan sen mukaan kuin erikseen säädetään”. Suoja perintäkiellosta johtuvaa tehot-

¹¹³ Velallisen hallinnassa olevan vakuusomaisuuden suojasta Yhdysvaltain oikeudessa ks. *Lo-Pucki Strategies for creditors* s. 619–622. Hän toteaa, että vakuutuksen laiminlyöntitilanteissa tuomioistuin voi myös kieltää velallista käyttämästä omaisuutta liiketoiminnassaan.

¹¹⁴ Edellä on päädytty siihen, että esinevakuuden realisointi ei ole sallittu pelkästään korkosaatavan perimiseksi, vaikka korkoa koskeekin pakollinen maksukieltopoikkeus. Samat perusteet, vakuuden tarkoitus ja lojaliteettiperiaate, soveltuvat nähdäkseni myös YSL 33 §:n mukaisten velvoitteiden erillisperintään. Tämä tarkoittaa, että vakuuden realisointi on näissäkin laiminlyöntitilanteissa mahdollista vain, jos YSL 20 §:n edellytykset täyttyvät. Sen sijaan velkoja voi käyttää erillisperintään muita keinoja, kuten ulosottoperusteen hankkimista ja ulosmittausta. Samoin hän voi esimerkiksi pidäytyä omasta suorituksestaan, kunnes velallinen korjaa laiminlyöntinsä.

tomuutta vastaan on insolvenssioikeudessamme uusi ilmiö, kuten luonnollisesti perintäkielto muutoinkin. Koska esinevakuuksien haltijat ovat perinteisesti olleet separatisteja, joilla on konkurssissa ollut rajoittamaton oikeus itsenäiseen vakuusrealisaatioon, vakuusomaisuutta ostavan tahon ei ole tarvinnut epäillä velkojan realisointikompetenssia. Kysymys vakuusomaisuuden luovutuksen saajan mahdollisuudesta saantosuojaan on ollut lainopillisen analyysin kohteena vain silloin, kun velallinen ei ole ollut panttaamansa omaisuuden oikea omistaja. Tällöin on katsottu, että irtaimen omaisuuden realisointiluovutukseen sovelletaan KK 11:4:stä ja 12:4:stä ilmeneviä periaatteita.¹¹⁵

YSL 19.2 § on sisällöltään samankaltainen viittausnormi kuin vakuudenasettamiskieltoa koskeva 17.3 §. Molemmissa viitataan niihin edellytyksiin, joilla vastaavaa disponointia koskeva kompetenssivirhe voisi korjautua saneerausmenettelyn ulkopuolella.¹¹⁶ Merkittävä ero on, että perintäkiellon rikkomistilanteissa sivullissuojaa ei ole rajattu tiettyihin varallisuuslajeihin, vaan suojamahdollisuus koskee kaikenlaatuista vakuusomaisuutta. Lisäksi suoja edellyttää aina luovutuksensaajan vilpittömää mieltä, kun YSL 17.3 §:n mukaan vakuusoikeustoimi voi periaatteessa olla tehokas vakuuden saajan vilpittömästä mielestä riippumattakin.

5.5.2.2 Yleisten suojasäännösten soveltuvuudesta panttivelkojan kompetenssin puutteeseen

Perintäkielto rajoittaa *velkojan realisointikompetenssia*. Panttia realisoidessaan velkoja ei muutoinkaan käytä omistajan luovutuskompetenssia, vaan pantinhalijan realisaatio-oikeutta.¹¹⁷ Realisaatiokompetenssi perustuu lakiin ja panttaus-sopimukseen. Myös panttivelkojan realisointivallan ylittämisessä voidaan silti aivan hyvin puhua – samoin kuin omistajankin kompetenssin ylittämisessä – kompetenssivirheestä ja kompetenssitehottomuudesta. Itse asiassa YSL 19.3 §:n tarkoituksena näyttää olevan, että perintäkiellon vastaisiin disponointeihin sovelletaan tavanomaisen irtaimen omaisuuden osalta KK 11:4:n ja 12:4:n saantosuojasäännöksiä, arvopapereiden osalta VKL 14 §:ää (siihen kohdistuvine viittauksineen, OYL 3:9 ja AsOYL 2:19) sekä arvo-osuuksien osalta ATL 26 tai 27 §:ää.¹¹⁸ Kuten pian huomataan, viittaukseen sisältyvä oletama yleisten saanto-

¹¹⁵ Ks. *Zitting* Saantosuoja s. 46 ja *sama* Sivullissuojasta s. 60.

¹¹⁶ YSL:n perintäkielto kuitenkin syrjäytyy RahVakL:n tieltä. Sanotun lain 6.3 §:ssa säädetään varaukseton perintäkieltopoikkeus, joten velkojan perintätoimet ovat päteviä ilman vilpittömän mielen vaatimusta; vaatimuksena on ainoastaan vakuusoikeussuhteen ja -omaisuuden kuuluminen RahVakL:n soveltamisalaan. RahVakL 6.3 §:sta ks. HE 133/2003 s. 43–44.

¹¹⁷ *Zitting* Saantosuoja s. 46, *sama* Sivullissuojasta s. 60.

¹¹⁸ Koska kiinteistöpantin realisointi edellyttää (tuomioistuimen ja) ulosottoviranomaisen myötävaikutusta, sitä ei 1. luvussa asetetun rajauksen mukaisesti tarkastella tässä tutkimuksessa. On erittäin epätodennäköistä, että ulosottomies erehdyksessä, saati muutoin, panisi hypoteekkituomion täytäntöön vastoin perintäkieltoa.

suoja säännösten soveltumisesta ei kuitenkaan ole aivan niin ongelmaton kuin YSL:n valmisteluvaiheessa ehkä oletettiin.

Tarkastelu on syytä aloittaa saantosuojan ydinalueelta, tavanomaista irtainta omaisuutta koskevista KK 11:4:stä ja 12:4:stä. Kuten hyvin tiedetään, näiden säännösten perusteella luovutus on tehokas luovutuskompetenssin puuttumisesta huolimatta, jos luovuttajalla oli omaisuus hallinnassaan ja luovutuksen-saaja saa sen hallintaansa perustellussa vilpittömässä mielessä.¹¹⁹ Kuten niin ikään tunnettua, samoja periaatteita sovelletaan kaikissa muissa tapauksissa kuin niissä, joissa omaisuus on joutunut pois omistajaltaan jonkin RVA 11 §:ssä säädetyn rikoksen johdosta.¹²⁰ Käytössä olevassa esineoikeuden yleisesityksessä esimerkkinä saantosuoja säännösten soveltuvuudesta mainitaan juuri tilanne, jossa omaisuus on luovuttajan hallinnassa panttioikeuden nojalla.¹²¹ Ongelmana YSL 19.3 §:n kannalta kuitenkin on, että saantosuojaa annetaan meillä edelleen vain hallinnan luoman *omistajaolettaman* perusteella. Tämä sääntö ilmaistaan kirjallisuudessa miltei poikkeuksetta niin, että luovuttajan on esiinnyttävä omaisuuden omistajana. Tapana on erityisesti korostaa, että saantosuojaa ei anneta hallinnan mahdollisesti aikaansaaman *edustajaolettaman* perusteella.¹²² Kysymys kuuluu luonnollisesti, miten vaatimus omistajana esiintymisestä – jota voidaan kutsua lyhyesti omistajaedellytykseksi – vaikuttaa luovutuksensaajan saantosuojamahdollisuuksiin perintäkiellosta johtuvaa kompetenssin puutetta vastaan. Estyykö suoja, koska luovuttaja esiintyy – tosiasioita täysin vastaten – panttivelkojana eikä omistajana?

Kiistatonta on, että omistajaedellytys on meillä edelleen voimassa, toisin kuin Ruotsissa, jossa GFL soveltuu myös omistajan edustajana esiintymiseen.¹²³ Edellytystä ei meillä siten voitane syrjäyttää vain viittaamalla sen (yhtä kiistattomaan) vanhentuneisuuteen.¹²⁴ Sen sijaan lienee mahdollista tulkita voimassa olevaa oikeutta sillä tavoin laajentavasti, että panttivelkojana esiintymisen *rinnastetaan oikeusvaikutuksiltaan omistajana esiintymiseen*. Kuten juuri todettiin, omistajaolettama on yleensä asetettu vastakkain edustajaolettaman kanssa toteamalla, että irtaimen hallinta ei luo suojaa ansaitsevaa (ekstinktion oikeuttavaa) edustajaolettamaa. Vaikka tästä ei edelleenkaan haluttaisi luopua, on kuitenkin syytä pohtia vakavasti, tulisiko irtainta omaisuutta hallitsevan

¹¹⁹ Ks. esim. *Zitting* – *Rautiala* s. 310–311.

¹²⁰ *Kartio* Perusteet s. 267–268.

¹²¹ Mts. 270.

¹²² *Zitting* – *Rautiala* s. 312, *Kartio* Perusteet s. 271 ja 273–274. Samoin Ruotsin oikeudessa ennen GFL:n säätämistä *Hessler* s. 124.

¹²³ Ks. *Hästad* s. 65 ja Prop. 1985/86:123 s. 18.

¹²⁴ *Kartio*, Perusteet s. 274, toteaa, että omistajaedellytystä ”voidaan pitää nykyoloissa epätydyttävänä.” Sitä voitaneen pitää suorastaan reliikkina ns. staattisen varallisuusoikeuden aikakaudelta, jolloin omaisuuden arvo perustui ensisijaisesti siihen sisältyvään tuotannon tekijäpotentiaaliin, ts. mahdollisuuteen käyttää omaisuutta omistajansa tuotantovälineenä. Dynaamisen varallisuusoikeuden oloissa, jolloin omaisuuden taloudellinen arvo vaihdannassa on vähintään yhtä

panttivelkojan tekemään luovutukseen soveltaa samoja saantosuoja säännöksiä kuin omistajana esiintyneen henkilön tekemään luovutukseen. Panttivelkojahan ei todellakaan esiinny omistajan edustajana. Päinvastoin, hänellä on omaisuuden itsenäinen realisointi-intressi, josta velallinen ei voi määräillä (muutoin kuin maksamalla velkansa). Tämän intressinsä turvaamiseksi panttivelkojalla on sekä oikeus pitää omaisuutta hallinnassaan että valta määrätä sen realisoinnista panttisaatavan suoritukseksi. Kuten Zitting on todennut, nämä kelpuutukset eivät perusta panttivelkojalle omistajan oikeusasemaa. Nähdäkseni ne ovat kuitenkin omaisuuden *luovutuksen kannalta* siinä määrin lähellä omistajan luovutuskompetenssia, että panttivelkojan tekemään luovutukseen olisi perusteltua soveltaa ex analogia samoja saantosuoja sääntöjä kuin omistajana esiintyneen henkilön tekemään luovutukseen.

KK 11:4:n ja 12:4:n on YSL:n kanssa miltei samanaikaisessa lainvalmistelussa katsottu soveltuvan pitkälti vastaavaan tilanteeseen, irtaimen omistajan tekemään luovutukseen silloin, kun omaisuus oli ennen luovutusta jo ulosmitattu. UL 4:30.1:ssä säädetään aivan samoin muotoiluun kuin YSL 19.2 §:ssä, että tällainen luovutus on tehoton, mutta luovutuksensaaja voi saada ”vilpittömän mielen suojan sen mukaan kuin siitä erikseen säädetään.” Säännöksen esitöissä todetaan nimenomaisesti, että viittauksella tarkoitetaan esimerkiksi KK 11:4:ää ja 12:4:ää.¹²⁵ Näillä perusteilla tässä tutkimuksessa suositellaan tulkintaa, jonka mukaan perintäkiellon vastaiseen realisointiluovutukseen sovelletaan KK 11:4:stä ja 12:4:stä ilmeneviä periaatteita.

Juuri käsiteltyä ongelmaa ei ole, jos pantin realisointiin voidaan soveltaa VKL 14 §:n säännöksiä *juoksevan velkakirjan luovutuksensaajan saantosuoja*sta. Kuten tunnettua, arvopaperioikeudellinen saantosuoja on selvästi laajempaa kuin tavanomainen irtaimisto-oikeudellinen suoja. Vaihdannan intressillä on arvopaperioikeudessa perinteisesti ollut (vielä) vahvempi asema kuin irtaimisto-oikeudessa.¹²⁶ Tämän tutkimuksen kannalta olennaisin ero KK:n saantosuoja säännöksiin nähden on *omistajaedellytyksen puuttuminen*. VKL 14.1 §:n mukaan saantosuojaa annetaan yleisesti sitä vastaan, ”ettei luovuttaja ollutkaan oikeutettu määräämään velkakirjasta”. Tämän on todettu tarkoittavan erityisesti, että myös edustajaolettama saa suojaa.¹²⁷ Pantinhaltijan realisointi-

merkittävä kuin tuotantovälinefunktio, ei enää tulisi pitää kiinni tällaisista jäänteistä. Staattisen ja dynaamisen varallisuus oikeuden malleista laajemmin *Tammi-Salminen* s. 25–27.

¹²⁵ HE 181/1992 s. 41. Kysymys vilpittömän mielen suojasta ulosmitatun omaisuuden luovutuksessa oli aiemmin epäselvä, mutta kirjallisuudessa puollettiin yleisten vilpittömän mielen suojan kriteerien soveltamista. Ks. *Olsson* s. 154–156.

¹²⁶ Arvopaperin luovutuksensaajan saantosuojasta ks. *Hakulinen* Velkakirjalaki s. 114–124, *Aurejärvi* Luotto- ja maksuvälineet s. 81–82 ja *Kartio* Perusteet s. 280–281.

¹²⁷ Eri asia on, että edustajaolettaman perusteltuisuutta voi koskea laajempi selonottovelvollisuus, ks. *Hakulinen* Velkakirjalaki s. 122.

kompetenssi on siis – samoin kuin edellä todettiin irtaimisto-oikeuden osalta – jäänyt omistaja- ja edustajaolettaman varjoon. Tästä huolimatta ei voine olla mitään epäselvyyttä siitä, etteikö VKL 14 §:ää sovellettaisi myös pantinhaltijan *nimenomaan pantinhaltijana* tekemään realisointiluovutukseen. Jos edustajaolettamaa suojataan, on myös pantinhaltijan realisointikompetenssiin kohdistuvaa luottamusta suojattava. Näin jo siksi, että panttivelkojan kompetenssiin kuuluu olennaisena osana realisointikompetenssi; se on panttivelkojan kompetenssin ydin. Panttivelkojan realisointikompetenssiin voinee siten kohdistua jopa vahvempi kelpoisuusolettama kuin velkakirjan ”oikean omistajan” antamaan valtuutukseen tai muuhun perusteeseen nojaavaan edustusvaltaan. Luonnollisesti luovutuksensaajan vilpittömän mielen on aina oltava perusteltua. Juoksevan velkakirjan (ja muun arvopaperin) perintäkiellon vastainen realisointiluovutus on tehokas vain, jos luovutuksensaaja ei tiennyt *eikä hänen pitänytkään tietää*, ettei panttivelkoja ”ollutkaan oikeutettu määräämään velkakirjasta” (VKL 14.1 §). Yksittäistapauksen olosuhteista riippuu, onko luovutuksensaajalla aihetta epäillä realisointia YSL:n mukaisen perintäkiellon vastaiseksi ja minkä laajuisia selonottotoimia häneltä kulloinkin on edellytettävä asian selvittämiseksi.

Edellä lausutusta ilmenee myönteinen suhtautuminen luovutuksensaajan mahdollisuuteen saada saantosuoja perintäkiellon vastaisen vakuusrealisoinnin tehottomuutta vastaan. Arvopaperioikeudellinen suoja on nähdäkseni kiistaton, KK 11:4 ja 12:4:iin perustuva suoja epävarmempi, johtuen edelleen voimassa olevasta omistajuusedellytyksestä. Yllä suositellut tulkinnat ovat luonnollisesti hyväksyttävissä vain, jos perusasenne suojamahdollisuuteen todella on myönteinen. Nähdäkseni myönteiselle perusasenteelle onkin vahvoja argumentteja. Ensinnäkin vilpittömän mielen suoja näyttää viime aikoina vahvistaneen perinteisesti vaatimatonta rooliaan kollektiivisessa insolvenssioikeudessa. Kehitys kulminoituu uuden konkurssilakimme vilpittömän mielen suojaa koskevaan sääntelyyn (KonkL 3:2).¹²⁸ Lisäksi on huomattava, että suoja perintäkieltoa rikkovan luovutuksen tehottomuutta vastaan ei sellaisenaan heikennä perintäkiellon merkitystä. Vakuuden realisointikiellolla tavoitellaan viime kädessä sitä, että vakuusvelkoja ei saa erillisrealisoinnilla suoritusta saatavalleen. Tämän tavoitteen toteutuminen ei riipu niinkään luovutuksensaajan vilpittömän mielen suojaamisesta kuin siitä, miten vakuusrealisoinnista saadut varat käytetään. Tähän kysymykseen siirrytään seuraavaksi.

¹²⁸ Ks. HE 26/2003 s. 47–49. Vilpittömyyden mieltä suojataan myös MKA:ssa, ks. *Mellqvist* s. 242–244.

5.5.2.3 Vakuusvelkojan asema kiellonvastaisen realisoinnin jälkeen

Kielletyn vakuusrealisoinnin tuottamiin varoihin on ajateltavissa kaksi suhtautumistapaa. Ensinnäkin voidaan katsoa, että perintäkiellon rikkomisesta on seurattava velkojalle sanktio, ankarimmillaan vakuusoikeuden lakkaaminen. Tätä lähestymistapaa voidaan kutsua vaikkapa *sanktioperiaatteeksi*. Toinen mahdollisuus on, että kiellon vastainen realisointi ei aiheuta sanktiota, muttei toisaalta saa tuottaa velkojalle hyötyäkään. Tällöin vakuusoikeus pysyy voimassa, kohdistuen realisoinnin tuottamiin varoihin. Jälkimmäisen vaihtoehdon voidaan sanoa perustuvan *neutraliteetti- ja surrogaattiperiaatteille*.

YSL:n esityöt ilmentävät ehkä jossain määrin enemmän sanktioperiaatetta, mutta selkeää sitoutumista kumpaankaan vaihtoehtoon ei tehdä. YSL 19.2 §:n perusteluissa todetaan, että vakuusvelkoja, ”joka on hankkinut maksun hyödyntämällä vakuutta kiellon vastaisesti, joutuisi – – vaadittaessa palauttamaan saamansa suorituksen ja alistumaan velkajärjestelyyn vastaavasti kuin muut vakuusvelkojat.”¹²⁹ On korostettava, että perustelulausumassa mainittu maksun palautusvelvollisuus ei tarkoittaisi vakuusvelkojastatuksen menettämistä; velkojanhan katsotaan joutuvan alistumaan velkajärjestelyyn muiden *vakuusvelkojen* tavoin. Varojen palauttaminen heikentäisi kuitenkin olennaisesti vakuuden tuottamaa turvaa. Kommentaarissaan Koskelo ottaakin askeleen kohti neutraliteetti- ja surrogaattiperiaatetta toteamalla, että realisointikiellon rikkomisesta huolimatta velkojalla säilynee vakuuden ”sijaan tullesiin varoihin samanlainen oikeus” kuin alkuperäiseen vakuuteen. Edelleen hän toteaa, että suorituksen palautus edellyttäisi ”korvaavan vakuuden asettamista sen varalle, että saneerausohjelman mukainen maksuvelvollisuus sittemmin jää täyttämättä”.¹³⁰

Kumpi vaihtoehto sitten olisi perustellumpi? Surrogaattioikeuden edellytykseksi voitaisiin ehkä asettaa velkojan vilpittömän mielen, ts. se, että velkoja hyödynsi vakuutta siinä perustellussa luulossa, ettei perintäkielto ole kyseisen realisoinnin tai muun toimen esteenä. Vilpittömän mielen vaatimus tarkoittaisi, että realisoinnista kertyneet varat olisi luovutettava velalliselle, mikäli velkoja rikoi perintäkieltoa tietoisesti. Ei kuitenkaan ole lainkaan selvää, miksi velallisen pitäisi hyötyä tällä tavoin perintäkiellon vastaisesta disponoinnista. Lisäksi on kyseenalaista, pitääkö velkojan joutua tietoisensaankin rikkeen takia huonompaan asemaan kuin missä hän oli ennen rikkomustaan. Surrogaattiperiaatteen noudattaminen johtaa kaikkien osapuolten kannalta neutraaliin tulokseen. Se merkitsee itse asiassa vain vakuuden vaihtumista, joka ei aiheuta vahinkoa velalliselle eikä velkojakollektiiville. Palautusvelvollisuuden täytynee kuitenkin syntyä siltä osin kuin kiellonvastainen realisointi tuotti enemmän kuin mikä vakuu-

¹²⁹ HE 182/1992 s. 75.

¹³⁰ Lainaukset Koskelo s. 176–177.

den arvo oli menettelyn alkaessa. Muussa tapauksessa velkoja voisi kiellonvastaisella perinnällä saada paremman suorituksen kuin kieltoa noudattamalla.¹³¹

Yllä lausutuilla perusteilla tässä tutkimuksessa suositellaan, että perintäkiellon vastaiseen realisointiin sovelletaan neutraliteetti- ja surrogaattiperiaatetta riippumatta siitä, rikkoiko velkoja kieltoa tietoisesti, huolimattomuuttaan tai täysin hyvässä uskossa. Velkojalla on siten realisoinnin tuottamiin varoihin samansisältöinen oikeus kuin alkuperäiseen vakuuteen. Velalliselle on kuitenkin luovutettava se osa realisoinnin ehkä tuottamista varoista, joka ylittää vakuuden arvon menettelyn alkaessa.

Toisin kuin velalliseen kohdistuvien vallinnanrajoitusten kohdalla, perintäkiellolla ei tarvitse suojata kieltoa rikkonutta velkojaa itseään niin, että hänellä olisi oikeus vedota oman realisointiluovutuksensa tehottomuuteen. Rauhoitusaika suojaa kylläkin myös velkoja, mutta *vain toisiaan vastaan*. Jos vakuusvelkoja ylittää realisointivaltansa, kompetenssivirheeseen voivat vedota vain velallinen ja selvittäjä. Jo neutraliteetti- ja surrogaattiperiaatteet aiheuttavat sen, ettei velkojalla välttämättä olisi edes oikeussuojan tarvetta tehottomuuden voimaansaattamiseen.

Jos luovutuksensaaja palauttaa vakuusomaisuuden, velkojan oikeus kohdistuu siihen alkuperäisen vakuussopimuksen mukaisesti; hänen asemansa saneerausmenettelyn velkajärjestelyssä ei siis muutu, vaikka omaisuuden arvo olisi luovutuksensaajan toimien johdosta laskenut tai noussut. Luovutuksensaajalla on vastaavasti oikeus saada maksamansa varat takaisin.

5.6 LUVANVARAISEN JA YLIMÄÄRÄISEN VALLINNANRAJOITUKSEN RIKKOMINEN

5.6.1 Oikeustoimen tehottomuus ja vilpittömän mielen suoja

5.6.1.1 YSL:n omat suojasäännökset

Saneerauslaki noudattaa seuraamushakuista lähtökohtaa johdonmukaisesti kaikissa disponointirajoituksissa. Myös luvanvarainen määräysvalta ja ylimääräiset vallinnanrajoitukset ovat tehottomuusseuraamuksen alaisia. Oikeustoimi, joka on tehty vastoin YSL 29.2 §:n 1–7 kohtia taikka YSL 30 §:n nojalla annettua määräystä, on tehoton (YSL 29.3 § ja 30.4 §). Sekä luvanvaraisen että ylimääräisen disponointirajoituksen rikkomisesta aiheutuvaa tehottomuutta

¹³¹ Koska vakuusvelan määrä ratkeaa menettelyn alkaessa, eikä tästä enää muutu vakuuden arvoa seuraillen, lainsäätäjän tahtona täytynee pitää, että vakuuden arvon nousu koituu velallisen hyväksi. Tällöin juuri todettu ylijäämäkin lienee luovutettava velalliselle (jolloin se turvaa velallisen kykyä selviytyä saneerausohjelmasta).

vastaan voidaan kuitenkin myöntää vilpittömän mielen suojaa. Vastoin rajoitusta tehty oikeustoimi on tehokas, ”jos toinen osapuoli ei tiennyt eikä hänen pitänytkään tietää, ettei velallisella ollut oikeutta tehdä kyseistä oikeustointa” (YSL 29.3 § ja 30.4 §).¹³² Toisin kuin vakuudenasettamiskiellon rikkomisessa, merkitystä ei ole sillä, millaista varallisuutta oikeustoimi koskee.

Velallisen ja hänen sopimuskumppaninsa välisessä suhteessa YSL:n säännökset vilpittömän mielen suojasta pätevöittävät oikeustoimen, jota muutoin rasittaisi kompetenssitehottomuus. Saneerausvelkojen ja velallisen sopimuskumppanin välillä vilpittömän mielen suoja on puolestaan dynaamista sivullis-suojaa. Tältä osin rehabilitaatio-oikeus eroaa merkittävällä tavalla perinteisestä konkurssioikeudesta, jossa velallisen sopimuskumppanin vilpittömälle mielelle ei annettu lainkaan merkitystä. Konkurssivelallisen tekemä, konkurssivarallisuutta koskeva luovutus tai muu disponointi oli kompetenssivirheen johdosta tehoton pesää kohtaan riippumatta siitä, tiesikö velallisen sopimuskumppani tai pitikö hänen tietää kompetenssin puutteesta (konkurssista).¹³³

Tälle oikeuspoliittisesti merkittävälle eroavuudelle on useita perusteita. Ensimmäinen on kohtuus; oikeustoimen tehottomuutta sopimuskumppanin vilpittömästä mielestä riippumatta on helppo pitää kohtuuttomana. Toisena perusteenä voidaan pitää sitä, että saneerausmenettely ei merkitse konkurssin kaltaista jyrkkää poikkeustilaa, jonka tavoitteena on velallisen nykymuotoisen liiketoiminnan lakkauttaminen tai siirtäminen toiselle oikeussubjektille. Velallisen liiketoiminta jatkuu säännönmukaisesti ennallaan. Tämä tarkoittaa, että myöskään vaihdannan intressi – joka on vilpittömän mielen suojan perusteista painavimpia – ei heikkene *pelkästään* saneerausmenettelyn alkamisen johdosta. Vaihdannan luotettavuus edellyttää, että velallisen sopimuskumppaneiden vilpittömyyttä mieltä suojataan lähtökohtaisesti samoin kuin ennen menettelyn alkamistakin. Myöskään täytäntöönpanointressi ei välttämättä vaadi vilpittömän mielen sivuuttamista. Kun täytäntöönpanointressi on tarkoitus tyydyttää muutoin kuin velallisen omaisuutta realisoimalla, saneerauksessa ei ole konkurssiin verrattavaa tarvetta kerätä kaikki realisointikelpoinen varallisuus velkojen ulottuville.¹³⁴

Toisaalta on syytä huomata, että velallisen sopimuskumppanin suoja YSL:n luvanvaraisia ja ylimääräisiä vallinnanrajoituksia vastaan voi poiketa merkittävästikin edellä tarkastellusta arvopaperi- ja arvo-osuus-oikeudellisesta suojasta,

¹³² Säännöksillä suojataan luonnollisesti velallisen sopimuskumppanin vilpittömyyttä mieltä, vaikka sanamuoto voitaisiin lukea niinkin, että sillä tarkoitettaisiin myös velallista (”toinen osapuoli”). Tässä tutkimuksessa sanamuotoa ei kuitenkaan problematisoida, vaan lähdetään siitä, että velallisen vilpittömän tai vilpillinen mieli on oikeustoimen tehokkuuden kannalta merkityksellinen.

¹³³ Ks. tästä *Zitting* Saantosuoja s. 65, *sama* Sivullissuojasta s. 81–82 ja *Kartio* Perusteet s. 269.

¹³⁴ Uuden konkurssilakimme mukaan velallisen sopimuskumppanin vilpittömälle mielelle annetaan merkitystä myös konkurssissa. Perustelujen valossa keskeinen tavoite näyttää olleen juuri kohtuuttomuusien välttäminen, ks. HE 26/2003 s. 47–48.

jota sovelletaan vakuudenasettamiskiellon rikkomistilanteissa. Jos disponoinnin kohteena ei ole juokseva velkakirja, muu arvopaperi tai arvo-osuus, jo lähtökohdat ovat erilaiset. Vaihdannan intressi vaikuttaa – myös saneerausmenettelyn aikana – *voimakkaammin* juuri arvopaperi- ja arvo-osuusdisponointeihin. Niissä vilpittömän mielen suojalla on korostettu merkitys. Usein YSL 29.3 §:n ja 30.4 §:n tulkinnassa ja soveltamisessa velallisen sopimuskumppanille voitaneenkin asettaa pidemmälle menevä selonottovelvollisuus velallisen kompetenssista kuin arvopaperi- ja arvo-osuusoikeudessa. Oikeusvaikutuksia voidaan tällöin myös kytkeä helpommin ulkoisiin seikkoihin, kuten saneerausmenettelyn alkamista koskeviin kuulutuksiin ja rekisterimerkintöihin.

5.6.1.2 Vilpittömän mielen kohteesta

Tunnettua on, että vilpittömän mielen täsmällisempi, mutta samalla riittävän yleispätevä määrittäminen on erittäin vaikeaa.¹³⁵ Olisikin helppo sanoa, että velallisen sopimuskumppanin vilpittömän tai vilpillinen mieli on ratkaistava in casu. Näin toisaalta onkin; tyhjentäviä etukäteiskriteereitä ei liene mahdollista antaa. Tästä huolimatta voidaan ja täytyykin osoittaa perusteita, joiden varassa vilpittömän mielen suojaa arvioidaan.

Saneerausvelallisen sopimuskumppanin vilpittömän mielen on kohdistuttava *velallisen oikeuteen tehdä kyseinen oikeustoimi*. Selonottovelvollisuuden kohteina voivat siten olla

- saneerausmenettely
- kyseisen oikeustoimen kiellettyisyys ja
- selvittäjän lupa.

Saneerausmenettelyn käynnistämisestä julkaistaan kuulutus virallisessa lehdessä; siitä tehdään merkintä myös kaupparekisteriin sekä eräisiin muihin rekistereihin velallisen toimialan ja varallisuuden edellyttämässä laajuudessa (YSL 80 § ja YSA 4–9 §:t). Esitöissä lähdetään siitä, että kuulutus ja rekisterimerkinnät rajoittavat huomattavasti perustellun vilpittömän mielen mahdollisuutta.¹³⁶ Suojan todetaan tulevan kyseeseen lähinnä sellaisten oikeustoimien osalta, jotka on tehty ennen kuulutuksen julkaisemista ja merkintöjen tekemistä. Lakiin perustuvaa, kuulutukseen ja rekisterimerkintöihin kytkeytyvää tietoisuusolettamaa ei kuitenkaan ole säädetty, ja selonottovelvollisuuden aste lieneekin joustava. Liikejuridiikan kanssa jatkuvasti tekemisissä oleville sopimuskumppaneille voitaneen kuitenkin asettaa *tosiasiallinen tietoisuusolettama kuulutuksen jul-*

¹³⁵ Ks. *Kaisto* Tiesi tai piti tietää s. 12–14 ja laajasti etenkin vilpittömän mielen vaatimuksen sisällöllisestä ulottuvuudesta mts. 268–387.

¹³⁶ HE 182/1992 s. 82–83.

kaisemisen jälkeen. Tällaisten sopimuskumppanien tulisi siten näyttää toteen jokin peruste, joka kumoaa oletttaman.¹³⁷

Euroopan unionin jäsenvaltioiden kesken täytynee lähteä siitä, että erityispe-rusteeksi ei kelpaa pelkästään sopimuskumppanin ulkomaalaisuus. Ulko-maisenkin sopimuskumppanin on siten näytettävä jokin 'lisäperuste' tietoi-suusolettaman kumoamiseksi. Näin on varsinkin siinä tapauksessa, että sopi-muskumppanin kotimaassa tai toimipaikkavaltiossa on julkaistu MKA 21 artiklassa tarkoitettu kuulutus. Kuulutuksellahan on jopa legaalisen tietoi-suuspresumtion perustava merkitys, joka tosin on soveltamisalaltaan rajattu. Asetuksen 24 artiklan mukaan velallisen velalliselle myönnettävä, vilpittö-mään mieleen perustuva maksusuoja ratkeaa lähtökohtaisesti kuulutuksen nojalla. Jos maksu tehtiin ennen kuulutuksen julkaisemista, sen oletetaan tapahtuneen vilpittömässä mielessä. Jos suoritus tehtiin kuulutuksen julkai-semisen jälkeen, oletttama on päinvastainen.

Säännöksen mukaan kuulutus perustaa oletttaman menettelyn alkua koske-vasta tietoisuudesta.¹³⁸ Vaikka legaalinen oletttama koskee nimenomaisesti vain maksusuoja, voi olla vaikea perustella, miksi kuulutuksella ei olisi samaa vaikutusta muutoinkin. Kuulutuksen jälkeen vallinneekin varsin vah-va tosiasiallinen tietoisuusolettama, joka ohjaa todistustaakkaa ja näyttökyn-nystä.¹³⁹

Saneerauslain esitöiden lähtökohta on ehdottomasti hyväksyttävä. Perustellun vilpittömän mielen mahdollisuus saneerausmenettelyn alkamisesta on rajattava minimiin; muussa tapauksessa kuulutukselta ja rekisterimerkinnältä katoaisi olennainen funktio.¹⁴⁰ Sen sijaan ei ole selvää, että tietoisuus yksittäisen oikeus-toimen kiellettyisyydestä, esimerkiksi selvittäjän antamasta luvasta, määräytyi-si yhtäläisin perustein. Pyrkimyksenä näyttää tosin olleen, että näihinkin seik-koihin kohdistuva vilpittön mieli sulkeutuisi pois suoraan menettelyn alkamista koskevan kuulutuksen ja siitä tehtävien rekisterimerkintöjen perusteella, sa-maan tapaan kuin edellä havaittiin vakuudenasettamiskiellon osalta. Jo sanee-

¹³⁷ Presumtiota ei voitane pitää kohtuuttomana etenkin, kun muistetaan, miten ankara selonot-toivelvollisuus oli voimassa perinteisessä likvidaatio-oikeudessa. Jokaisenhan katsottiin olevan velvollinen tietämään sopimuskumppaninsa konkurssista, josta perinteisesti kuulutettiin vasta julkisen haasteen yhteydessä, siis velkojainkuulustelun jälkeen, jolloin konkurssi oli ollut käyn-nissä jo viikkoja. Ks. *Zitting* Sivullissuojasta s. 81–82 ja *Havansi* Konkurssioikeus s. 133.

¹³⁸ Myös vilpittömän mielen vaatimus kohdistuu ainoastaan menettelyn alkamiseen (MKA 24(1) artikla).

¹³⁹ MKA:n mukaisesta kuulutus- ja rekisteröintimenettelystä ks. *Mellqvist* s. 164–173, maksu-suoja-artiklasta mts. 244.

¹⁴⁰ Kaupparekisterimerkintään liittyy myös legaalinen oletttama, jonka mukaan kaupparekiste-riin asianmukaisesti merkityn ja kuulutetun tiedon on katsottava tulleen kolmannen henkilön tietoon (KaupparekisteriL 26.1 §). Jos kuuluttamisesta on kuitenkin kulunut vähemmän kuin 16 päivää, kuulutettuun seikkaan ei voida vedota sellaista kolmatta vastaan, joka osoittaa, ettei hän ole voinut tietää siitä. Ks. myös *Liukkonen* DL 1994 s. 419.

rausmenettelyn aloitus päätöksen – josta siis julkaistaan kuulutus – tuleekin toki sisältää tieto siitä, millä tavoin menettelyn aloittaminen rajoittaa velallisen oikeutta määrätä omaisuudestaan ja toiminnastaan (YSL 71.2 §). Sekä luvanvaraisten että ylimääraisten vallinnanrajoitusten on käytävä ilmi myös kaupparekisteriin tehtävästä merkinnästä. Kuten yllä vakuudenasettamiskiellon yhteydessä jo todettiin, edellisten osalta merkinnässä on viitattava YSL 29 §:ään, jälkimmäisten osalta merkinnästä on puolestaan käytävä ilmi tuomioistuimen päätöksen mukaisesti yksilöity rajoitus (vähintäänkin kielletty disponointi ja mahdollinen luvanvaraisuus, YSA 6.2 §).

Vilpittömän mielen kohdentuminen herättää kuitenkin kysymyksiä, etenkin selvittäjän luvan osalta. Vallinnanrajoitusten olemassaoloa ja sisältöä koskeva tietämättömyys ratkennee useimmissa tapauksissa ignorantia juris nocet -periaatteen mukaan, joskaan ei voine olla poissuljettua, että tulkinnallinen epäselvyys johtaisi joissain tilanteissa ’vilpittömän mielen’ suojaan.¹⁴¹ Parhaat mahdollisuudet perusteltuun vilpittömään mieleen näyttävät kuitenkin olevan silloin, kun velallisen sopimuskumppani on tehnyt oikeustoimen siinä käsityksessä, että selvittäjä on antanut siihen luvan. Näin varsinkin, jos velallinen ja selvittäjä ovat etukäteismäärittelyssään jättäneet velallisen itsenäisen disponointivallan rajat tulkinnanvaraisiksi. Ainakin silloin, kun sopimuskumppani on ryhtynyt oikeustoimeen vasta vaadittuaan erityistä selvitystä siitä, miten velallisen itsenäinen kompetenssi on selvittäjän ja velallisen välillä määritelty, hän lienee täyttänyt selonottovelvollisuutensa. Se, että velallisen disponointivalta jälkikäteen sittenkin kyseenalaistetaan ja osoittautuu ylitetyksi, ei voi ilman muuta koitua sopimuskumppanin vahingoksi. Etukäteismäärittelyn riittävä selkeys on pikemmin velallisen ja selvittäjän kuin sopimuskumppanin vastuulla (in dubio contra stipulatorem). Suojan edellytyksenä on toisaalta aina pidettävä, että sopimuskumppanilla oli hänelle esitetyn määrittelyn perusteella järkevä aihe uskoa velallisen itsenäiseen oikeuteen tehdä kyseinen määräämistöimi.

5.6.1.3 Suojan edellytyksistä

a) Viittaus yleisiin suojanormeihin? Edellä todettiin, että vakuudenasettamiskiellon rikkomistilanteissa vilpittömän mielen edellytykset ovat YSL 17.3 §:iin sisältyvän viittauksen nojalla samat kuin muissakin kompetenssitehoittomuuksilanteissa. Samanlaista viittaustekniikkaa ei käytetä luvanvaraisten ja ylimää-

¹⁴¹ Vallinnanrajoitusta koskeva virheellinen käsitys ei välttämättä ole puhdas oikeuserehdys. Esimerkiksi velallisen tavanomaisen toiminnan ja tavanomaisten sopimusehtojen piiri voi rajautua sopimuskumppanin näkökulmasta aivan perustellusti toisin kuin mitä selvittäjä pitää tavanomaisena (YSL 29.2 § 1, 3, 4, 6 ja 7 kohdat). Poikkeavat käsitykset taas saattavat hyvinkin perustua puhtaisiin faktoihin, ts. ei-normatiivisiin perusteisiin.

räisten disponointirajoitusten ylittämistilanteissa. YSL 29.3 §:n ja 30.4 §:n perusteella jää avoimeksi itse asiassa kaikki muu paitsi suojan subjektiivinen elementti eli sopimuskumppanin vilpittön mieli. Vilpittömän mielen ajankohta, samoin kuin mahdolliset objektiiviset elementit (hallinnan siirto ym.) ovat kokonaan vailla sääntelyä.¹⁴²

Vilpittömän mielen suojan edellytyksiä määriteltäessä peruskysymys on, katsotaanko YSL 29.3 §:n ja 30.4 §:n avoimuus lainsäätäjän tietoiseksi valinnaksi. Viestinä voi olla joko se, että oikeustoimen tehokkuus on todella haluttu kytkeä kaikissa tilanteissa ja kaikissa henkilörelaatioissa pelkästään velallisen sopimuskumppanin vilpittömään mieleen. Vaihtoehtoisesti on mahdollista, että sivullissuojan tarkemmat edellytykset – kuten objektiivisen momentin täyttyminen eri oikeustoimissa – on jätetty yleisen varallisuus oikeuden säänneltäviksi. Tällöin saneerauslaista olisi tarkoituskin ilmetä ainoastaan vilpittömän mielen vaatimus, mutta muilta osin YSL 29.2 § ja 30.4 § tulkittaisiin samanlaisiksi viittauksiksi kutakin varallisuuslajia koskeviin yleisiin suojanormeihin kuin vakuusdisponointeja koskeva YSL 17.3 §. Suojan ’konkreettisiin’ edellytyksiin sovellettaisiin tällöin sääntöjä, joita vastaavaan disponointiin sovellettaisiin saneerausmenettelyn ulkopuolella sillä lisäyksellä, että edellytyksenä olisi aina vilpittön mieli. Tässä tutkimuksessa katsotaan, että vilpittömän mielen sisältö ja suojan edellytykset on todella jätetty oikeustieteen ja -käytännön varaan. Oliko ratkaisu valmisteluvaiheessa tietoinen vai ei, on toinen asia. Selvää on ainoastaan, että niin sääntely kuin perustelutkin ovat huomattavan avoimia.

b) Suoja inter partes. Velallisen ja hänen sopimuskumppaninsa välillä on syytä selvittää, mitä ajankohtaa sopimusoikeudessa yleensä pidetään ratkaisevana suojan saamisen kannalta. Oikeustoimilain mukaan oikeustoimen pätevyyden riippuessa osapuolen vilpittömästä mielestä on otettava huomioon, mitä kyseinen sopimuspuoli tiesi tai mitä hänen olisi pitänyt tietää silloin, kun hän sai tiedon oikeustoimesta (OikTL 39 §). Erityisten asianhaarojen antaessa aiheita voidaan ottaa huomioon myös, mitä osapuoli tiesi tai hänen olisi pitänyt tietää myöhemmin, mutta ennen kuin oikeustoimi on vaikuttanut määräävästi hänen toimintaansa. Jos vastaavaa periaatetta sovelletaan YSL 29.3 §:n ja 30.4 §:n edellyttämään vilpittömään mieleen, ratkaisevaa olisi siten sopimuskumppanin tieto itse oikeustoimesta taikka viimeistään oikeustoimen määräävä vaikutus sopimuskumppanin toimintaan. Määräävä vaikutus tarkoittaa sellaisia toimenpiteitä, joihin sopimuskumppani ryhtyy oikeustoimen johdosta ja jotka eivät ole merkitykseltään vähäisiä.¹⁴³ On syytä korostaa, että määräävä vaikutus voi

¹⁴² Tältäkin osin YSL:n vallinnanrajoitusjärjestelmä poikkeaa AL:n järjestelmästä. AL 39.3 §:n mukaan vilpittömän mielen suoja nimenomaisesti edellyttää traditiota. Ks. säännöksestä *Aarnio – Helin* s. 258.

¹⁴³ Ks. *Ämmälä* s. 117.

ilmetä myös passiviteettina, esimerkiksi siten, että sopimuskumppani lopettaa vaihtoehtoisten sopimuskumppanien etsimisen tai jättää vastaamatta tarjoukseen saaden näin aikaan tarjouksen raukeamisen.

c) *Suoja saneerausvelkojen ja velallisen sopimuskumppanin välillä.* Saneerausvelkojen ja velallisen sopimuskumppanin välisessä suhteessa voidaan yhdeksi lähtökohdaksi asettaa, että rehabilitaatiomenettelyssä velallisen sopimuskumppanin vilpittömyys mieltä on suojattava *tehokkaammin kuin perinteisessä likvidaatio-oikeudessa*. Tämä perustuu siihen, että vaihdannan intressi pysyy saneerauksen aikanakin elinvoimaisena ja ansaitsee suojaa kuten ennen menettelyn alkuakin. Konkurssissa liiketoiminta on tarkoitus lopettaa, jonka vuoksi vaihdannan intressi on heikompi, erityisesti verrattuna konkurssivelkojen täytäntöönpanointintressiin. Laajempaa vilpittömyyden mielen suojaa saneerausmenettelyssä voidaankin puoltaa myös sillä, että täytäntöönpanointintressi ei saneerauksessa kohdistu konkurssin tavoin välittömästi tiettyihin varallisuusobjekteihin, jotka tämän vuoksi olisi pyrittävä keräämään mahdollisimman laajaksi pakko-täytäntömassaksi.

Toiseksi lähtökohdaksi voidaan asettaa kysymys, pitääkö velallisen sopimuskumppanin suojan edellytysten poiketa niistä edellytyksistä, joilla hän saisi suojaa vastaavassa tilanteessa oikeaa omistajaa taikka primuksen asemassa olevaa tahoa vastaan saneerausmenettelyn ulkopuolella. Kysymys on siitä, pidetäänkö saneerausmenettelystä johtuvaa kompetenssinrajoitusta vakavampana, lievempänä vai 'samanarvoisena' kompetenssivirheenä kuin luovuttajan saannon virheellisyyttä tai kaksoisdisponointia varallisuus oikeudessa yleensä. Tässä pidetään lähtökohtana, että saneerausmenettelystä johtuva vallinnanrajoitus on *yhä painava* (samanarvoinen) kompetenssivirhe kuin luovuttajan saannon pätemättömyys tai kaksoisdisponointi. Saneerausmenettelyyn ei siten katsota liittyvän mitään ylimääräistä sivullissuojan tarvetta, joka perustuisi itse menettelyyn ja jota tästä syystä ei menettelyn ulkopuolella olisi. Toisaalta saneerausmenettelyn vallinnanrajoituksia ei ole syytä pitää myöskään lievempinä kompetenssivirheinä kuin luovuttajan oman saannon virheellisyyttä tai hänen tekemäänsä aiempaa disponointia; sivullissuojan tarve saneerausmenettelyssä ei ole tavanomaista vähäisempi. YSL:n vallinnanrajoitusten rinnastaminen muihin kompetenssivirheisiin edistää nähdäkseni parhaiten tavoitetta, että saneerausmenettely ei sellaisenaan aiheuttaisi jyrkkää muutosta vallitsevaan varallisuus oikeudelliseen tilanteeseen.

YSL 29.3 § ja 30.4 § ovat sivullissuojasäännöksinä väljiä. Ne asettavat suojan edellytykseksi ainoastaan subjektiivisen kriteerin eli sopimuskumppanin vilpittömyyden mielen. Säännösten asialla on täysin avoinna, vaatii-ko sopimuskumppanin sivullissuoja myös objektiivisen esineoikeudellisen momentin täyttymistä, ts. hallinnan siirtoa, denuntiaatiota (siirtoilmoitusta esimerkiksi luovutetusta saamis-oikeudesta), kirjausta tai vastaavaa toin-

ta.¹⁴⁴ Epäselvää on myös, onko sopimuskumppanin oltava vilpittömässä mielessä vielä objektiivisen momentin hetkellä, mikäli tätä ylipäänsä vaaditaan. Tältä osin YSL 29.3 § ja 30.4 § eroavat olennaisesti YSL 17.3 §:sta, jonka mukaan vakuudenasettamiskiellosta johtuva kompetenssivirhe korjautuu täsmälleen samoilla edellytyksillä kuin muutkin kompetenssivirheet.

Kuten tunnettua, saantosuojan yleisenä edellytyksenä on KK 11:4:n ja 12:4:n sekä VKL 14 §:n mukaan objektiivisen esineoikeudellisen momentin täyttyminen sekä se, että perusteltu vilpitön mieli jatkuu tähän saakka.¹⁴⁵ Eri-tyissäännösten perusteella dynaamista suojaa voidaan oikeudessamme toki antaa objektiivisesta esineoikeudellisesta momentista riippumattakin.¹⁴⁶ Esineoikeudellisessa kirjallisuudessa näytetään olevan sillä kannalla, että erityiset sivullissuojanormit ovat eksklusiivisia, ts. syrjäyttävät yleisnormit ja järjestävät näin suojan edellytykset tyhjentävästi omalla soveltamisalallaan.¹⁴⁷ Täydentäviä normeja saneerausvelallisen sopimuskumppanin vilpittömän mielen suojasta ei tämän mukaan haettaisi yleisnormeista (esim. KK 11:4:stä ja 12:4:stä tai VKL 14 §:stä), eikä myöskään kyseisenkaltaiseen disponointiin saneerausmenettelyn ulkopuolella soveltuvista erityisistä kollisionormeista.

YSL 29.3 §:a ja 30.4 §:a ei kuitenkaan voitane pitää eksklusiivisina sivullissuojanormeina. Jos niiden olisi haluttu tarjoavan erityissuojaa sivullissuojan yleisistä edellytyksistä riippumatta, tätä ratkaisua olisi pitänyt perustella YSL:n esitöissä. Esitöissä ei pohdita lainkaan ehdotetun lainsäädännön asemaa kollisionormiston osana. Merkittävää on erityisesti, että perusteluja sille, miksi velallisen sopimuskumppanin olisi saatava sivullissuojaa väljemmillä edellytyksillä kuin muissa tilanteeseen rinnastuvissa kompetenssivirhetilanteissa, ei ole esitetty. Tässä tutkimuksessa YSL 29.3 § ja 30.4 § tulkitaankin *viittaussäännöksi*, joilla viitataan kyseistä disponointia koskeviin yleisiin sivullissuojasääntöihin. Säännösten asema kollisionormistossa on näin tulkittuna sama kuin YSL 17.3 §:n.

¹⁴⁴ Oikeustoimen tehokkuuteen velallisen ja sopimuskumppanin välillä riittää sopimuskumppanin vilpitön mieli. Hallinnan siirtoa tms. ei vaadita. Tämä johtuu siitä, että sopimusoikeutemme ei lähtökohtaisesti tunne realisopimuksia eli oikeustoimia, joihin sitoutuminen vaatisi osapuolilta muuta kuin keskinäisen yhteisymmärryksen (konsensuksen). Reaali- ja konsensuaalisopimusten vastakkainasettelusta sekä realisopimusten (heikosta) asemasta Suomen oikeudessa ks. *Havansi* LM 1969 s. 379–413. Uudemmassa sopimusoikeudesta *Hemmo* s. 181 alav. 6.

¹⁴⁵ Ks. *Zitting* Saantosuoja s. 70–80 ja 88–89, *sama* Sivullissuojasta s. 63–67 sekä kriittisesti *Kaisto* Tiesi tai piti tietää s. 196–213.

¹⁴⁶ Ks. *Kaisto* Tiesi tai piti tietää s. 191–196.

¹⁴⁷ Näin ymmärtäisin *Kaiston* esityksen (Tiesi tai piti tietää s. 276). Hän toteaa, että saantosuojaa koskevat yleisnormimme (KK 11:4, 12:4 sekä VKL 14 §, ks. myös OYL 3:9) syrjäytyvät, ”jos oikeusjärjestyksessä on annettu lainkohtien ohi menevää erityissäätelyä käsillä olevaa kollisiotilannetta silmällä pitäen.” Asian ilmaisee ytimekkäästi *Kartio* (Perusteet s. 271): ”Jos tapaus on erityissäätelyn alainen, yleiset saantosuojasäännökset väistyvät”.

Tämä tarkoittaa ensinnäkin, että nimenomaisen objektiivisen esineoikeudellisen momentin puuttuminen YSL 29.3 §:sta ja 30.4 §:sta *ei tarkoita, että velallisen sopimuskumppani saisi ilman muuta saantosuoja objektiivisesta momentista riippumatta*. Oikeustoimi ei sido saneerausvelkoja pelkästään sillä perusteella, että velallisen sopimuskumppani oli perustellussa vilpittömässä mielessä velallisen kompetenssin puuttumisen suhteen. Saneerausmenettelyssä sivullisen vilpittömyyden mieltä on kylläkin syytä suojata tehokkaammin kuin perinteisesti konkurssioikeudessa, mutta kuten edellä on todettu, velallisen sopimuskumppanin ei tule saada suojaa saneerausvelkoja vastaan väljemmillä perusteilla kuin hän saisi saantosuoja oikeaa omistajaa tai primusta vastaan saneerausmenettelyn ulkopuolella. Erityisperustetta, joka antaisi aiheen tällaiseen sivullissuojan edellytysten väljentämiseen saneerausmenettelyssä, ei ole esitetty YSL:n perusteluissa eikä lain voimaantulon jälkeenkään.

Velallisen sopimuskumppanin irtaimisto-oikeudellinen saantosuoja saneerausvelkoja vastaan ratkeaa siten KK 11:4:n ja 12:4:n perusteella, arvopaperioikeudellinen suoja taas VKL 14 §:n perusteella. Jos disponointi on kohdistunut arvo-osuuteen, sovellettavaksi tulee ATL 26 §. Näiden yleissäännösten ympärille kehittynyt doktriini on siten voimassa myös silloin, kun vilpittömän mielen suojaa vaaditaan YSL 29.3 §:n tai 30.4 §:n perusteella. Mikäli disponoinnin kohteena olevaa varallisuutta koskee jokin erityinen sivullissuojanormisto, suojan edellytykset määräytyvät kyseisen normiston nojalla. Näissä tilanteissa YSL 29.3 §:n ja 30.4 §:n itsenäinen merkitys on siten ”vain” siinä, että sivullissuojan edellytyksenä on *aina sopimuskumppanin perusteltu vilpittömyys* velallisen kompetenssin puuttumisesta, vaadittiin tätä ao. erityisnormistossa tai ei.

Juuri asetetun sivullissuojan ”samastusperiaatteen” edellytyksenä on tietenkin, että YSL:n ulkopuolinen normisto koskee kompetenssin puuttumista yleisesti. Jos suojamahdollisuutta säännellään erikseen tietyn kompetenssinrajoitusperusteen osalta, samastusperiaate ei sellaisenaan osoita, miten YSL:iin perustuva kompetenssivirhe vaikuttaa oikeustoimen tehokkuuteen. *Vain* näissä tilanteissa YSL 29.3 §:a ja 30.4 §:a voidaan pitää itsenäisinä kollisionormeina; oikeustoimen tehokkuuteen riittää perusteltu vilpittömyyden mieli velallisen kompetenssin puuttumisesta. Saman täytyy koskea kokonaan sääntelemättömiä kollisioita. Jos saneerausvelallisen varallisuuteen kohdistuneen oikeustoimen tehokkuutta ei voida arvioida minkään YSL:n ulkopuolisen kollisionormin perusteella, kompetenssivirhe korjautuu suoraan sopimuskumppanin perustellun vilpittömyyden mielen nojalla.

Kun YSL 29.3 §:n ja 30.4 §:n mukainen tehottomuus sijoitetaan yllä esitetyin tavoin osaksi varallisuus oikeuden yleistä saantosuojanormistoa, on vielä ratkaistava, koskeeko irtaimisto-oikeudellinen lunastusoikeus (KK 11:4 ja 12:4) myös saneerausvelkojen ja velallisen sopimuskumppanin välistä kollisioita. Tätäkin kysymystä arvioitaessa on ratkaisevaa, halutaanko velallisen

sopimuskumppanille antaa saneerausvelkojia vastaan toisenlainen – parempi – asema kuin luovutuksensaajalla olisi saneerausmenettelyn ulkopuolisessa kollisionssa. Nähdäkseni tähän ei ole perusteita; saneerausmenettelyn on kylläkin tarjottava tehokkaampaa sivullissuojaa kuin perinteisen konkurssioikeuden, mutta ei sen parempaa suojaa kuin yleinen varallisuus oikeus tarjoaisi vastaavalle disponoinnille saneerausmenettelyn ulkopuolella. Näillä perusteilla tässä tutkimuksessa suositellaan tulkintaa, jonka mukaan velallisen sopimuskumppani on vilpittömästi mielestään huolimatta velvollinen palauttamaan saamansa omaisuuden lunastusta vastaan.

Lunastussumma on menettelyn aikana syntynyt velka, joka on maksettava erääntyessä ja jolla on mahdollisessa konkurssissa uusien velkojen etuoikeus. Edellytyksenä lunastusoikeudelle on luonnollisesti, että disponointiin sovellettaisiin saneerausmenettelyn ulkopuolella KK 11:4:ää ja 12:4:ää koskevaa doktriinia.¹⁴⁸

Yhteenvedonomaaisesti edellä lausuttu voidaan tiivistää seuraavasti:

- YSL 29.3 §:n ja 30.4 §:n mukaisen, saneerausvelkojia vastaan myöntävän vilpittömän mielen suojan edellytykset ovat de lege lata soveltuvien osin *samat* kuin muissakin tilanteissa, joissa suojaa annetaan *yleisesti* sopimuskumppanin kompetenssin puuttumista vastaan
- vain silloin, kun suoja edellyttää kompetenssin puuttuvan jostain *erityisestä syystä*, tai kun YSL:n ulkopuolista kollisionnormia *ei lainkaan ole*, YSL:n omat suojanormit osoittavat itsenäisesti kollisionelle ratkaisun.

5.6.1.4 *Ratihabitio tehottomuuden korjautumisperusteena*

Kuten edellä on todettu, kaikki tavanomaista merkittävämmät oikeustoimet ovat rauhoitusaikana selvittäjän lupaharkinnan alaisia. Selvittäjän luvalla ei saneerauslaissa ole säädetty enempää muoto- kuin sisältövaatimuksiakaan. Edellä on niin ikään havaittu, että selvittäjä ja velallinen voivat – ja heidän on tarkoituksenmukaistakin – määritellä etukäteen velallisen itsenäisen ja luvanvaraisen disponointivallan rajoja. Samoin yllä on päädytty siihen, että etukäteismäärittely ei sido selvittäjää, vaan hän voi suoraan lain nojalla estää yksittäisen oikeustoimen, kunhan kyseessä on YSL 29.2 §:n nojalla selvittäjän suostumusta edellyttävä disponointi.

Juuri todetusta ilmenee, että selvittäjän suostumusharkinta ajoittuu ainakin kahteen vaiheeseen. Hän voi etukäteen määritellä, mihin toimiin velallinen

¹⁴⁸ Lunastusoikeuden osalta saattaa olla periaatteessa merkitystä sillä, jäsennetäänkö tilanne etenevän vai takautuvan sivullissuhteen kollisionksi. Esineoikeudellisessa kirjallisuudessa on nimittäin puollettu kantaa, jonka mukaan primuksella ei olisi lunastusoikeutta silloin, kun sekundus saa hyväkseen ekstinktion. Oikeuskäytännössä lunastusoikeus on kuitenkin myönnetty. Ks. *Kartio* Perusteet s. 294–295 kirjallisuus- ja oikeuskäytäntöviittauksineen.

tarvitsee luvan, mihin ei. Tämän lisäksi hän voi puuttua yksittäiseen oikeustoimeen sen aktualisoituessa. 'Kolmantena vaiheena' herää kysymys, voiko selvittäjä puuttua oikeustoimeen vielä jälkikäteen, ts. sen jälkeen, kun (ainakin) velallinen on tullut siihen sidotuksi. Kiistatonta on luonnollisesti, että selvittäjän pitääkin puuttua hänen suostumuksestaan tehtyihin oikeustoimiin silloin, kun hän haluaa saattaa oikeustoimen tehottomuuden voimaan. Aivan yhtä selvää ei ole, voiko selvittäjä jälkikäteisellä suostumuksellaan, ns. ratihabitioilla, pätevoidittää oikeustoimen niin, ettei hän enää voi esittää tehottomuusvaatimusta luvan puuttumisen perusteella.¹⁴⁹

Kuten todettu, selvittäjän suostumuksesta ei ole säädetty saneerauslais-sa tarkemmin. YSL 29.2 §:ssa velalliselta kielletään säännöksessä tarkoitetut oikeustoimet "ilman selvittäjän suostumusta".¹⁵⁰ Nimenomaisen säännöksen puuttuessa voidaan turvautua suostumusedellytyksen ration ja reaaliin argumentteihin. Ne taas näyttäisivät puoltavan ratihabitio-mahdollisuutta. Suostumusedellytyksellähän pyritään siihen, että oikeustoimen tarkoituksenmukaisuus saatetaan selvittäjän harkintaan ja toimen tehokkuus samalla riippuvaiseksi selvittäjän ratkaisusta. Näiden päämäärien toteutuminen ei mitenkään välttämättä edellytä, että suostumus annetaan etukäteen. Ratihabitio-mahdollisuuden torjuminen rajoittaisi selvittäjän mahdollisuuksia harkita, mitkä oikeustoimet hän katsoo tarkoituksenmukaisiksi. Ainakaan yleiselle ratihabitiokiellolle ei näyttäisi olevan perusteita. Päinvastoin, tässä tutkimuksessa suositellaan tulkintaa, jonka mukaan selvittäjällä on yleinen ratihabitio-mahdollisuus YSL 29.3 §:n ja 30.4 §:n tarkoittamissa oikeustoimissa.¹⁵¹

Vaikka YSL:n kompetenssinrajoitusnormien voidaan katsoa olevan voimassa jopa ensisijaisesti saneerausvelkojen intressissä, velkojilla ei ole itsenäistä oikeutta nostaa kannetta rajoitusnormin vastaisen oikeustoimen julistamisesta tehottomaksi. Jos velkojat katsovat selvittäjän käyttäneen harkintavaltaansa virheellisesti – esimerkiksi hyväksyneen jälkikäteen oikeustoimen, jota velko-

¹⁴⁹ Ratihabitioilla tarkoitetaan yleisessä varallisuus-oikeudessa tahdonilmaisua, jolla "sopimuspuoli tai muu hyväksymään oikeutettu henkilö ilmoittaa tai osoittaa pitävänsä sopimusta itseään sitovana pätemättömyydestä huolimatta" (*Ammälä* s. 212). Selvittäjän sidottisuudella ei tässä yhteydessä tietenkään tarkoiteta, että hänelle syntyisi sopimuksen täyttämisen- tai korvausvastuu, vaan sitä, että selvittäjä jälkikäteisellä hyväksynnällään luopuu käyttämästä oikeuttaan vedota oikeustointa rasittavaan kompetenssivirheeseen.

¹⁵⁰ YSL 29.2 §:n (ja 30.1 §:n 2 kohdan) sanamuodon voidaan haluttaessa katsoa edellyttävän, että selvittäjä antaa suostumuksensa viimeistään oikeustointa tehtäessä. Velallinenhan ei saa tehdä uutta velkaa, luovuttaa yritystä tai oikeuksia, myöntää (perustaa) rajoitettuja oikeuksia jne. Sanamuodon vastainen tila syntyy jo silloin, kun kielletty oikeustoimi tehdään luvatta. Tulkinta merkitsisi kuitenkin äärimmäisen tiukkaa sitoutumista lain sanamuotoon. Kun selvittäjän suostumus on saneerauslaissa jätetty sääntelemättä, eikä perusteluissakaan mainita asiasta mitään, on pikemminkin todennäköistä, ettei ratihabitiota ole haluttu sulkea pois.

¹⁵¹ Kuten edellä on todettu, pohjoismaisessa maksunlakkautustraditiossa yleiseen ratihabitio-mahdollisuuteen on suhtauduttu myönteisesti.

jien enemmistön mukaan ei olisi pitänyt hyväksyä – heillä on käytössään yleiset oikeussuojakeinot, kuten selvittäjän vapauttaminen tehtävästään sekä mahdollinen vahingonkorvausvaatimus.

Vaikka edellä onkin suhtauduttu periaatteessa myönteisesti selvittäjän ratihabitomahdollisuuteen, on syytä korostaa, että selvittäjällä on jälkikäteishyväksyntää harkitessaan yleensä tiedossa seikkoja, joiden nojalla suostumusta on helpompi arvioida kuin etukäteen. Vaikka oikeustoimen edullisuus contra haitallisuus onkin periaatteessa erotettava oikeustoimen motiiveista, selvittäjän ei harkinnassaan pidä sivuuttaa myöskään osapuolten vaikuttimia. Varsinkin velallisen puolella ilmenevät illojaalit motiivit on otettava vakavasti.

Perusasenne meikäläisessä saneerauskirjoittelussa on ollut, että millainen tahansa disponointirajoitusten ylittäminen vie pohjan koko saneerausmenetelyltä. Vaikka näin ahtaasta ajattelusta sanoudutaankin tässä tutkimuksessa irti, on selvää, että mitä epäluotettavammaksi kokonaiskuva velallisesta muuttuu, sitä vähemmän on perusteita hyväksyä oikeustointa, vaikka se jälkikäteen arvioituna olisikin järkevä. Ratihabitomahdollisuuden hyväksymisellä ei siis tässä tutkimuksessa tarkoiteta, että velallisen ja selvittäjän välinen luottamus saisi heikentyä. Jälkikäteishyväksynnän mahdollisuudella lienee suurin käytännöllinen merkitys silloin, kun oikeustoimen tehottomuus johtuu velallisen itsenäisen vallintavallan tulkinnanvaraisuudesta tai siitä, että kiistatta luvanvarainen oikeustoimi on jouduttu tekemään kiireessä luottaen siihen, että selvittäjä hyväksyisi sen.

5.6.2 Tehottomuuden toteuttamisesta

Varallisuus oikeuden yleisten pätemättömyysoppien keskeisiä osa-alueita on aiemmin ollut pätemättömyyden jako moitteen- ja väitteenvaraiseen pätemättömyyteen sekä mitättömyyteen.¹⁵² Moitteen- ja väitteenvarainen pätemättömyys edellyttivät toteutuakseen reaktiota joltakin, jonka oikeutta oikeustoimi koskee, mitättömyys taas nähtiin itsestään vaikuttavaksi, kaikkiin kohdistuvaksi tehottomuudeksi. Jako koski siten pätemättömyyden *toteuttamiskeinoja*.¹⁵³ Jaottelu kehittyi alun perin ns. klassisessa pätemättömyysopissa. Sen keskeinen problematiikka – tehottomuuden toteuttaminen – on kuitenkin edelleen elinvoimainen, vaikka klassisen opin on korvannut täsmällisempiin kysymyksenasetteluihin pyrkivä analyyttinen pätemättömyysoppi.¹⁵⁴ YSL:n tehottomuusnormeissa

¹⁵² Ks. tästä *Hemmo* s. 307–310.

¹⁵³ Kaikki tehottomuus on reaktionvaraista tietenkin siinä mielessä, että jos pätemättömällä oikeustoimella aikaansaatuun tilanteeseen ei puututa mitenkään, se pysyy koskemattomana. Pätemättömyys ei ole luonnossa ilmenevä, itsenäisin kausaali vaikutuksin etenevä ja toteutuva asiointi. Mitättömyyden itsestään vaikuttavuudella tarkoitettiin ehkä lähinnä sitä, että pätemättömyyden toteuttamiskeinoja ei ollut rajattu ja esimerkiksi tuomioistuimen tuli huomioida se omasta aloitteestaan.

¹⁵⁴ Analyyttisen pätemättömyysopin kolme peruskysymystä voitaneen kiteyttää pätemättömyyden lopullisuudeksi (vast. korjautumiskelpoisuudeksi), toteutumistavaksi ja henkilölliseksi ulottuvuudeksi. Ks. esim. *Zitting* Sivullisuudesta s. 20–21 ja *Hemmo* s. 305.

huomio kiinnittyy siihen, että tehottomuuden toteuttaminen on kokonaan vailla sääntelyä. Kuten edellä jo lyhyesti viitattiin maksu- ja perintäkiellon kohdalla, pätemättömyyden seuraukset ja niiden toteuttaminen on myös yleisessä varallisuus oikeudessa merkitykseensä nähden varsin kevyesti säännelty alue. Painopiste on selvästi pätemättömyyden edellytyksissä eli pätemättömyysperusteissa.

Pätemättömyyden keskeisin seuraus on, että oikeustoimi ei saa aikaan lain mukaisia eikä muutoin tavoiteltuja oikeusseurauksia. Erityisesti on korostettava, että oikeustoimi ei velvoita osapuolia niihin suoriutuksiin, joihin vastaava tehokas oikeustoimi velvoittaisi.¹⁵⁵ Kun YSL:n vallinnanrajoituksiin perustuvan tehottomuuden katsotaan koskevan myös asianosaissuhdetta, se poistaa suoriutusvelvollisuuden niin velalliselta kuin hänen sopimuskumppaniltaan. Velallinen voi vedota tehottomuuteen ensinnäkin vastustamalla sopimuskumppaninsa suorituskannetta. Selvittäjällä on sama mahdollisuus suoraan sillä perusteella, että hän päättää ryhtyä käyttämään velallisen puhevaltaa (YSL 31.1 §). Koska rauhoitusajan on edellä esitetyillä perusteilla katsottava suojaavan myös velallista itseään, hän voi myös itse nostamallaan vahvistuskanteella saada pätemättömyyden vahvistetuksi ja samalla vaatia suorituskanteella mahdollisesti jo tehtyjä suorituksia palautettaviksi. Vastaava oikeus on jälleen myös selvittäjällä, minkä lisäksi hän voi kesken prosessin ottaa kanteen ajamisen itselleen.

Sekä vastaaja- että kantajapuolella esiintyessään velallisen ja selvittäjän on nimenomaisesti vedottava oikeustoimen tehottomuuteen. Toisin sanoen tuomioistuimen ei tule ottaa sitä huomioon omasta aloitteestaan. Sääntö voidaan nähdäkseni perustaa määräysvallan pysyvyyden periaatteeseen. Kun saneerausvelallisen vallintavallan rajoittaminen on periaatteen nojalla enemmän poikkeus kuin pääsääntö, ei tuomioistuimen tehtävänä ole viran puolesta valvoa, onko tietty oikeustoimi kuulunut velallisen disponointivaltaan vai ei.

Saneerauslaissa ei säädetä erikseen myöskään siitä, mitä pätemättömyyden vahvistamisesta seuraa. Tältä(kin) osin sääntely eroaa merkittävästi toisesta vallinnanrajoitusnormistostamme, AL:n rajoitussäännöstöstä. AL 39.3 §:ssa säädetään nimenomaan, että vallinnanrajoituksen vastainen oikeustoimi on julistettava pätemättömäksi ja luovutuksensaaja velvoitettava luovuttamaan omaisuus hallinnastaan. Vastavuoroinen palautusvelvollisuus on myös yleisen pätemättömyysopin lähtökohta. Ei ole mitään syytä katsoa, etteikö pätemättömyyteen keskeisesti liittyvä palautusvelvoite olisi voimassa myös YSL:n vallinnanrajoituksissa.¹⁵⁶ Jos oikeustoimi siis julistetaan pätemättömäksi joko YSL 29.3 §:n tai 30.4 §:n perusteella, syntyy vastavuoroinen, pätemättömyyteen

¹⁵⁵ Ks. esim. *Hemmo* s. 319–320 ja *Ämmälä* s. 14–15.

¹⁵⁶ Ks. *Aarnio – Helin* s. 260, jossa todetaan palautusvelvollisuuden johtuvan siitä, että vallinnanrajoitusjärjestelmän tavoitteena on ”hallinnan ja omaisuuden käytön suojaaminen”. Tältä osin YSL:n järjestelmä vastaa täysin AL:a.

yleisesti liittyvä palautusvelvollisuus, joka on tarvittaessa toteutettava lainkäytökoneiston (tuomioistuinlaitoksen ja ulosotto-organisaation) avulla. Omaisuus on palautettava velalliselle, johon vastavuoroinen velvoitekin kohdistuu. Selvittäjää ei siis oikeuteta eikä velvoiteta tuomiossa mihinkään, vaikka hän olisi ajanut asian velallisen legaalisenä edustajana.

Tehottomuuden toteuttamiselle ei ole YSL:ssä säädetty määräaika. Jos saneerauslain tehottomuusnormit nähdään osana varallisuus oikeuden pätemättömyysperusteita ja sivullisuusojanormeja, olisi mahdollista soveltaa varallisuus-oikeudessa kehitettyjä, joskin monin paikoin epävarmoja yleisiä periaatteita pätemättömyyteen vetoamisesta. Osapuolten välisen tehottomuuden yleisenä periaatteena on, että laista puuttuva määräaika ei välttämättä merkitse, etteikö mahdollisuus tehottomuuden voimaansaattamiseen voisi lakata. Päinvastoin, ajan kuluminen voi aiheuttaa tehottomuuden korjautumisen, jolloin osapuoli ei voi enää saattaa tehottomuutta voimaan.¹⁵⁷ Edelleen on katsottu, että jos määräaika ei ole lainkaan määritelty voimassa olevilla normeilla, ajan kulumiselle annettavan merkityksen ratkaisee viime kädessä tuomioistuin.¹⁵⁸ Selostettuja periaatteita voidaan nähdäkseni soveltaa YSL:n vallinnanrajoituksista aiheutuvaan tehottomuuteen; sääntelyn puuttuessa muutakaan mahdollisuutta ei itse asiassa ole, jollei oikeustilaa haluta pitää täysin avoimena.

Periaatteessa olisi mahdollista ajatella, että YSL:n mukaisen tehottomuuden voimaansaattamista säänneltäisiin de lege ferenda edes yleisnormein. Jo de lege lata voidaan kuitenkin esittää eräs varma negatiivinen päätelmä tehottomuuden voimaansaattamisajasta: *vetoamisaika ei rajaudu rauhoitusajaksi*. Dispositiivallan rajoitus on toki voimassa enintään rauhoitusajan päättymiseen saakka, jota ennen tehottomaksi vaadittu oikeustoimi on siis tehtävä. Samoin kuin edellä todettiin maksu- ja vakuudenasettamiskiellon osalta, tehottomuus ei kuitenkaan lakkaa rauhoitusajan päättyessä. Tässäkin on merkityksetöntä, onko rauhoitusajaksi päättynyt lainsäätäjän tarkoituksen mukaisesti eli saneerausohjelman vahvistamiseen vaiko muutoin, esimerkiksi konkurssin alkamiseen.

¹⁵⁷ Ks. *Ämmälä* s. 164 ja 174–204.

¹⁵⁸ Ks. *Ämmälä* s. 204, joka puhuu vetoamisajasta, jota ei ole ”säädetty”. Ajan kulumisen merkitystä arvioidessaan tuomioistuimen on kuitenkin otettava huomioon myös muut oikeuslähteet kuin kirjoitettu laki.

6 Konkurssi täytäntöönpanointressin takeena

6.1 KONKURSSIN KAKSOISFUNKTIO MODERNISSA INSOLVENSSIOIKEUDESSA

Yrityssaneeraus on kehittynyt kollektiivimenettelyn perusmuodon, likvidaatio-konkurssin, rinnalle. Vaikka saneerausintressi ja sitä toteuttava lainsäädäntö ovatkin hallinneet insolvenssioikeudellista tutkimusta viimeisten parin vuosikymmenen ajan, konkurssi on säilyttänyt asemansa koko oikeudenalan perustana. Yhdysvaltalaisessa kirjallisuudessa tätä on kuvattu lennokkaasti: ” – Chapter 7 is primal bankruptcy, the original creature”.¹ Itse asiassa saneerausintressin oikeudellistuminen on tehnyt perinteisestä konkurssista entistäkin tärkeämmän instituution, koska konkurssin tehtävät ovat samalla laajentuneet. Modernissa, saneerausintressin tunnustavassa järjestelmässä konkurssilla on kaksi keskeistä funktiota: 1) *vertailufunktio* ja 2) *pakkotäytäntöfunktio*.²

Konkurssi muodostaa ensinnäkin vertailukohteen saneerausmenettelylle. Vertailufunktion perusteella tarkastellaan, onko saneeraus velkojien kannalta parempi, yhtä hyvä vai huonompi vaihtoehto kuin konkurssi. Vertailutehtävä ilmenee saneerauksen suunnittelussa ja vaikuttaa näin ennalta sen sisältöön.³ Konkurssin toinen tehtävä on jälkikäteinen; se tarjoaa keinon täytäntöönpanointressin pakkototeutukseen silloin, kun saneerausmahdollisuuksia ei ole tai niitä ei onnistuta toteuttamaan. On huomattava, että modernissa järjestelmässä konkurssin eksekutiotehtävä on perinteiseen verrattuna komplisoidumpi. Saneerausmenettelyn jälkeisen konkurssin täytäntöönpanofunktion liittyy erityinen raukeamisproblematiikka; konkurssissa on ratkaistava, mitä suunnitelluille ja toteutetuille saneeraustoimille tapahtuu, esim. elpyvätkö leikatut saatavat, vai pyritäänkö konkurssilla nimenomaan järjesteltyjen vastuiden pakkotäytäntöön. Kysymys herää luonnollisesti vain silloin, kun konkurssi alkaa saneerauksen toteutusvaiheessa eli kun saneeraustoimenpiteitä on jo toteutettu tai ne on

¹ Warren – Westbrook s. 472.

² Funktiot esitetään tässä järjestyksessä kuvaamaan konkurssin merkitystä nimenomaan saneerausvelkojille. Hehän ensin vertaavat saneerausmenettelyä konkurssivaihtoehtoon ja tämän jälkeen mahdollisesti turvautuvat konkurssiin pakkotäytäntökeinona. Tarkoitus ei siten ole väittää, että konkurssin tehtävien tärkeysjärjestys olisi saneerlauslainsäädännön myötä muuttunut.

³ Yhdysvaltalaisessa kirjallisuudessa tätä on kuvattu toteamalla, että saneeraus etenee konkurssin varjossa, ks. Warren – Westbrook s. 473. Ks. myös LoPucki Strategies for creditors s. 509–510, joka suosittelee, että yrityksestä tehdään likvidaatioanalyysi heti saneerausmenettelyn alussa ja sitä päivitetään prosessin edetessä tilanteen vaatimin tavoin.

ainakin vahvistettu osapuolia sitovalla tavalla ennen konkurssin alkamista. Toisaalta myös saneerauksen suunnitteluvaiheessa (rauhotusaikana) alkavaan konkurssiin liittyy uudenlaisia ongelmia. Oikeuspoliittisesti merkittävin kysymys on, pitääkö konkurssiin asettaminen estää tai sen edellytyksiä kiristää, kunnes velkojat ehtivät ottaa kantaa saneerausvaihtoehtoihin.

Nyt alkavassa luvussa tarkastellaan perinteistä konkurssia molemmista edellä selostetuista näkökulmista, sekä saneerauksen vertailukohtana että velkojien oikeuksien viimekätisenä toteutuskeinona. Yhdessä konkurssin vertailu- ja pakototeutusfunktiot muodostavat täytäntöönpanointressin takeen. Vertailussa tae on kuvitteellinen; täytäntöönpanointressiä suojaa fiktiivinen konkurssi. Pakko-täytäntöfunktio taas toteutuu todellisessa konkurssissa, jolla ei – kuten jäljempänä havaitaan – välttämättä ole paljonkaan yhteistä vertailukohteiksi otettujen fiktioiden kanssa.

6.2 VERTAILUFUNKTION MAHDOLLISIA TAVOITTEITA

6.2.1 Saneeraushakemuksen vastustaminen?

6.2.1.1 Väite ohjelman vahvistamiskelvottomuudesta

Systemaattisen kuvan muodostaminen konkurssivertailusta on luontevaa aloittaa tarkastelemalla, kuinka pitkälle saneerausprosessi voi edetä, ennen kuin ensimmäiset vertailukannanotot tehdään.⁴ YSL:n lähtökohtana on kiistatta, että vertailu ei ole saneerauksen aloittamisen edellytys, ts. vertailuväitteet *eivät estä saneerauksen aloittamista*. Vertailu tapahtuu myöhemmin, saneerausohjelmaa vahvistettaessa, mikä ilmenee nimenomaisesti itse vertailusäännöksestä. YSL 53.1 §:n 5 kohdan mukaan ohjelmaa ei voida vahvistaa, jos hyväksymistä vastaan äänestänyt muu kuin vakuusvelkoja saattaa todennäköiseksi, että hänelle ohjelman mukaan tuleva suoritus olisi arvoltaan pienempi kuin mitä hän saisi velallisen konkurssissa. Tällä perusteella on suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa esitetty, että saneerausmenettelyn tavoitteenasettelu muuttuu menettelyn edetessä. Aloitusvaiheessa huomio kiinnittyy saneerausintressiin,

⁴ Konkurssivertailu on terminä syytä erottaa laajemmasta *menettelyvertailusta*. Jälkimmäisellä voidaan tarkoittaa saneeraus- ja konkurssimenettelyjen vertailua yleisellä tasolla riippumatta siitä, kumpaan menettelyyn yksittäinen yritys on päätenyt tai onko kumpaakaan vielä aloitettu. Tässä tutkimuksessa tarkastellaan nimenomaan *konkurssivertailua* eli päätöksentekoa, jonka pohjana on saneerausmenettelyn vertaaminen kuviteltuun konkurssiin. Lainsäädäntö edellyttää vain tällaista vertailua. Jos konkurssi alkaa, laissa ei edellytetä selvittäväksi, olisiko saneeraus ollut mahdollinen tai tarkoituksenmukaisempi vaihtoehto.

ohjelman vahvistamisvaiheessa taas velkojien oikeuksiin eli täytöntöönpanoint-
ressiin.⁵

Niemi-Kiesiläinen on kuitenkin esittänyt, että konkurssivertailulla olisi rele-
vanssia jo saneeraushakemuksen hyväksymisen edellytyksille. Hän perustaa
kantansa YSL 7.1 §:n 5 kohtaan, jonka mukaan jo menettelyn aloitusvaiheessa
voidaan arvioida mahdollisuuksia saneerausohjelman aikaansaantiin ja vahvis-
tamiseen. Sanotun lainkohdan mukaan saneerausmenettelyä ei voida aloittaa,
jos ”on perusteltua syytä olettaa, että saneerausohjelman aikaansaamiselle tai
vahvistamiselle ei ole edellytyksiä”. Niemi-Kiesiläisen mukaan velkoja voisi
torjua saneeraushakemuksen hyväksymisen osoittamalla, että hän todennäköi-
sesti saisi velallisen konkurssissa paremman suorituksen. Tämä seikkahan tulisi
myöhemmin estämään saneerausohjelman vahvistamisen.⁶

Tulkinta, jonka mukaan paremman suorituksen mahdollisuus konkurssissa
estäisi jo saneerauksen aloittamisen, on kieltämättä johdonmukainen ja lain
sanamuodonkin valossa mahdollinen. Lisäksi menettelyvertailun huomiointi
riittävän aikaisessa vaiheessa näyttää sopivan modernin insolvenssioikeuden
ihanteisiin. Tulkintaa vastaan voidaan kuitenkin esittää varsin painaviakin huo-
mautuksia, joista ensimmäinen on säädössystemaattinen. YSL:n järjestelmässä
konkurssivertailu on saneerausohjelman vahvistamisen, ei menettelyn aloitta-
misen, edellytys. YSL 7.1 §:n 5 kohdassa tarkoitetut edellytykset ovat lähinnä
olosuhteita, joiden vuoksi yritys ei ole lainkaan saneerauskelpoinen, mitä taas
suoritusten paremmuutta koskevat arviot eivät mitenkään välttämättä osoita.
Vaihtoehtoisesti niillä voidaan tarkoittaa tapahtumia, joiden seurauksena velko-
jat eivät enää luota yritykseen missään oloissa, esimerkiksi subjektiivisten tai
muutoin selvästi moitittavien takaisinsaantiperusteiden taikka yrityksen joh-
toon kohdistuvien rikosepäilyjen vuoksi. Tällaisiin seikkoihin viittaavat myös
säännöksen yksityiskohtaiset perustelut, joissa ei mainita konkurssivertailua
itsenäisenä perusteena hakemuksen hylkäämiselle.⁷ Tällaisetkaan epäilyt eivät
sellaisinaan osoita, että likvidaatiokonkurssi olisi velkojille edullisempi vaihto-
ehto. Kuten edellä on pyritty osoittamaan, velalliselta voidaan saneerausmenet-
telyssäkin riittää määräysvalta omaisuuteensa ja liiketoimintaansa varsin pit-
kälti, ehkä kokonaankin. Saneerausohjelman hyväksymisen ehdoksi voidaan
myös asettaa se, että yritysjohto vaihtuu siltä osin kuin se on menettänyt
velkojien luottamuksen.

Ehkä painavin argumentti Niemi-Kiesiläisen sinänsä mahdollista tulkintaa
vastaan on, että YSL 53.1 §:n 5 kohta edellyttää konkurssivertailua *ohjelma-*

⁵ Näin *Koulu* Aloittaminen s. 71 ja 73. Vrt. Yhdysvaltain oikeudesta *Cowans* s. 124, joka
arvelee päinvastoin, että BC 11 luvun mukaisessa saneerauksessa velkojien intressit ovat etualal-
la menettelyn alkuvaiheessa, mutta painopiste siirtyy menettelyn edetessä.

⁶ Ks. *Niemi-Kiesiläinen* s. 58–59, jossa hän pitää sanottua mahdollisuutta näyttöongelmien
vuoksi lähinnä periaatteellisena, mutta juuri periaatteelliselta merkitykseltään huomattavana.

⁷ Ks. HE 182/1992 s. 68.

ehdotuksen perusteella. Vertailukohteeksi on otettava suoritus, jonka velkoja saisi ”ohjelman mukaan”. Tätä korostaa sekin, että vertailuväitteen tutkimisen edellytyksenä on ohjelmaehdotuksen vastustaminen; väitteen esittämiseen on legitimoitu vain velkoja, joka on äänestänyt ehdotusta vastaan. Menettelyn aloitusvaiheessa ei siten ole mahdollista suorittaa *laissa edellytettyä* vertailua. Selostetuilla perusteilla on nähdäkseni pidettävä hyvin vahvana pääsääntönä, että saneeraushakemuksen käsittelyn yhteydessä esitetty väite paremmasta suorituksesta konkurssissa *ei vaikuta hakemuksen hyväksyttävyyteen*.⁸

Juuri omaksutun pääsäännön voidaan ajatella horjuvan, jos saneeraushakemusta vastustava velkoja kykenisi esittämään luotettavaa selvitystä konkurssi-realisaation tuloksellisuudesta jo saneerausmenettelyn hakemisivaiheessa. Ongelmaksi jää silti näissäkin tilanteissa, ettei vielä ole tiedossa, millaisen suorituksen tuleva saneerausohjelmaehdotus tarjoaisi. Saneerainsäädännön keskeisiin periaatteisiin voidaan katsoa kuuluvan, että velallisella (tai muulla menettelyn hakijalla) on oikeus esittää käsityksensä yrityksen tulevaisuudesta *lain vaatimukset täyttävän ohjelmaehdotuksen muodossa*. Käytännössä lieenee lisäksi niin, että jos toteutumiskelpoista saneerausohjelmaa ei yrityksen tilanteen vuoksi todellakaan näytä olevan mahdollista saada aikaan, ja tätä on perusteltua epäillä jo menettelyä haettaessa, hakemus voidaan yleensä hylätä suoraan YSL 7.1 §:n 5 kohdan perusteella – siis ilman, että ratkaisua kytketään konkurssivertailuun.

Yllä suositellun tulkinnan taustalla vaikuttaa myös menettelyvertailun yleinen ongelma, *vertailukohteiden fiktiivisyys*. Ohjelmaehdotustahan verrataan kuviteltuun konkurssiin, jolloin perusteltuja lopputuloksia voi olla useita. Eri-laisia premissejä erilaisine painotuksineen ei koskaan kyetä hallitsemaan yksiselitteisillä kriteereillä. Tämä ongelma on pahimmillaan saneerausmenettelyn aloitusvaiheessa, koska *molemmat* vertailukohteet ovat kuviteltuja. Konkreettista saneerausohjelmaehdotusta ei vielä ole, jonka vuoksi käsitykset *sekä* sa-

⁸ Hovioikeuskäytännöstä löytyy sekä juuri omaksutun kannan suuntaisia että sille vastakkaisia ratkaisuja. Ratkaisussa THO 4.12.1996/4123 (S 96/1421) hovioikeus viittasi ensin rauhoitusajan selvitysfunktion todeten tämän jälkeen, että saneerausmenettelyn vireillepanovaiheessa ”ei siten tiedetä, onko yrityssaneerausmenettely velkojille konkurssia edullisempi vaihtoehto.” Toisaalta heti tämän perään todettiin, ettei konkurssin paremmuutta ollut tässä vaiheessa ”osoitettu”, minkä johdosta hovioikeuden kanta konkurssivertailun periaatteelliseen merkitykseen saneeraushakemuksen hyväksyttävyyden edellytyksenä jää ehkä jossain määrin avoimeksi. Myöskään ratkaisussa HHO 6.3.2002/609 (S 01/3239) hovioikeus ei ottanut suoraan kantaa periaatteelliseen kysymykseen, mutta piti voimassa käräjäoikeuden ratkaisun, jolla saneeraushakemus oli hylätty muiden esteiden lisäksi konkurssivertailun perusteella katsoen, että vertailun tulos täytti YSL 7.1 §:n 5 kohdan mukaisen esteen. Käräjäoikeuden päätöksessä (Helsingin KäO 2. osasto 14.9.2001/22598, 01/13327) hakemusta vastustaneen velkojan katsottiin saattaneen todennäköiseksi ”väitteen siitä, että vakuudettomien velkojien jako-osuus konkurssissa muodostuisi suuremmaksi kuin saneerausmenettelyssä, vaikka toteutuisikin se hakijan yleiseksi toteama käsitys alemmasta hintatasosta konkurssissa.”

neerausohjelman tuottamasta suorituksesta *että* konkurssijako-osuudesta perustuvat arvioihin. Oikeusseuraamusten kytkemistä kuviteltuihin tapahtumakulkuihin ei tietenkään voida kokonaan välttää. Tällaisia tilanteita on kuitenkin lähtökohtaisesti pyrittävä torjumaan, tai ainakin niiden piiri on syytä pitää mahdollisimman suppeana. Näistä syistä en näe perusteita laajentaa menettelyvertailua saneerauksen aloitusvaiheeseen. Ainakaan kuviteltuja vertailukohteita ei pitäisi asettaa itsenäisiksi perusteiksi YSL 7.1 §:n 5 kohdan soveltamiselle de lege lata. Jos tällainen mahdollisuus haluttaisiin sisällyttää oikeuteemme, asiaa pitäisi säätää nimenomaisesti siten, että konkurssivertailu säädettäisiin saneeraushakemuksen hyväksymisen edellytykseksi. Kysymys ei ole vain saneerauksen edellytysten ja esteiden tulkinnasta, vaan menettelyvertailun funktiosta insolvenssioikeuden järjestelmässä. On selvää, että tämän funktion muuttaminen edellyttäisi syvällistä oikeuspoliittista keskustelua.⁹

Edellä sanottu ei tietenkään vaikuta siihen, että myös saneeraushakemuksen käsittelyssä noudatetaan vapaata todistusharkintaa. Tuomioistuimen on harkinnassaan otettava huomioon kaikki asiassa esitetty selvitys ratkaistessaan, onko saneerausohjelman aikaansaamiselle tai vahvistamiselle edellytyksiä, eli voidaanko menettely aloittaa. Tällöin voidaan toki kiinnittää huomiota myös yrityksen arvioituun likvidaatioarvoon ja siitä mahdollisesti esitettyyn selvitykseen. Konkurssivertailua koskevan selvityksen huomiointi ei siis ole vapaan todistusteorian oloissa kiellettyä. Kysymys on 'vain' siitä, että YSL 53.1 §:n 5 kohdassa säänneltyä vertailua ei tulisi pitää itsenäisenä edellytyksenä saneeraushakemuksen hyväksymiselle. Käytännössä selvitys konkurssirealisaation oletetusta tuloksesta voinee vain poikkeuksellisesti olla näytöllisestikään niin painavaa, että saneerausohjelman vahvistamatta jättäminen olisi sen nojalla jo tässä vaiheessa riittävän selvää – ja hakemus tulisi tällä perusteella hylätä. Konkurssivertailusta esitetyillä arvioilla voi olla aloitusvaiheessa merkitystä ainoastaan muun painavan selvityksen rinnalla.¹⁰

Mikä sitten olisi riittävää selvitystä? Tällaiseksi kelvannee vain *pitkälle valmisteltu saneerausohjelmaehdotus*. Jos hakemusta vastustava velkoja osoittaa, että saneerausohjelma on tosiasiaa jo neuvoteltu ratkaisevilta osiltaan, mahdollisuudet konkurssivertailuun saneerausmenettelyn aloitusvaiheessa saattavat olla jokseenkin samanlaiset kuin ohjelmaa vahvistettaessa. Tällöinkin on oltava selvää, että kilpailevia ehdotuksia ei ole odotettavissa. Pitkälle neuvo-

⁹ Kokonaisuutena näkemys, jonka mukaan saneeraushakemusta ei pitäisi hylätä konkurssivertailuargumenttien perusteella, ilmentää Korobkinin esittämää *järkevän suunnittelun periaatetta*. Sen sijasta, että merkittävä ratkaisu – saneeraushakemuksen hylkääminen – tehtäisiin summitaisten vertailuarvioiden nojalla, menettely on aloitettava yrityksen tulevaisuutta koskevan selvittelyn ja suunnittelun mahdollistamiseksi.

¹⁰ Tiettyä tukea juuri kuvatulle kannalle voidaan hakea ratkaisuparista KKO 2003:109 ja 110. Jos saneerausmenettelyä haettaessa ei tiedetä, onko yritys saneerauskelpoinen, asia selvitetään aloittamalla menettely.

tellun ohjelmaehdotuksen huomiointi on tietenkin sitä hyväksyttävämpää, mitä enemmän asiassa on muutakin näyttöä hakemusta vastaan.¹¹

6.2.1.2 Väite saneerausmenettelyn väärinkäytöstä

Konkurssivertailun on kirjallisuudessa arveltu tarjoavan perusteen myös YSL 7.1 §:n 4 kohdan soveltamiselle. Sanotun lainkohdan mukaan saneerausmenettelyä ei voida aloittaa, jos on perusteltua syytä olettaa, että hakemuksen pääasiallisena tarkoituksena on velkojan perintätoimien estäminen tai muu velkojan taikka velallisen oikeuden loukkaaminen. Kyseessä on saneerausmenettelyn tai -hakemuksen *väärinkäyttö*.¹² Tällainen tilanne voi Niemi-Kiesiläisen mukaan olla kyseessä, jos velkoja saisi konkurssissa saatavalleen paremman suorituksen kuin saneerauksessa.¹³ Tulkinta ei ole lain sanamuodon kannalta yhtä ongelmallinen kuin edellä todettiin saman momentin 5 kohdan osalta. Säännöksessä tarkoitettua saneerauksen väärinkäyttöä ei nimittäin ole YSL:ssä sidottu mihinkään tiettyyn arviointiperusteeseen – kuten 5 kohta saneerausohjelma-ehdotukseen. Väärinkäyttöepäilyn arviointi voidaan kytkeä mihin tahansa perusteisiin, joiden voidaan katsoa indisoivan tai suoraan todistavan säännöksessä lueteltuja seikkoja.

Tämänpäin lainkohdan yksityiskohtaisissa perusteluissa ei kuitenkaan mainita konkurssivertailua soveltamisen perusteena.¹⁴ Esitöissä korostuu hakijan *epälojaali tarkoitus*, halu käyttää saneerausmenettelyä muuhun kuin yrityksen

¹¹ Edellä viitatussa ratkaisussa Helsingin KäO, 2. os. 14.9.2001/22598 (01/13327) oli kysymys juuri siitä, että konkurssivertailua koskevat arviot vahvistivat muiden seikkojen perusteella jo syntyneitä käsityksiä hakemuksen hylkäämisen välttämättömyydestä. Asiassa oli ensinnäkin syytä epäillä, että yritys oli jo menettänyt saneerauskelpoisuutensa YSL 7.1 §:n 1 kohdan tarkoittamin tavoin, ts. että se oli ajautunut ns. syvään maksukyvyttömyystilaan. Kun velkojat eivät kuitenkaan olleet osoittaneet tämän esteperusteen täyttymistä, käräjäoikeus päätyi katsomaan, että yritys ”saattaisi ainakin pidemmällä ajanjaksolla olla saneerattavissa.” Hakemuksen huonoa menestymisennustetta vahvensi se, että yrityksen käyttökate oli negatiivinen eikä ollut ”välittömästi paranemassa.” Yrityksellä ei ollut myöskään tilauskantaa eikä rahaksimuutettavaa omaisuutta. Näillä perusteilla käräjäoikeus katsoi olevan todennäköistä, että yritys ei kykenisi maksamaan saneeraus kustannuksia (jotka hakija oli arvioinut ainakin 50 000–60 000 mk:ksi) eikä menettelyn alkamisen jälkeen syntyviä velkojaan. Hakemuksen hyväksymiselle oli siten YSL 7.1 §:n 2 ja 3 kohdissa tarkoitetut esteet. Näissä oloissa konkurssivertailua koskeneet arviot ilmeisesti ”upposivat hyvään maastoon”. Vertailukannanotot olivat mahdollisia, koska jo hakemuksen yhteydessä käräjäoikeudelle oli ilmeisesti toimitettu pitkälle valmisteltu ohjelmaehdotus. Tuomion perusteluissa, etenkin konkurssivertailua koskevassa argumentoinnissa, viitataan tiukkaan, mutta optimistisille myyntioletuksille rakentuvaan ohjelmaehdotukseen.

¹² Säännöksen yksityiskohtaisissa perusteluissa ratioksi ilmoitetaan nimenomaisesti ”saneerausmenettelyn väärinkäytön torjuminen”, ks. HE 182/1992 s. 67. Koskelo (s. 104) puhuu ”väärinkäyttöepäilystä” menettelyn aloittamisen esteenä.

¹³ Niemi-Kiesiläinen s. 59.

¹⁴ Ks. HE 182/1992 s. 67–68.

toimintaedellytysten palauttamiseen. Pelkästään arvio, jonka mukaan tietty velkoja saattaisi saada konkurssissa paremman suorituksen kuin saneerauksessa, ei mitenkään välttämättä osoita hylättävää motiivia. Kysymys on ennen kaikkea arvion premisseistä; hakijan subjektiivinen käsitys yrityksen tilanteesta voi olla täysin perusteltu, vaikka hän toisaalta saattaa myöntääkin, että hakemusta vastustava velkoja on *omien argumenttiensa perusteella* oikeassa.¹⁵ On huomattava, että konkurssivertailu on todellakin arvio, ennuste yrityksen tulevaisuudesta. Menettelyn aloitusvaiheessa arviot konkurssirealisaatiosta ja saneerauksen tuottamasta suorituksesta ovat usein niin oletuksenvaraisia, ettei niihin ole syytä kytkeä merkittäviä oikeusseurauksia muutoin kuin poikkeustapauksissa. Näin ollen myöskään YSL 7.1 §:n 4 kohdan soveltamista ei tulisi perustella ainakaan pelkästään konkurssivertailua koskevilla arvioilla.¹⁶

6.2.2 Saneerausmenettelyn keskeyttäminen?

Edellä on pyritty perustelemaan, miksi konkurssivertailua koskeviin väitteisiin on saneerausmenettelyn aloitusvaiheessa suhtauduttava torjuen. Poikkeuksena tästä on käsitelty tilannetta, jossa saneerausohjelmaehdotus on tosiasiaa jo neuvoteltu valmiiksi menettelyä haettaessa (valmiiksi neuvoteltu saneeraus). Saneerausmenettelyn alettua tilanne muuttuu, koska ohjelmaehdotus alkaa kehittyä ja kehittyy jatkuvasti menettelyn edetessä. Jos ohjelmaehdotus on kehittynyt riittävän pitkälle tai on jo asiallisesti valmis ennen tuomioistuimen asettamaa määräpäivää, konkurssivertailuun on mahdollista vedota menettelyn keskeyttämisvaatimuksen perusteena. Keskeyttämistä vaaditaan tällöin vetoamalla siihen, että tuomioistuimelle ei tulla jättämään vahvistamiskelpoista ehdotusta (YSL 7.2 § verr. 7.1 § 5 kohta). Pohjimmiltaan kysymys on tällöinkin menettelyn valinnasta, aiemmin tehdyn valinnan muuttamisesta.

¹⁵ Yhdysvalloissa ”good faith” -edellytys menettelyn aloittamiseksi kumottiin vuoden 1978 uudistuksella. Tarkoituksena ei kuitenkaan ollut, etteikö velallisen motiiveja voitaisi kontrolloida jo ennen saneerausohjelman vahvistamista, jonka edellytykseksi ”vilpitön mieli” edelleen jätettiin. Good faith -doktriini menettelyn aloittamisen ja jatkamisen edellytyksenä jätettiin pois kirjoitetusta laista tarkoituksin, että velkojat voisivat kuitenkin yksittäistapauksissa vedota siihen. Oikeuskäytännössä velallisen saneeraushakemuksen motiiveja onkin edelleen tutkittu; sen katsotaan kuuluvan konkurssituomioistuimen equity-kompetenssiin. Ks. *Tyukody, Jr.* U. Chi. L. Rev. 1985 s. 795–819. Ks. myös *Cohn* Am. Bankr. L.J. 1988 s. 132–133, 136 ja 139–142, joka oikeuskäytäntöön nojaten nimenomaisesti erottaa saneerauksen todelliset onnistumismahdollisuudet velallisen subjektiivisista motiiveista.

¹⁶ Edellä tarkastelussa ratkaisussa Helsingin KäO 2. osasto 14.9.2001/22598 (01/13327) todettiin, että ”Yksistään se seikka, että hakemus on jätetty heti konkurssihakemusten jättämisen jälkeen ei anna perusteltua syytä olettaa, että hakemus on jätetty YrSanL 7 §:n 1 momentin 4 kohdan vastaisesti.”

Nähdäkseni on kuitenkin syytä harkita tarkoin, kannattaako konkurssivertailua ja sitä tukevaa aineistoa todella esittää saneerausmenettelyn keskeyttämisperusteena. Vaatimus saattaa joskus suuntautua jopa esittäjänsä myöhempiä intressejä vastaan. Jos keskeytysvaatimus nimittäin hylätään, konkurssivertailu siirtyy piakkoin alkavaan ohjelman vahvistamisharkintaan. Tuomioistuimella on tällöin taustanaan kerran jo esitetty vertailuaineisto, mikä voi muodostaa tietyn ennakkokäsityksen vertailuun vaikuttavista seikoista ja mahdollisesti sen lopputuloksestakin. Oikeusvoimaestettä vertailun uusimiselle ei käsittäkseni kuitenkaan ole – vaadittu oikeusseuraus on vaihtunut menettelyn keskeyttämisestä ohjelmaehdotuksen hylkäämiseen. Tuomioistuimen voi kuitenkin olla psykologisesti vaikea muuttaa vertailuun kerran omaksumaansa kantaa, jollei muutoksen tueksi esitetä painavaa uutta selvitystä. Jos ohjelmaehdotusta siis vastustetaan saman selvityksen nojalla, joka jo kertaalleen on esitetty keskeytysvaatimuksen tueksi, vaatimuksen esittäjällä saattaa olla tosiasiallisesti täytettävänä *kaksinkertainen perustelutaakka*. Hänen on pyrittävä vakuuttamaan tuomioistuin siitä, että kyseinen selvitys riittävällä todennäköisyydellä osoittaa konkurssin tuottavan saneerausta paremman tuloksen. Tämän *lisäksi* hänen on esitettävä perusteet sille, miksi samaa selvitystä olisi nyt arvioitava toisin kuin hylätyksi tulleen keskeytysvaatimuksen yhteydessä. Tämä huomioiden on oletettavaa, että konkurssivertailua koskeva selvitys kannattaa useinkin ”säätää” ohjelman vahvistamisvaiheeseen. Tällöin sitä eivät rasita kahdenkertaiseen arviointiin väistämättä kytkeytyvät – inhimillisesti varsin ymmärrettävät – ennakkokäsitykset.

Harkittaessa keskeytysvaatimusta konkurssivertailun perusteella on edellä todetun ohella huomioitava myös prosessiekonomia. Saman ratkaisuaineiston kahdenkertainen läpikäynti kasvattaa sekä välittömiä että välillisiä menettelykustannuksia. Keskeytysvaatimus vertailuaineistoinen on ensinnäkin laadittava huolellisesti; ylimalkaiset väitteet konkurssin paremmuudesta eivät voi keskeyttää saneerausmenettelyä. Riittaisuuden sattuessa keskeytysvaatimus saa myös aikaan täysimittaista oikeudenkäyntiä vastaavan prosessin. Jos vertailuvaatimus on täysimittaisessa oikeudenkäynnissä jo kertaalleen ratkaistu vaatimuksen esittäjän tappioksi, äsken todettu kaksinkertainen perustelutaakka, joka tulee täytettäväksi ohjelman vahvistamisvaiheessa, saattaa olla ylivoimainen, minkä lisäksi kyseistä velkojaa voi kohdata raskas kuluvastuu.

Yllä todettu voidaan tiivistää siten, että konkurssivertailu saneerausmenettelyn keskeytysperusteena on periaatteessa mahdollinen – selvästi ’mahdollisempi’ kuin hakemuksen vastustusperusteena. Siihen kuitenkin liittyy merkittäviä epävarmuustekijöitä, joista painavin on kahdenkertaisen tutkinnan ongelma. Konkurssivertailuun kannattanee vedota keskeytysperusteena vain silloin, kun *vertailuaineisto on erityisen vakuuttavaa*, mieluiten sellaista, ettei se jätä varteenotettavaa mahdollisuutta vaatimuksen hylkäämiselle. Muissa tilanteissa vertailuaineiston esittäminen on yleensä tarkoituksenmukaisinta siirtää ohjelmaehdotuksen vahvistamisvaiheeseen.

6.3 VERTAILUNORMISTON RATIO LEGIS: ERIMIELISEN VELKOJAN SUOJAAMINEN SANEERAUSOHJELMAN VAHVISTAMISESSA

6.3.1 Johdatus Best Interest of Creditors' -doktriiniin

6.3.1.1 Konkurssivertailu yksittäisen velkojan suojakeinona

Konkurssivertailun varsinaisena tarkoituksena on *suojata yksittäistä, vähemmistöön jäänyttä velkojaa* saneerausohjelmaehdotuksen vahvistamista koskevassa harkinnassa. Tämä on vertailunormiston kiistaton ratio legis, joka juontaa juurensa yhdysvaltalaisesta best interest of creditors' -testistä. Amerikkalaisen esikuvan ydinsisältö on, että yksittäisen velkojan ei saneerauksessa tarvitse tyytyä huonompaan suoritukseen kuin konkurssissa (BC 1129(a)(7) §). Merkitykseltään best interest -testiä pidetään samanlaisena järjestelmän kulmakivenä kuin rauhoitusaikaa.¹⁷

Ennen kuin best interest -doktriinia ja siihen perustuvaa meikäläistä institutiota tarkastellaan lähemmin, on tehtävä kaksi keskeistä täsmennystä. Ensinnäkään best interest -testi *ei edellytä, että saneerausohjelmassa luvattu suoritus olisi paras mahdollinen*. Oikeutemme ei tunne nimenomaista parhaan suorituksen vaatimusta, so. vaatimusta, jonka mukaan saneerausohjelma olisi laadittava siten, ettei velallinen kykenisi parempaan absoluuttiseen kokonaistulokseen. YSL 44.3 §:n ja 53.1 §:n 3 kohdan mukaan suorituksen riittävyttä arvioidaan *relatiivisesti*, suhteessa saneerausohjelman toteuttamisen asettamiin vaatimuksiin ja velkojien keskinäiseen asemaan (tämä käy osin ilmi ratkaisusta KKO 2003:120, jossa velkajärjestelyn katsottiin kohdistuvan liian ankarana tavallisiin velkoihin, erityisesti suhteessa yrityksen omistajiin sekä ”asianmukaiseen riskinjakoon näiden tahojen kesken”).

Ehkä vielä tärkeämpää on huomata, että konkurssivertailun *perusidea on olennaisesti toinen kuin ns. ehdottoman etuoikeuden periaatteessa* (absolute priority rule). Ehdottoman etuoikeuden periaate tarkoittaa, että paremmassa etuoikeusasemassa olevat velkojat on tyydytettävä täysin ennen kuin huonommassa asemassa oleville voidaan luvata mitään. Konkurssivertailun tarkoituksena ei ole huolehtia etuoikeusjärjestyksen toteutumisesta, vaan siitä, että yksit-

¹⁷ Ks. Collier on bankruptcy ¶ 1129.03[7]: ”one of the cornerstones”. Nykyinen BC ei tunne termiä ”best interest test”. Termi perustuu doktriiniin, joka kehittyi Bankruptcy Act 336(2) ja 472(2) §:n ympärille. Ks. Collier on bankruptcy ¶ 1129.03[7][e], Norton § 92:14, Weintraub – Resnick ¶ 8.23[2] alav. 19, Warren – Westbrook s. 794, Broude § 12.10 (s. 12–18) ja Fortgang – Mayer UCLA L. Rev. 1985 s. 1104. Konkurssivertailun on katsottu sijoittuvan kollektiivisen insolvenssioikeuden ytimeen, koska sillä testataan velallisen liiketoiminnan jatkamisen oikeutus; näin *LoPucki* Am. Bankr. L.J. 1983 s. 258.

täinen velkoja saa vähintään saman suorituksen kuin saneerausvelallisen fiktii-visessä konkurssissa. Konkurssivertailussa on kysymys velkojalle luvatus suorituksen *absoluuttisesta*, ei suhteellisesta, samuudesta. Tämä ero on pidettävä selkeänä erityisesti Suomen insolvenssioikeudessa, jossa ehdottoman etuoikeuden periaate koskee nimenomaan saneerausvelkojen välistä suhdetta (YSL 54 § 5 kohta); Yhdysvalloissahan absolute priority rule on kehittynyt etupäässä velkojen suojaksi saneerausyrityksen omistajia vastaan.¹⁸ Ehdottoman etuoikeuden periaate suojaa paremmassa etuoikeusasemassa olevaa *velkojaryhmää* saneerausohjelman *pakkovahvistamisessa*, konkurssivertailu *yksittäistä velkojaa kaikissa vahvistamistilanteissa*.

Konkurssivertailu tarjoaa erimieliselle velkojalle varsin tehokasta suojaa. Erityisesti on huomattava, että velkojaryhmän enemmistön kannatus ohjelmaehdotukselle ei poista vertailuoikeutta ryhmän jäseneltä.¹⁹ Jos yksittäinen velkoja saattaa todennäköiseksi, että konkurssi tarjoaisi juuri hänelle paremman suorituksen, ohjelmaa ei voida vahvistaa laajastakaan kannatuksesta huolimatta.²⁰ Merkitystä ei ole myöskään vertailua vaativan velkojan saatavan suuruudella eikä sillä, kuinka paljon paremman suorituksen konkurssi hänelle tarjoaisi. Pienvelkojallakin on oikeus estää ohjelman vahvistaminen saattamalla todennäköiseksi, että saneerausohjelmaehdotuksen mukainen suoritus jää vain hieman alle konkurssin tuottaman täytäntöönpanotuloksen. On täysin perusteltua kysyä, mikä oikeuttaa näin pitkälle menevän suojan; vaarantaako se liiaksi velkojen enemmistön tahdon toteutumisen ja samalla koko saneerausmenettelyn kollektiivisuuden? Vertailunormistoon näyttää sisältyvän jopa mahdollisuus tietynlaiseen oikeuden väärinkäyttöön tai shikaaniin. Sen voidaan myös ajatella tuhoavan periaatteen, jonka mukaan yksittäisen velkojan ei tule voida vastustuksellaan kaataa kollektiivin kannattamaa saneerausta.

¹⁸ Ehdottoman etuoikeuden ja konkurssivertailun erottelusta Yhdysvalloissa ks. *Blum* U. Chi. L. Rev. 1983 s. 434 ja *Warren* Ann. Survey of Am. Law 1991 s. 38–39, uudemmassa kirjallisuudessa *Baird* Elements s. 76–77 ja *Tene* Bankr. Dev. J. 2003 s. 288 ja 350.

¹⁹ Tätä korostetaan jokaisessa konkurssivertailua koskevassa esityksessä. Ks. *Cowans* s. 262, *Epstein – Nickles – White* s. 35, *Warren – Westbrook* s. 794, *Collier on Bankruptcy* ¶ 1129.03[7] ja *Broude* § 12.10 (s. 12–20); Suomen oikeudesta *Koulu* Vahvistaminen s. 289.

²⁰ Vertailuoikeus säilyy siitäkin huolimatta, että saneerausohjelmaehdotuksen kannatus riittäisi sovinnon vahvistamiseen konkurssissa uuden KonkL 21 luvun mukaan. Konkurssisovinnon vahvistaminen edellyttää, että sitä kannattavat (velallinen ja) velkojat, joilla on vähintään 80 % velkojen kokonaisuanimäärästä sekä kukin velkoja, jonka äänimäärä on kokonaisuanimäärästä vähintään 5 % (KonkL 21:1.1, 1 kohta). Näinkään vahva ohjelmaehdotuksen kannatus ei tee saneerausvelkojan vertailuoikeutta tyhjäksi, koska erimielisellä velkojalla olisi myös konkurssisovinnossa oikeus vaatia itselleen vähintään samaa jako-osuutta kuin täysimittaisessa konkurssissa (KonkL 21:1.1, 2 kohta). Erimieliset konkurssivelkojat voivat myös varsin tehokkaasti viivyttää sovinnon vahvistamista saattamalla kysymyksen jako-osuuden määrästä tuomioistuimen ratkaistavaksi; sovintoasiaa voidaan käsitellä vasta jako-osuuksia koskevien vahvistusvaatimusten tultua lainvoimaisesti ratkaistuiksi (KonkL 21:3.1). Ks. HE 26/2003 s. 186.

Yksittäisen velkojan suojaamista konkurssivertailulla voidaan puolustaa ainakin sillä perusteella, että näin *jokaisella velkojalla on todellinen mahdollisuus vaikuttaa* saneerausohjelmaan ja samalla ylipäänsä siihen, miten yrityksen taloudellisen ahdingon aiheuttamia ongelmia tulisi ratkaista. Ohjelmaehdotuksen valmistelu ei nimittäin sellaisenaan takaa kaikille velkojille todellista vaikutusmahdollisuutta, kuten ei enemmistöperiaatteelle rakentuva äänestyskään. Konkurssivertailu on erityisen tärkeä keino Yhdysvaltain oikeudessa, jossa ohjelman valmistelu perustuu velallisen yksinoikeudelle. Vaikka Suomen oikeus rakentuu ohjelmaehdotusten yhdenvertaisuudelle, mikään ei meilläkään takaa, että yksittäinen velkoja todella pääsee vaikuttamaan ehdotuksen (ehdotusten) sisältöön muutoin kuin konkurssivertailulla. Etenkin suuryrityksen saneerauksessa vertailu voi olla jopa ainoa keino, jolla saneerauksen sisältöön voidaan vaikuttaa suurimpien velkojien piirin ulkopuolelta. Tämä on luonnollisesti myös käytännön olosuhteiden sanelema välttämättömyys; suuryrityksen saneerauksessa ei ole mahdollista valmistella ohjelmaa niin, että jokainen velkoja saa äänensä kuuluviin. Konkurssivertailu muodostaa myös takarajan niille uhrauksille, joihin yksittäinen velkoja voidaan kollektiivin tahdon edessä pakottaa; velkoja ei saa estää saneerausta, *paijti* jos se ajaisi hänet vielä huonompaan asemaan kuin velallisen konkurssi. Tämä vertailuinstituution ”ultima ratio -funktio” ilmenee hyvin edellä viitatusa ratkaisusta KKO 2003:120, jossa todettiin, että konkurssivertailun läpäiseminen on ohjelman vahvistamisen välttämätön, mutta ei riittävä edellytys. Velkojan on tyydyttävä konkurssijakoosaan, kunhan näin jyrkkä velkajärjestely ei riko YSL 44.3 §:ssa säädettyä lievimmän keinon sääntöä (YSL 53.1 § 3 kohta).

Jos konkurssivertailun oikeutus perustetaan juuri todetuina tavoin siihen, että yksittäiselle velkojalle halutaan taata mahdollisuus vaikuttaa yrityksen tulevaisuuteen, havaitaan, että vertailuväitteet voivat perustua kahdenlaisiin motiiveihin. Vertailulla voidaan ensinnäkin pyrkiä ennalta vaikuttamaan ohjelmaehdotuksen sisältöön, so. ennen kuin ehdotukseen on otettava lopullisesti puoltava tai vastustava kanta. Tällöin vertailuargumentit ovat lähinnä *neuvotteluargumentteja*. Toiseksi vertailulla voidaan vastustaa jo valmistunutta ohjelmaehdotusta pyrkimällä sen *hylkäämiseen* eli vahvistamatta jättämiseen. Taustalla voi olla kyseisen velkojan kielteinen suhtautuminen koko saneerausmenettelyyn, viime kädessä pyrkimys saattaa velallisyritys konkurssiin.

Lähtökohtaisesti molemmat motiivit ovat lainsäätäjän hyväksymiä, eikä niitä voida sellaisinaan leimata esimerkiksi oikeuden väärinkäytöksi tai shikaaniksi. Pyrkimys vaikuttaa saneerausohjelman sisältöön ennalta on suorastaan toivottava. Mitä aiemmassa vaiheessa velkojat esittävät täsmällisiä vertailuargumentteja, sitä todennäköisempää on, että ohjelmaehdotusta kannatetaan tai sitä ei vastusteta ainakaan konkurssivertailulla. Jos taas vahvistamisvaiheessa esitetty väite konkurssin edullisemmudesta osoittautuu oikeaksi ja ohjelma tällä perusteella jätetään vahvistamatta, lopputulos on täysin lain tarkoituksen mukainen.

Toisaalta on selvää, että nykymuotoisen, varsin vahvan vertailuoikeuden legitimitetti joutuu koetukselle etenkin silloin, kun kysymys on hyvin vähäisestä erosta saneerauksen ja konkurssin välillä. Ongelma kärjistyy erityisesti pienvelkojan vaatiessa vertailua marginaalisella erolla. Tällöinkään vertailuvaatimusta ei silti ole syytä leimata väärinkäytöksi, kun muistetaan, että velkojalla ei ehkä ole mitään muuta keinoa vaikuttaa ohjelmaehdotukseen. Hänen neuvotteluasemansa ja käytettävissä olevat argumenttinsa ovat ehkä kokonaan vertailuvaatimuksen varassa. On kysyttävä, miksi muutoin 'aseeton' pienvelkoja olisi pakotettava konkurssijako-osuuttakin huonompaan suoritukseen. Marginaalisen eron ongelmaa ei myöskään pidä liioitella. Jos ero konkurssin hyväksi on riittävän vähäinen, saneerausta kannattavat velkojat voivat saada ohjelman vahvistettua maksamalla eron vertailua vaatineelle velkojalle. Edelleen lienee käytännössä varsin epätavallista, että konkurssi tuottaisi vain yhdelle velkojalle niukasti paremman suorituksen. Jos tämä alkaa näyttää todennäköiseltä, on syytä tutkia, sisältyykö ohjelmaehdotuksen perusteisiin jonkinlainen erehdys tai muu häiriö. Mikäli taas niukasti parempia jako-osuuksia ilmenee useamman velkojan kohdalla, konkurssia täytyy todella pitää oikeampana menettelynä.

6.3.1.2 Manipuloitu vertailu oikeuden väärinkäyttönä

Yllä on pyritty osoittamaan argumentteja konkurssivertailun hyväksyttävyydelle instituutiona. Yksittäisen saneerausvelkojan suojaamista voidaan noiden argumenttien perusteella pitää oikeutettuna. Toisaalta on selvää, että konkurssivertailua voidaan pyrkiä käyttämään vastoin tarkoitustaan ja sitä voidaan myös pyrkiä hyödyntämään epäasiallisin keinoin. Vertailuinstituutio ei tässä eroa mitenkään muista oikeudellisista instituutioista.

Konkurssivertailun varsinaisesta väärinkäytöstä voidaankin puhua silloin – mutta vain silloin – kun velkoja esittää vertailuaineistona vääristeltyä informaatiota tai pyrkii muutoin *manipuloituun lopputulokseen*. Manipuloinnissa voidaan käyttää hyväksi sekä totuusarvoltaan kyseenalaisia faktaväitteitä että voimassa olevan oikeuden sisältöä koskevaa spekulatiota, joka ilmenee vaikkapa epäasiallisina tulkintoina voimassa olevasta insolvenssioikeudesta. Vertailuinstituutio on altis tällaiselle spekulatiolle jo siksi, että myös asianmukainen vertailuinformaatio on perusluonteeltaan epävarmaa.²¹ Vertailuoikeuden käyttö voi vaikuttaa kyseenalaiselta myös silloin, kun velkoja esittää (vääristellyt tai asianmukaiset) vertailuargumenttinsa vasta sitten, kun ohjelmaehdotusta ei

²¹ Konkurssivertailussa tarvittavasta selvityksestä yleensä ks. *Norton* § 92:14, *Broude* § 12.10 (s. 12–20 ja 12–21) sekä *Cowans* s. 263 (erit. alav. 680: "Unquestionably a lot of guesswork is involved"). Vrt. *Collier on bankruptcy* ¶ 1129.03[b][iii] alav. 91: "The hypothetical liquidation analysis must be based on evidence and not assumptions in order to meet the best interest of creditors test."

enää voida muuttaa, vaikka hän olisi voinut esittää samat argumentit jo aiemmin. Tämä mahdollisuus antaa aiheen kysyä, pitäisikö vertailuoikeuteen kohdistua jonkin laajuinen preklusiouhka. Jäljempänä havaitaan omissa asiayhteyksissään, että YSL tarjoaa melko hyvät mahdollisuudet sekä sisällöltään spekulatiiviseen vertailuun että vertailuargumenttien taktiseen 'salaamiseen', kunnes ohjelmaehdotusta ei voida enää muuttaa.

Sisällöllisesti spekulatiivista vertailua ja relevanttien vertailuargumenttien taktista viivyttämistä voidaan kutsua yhteisnimellä *manipuloitu vertailu*. Olipa kyse vertailuinformaation vääristelystä tai prosessitaktisesta peittelystä, manipuloidun vertailun tavoitteena on tietty vertailutulos, joka vastaa parhaiten vertailijan omia etuja, mahdollisesti saneerausmenettelyn muiden intressitahojen kustannuksella.

Konkurssivertailuoikeutta ei tietenkään saa käyttää väärin; päinvastoin, siihen turvautumisen on oltava asianmukaista ja reilua. Muunlainen vertailu rikoo *manipuloidun vertailun kieltoa*, jonka voimassaolo voidaan johtaa yleisestä varallisuus oikeudellisesta oikeuden väärinkäytön kiellosta.²² Kiellon noudattamisen kontrollointi on ensisijaisesti jokaisen vertailuoikeutta käyttävän velkojan itsensä velvollisuus. Luonnollisesti kieltoa valvoo myös selvittäjä tai se, joka laatii kilpailevaa ohjelmaehdotusta. Viime kädessä valvontavastuu on kuitenkin saneeraustuomioistuimella, joka voi – ja jonka pitää – jättää vääristelty vertailuinformatio huomiotta. Sen sijaan tuomioistuimen mahdollisuudet puuttua vertailuargumenttien prosessitaktiseen viivyttämiseen ovat, kuten jäljempänä havaitaan, voimassa olevan oikeuden perusteella epäselvät.

6.3.2 Konkurssivertailun vaatiminen

6.3.2.1 Vaatimistaakka ja väittämistaakka

Prosessioikeudellisen doktriinin perinteiseen ytimeen kuuluvat vaatimistaakka ja väittämistaakka. Edellisellä tarkoitetaan asianosaisen velvollisuutta esittää asiassa vaatimuksensa, jälkimmäisellä taas velvollisuutta vedota sellaisiin tosiseikkoihin, jotka ovat vaaditun oikeusseurauksen kannalta välittömästi relevantteja.²³

²² Oikeuden väärinkäytön kieltoa on viime aikoina perusteltu ja analysoitu ns. uuden varallisuus-oikeuden viitekehyksessä. Ks. *Pöyhönen* Uusi varallisuus-oikeus s. 102–108. Kuten *Tammi-Salmi* (s. 247–259) osoittaa, oikeuden väärinkäytön kiellolla on kuitenkin myös pitkät perinteet.

²³ Ks. *Lappalainen* I s. 398–407. Väittämistaakka on terminä vakiintunut, vaikka sillä viitataan laajempaan prosessuaaliseen velvollisuuteen kuin 'väitteen' tekemisvelvollisuuteen. Seikan huomioon ottaminen oikeudenkäynnissä nimittäin edellyttää enemmän kuin pelkästään väitetä seikan olemassaolosta. Puhdasoppinen doktriini edellyttää, että olemassaoloväitteen lisäksi asianosainen selkeästi ilmoittaa asettavansa kyseisen seikan vaatimuksensa perusteeksi. Viime kädessä asianosainen vaatii, että kyseinen seikka otetaan asiassa annettavan ratkaisun perusteeksi OK 24:3.2:ssa säädetyin tavoin. Ruotsalaisen prosessiterminologian "åberopsbörda" on tässä mielessä kuvaavampi.

Siviiliprosessille on ominaista, että asianosaisilla on lähtökohtaisesti molemmat velvollisuudet, mutta niiden voimakkuus vaihtelee prosessilajista ja asian laadusta riippuen. Puhdasoppista doktriinia 'rikkoo' myös tuomioistuimen velvollisuus materiaaliseen prosessinjohtoon. Erityisesti väittämistaakan osalta on nykyprosessissa selvää, että asianosaisten on viime kädessä tuomioistuimen esittämien kysymysten perusteella ilmoitettava, mihin seikkoihin he vetoavat. Säännöstasolla tämä ilmenee OK 5:21.3:sta, jonka mukaan tuomioistuimen on valmistelussa huolehdittava siitä, että asianosaiset mainitsevat kaikki seikat, joihin he haluavat vedota.²⁴

Vaatimis- ja väittämistaakalla on huomattava merkitys myös konkurssivertailulle, sillä ne ilmentävät koko vertailuinstituution *periaatteellista painoarvoa* insolvenssimenettelyjen järjestelmässä. Ääripäinä ovat täysin virallistointimintoinen ja täysin asianosaisilähtöinen vertailu. Edellisessä tuomioistuin ottaa vertailun oma-aloitteisesti tutkittavakseen ja tämän lisäksi huomioi viran puolesta vertailuun vaikuttavat seikat. Jälkimmäisessä taas vertailuun ei kiinnitetä lainkaan huomiota ilman asianosaisen vaatimusta. Lainsäädännölliset ratkaisut ja niiden soveltaminen johtavat luonnollisesti näiden ääripäiden yhdistelmiin.

YSL:n mukaan vaatimistaakka on kiistatta voimassa. Vertailuun ei ryhdytä ilman siihen oikeutetun velkojan vaatimusta (YSL 53.1 § 5 kohta).²⁵ Tässä tutkimuksessa ei kuitenkaan ole tarkoitus selvittää tyhjentävästi konkurssivertailussa sovellettavaa vaatimistaakkaa. Säännöksen sanamuoto on selvä, eikä kysymyksellä pitäisi olla kovinkaan suurta käytännöllistä merkitystä; jos vertailuun on yksittäistapauksessa aihetta, se todennäköisesti ei kaadu vaatimuksen tekemättä jättämiseen. Sekä teoriassa että käytännössä suurempi merkitys on väittämistaakalla. Seikat, joiden perusteella vertailu tapahtuu, ovat osa sitä *fiktiivistä konkurssia*, joka on koko vertailunormiston ydin ja samalla sen vaikeimmin hallittava ongelma.

²⁴ On helppo sanoa, että riittävän aktiivinen prosessinjohto tekisi väittämistaakkainstituution tarpeettomaksi. Materiaalisen prosessinjohtoon ja väittämistaakan välinen jännite on joskus kiteytettykin kysymällä, tuleeko tuomioistuimen aktiivisuudellaan edistää oikeuden toteutumista vai ko passiivisuudellaan vaikeuttaa tätä. Täydellinen prosessinjohto – joka tietenkin on vain teoreettinen ihanne – veisi loogisesti siihen, että tuomiota ei saisi perustaa seikkaan, johon asianosainen on kysyttäessäkin kieltäytynyt vetoamasta. Useat syyt – ehkä keskeisimpinä prosessinjohtoon inhimilliset rajoitukset, tuomioistuimen uskottava puolueettomuus ja prosessiekonomia – vievät kuitenkin siihen, ettei tällaista normia ole mahdollista asettaa. Väittämistaakan ja materiaalisen prosessinjohtoon välisestä – monin tavoin ongelmallisesta – suhteesta ks. *Lappalainen* Alioikeusuudistus s. 121–123, laajasti *Virolainen* Prosessinjohto s. 118–123, 171–186 ja 241–288, *Leppänen* s. 206–223 sekä *Boman* s. 27–45.

²⁵ Tältä osin on mahdollista, että oikeutemme eroaa Yhdysvaltain oikeudesta. BC 1129(a)(7)(A) (ii) §:n mukaista vertailua ei nimittäin ole kytketty yhtä kiinteästi velkojan vaatimukseen. Kirjallisuuden perusteella näyttää siltä, että vertailuun olisi ryhdyttävä jo sillä perusteella, että ohjelmaa ei ole hyväksytty yksimielisesti. Ks. *Warren – Westbrook* s. 794: "Unless a creditor has individually voted in favor of the plan... the court must do a liquidation analysis". Ks. myös *samat* s. 796: vertailu on suoritettava, "Unless there is unanimous acceptance of the plan by each member of the class ...". Ks. edelleen *Weintraub – Resnick* ¶ 8.23[2] kohta 7.

Väittämistaakan *voimassaoloa* arvioitaessa on tarkasteltava, liittyykö konkurssivertailuun sellaista julkista intressiä, joka puoltaisi relevanttien seikkojen virallistutkintaa. Nähdäkseni näin ei ole. Saneerausmenettelyn aloittamiseen ja ohjelman vahvistamiseen liittyy kyllä myös virallisvalvonnan piiriin kuuluvia kriteerejä, mutta on vaikea osoittaa painavia perusteita sille, että tuomioistuimen olisi omasta aloitteestaan tutkittava konkurssivertailuun vaikuttavia seikkoja. Tuomioistuimen valvontaan kuuluvat pikemminkin asiat, jotka selvästi vaikuttavat velkojen yhdenvertaisuuteen tai osoittavat esimerkiksi saneerausmenettelyn ilmeistä väärinkäyttöä. Kuten edellä on todettu, konkurssivertailun perusteella ei ole syytä tehdä suoria päätelmiä siitä, pyritäänkö saneerausmenettelyä käyttämään yksittäistapauksessa väärin. Myöskään velkojen yhdenvertaisuus ei vaadi, että tuomioistuin viran puolesta selvittäisi konkurssin edullisemmuutta puoltavia seikkoja. Konkurssi nimittäin ei takaa yhdenvertaisuutta sen paremmin kuin saneeraukseen. Asia voi olla pikemminkin päinvastoin; saneerausmenettely suojaa vakuudettomia velkoja paremmin kuin konkurssi, eikä separaatio-oikeuksilla ole saneerauksessa muutoinkaan perinteisen vahvaa asemaa. Niinpä velkojen yhdenvertaisuus näyttää edellyttävän pikemminkin, että tuomioistuin ottaa viran puolesta huomioon seikkoja, jotka puhuvat vertailua vaatineen velkojan esittämiä argumentteja vastaan.

Konkurssivertailu edellyttää myös tietoa siinä määrin yksityiskohtaisista ennusteista ja niihin vaikuttavista tosiseikoista, että laaja virallistutkinta ei olisi de facto mahdollinen; relevanttien seikkojen esille tuleminen jäisi joka tapauksessa asianosaisten aktiivisuuden varaan. Tuomioistuimelle on mielekästä asettaa *enintään* informointivelvollisuus vertailumahdollisuuden olemassaolosta – jos tätäkään, koska vaatimistaakka on epäilyksittä voimassa. Konkurssiin ei yleisestikään voine liittyä mitään niin tavoiteltavaa ja suojanarvoista, että valtiotavallalla olisi hyväksyttävä intressi oma-aloitteisesti syrjäyttää saneerausmenettely konkurssin tieltä. Vielä vähemmän on syytä sallia sitä, että konkurssin edullisemmuus yksittäiselle saneerausvelkojalle selvitettäisiin viran puolesta. Kaikki tämä on vielä syytä yhdistää siihen, että oikeutemme ei (periaatteessa) tunne ns. pakollista konkurssia eli konkurssiinhakeutumisvelvollisuutta laissa säädettyjen edellytysten täytyessä.²⁶ Juuri lausutuilla perusteilla tässä tutkimuksessa katsotaan, että YSL:n mukaisessa konkurssivertailussa on lähtökohteisesti voimassa sekä vaatimistaakka että väittämistaakka. Vertailuun ryhdytään vain asianosaisten vaatimuksesta ja se suoritetaan niiden seikkojen perusteella, joihin vertailua vaativa asianosainen vetoaa.

Usein väittämistaakan voimassaoloa ongelmallisempaa on määritellä niiden seikkojen ja olosuhteiden piiri, joihin vetoamisvelvollisuus kohdistuu. Kun väittämistaakan *alaa* tarkastellaan konkurssivertailun yhteydessä, on jälleen

²⁶ Konkurssiinhakeutumisvelvollisuudesta ks. *Havansi* Konkurssioikeus s. 48–52.

syytä lähteä yleisessä siviiliprosessioikeudessa noudatettavista periaatteista. Keskeisin raja on, että vetoamisvelvollisuus kohdistuu vain niihin *tosiseikkoihin*, joiden perusteella velkoja vaatii saneerausohjelman vahvistamista jättämisestä. Seikkojen oikeudellinen luonnehdinta ja arvottaminen ovat tuomioistuimen tehtäviä.²⁷ Konkurssivertailuun sovellettuna tämä tarkoittaa, että velkojan *ei tarvitse vedota insolvenssioikeuden sisältöön*, vaan ainoastaan niihin seikkoihin, joiden perusteella hän itse pitää konkurssia edullisempaan vaihtoehtona. Eri asia on, että jo tämän velvollisuuden täyttäminen edellyttää käsitystä sovellettavan juridiikan sisällöstä; velkoja vetoaa tiettyyn seikkaan juuri siksi, että se voimassa olevan konkurssioikeuden mukaan johtaa edullisempaan lopputulokseen kuin saneeraus.²⁸ Näiden yleisissäkin väittämistaakkaopeissa valitsevien periaatteiden ohella on huomattava vielä, että konkurssivertailussa esitettävät väitteet ovat tavallista enemmän *todennäköisyysväitteitä*. Erityisesti siitä fiktiivisestä konkurssista, jonka velkoja haluaa muodostaa vaatimuksensa perusteeksi, ei voida esittää sellaisia puhtaita faktoja, joita perinteisesti pidetään väittämistaakan ydinalueena. Tämä ei kuitenkaan nähdäkseni muuta sitä, että konkurssifiktio muodostaminen on velkojan, ei saneeraustuomioistuimen tehtävä. Tuomioistuin ainoastaan arvioi, onko velkoja saattanut todennäköiseksi, että hän saisi muodostamassaan konkurssifiktiossa paremman suorituksen kuin saneerausohjelman perusteella.

Konkurssivertailua koskevat vaatimis- ja väittämistaakat ovat nähdäkseni voimassa silloinkin, kun ohjelmaa vaaditaan vahvistettavaksi YSL 54 §:n nojalla eli ns. pakkovahvistamisena. YSL 54 §:n 1 kohdan mukaan pakkovahvistaminen edellyttää, että vahvistamiselle ”ei ole 53 §:ssä tarkoitettua estettä”. Säännös *ei* kuitenkaan aseta tuomioistuimelle oma-aloitteista velvollisuutta tutkia jokaisen velkojan kohdalta, onko saneerausmenettely konkurssia edullisempi vaihtoehto.

6.3.2.2 Vaatimisvaltuus

Saneerauslaki lähtee siitä, että menettely ei vaikuta esinevakuusoikeuden pysyvyyteen tai sisältöön (YSL 45.2 §). Tästä syystä konkurssivertailu suoritetaan vain vakuudettomien velkojen kesken.

Raja on perustuu ajatukselle, että YSL 45 §:ssä säädetyn erityissuojan ansios- ta vakuusvelkoja ei voi joutua saneerauksessa huonompaan asemaan kuin konkurssissa. Kuitenkin myös vakuudella turvattua saatavaa voidaan järjes- tellä YSL 45 §:ssä rajoitetuin tavoin. Itse vakuusoikeuteenkin voidaan puut- tua muutoin kuin sen pysyvyyteen ja turvaavuuteen vaikuttaen. YSL 45 §:ssä ei säädetä, että vakuusvelkojen oikeuden heikentämistä olisi verrattava ky-

²⁷ Ks. tästä yleisessä väittämistaakkaopissa *Lappalainen* I s. 400–401, laajasti *Boman* s. 46–61.

²⁸ Relevanttien tosiseikkojen ja normien yhteenkietoutuminen on, kuten tunnettua, väittämistaakkaopin yleinen paradoksi, ei vain insolvenssioikeudellinen ongelma; ks. *Lappalainen* LM 1986 s. 764–765.

seisen velkojan asemaan fiktiivisessä konkurssissa. Tosiasiassa voikin käydä niin, että vakuusvelkoja joutuu saneerauksessa alistumaan johonkin, mikä ei konkurssissa tulisi kyseeseen. Esimerkiksi vakuuden vaihto on saneerausmenettelyssä mahdollinen riippumatta siitä, joutuuko kyseinen velkoja näin *tosiasiassa* huonompaan tilanteeseen kuin konkurssissa. Näin voi käydä esimerkiksi silloin, kun velkoja vakuuden vaihdon seurauksena menettää tavanomaiset realisointikanavansa, vaikka uusi objekti olisi vakuusarvoltaan yhtäläistä.

Voidaankin ehkä sanoa, että konkurssivertailu antaa tavallisille velkojille teoriassa jopa parempaa suojaa kuin YSL 45 § vakuusvelkojille. Konkursivertailulla pyritään siihen, että tavallinen velkoja ei joutuisi luopumaan mistään sellaisesta, mihin hänellä konkurssissa olisi oikeus. Vakuusvelkojat taas voivat saneerauksessa joutua alistumaan esimerkiksi juuri vakuuden vaihtoon.

Vertailuvaatimuksen on oikeutettu esittämään ”muu velkoja” kuin vakuusvelkoja (YSL 53.1 § 4 ja 5 kohdat).²⁹ On kuitenkin huomattava, ettei asiavaltuus ratkea yksin sillä perusteella, onko velkojalla saatavastaan vakuus. Ratkaisevaa on vakuuden arvo; jako vakuusvelkojiin ja tavallisiin velkojiin perustuu juuri vakuuden riittävyydelle.³⁰ YSL 3.1 §:n 6 kohdan mukaan vakuusvelkaa on saneerausvelka, jonka vakuudeksi velkojalla on kolmansiin nähden tehokas esinevakuusoikeus siltä osin kuin vakuuden arvo menettelyn alkaessa olisi riittänyt kattamaan velkojan saatavan määrän (tiettyjen vähennysten jälkeen); saman momentin 7 kohdan mukaan taas vakuusvelkojalla tarkoitetaan vakuusvelan velkojaa. Vakuusvajetilanteessa velkoja on siten samanaikaisesti sekä vakuusvelkoja että tavallinen velkoja ja voi vaatia konkurssivertailua siltä osin kuin vakuuden arvo alittaa saatavan määrän.³¹ Ratkaisevaa on, riittäisikö vakuus kattamaan saatavan konkurssissa. Näin ollen yritysikiinnitysvelkojan oikeus konkurssivertailuun määräytyy sillä perusteella, onko saatava suurempi kuin puolet kiinnitetyn omaisuuden arvosta (MJL 5.1 § siinä säädettyine vähennyksineen).

Velkojien jako vakuudettomiin ja vakuusvelkojiin määräytyy *menettelyn alkaessa* vallitsevien olosuhteiden perusteella, vertaamalla tuolla hetkellä saatavan määrää vakuuden arvoon. Niin lakitekstin, esitöiden kuin oikeuskirjallisuudenkin perusteella on kiistatonta, että menettelyn aikana tapahtuvat muutokset

²⁹ Ks. myös HE 182/1992 s. 94, jossa ”muu velkoja” täsmennetään nimenomaan muuksi kuin vakuusvelkojaksi. Lakiteksti taas edellyttää asian ymmärtämiseksi, että momentin 4 ja 5 kohdat luetaan yhdessä. Jälkimmäinen kohta osoittaa, kuka on oikeutettu vaatimuksen esittämiseen ja näin prosessaamaan konkurssivertailusta omissa nimissään (asialegitimaatio). Kyseessä on siten lakiin, ei asianosaisen väitteeseen perustuva asiavaltuus (joiden erottelusta *Lappalainen* I s. 274–282).

³⁰ Ks. HE 182/1992 s. 28–29.

³¹ Vakuusvajetilanteista Yhdysvaltain oikeudessa ks. *Herbert* s. 319–321 ja 333–334.

vakuuden arvossa eivät vaikuta velan statukseen.³² Vaikka tälle ratkaisulle on painavat perusteensa,³³ se voi johtaa konkurssivertailussa kyseenalaisilta näyttäviin tilanteisiin. Saattaa käydä niin, että vertailuun on oikeutettu velkoja, jonka vakuuden arvo on noussut riittäväksi menettelyn aikana tai vastaavasti niin, että vertailuoikeutta ei ole velkojalla, jonka vakuus on arvonlaskun johdosta käynyt riittämättömäksi. Oikeussuojaongelmaa ei kuitenkaan ole, koska vakuuksien arvon muutokset ovat irrelevantteja myös velkajärjestelyssä. Arvon nousu ei laajenna YSL 45 §:ssä säädettyä vakuusvelkojan suojaa; vastaavasti arvon lasku ei poista saatavalta tätä suojaa. On johdonmukaista ja oikein, että vakuuden arvon muutokset eivät vaikuta myöskään konkurssivertailuun. Näin ollen vakuuden arvon nousu ei lakkauta konkurssivertailuoikeutta, eikä arvon lasku perusta tätä oikeutta.

6.3.2.3 Ohjelmaehdotuksen vastustaminen vertailuoikeuden edellytyksenä

Konkurssivertailun edellytyksenä on, että vaatimuksen esittäjä äänestää saneerausohjelmaehdotuksen hyväksymistä vastaan.³⁴ Lisäksi täytyy edellyttää, että vertailua vaativan velkojan ääni otetaan äänestystuloksen laskennassa huomioon, ts. ei kuulu niihin, jotka YSL 52.2 §:n nojalla jätetään huomiotta.³⁵ Puoltava äänestyslausuma, samoin kuin äänestämättä jättäminen, johtavat vertailuoikeuden menettämiseen. Tällöin saneerausohjelma vahvistetaan, vaikka olisi täysin kiistatonta, että konkurssi tuottaisi selvästikin paremman suorituksen, ja vaikka asianosaiset olisivat aiemmissa kannanotoissaan ilmoittaneet selvittäjälle tai tuomioistuimelle seikkoja, joiden perusteella konkurssi olisi voittanut vertailun. Luonnollisestikaan ohjelmaa puoltanut tai äänestämättä jättänyt velkoja ei saa vertailuväitteitä tutkittaviksi hakemalla muutosta ohjelman vahvistamispäätökseen.³⁶

³² HE 182/1992 s. 28–29 ja *Koskelo* s. 143–144. Ks. myös *Nenonen* DL 1997 s. 921, kriittisesti de lege ferenda s. 922. Ks. edelleen *Hyvönen* DL 1997 s. 576–583, jossa aivan rationaalisin perustein puolletaan vakuusarvojen muuttamismahdollisuutta menettelyn aikana. Voimassaolevan oikeuden kanta on kuitenkin kiistatta, että vakuusarvo määräytyy (ja ”lukkiutuu”) menettelyn alkaessa.

³³ Ibid. Panttiomaisuuden on tietenkin kuuluttava velalliselle, ks. KKO 2004:31.

³⁴ Ohjelmaehdotuksen vastustamista edellytetään myös amerikkalaisessa esikuvanormistossa; best interest -testillä suojataan ”dissenting members of each class” (*Warren – Bussell* s. 730). Ks. myös *Cowans* s. 262.

³⁵ Yhdysvaltain oikeudessa vertailuoikeus on vain sellaiseen ryhmään kuuluvalla velkojalla, jonka asemaa ohjelmaehdotus heikentää; ks. *Collier on bankruptcy* ¶ 1129.03[7][a].

³⁶ Ks. kuitenkin THO 3.10.1996/3291 (S 96/1069): ohjelman vahvistamista koskeva valitus jätettiin tutkimatta, koska valituksen tehnyt velkoja ei ollut ”antanut äänestyslausumaa ohjelmaehdotuksesta, vaikka sillä on ollut tiedossa seikka, jonka nojalla se vaatii käräjäoikeuden päätöksen kumoamista.” Velkoja ei myöskään ollut saattanut todennäköiseksi, että sillä olisi ollut pätevä aihe olla vetoamatta tiedossaan olleeseen seikkaan käräjäoikeudessa. Hovioikeuden argumentaatiosta on ehkä pääteltävissä, että todennäköiseksi saatettu, pätevä syy äänestyslausuman laiminlyönnille olisi saattanut johtaa valituksen tutkimiseen.

Konkurssin vertailufunktio toteutuu luonnollisesti sitä paremmin, mitä aikaisemmassa vaiheessa ohjelmaehdotusta (-ehdotuksia) verrataan relevantteihin konkurssivaihtoehtoihin. Yhdysvaltalaisessa kirjallisuudessa ehdotuksen valmistelun on katsottu tapahtuvan sillä tavoin konkurssin varjossa, että kehittyvää ohjelmaehdotusta verrataan jatkuvasti konkurssin todennäköiseen lopputulokseen.³⁷ Myös meillä vertailufunktioon tulee kiinnittää huomiota mahdollisimman varhain. YSL 40.2 §:n mukaan selvittäjän on ohjelmaehdotusta laatiessaan neuvoteltava velallisen ja velkojatoimikunnan sekä tarpeen mukaan velkojen ja menettelyä hakeneen todennäköisen velkojan kanssa. YSL 42.2 §:ssa taas säädetään, että saneerausohjelmaehdotukseen on otettava tavallisten velkojen osalta arvio siitä, millaiseksi jako-osuus konkurssissa olisi muodostunut. Sekä neuvottelujen että jako-osuusarvion pakollisuus pitänevät huolen siitä, että konkurssivaihtoehto tulee jossain muodossa esille ohjelmaehdotuksen valmistelussa. Sen sijaan mikään ei takaa, kuten edellä on todettu, että yksittäinen velkoja pääsee tässä vaiheessa todella vaikuttamaan ehdotuksen sisältöön. Fiktiivinen konkurssi ei tule välttämättä kartoitetuksi kaikilta relevanteilta osiltaan vielä ohjelmaehdotuksen valmistelussa.

Menettelylliseksi ideaaliksi on syytä asettaa, että konkurssivertailuun oikeutettu velkoja ottaisi asian esille viimeistään ohjelmaehdotuksen ns. alkukäsittelyssä. Alkukäsittelyllä tarkoitetaan YSL 72 §:n mukaista menettelyä, jossa tuomioistuin varaa asiaan osallisille tilaisuuden lausua käsityksensä asianmukaisesti toimitetuista ohjelmaehdotuksista, joko antamalla niistä kirjallisen lausuman taikka suullisesti, jos tuomioistuin pitää istutokäsittelyä tarkoituksenmukaisempana. Alkukäsittely on yleisestikin tarkoitettu vaiheeksi, jossa saneerausohjelman vahvistamisen (väitetyt) esteet saatetaan muiden asianosaisten sekä tuomioistuimen ja selvittäjän tietoon.³⁸ Esteseikastojen täyttymistä ei kuitenkaan tällöin vielä ratkaista. Alkukäsittelyssä tuomioistuin ei siten anna myöskään konkurssivertailusta lausumaa, joka lopullisesti ratkaisisi menettelyjen keskinäisen paremmuuden tietyn velkojan kannalta.³⁹ Asia ratkaistaan vasta äänestyksen jälkeen, vahvistamisharkinnassa.

YSL:n systematiikka todella rakentuukin ajatukselle, että sisällölliset huomautukset ohjelmaehdotusta vastaan tehtäisiin alkukäsittelyssä. Myöhemmässä äänestyslausemassaan velkojalta odotetaan vain hyväksyvää tai hylkäävää kantaa ohjelmaehdotukseen, ei enää asiaperusteluja (YSL 76.3 §). Tämän jälkeen tuomioistuin harkitsee, vahvistetaanko ehdotus ohjelmaksi vai ei

³⁷ Ks. Warren – Westbrook s. 473 ja 497, jossa konkurssivertailun roolia saneerausneuvotteluissa kuvataan sattuvasti BC:n lukujaon perusteella: ”Negotiating the 11, threatening the 7”. Ks. myös *LoPucki* Strategies for creditors s. 509–514.

³⁸ Ks. *Koskelo* s. 304–305 (joka mainitsee erikseen, että lausumassa voidaan vedota konkurssivertailuun), *Koulu* Vahvistaminen s. 89–119, 213 ja *Liukkonen* DL 1994 s. 414 alav. 81.

³⁹ Ratkaisukielto koskee kaikkia esteperusteita, ks. *Koulu* Vahvistaminen s. 111–115.

(YSL 77 §).⁴⁰ Jos tätä pidetään ehdottomana menettelyjärjestyksenä, olisi myös konkurssivertailua vaadittava ennen alkukäsittelyn päättymistä uhalla, että vertailuoikeus menetetään.⁴¹ Tämän jälkeen ohjelmaehdotusta ei siis voitaisi hylätä enää *konkurssivertailun perusteella*; vertailua vaatineen velkojan vastustuksella olisi merkitystä vain ehdotuksen saaman kannatuksen laskemisessa. Lain tarkoitus ei kuitenkaan tältä osin ole yksiselitteinen. Erityisesti on huomattava, että YSL:ssa ei ole nimenomaista preklusionormia. Ensimmäinen kysymys kuuluukin, voiko velkoja liittää vielä äänestyslausumaansa sellaisia substanssi-väitteitä, joita hän ei ole voinut esittää aiemmin. Tällaisiin 'uusiin seikkoihin' vetoamista on – enemmittä perusteluitta – pidetty sallittuna, vaikka asiasta ei ole erityissäännöstä.⁴² Kanta lieenee käytännöllisen pakon sanelema, mutta sen tueksi voidaan viitata myös *vetoamiskieltoja koskevaan legaliteettiperiaatteeseen*; vetoamiskieltoja ei voida luoda tulkinnalla, vaan niille on oltava selkeää säädännäistä tuki.⁴³ Äänestyslausumassa voitaneenkin vaatia konkurssivertailua *ainakin sellaisella perusteella, johon kyseinen velkoja ei ole voinut vedota aiemmin*.

Varsinaiseksi ongelmaksi kiteytyy, onko juuri omaksutusta tulkinnasta tehtävä vastakohtaispäätelmä. E contrario -päätelmä johtaisi siihen, että konkurssivertailu ei ole sallittu sellaisella perusteella, johon kyseinen velkoja olisi voinut vedota viimeistään alkukäsittelyssä. Harkinta on aloitettava juuri todetusta preklusio-oikeudellisesta legaliteettiperiaatteesta; preklusionormiston laajentaminen vastakohtaispäätelmillä on kyseenalaista.⁴⁴ YSL 72.1 § ei sisällä preklusiouhkaa, vaan ainoastaan sen, että lausumat ohjelmaehdotuksesta on annettava tuomioistuimen asettamassa määräajassa. Myöskään säännöksen äärimmäisen suppeissa perusteluissa ei käsitellä preklusion mahdollisuutta.⁴⁵ Toiseksi on huomattava, että YSL:ssa on useita säännöksiä, joiden mukaan määräajan laiminlyönti nimenomaan johtaa oikeuden menettämiseen (72.3 §: ohjelmaehdotuksen toimittamisen määräaika; 74.3 §: saatavia koskevien väitteiden määräpäivä; 76.3 §: äänestyslausuman määräpäivä). Näiden selkeiden preklusionormien joukossa YSL 72.1 § näyttäytyy pikemminkin poikkeuksena. Jo näillä argumenteilla voitaisiin katsoa, että alkukäsittelyn päättymisen *ei*

⁴⁰ Tästä 'marssijärjestyksestä' ks. *Koskelo* s. 304, 312–313 ja 328–329.

⁴¹ Alkukäsittelyn päättymisellä Koulu on tarkoittanut saneeraustuomioistuimen päätöstä siitä, että ohjelmaehdotus siirretään äänestykseen, ks. *Koulu* Vahvistaminen s. 91. Tällöin alkukäsittely jatkuu myös sen ajan, jonka tuomioistuin ehkä varaa ohjelmaehdotuksen oikaisemiseen, tarkistamiseen tai täydentämiseen YSL 76.1 §:n mukaisesti.

⁴² Ks. *Koskelo* s. 312 ja 328.

⁴³ Legaliteettiperiaatteesta preklusionormistossa ks. *Lindell* Processuelli preklusion s. 18. Legaliteettiperiaatteesta seuraa yleinen analogiakielto sekä velvollisuus tulkita voimassa olevia preklusionormeja restriktiivisesti.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Ks. HE 182/1992 s. 105.

prekludoi konkurssivertailuoikeutta, ei sellaisellakaan perusteella, johon kyseinen velkoja olisi alkukäsittelyssä voinut vedota.

Ehkä painavin argumentti YSL 72.1 §:iin sisältyvää preklusiouhkaa vastaan kuitenkin on, että asiaväitteitä on voitava kohdistaa *lopulliseen ohjelmaehdotukseen*. Myös konkurssivertailuoikeutta on voitava käyttää lopullista ehdotusta vastaan riippumatta siitä, olisiko vastaavia argumentteja voitu esittää jo aiemmin. Saneerausohjelmaehdotus on kokonaisuus, jossa ”kaikki vaikuttaa kaikkeen”; ensi näkemältä vähäisetkin muutokset saattavat lähemmässä tarkastelussa edellyttää laajoja korjauksia.⁴⁶ Niin kauan kuin muutosmahdollisuus on avoinna, laajakantoisetkin muutokset ovat mahdollisia. Tästä syystä kohtalokkaita preklusioseuraamuksia ei voida pitää hyväksyttävänä ennen kuin ohjelmaehdotus on lopullinen. Merkitystä ei ole sillä, että YSL:sta de lege lata puuttuu jäsentynyt menettelynormisto, jolla konkurssivertailuvaatimus perusteineen ja todisteineen saatetaan osaksi vahvistamisharkintaa ja siinä tutkittavaa aineistoa. Laki tuntee nimenomaisesti vain YSL 77.1 §:n mukaisen, äänestys selvitystä koskevan harkinnanvaraisen lausumapyynnön. Riippumatta siitä, varaako tuomioistuin asianosaisille tilaisuuden tällaiseen lausumaan in casu, velkojalla on oltava oikeus – parhaaksi katsomallaan tavalla – saattaa tuomioistuimen tietoon konkurssivertailuvaatimuksensa perusteineen ja todisteineen sen jälkeen, kun ohjelmaehdotus on käynyt lopulliseksi. Edellytyksenä on ainoastaan, että kyseinen velkoja on äänestänyt ehdotusta vastaan.⁴⁷

Kategorinen kielto kohdistaa vertailuvaatimus lopulliseen ohjelmaehdotukseen olisi ongelmallinen myös oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuk-

⁴⁶ Saneerausohjelman määräysten keskinäisestä riippuvuudesta ks. *Liukkonen* DL 1995 s. 46. Liukkonen ilmeisesti pitää mahdollisena, että YSL 53.1 §:n 3–5 kohdat eivät johtaisi koko ohjelmaehdotuksen, vaan ainoastaan ao. lainkohdassa tarkoitetun määräyksen vahvistamatta jättämiseen. Näin esimerkiksi konkurssivertailun perusteella voitaisiin määrätä, että ohjelma vahvistetaan muilta osin, mutta hylätään vertailua vaatineen velkojan osalta. Tulkinta ei nähdäkseeni ole aivan ongelmaton de lege lata, mutta vähintään harkinnan arvoinen de lege ferenda. Itse asiassa tähän tapaan näytetään hovioikeuskäytännössä joskus menetellynkin. Ratkaisuissa HHO 19.2.1998/488 (S 97/1003) ja KouHO 12.5.1999/1116 (S 98/118) – joita tarkastellaan myöhemmin erikseen – hovioikeus palautti ohjelman vahvistamista koskevan asian käräjäoikeuteen määräten samalla, että velkojat, joilla katsottiin olevan velallisen hypoteettisessa konkurssissa oikeus kuittaukseen, oli ohjelmassa määrättävä saamaan suoritus vähintään pro summa concurrente.

⁴⁷ Ratkaisussa VHO 9.12.1996/1860 (S 96/634) saneerausohjelmaa vastustanut velkoja vaati vahvistamispäätöstä kumottavaksi mm. sillä perusteella, että käräjäoikeus ei ollut varannut velkojalle mahdollisuutta lausua lopullisesta ohjelmaehdotuksesta. Käräjäoikeus (Vaasan KäO 2.8.1996/1755, HS 95/2152) oli vahvistanut ohjelman todeten, että ”YSL ei tunne mahdollisuutta pyytää velkojilta uutta YSL 72 §:n mukaista lausumaa lopullisesta saneerausohjelmaehdotuksesta. Saneerausohjelman käsittelyn lähtökohta on selkeästi järjestys ohjelmaehdotus, lausumat/riitautukset, lopullinen ohjelmaehdotus, äänestys.” Hovioikeus hylkäsi valituksen todeten, että valituksen tehnyt velkoja ”on tosiasiallisesti voinut ottaa ja myöskin ottanut kantaa selvittäjän tekemään uuteen maksuohjelmaehdotukseen (eli lopulliseen ohjelmaehdotukseen, lisäys tässä), vaikka siltä ei ollut pyydetty erillistä lausumaa.”

sen kannalta (PerL 21 §, EIS 6 artikla). Itse asiassa yllä esitetyt argumentit herättävät kysymyksen, onko saneerausohjelmaehdotuksen tutkimismenettelyä koskeva sääntelymme de lege lata kaikin osin perustuslain mukainen. Huomatavan etupainoinen prosessi ei välttämättä täytä oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimusta; velkojalla ei ole tehokasta oikeussuojakeinoa nimenomaan lopullista ohjelmaehdotusta vastaan, vaikka juuri tämä ohjelmaversio tulee syvällisesti muuttamaan hänen oikeusasemaansa.⁴⁸ De lege ferenda saattaakin olla tarpeen, että lopullisen ohjelmaehdotuksen vahvistamisharkinnalle säädetään suullisen täystutkinnan mahdollistava prosessi. Tämä voisi tapahtua joko YSL:iin lisättävin erityissäännöksin tai sellaisin viittauksin OK 8 luvun hakeuslainkäyttöä koskeviin säännöksiin, jotka eivät jättäisi epäselvyyttä suullisen täystutkinnan mahdollisuudesta. Uudistuksen yhteydessä olisi toisaalta syytä harkita jonkinlaisen preklusiouhan liittämistä niin konkurssivertailuun kuin muihinkin vahvistamisen esteperusteisiin. Preklusiolla pitäisi voida estää ainakin ilmeisimmät manipulointiyritykset. Tällaisesta voi olla kysymys, jos konkurssivertailua vaativa velkoja on selvästi lykännyt vertailuvaatimuksensa ja/tai ratkaisevan selvityksensä esittämistä niin kauan, ettei ohjelmaa enää voida muuttaa ja tarjolla on vain ehdotuksen hylkääminen.

Kun katsotaan, että vertailuväitteet on voitava kohdistaa lopulliseen ohjelmaehdotukseen, tarkoitetaan luonnollisesti vain vertailua, joka tähtää ehdotuksen vahvistamatta jättämiseen. Jos velkoja taas haluaa, että vertailuargumentit vaikuttaisivat ennalta ehdotuksen sisältöön, hänen on tietenkin saatettava argumenttinsa ehdotuksen laatijoiden tietoon ennen kuin ehdotus käy lopulliseksi. Tällöin kyseessä ei kuitenkaan ole siviiliprosessuaalinen preklusiouhka, vaan faktinen pakko riittävän aikaiseen reagointiin.

6.4 VERTAILUKOhteet

6.4.1 Saneerausohjelmaehdotus vs. kuviteltu konkurssi

6.4.1.1 Suoritus, suorituksen arvo ja arvon muuttuminen

Konkurssivertailussa asetetaan vastakkain yhtäältä ohjelmassa luvattu suoritus, toisaalta väitetty jako-osuus konkurssissa. YSL 53.1 §:n 5 kohdan mukaan ratkaisevaa on, onko velkojalle ohjelman mukaan tuleva suoritus todennäköisesti arvoltaan pienempi kuin konkurssissa. Vertailussa on kysymys siitä, kumpi menettely johtaa velkojan kannalta edullisempaan *lopputulokseen*; tarkastelu

⁴⁸ Tätä ei takaa edes muutoksenhakumahdollisuus, kuten edellä todettiin. Jos konkurssivertailuvaatimusta ei ole tutkittu käräjäoikeudessa, ei myöskään valitusta, jossa vahvistamispäätös vaaditaan kumottavaksi konkurssivertailun perusteella, voida tutkia.

kohdistuu siten lopulliseen, saamisoikeuden lakkauttavaan suoritukseen. Toisesta suunnasta katsoen vertailussa onkin kysymys siitä, *kumpi menettely aiheuttaa pienemmän luottotappion*.

Vertailunormin nimenomaisen sanamuodon mukaan ratkaisevaa on suorituksen arvo. Tältä osin sanamuoto mukailee BC 1129(a)(7) §:ää ("property of a value"). Ratkaisevan merkityksen antaminen juuri suoritusten arvoille on meillä aiheuttanut vaikeita tulkintaongelmia; itse asiassa näyttää siltä, että meillä on ajaututtu täysin päinvastaiseen suuntaan kuin best interest -opin alkuperäinen tarkoitus edellyttäisi. Suorituksen arvon määrittely perustuu alkuperäisen tarkoituksen – ja Yhdysvalloissa kiistatta vallitsevan käsityksen – mukaan suoritusten *nykyarvojen vertailulle*. Tämä edellyttää luonnollisesti, että ajan kuluminen otetaan huomioon suorituksen arvoa määritettäessä.⁴⁹ Kuten jäljempänä havaitaan, YSL 53.1 §:n 5 kohta on meillä ymmärretty juuri tältä osin aivan toisin eli niin, ettei ajan kulumisen merkitystä suorituksen arvolle tulisi ottaa huomioon.

Konkurssivertailu kohdistuu saamisoikeuden arvoon. Suomen velvoiteoikeuden yleisten periaatteiden mukaan rahasuorituksen arvoa tarkastellaan nimellisarvona. Voimassa oleva oikeus perustuu *nimellisarvoperiaatteelle* (nominalismille); rahavelvoitteet ovat oikeudellisesti immuuneja rahan arvon muutoksille.⁵⁰ Nimellisarvoperiaatteesta poikkeaminen edellyttää voimassa olevan oikeuden tunnustamaa erityistä perustetta.⁵¹ Koska maksuajan pidentäminen on saneerausmenettelyssä ensisijainen velkajärjestelykeino, on kysyttävä, sisältääkö saneerauslainsäädäntö tällaisia poikkeusperusteita.⁵²

⁴⁹ BC 1129 §:ssä käytetyn nykyarvon käsitteestä yleisesti Collier on bankruptcy ¶ 1129.06[1].

⁵⁰ Nominalismista (nimellisarvoperiaatteesta) ja sen vastakohdasta eli valorismista (reaaliarvoperiaatteesta) velvoiteoikeudessa yleensä ks. *Aurejärvi – Hemmo* s. 23–40. Kuten he toteavat (s. 23), nominalismia ei ole säädetty pääsäännöksi millään yleissäännöksellä, mutta sen voimassaolo käy selvästi ilmi "Oikeusjärjestyksen rakenteesta ja useista yksittäisistä lainkohdista". Ks. myös HE 109/2003 (1.1.2004 voimaan tuleva IndRajL) s. 1: "Suomessa noudatetaan rahasaamisia koskeissa sopimuksissa pääsääntöisesti nimellisarvoperiaatetta, jolloin rahan arvon muutoksia velvoitteen syntymishetken ja täyttämisaikankohdan välillä ei oteta huomioon". Haluttaessa yleissäännöksenä voitaneenkin pitää IndRajL 1.1 §:a, jossa kielletään kustannuskehitystä kuvaavan indeksiehdon tai muun siihen verrattavan sidonnaisuuden ottaminen sopimukseen. Toisaalta muut keinot inflaatiolta suojautumiseksi – kuten suorituksen reaaliarvon etukäteinen arviointi – ovat sallittuja. Haluttomuus antaa IndRajL:lle yleisvelvoiteoikeudellista relevanssia johtunee osin siitä, että indeksisääntelyn perusteet ovat vahvasti talouspoliittisia. Nominalismin *oikeudellisia* perusteita ei ole punnittu ainakaan lainvalmistelussa siten, että ne olisi voitu muotoilla lakitekstiksi johonkin keskeiseen varallisuusoikeudelliseen säädökseen, esimerkiksi VKL:iin tai OikTL:iin. On hyvin mahdollista, että vahva nimellisarvoperiaate joutuisi oikeudellisessa punninnassa piiankin ristiriitaan jonkin keskeisen oikeudellisen arvon, kuten kohtuuden, kanssa. Velvoiteoikeuden yleisten periaatteiden ja indeksinrajoituslainsäädännön suhde on muutoinkin epäselvä, ks. *Aurejärvi* Velvoiteoikeuden oppikirja 1. p. s. 31.

⁵¹ Ks. *Aurejärvi – Hemmo* s. 28. IndRajL 1.1 §:n mukaan indeksiehto on "kielletty, jollei laista muuta johdu."

⁵² Maksuajan pidentämisen ensisijaisuus velkajärjestelykeinona perustuu tietenkin siihen, että se kajoaa velkojan oikeuksiin lievimmällä tavalla. Myös YSL 44 §:n perusteluissa todetaan, että velkajärjestelykeinojen luettelo etenee säännöksessä lievästä ankaraan, ks. HE 182/1992 s. 87. Tästäkin syystä juuri maksuajan pidentäminen ja siihen liittyvät saamisoikeuksien arvostusongelmat sijoittuvat

YSL:n perusteella on kiistatonta, että *vakuusvelkoja* koskee poikkeusnormisto. Niihin sovelletaan *reaaliarvoperiaatetta* (valorismia) siten, että vähintään velan nykyarvon on saneerausohjelman perusteella tultava maksetuksi kohtuullisessa ajassa (YSL 45.3 §). Reaaliarvon säilymistä turvataan maksamalla vakuusveloille alkuperäistä luottokorkoa ohi maksukiellon (YSL 18.1 §). Jos vakuusvelan suoritukset määrätään saneerausohjelmassa ensisijaisesti pääoman lyhennyksiksi, on tämän johdosta lykkääntyville luottokustannuksille määrättävä niiden nykyarvon turvaava korko (YSL 45.1 § i.f.). Korko määrätään tarkoitukseen soveltuvan indeksin mukaan niin, että kultakin vuosineljännekseltä suoritettava korko vastaa viimeistä edelliseltä vuosineljännekseltä todettua indeksin muutosta vuotuiseksi koroksi muutettuna (YSL 3.4 §). Reaaliarvoa turvaa osaltaan sekin, että vakuusvelan maksuaikaa ei ilman velkojan suostumusta saa ohjelmassa pidentää olennaisesti yli jäljellä olevan luottoajan tai, jos velka on kokonaan erääntynyt, olennaisesti pidemmäksi kuin puolet alkuperäisestä luottoajasta.⁵³

Kuten tunnettua, tavallisten velkojen asema on velkajärjestelyssä selvästi heikompi. Niihin voidaan soveltaa ankarinta järjestelykeinoa, pääoman alentamista, eikä alennetun pääoman reaaliarvoa turvata samanlaisin erityissäännöksin kuin vakuusvelkoja. Toisaalta on selvää, että YSL 53.1 §:n 5 kohdan nimenomainen maininta suorituksen arvosta ei ole merkityksetön, vaan pikemminkin herättää kysymyksen reaaliarvovertailusta. Reaaliarvovertailun salliminen olisi velkojille tärkeää niissä – ilmeisesti varsin yleisissä – tilanteissa, joissa arvioitu konkurssijako-osuus jää nimellisarvoltaan selvästi pienemmäksi kuin saneerausohjelmassa luvattu suoritus, mutta maksuajan pidentämisen johdosta velkojalla on perusteltu syy kiinnittää huomiota luvatus suorituksen reaaliarvoon. Näin etenkin pitkissä maksuohjelmissa.

Kuten todettu, Yhdysvalloissa konkurssivertailu on nimenomaan reaaliarvovertailua; vastakkain asetetaan vertailtavien suoritusten *nykyarvot*.⁵⁴ Jotta tämä olisi mahdollista, suoritukset on saatettava vertailukelpoisiksi eli diskontattava. Cowansin esimerkkiä mukaillen voidaan esittää seuraava esimerkki oikeaoppisesta best interest -testistä:

Velkojan arvioidaan saavan fiktiivisessä konkurssissa suorituksen, jonka nykyarvo on 0.18/€. Saneerausohjelmaehdotus lupaa 0.26/€ pidemmän ajan

rehabilitaatiojuridiikan ytimeen. – Ajan kulumiseen liittyvistä arvostusongelmista saneerausoi-
keudessa yleisesti *Fortgang – Mayer* UCLA L. Rev. 1985 s. 1062–1063.

⁵³ Vakuusvelan järjestelyä koskevan sääntelyn perusteista ks. HE 182/1992 s. 89 ja *Koskelo* s. 264–277.

⁵⁴ ”The figure against which present liquidation value... is tested is the present value of what is promised in the future.” *Cowans* s. 263. Ks. myös *Tabb* The Law of Bankruptcy s. 79 ja 843 sekä *Fortgang – Mayer* UCLA L. Rev. 1985 s. 1109.

kuluessa. Vertailussa asetetaan vastakkain 0.18/€ ja ohjelman mukaisen maksuajan kuluessa kertyvän 0.26/€:n nykyarvo.⁵⁵

Sama voidaan tietenkin esittää myös yksinkertaisemmin ja absoluuttisina rahamäärinä: kysymys on siitä, onko vaikkapa kymmenen vuoden kuluttua täyttyvällä 15 000 €:n suorituksella *tällä hetkellä* vähintään sama arvo kuin nyt saatavalla 10 000 €:lla.

Kuten edellä niin ikään todettiin, YSL 53.1 §:n 5 kohdan sanamuodosta on meillä tehty täysin vastakkainen johtopäätös siitä huolimatta, että suorituksen arvo ilmaistaan säännöksessä samassa 'hengessä' kuin amerikkalaisessa esikuvassaan. Meikäläisessä saneerauslainopissa on nimittäin katsottu, että maksuajan pidentyminen jää konkurssivertailussa huomioitavien seikkojen ulkopuolelle.⁵⁶ YSL:n esitöissä asiaa ei käsitellä.⁵⁷

Kuten yllä esitetystä käynee jo ilmi, tässä tutkimuksessa *ei hyväksytä* tulkittaa, jonka mukaan maksuajan pidentäminen jäisi konkurssivertailussa huomioitavien seikkojen ulkopuolelle. Konkurssivertailun yleiseksi periaatteeksi täytynee pikemminkin asettaa, että *vertailukohteet on saatettava keskenään mahdollisimman vertailukelpoisiksi*.⁵⁸ Vertailu, joka sivuuttaisi maksuajan pidentymisestä johtuvan reaaliarvojen eron, asettaisi saneerausvaihtoehdon epärealistiseen – samalla myös usein epäoikeudenmukaiseen – etulyöntiasemaan. Tämän estäminen on vertailuinstituution alkuperäinen tarkoitus; *konkurssivertailu on nykyarvovertailua*.⁵⁹ Suomen velvoiteoikeuden lähtökohtien perusteella voitaisiin toki huomauttaa, että reaaliarvojen vertailu on ristiriidassa nimellisarvoperiaatteen kanssa. Kuitenkin rahasuorituksen reaaliarvon *ennakointi* on myös yleisessä velvoiteoikeudessa sallittu keino suojautua rahan arvon muutoksilta. Kiellettyä on vain suorituksen sitominen inflaatiota seuraavaan indeksiin ja siten *jatkuvasti varmistaa* reaaliarvon säilyminen. Saneerausohjelman lupaa suorituksen diskonttaus ei siten ole ristiriidassa nominalismia ylläpitävän

⁵⁵ Ks. *Cowans* s. 263. Hän toteaa: "The test of the subsection is what is the present value of \$.26 to be received at whatever delayed time is promised in the plan as compared to the \$.18."

⁵⁶ Näin *Koulu* jo ensimmäisessä saneerausmonografiassaan (Aloittaminen s. 73 alav. 167); sittemmin samoin Vahvistaminen s. 290–291.

⁵⁷ Hovioikeuskäytännössä on ymmärrettävästi seurattu kotimaisen kirjallisuuden kantaa. Ks. jo YSL:n voimassaolon alkuvuosilta VHO 21.6.1995/981 (S 95/344), johon palataan hieman jäljempänä. Uudemmassa HO-praksiksesta KouHO 12.5.1999/1116 (S 98/118), jossa lausuttiin kategorisesti: "Konkurssin jako-osuuden ja saneerausohjelman mukaisen suorituksen maksuajankohdan erilaisuudesta johtuvaa tuottokorkoarviota ei oteta vertailussa huomioon. Tähän nähden veroviraston väite siitä, että se saneerausohjelman mukaan saisi saatavalleen arvoltaan pienemmän suorituksen konkurssiin verrattuna, on perusteeton." On hyvin mahdollista, että monet vastaavat, täysin perustellut vertailuväitteet on joko jätetty esittämättä tai hylätty siinä käsityksessä, että maksuajan pidentymisestä seuraavaa reaaliarvon laskua ei yksinkertaisesti oteta konkurssivertailussa huomioon.

⁵⁸ "The distributional comparison between the actual chapter 11 and the hypothetical chapter 7 must be made as of the same point in time to be valid." *Tabb* The Law of Bankruptcy s. 843.

⁵⁹ Ks. esim. *Collier on bankruptcy* 1129.06[1], *Cowans* s. 263 ja *Herbert* s. 330–331 sekä 340.

velvoiteoikeuden kanssa.⁶⁰ Esitetyillä perusteilla tässä tutkimuksessa katsotaan, että saneerausvelkojalla *on oikeus vaatia ohjelmaehdotuksessa luvatus suoritusten diskonttaamista vertailuhetken arvoonsa*.⁶¹

Meikäläisessä saneerauskirjallisuudessa on vielä katsottu, että aikatekijän huomiointi edellyttäisi tietoa siitä, milloin konkurssi tuottaisi väitetyt jako-osuuden. Tarkan tilityshetken määrittelyä on puolestaan pidetty niin vaikeana, että aikatekijän on jo tästäkin syystä katsottu jäävän konkurssivertailussa huomioitavien seikkojen ulkopuolelle.⁶² Kanta on selvästi toinen kuin vertailunormistomme esikuvamallissa, jossa vertailu on – kuten juuri todettu – nykyarvovertailua. *Kun molempia suorituksia tarkastellaan nykyarvoisina, ei vertailua vaativan velkojan tarvitse osoittaa väittämänsä konkurssijako-osuuden täsmällistä tilityshetkeä*. Kysymys on ”vain” siitä, onnistuuko velkoja saattamaan todennäköiseksi, että konkurssi tuottaisi lopullisen suorituksen viimeistään tietyn ajan kuluessa, joka on *lyhyempi kuin saneerausohjelman mukainen maksuaika*. Tämän jälkeen tarkastellaan, kumpi suoritus on vertailuhetkellä parempi.

Esimerkki: Saneerausohjelman mukaan velkojan saatava tulisi maksetuksi kymmenessä vuodessa 10 000 €:lla. Lisäksi ohjelmassa arvioidaan, että konkurssi tuottaisi samalle saatavalle 6000 €. Velkoja hyväksyy ohjelmassa esitetyn jako-osuusarvion määrältään, mutta onnistuu saattamaan todennäköiseksi, että konkurssi tuottaisi arvioidun suorituksen *vähintään neljä vuotta lyhyemmässä ajassa* kuin saneeraus. YSL 53.1 §:n 5 kohdan mukaisessa vertailussa testataan, kumpi suoritus on *vertailuhetkellä arvoltaan parempi*, 10 000 € kymmenen vuoden kuluttua vai 6000 € kuuden vuoden kuluttua. Molemmat suoritukset siis diskontataan vertailuhetken⁶³ mukaisiin arvoihinsa.

⁶⁰ Reaaliarvoa suojaavista kielletyistä ja sallituista keinoista velvoiteoikeudessamme ks. *Aurejärvi – Hemmo* s. 30–37.

⁶¹ *Koulu* (Vahvistaminen s. 291) katsoo ristiriitaisesti oman kantansa kanssa, että suorituksen myöhentämistä voidaan saneerausohjelmassa kompensoida korolla. Tällöinhän on kysymys juuri suorituksen viivästymisen huomioon ottamisesta; aikatekijä ei jää menettelyvertailun ulkopuolelle. Myös diskonttauksessa kysymys on de facto koron maksamisesta; valittu diskonttauskorko osoittaa, kuinka paljon saatavansa nimellisarvon ylittävää suoritusta velkoja vaatii, jotta saatavan reaaliarvo ei alenisi suorituksen siirtyessä kauemmas tulevaisuuteen. *Koskelon* (s. 279) mukaan korkokompensaatiolla voidaan huolehtia myös velkajärjestelyn yhdenvertaisuudesta (YSL 46.1 §) silloin, kun saataville määrätään ohjelmassa eri pituisia maksuaikoja. Voidaankin ehkä todeta, että konkurssivertailuun on syytä vain, jos jo yhdenvertaisuutta turvaava korkokompensaatio ei tuota kaikille velkojille vähintään samaa suoritusta kuin konkurssissa.

⁶² *Koulu* Vahvistaminen s. 291.

⁶³ YSL 53.1 §:n 5 kohta poikkeaa esikuvastaan siinä, että vertailtavien suoritusten arvoja ei kytketä mihinkään tiettyyn ajankohtaan. BC 1129(a)(7) §:n mukaan ohjelman on taas luvattava arvoltaan vähintään sama suoritus kuin minkä vertailua vaativa velkoja saisi, jos velallisyritys ”likvidoitaisiin ohjelman voimaantulopäivänä” (”will receive or retain under the plan...property of a value, as of the effective date of the plan, that is not less than the amount...if the debtor were liquidated under chapter 7...on such date”). BC ei määrittele ohjelman voimaantulopäivää, vaan tämä on jätetty kunkin ohjelman sisäiseksi asiaksi. Tutkimuksessa on suositeltu yleistä määritelmää, jonka mukaan voimaantulo tarkoittaa ohjelman toteutuksen aloittamista (”the date upon which a confirmed plan becomes operative and distribution of cash or property is commenced”,

Tapauksessa VHO 21.6.1995/981 (S 95/344) velkojapankki vastusti saneerausohjelman vahvistamista täysin oikeaoppisilla perusteilla todeten, että vahvistamiselle oli YSL 53.1 §:n 5 kohdan mukainen este, koska kyseiselle pankille ”ohjelman mukaan tuleva suoritus on arvoltaan pienempi kuin pankki saisi velallisten konkurssissa lainkohdan tarkoittamin tavoin.” Pankin valituksen julkaistut perustelut on syytä siteerata kokonaisuudessaan, sillä ne valaisevat erinomaisesti konkurssivertailun tarkoitusta: ”Pankin 350.472,57 markan määräisille tavallisille saneerausveloille kertyisi konkurssissa 14 prosentin jako-osuus eli konkurssiosuus, määrältään 49.066,16 markkaa, kun saneerausohjelman mukainen jako-osuus eli saneerausosuus on 16 prosenttia eli 56.075,61 markkaa. Kun saneerausosuus maksetaan 15 vuoden aikana ilman korkoa, konkurssiosuus kävisi maksettavaksi jo kahden–kolmen vuoden kuluttua konkurssiin asettamisesta. Tähän ajankohtaan diskontattuna saneerausosuus onkin nykyarvoltaan rahan arvon alenemisen vuoksi konkurssiosuutta pienempi, koska se merkitsisi vain noin yhden prosentin korkotuottoa konkurssiosuudelle. Tämä ei riittäisi turvaamaan inflaatiolta vuoteen 2010 asti.”

Käräjäoikeus oli vahvistanut ohjelman sillä kategorisella perusteella, että ”käräjäoikeuden mielestä vastaan äänestänyt Kansallis-Osake-Pankki saa saneerausohjelmassa paremman suorituksen kuin konkurssimenettelyssä.”⁶⁴ Hovioikeus ei muuttanut käräjäoikeuden päätöstä. Niin käräjä- kuin hovioikeuskin perustivat kantansa selvittäjän äänestys selvitykseen arvioimatta sitä eksplisiittisesti.

Seuraava ongelma suorituksen arvon määrittelyssä on tietenkin ’oikean’ diskonttauskoron valinta. Kysymys on juuri siitä, kuinka paljon saneerausohjelmassa luvatus suorituksen reaaliarvon voidaan olettaa laskevan sinä aikana, joka kuluu konkurssin ja saneerauksen tuottaman suorituksen välillä. YSL jättää myös tämän kysymyksen avoimeksi; esimerkiksi vakuusvelkojen nykyarvoa turvaavan koron määrittäminen YSL 3.4 §:n mukaisesti ei koske tavallisia velkoja. Sääntelemättömässä tilanteessa voidaan katsoa, että diskonttauskorko on vertailua vaatineen velkojan vapaassa valinnassa. Kysymys on tässäkin lopulta ”vain” siitä, onnistuuko velkoja saattamaan todennäköiseksi, että hänen käyttämänsä korko on oikea, ts., että saneerausohjelman lupaaman suorituksen reaaliarvo tulee laskemaan hänen väittämänsä määrän verrattuna (hänen väittämänsä) konkurssijako-osuuden arvoon.

Periaatteellisesta valinnanvapaudesta huolimatta velkoja ei tosiasiaassa voi suorittaa diskonttausta millaisella korolla tahansa. Tämä johtuu vertailun tar-

Weintraub – Crammes Am. Bankr. L.J. 1990 s. 277). Epäselvyyksien välttämiseksi on kuitenkin suositeltu, että voimaantulopäivä merkittäisiin jokaiseen ohjelmaan erikseen (mas. 280). Doktriini on kuitenkin yksimielinen siitä, että kongressi edellytti saneerausohjelmassa luvatus suorituksen diskonttaamista nimenomaan nykyarvoonsa (ks. Collier on bankruptcy ¶ 1129.06[1], erit. alav. 3). Kokonaan toinen asia on, että sanamuodon olisi tällöin voinut muotoilla selvemminkin; vertailuhetki (nykyarvo, present value) on tietenkin aikaisempi kuin ohjelman voimaantulopäivä. Ks. myös Fortgang – Mayer UCLA L. Rev. 1985 s. 1108–1109.

⁶⁴ Vaasan KäO 17.3.1995/738 (HS 94/1567).

koituksesta. Koron valinnalla tavoitellaan ainoastaan sitä, että tarkasteltavat suoritukset olisivat reaaliarvoiltaan vertailukelpoisia. Päämääränä on vain reaaliarvon *säilyminen* maksuajan pidentyessä. YSL 53.1 §:n 5 kohdassa asetettu näyttövaatimus edellyttää, että valittu korko on tähän tavoitteeseen nähden järkevä, eikä se esimerkiksi selvästi johda pääoman arvon nousuun. Koskelon mukaan ainakin vakuusvelan nykyarvon turvaavalla korolla tarkoitetaan YSL:ssä ”inflaatiota vastaavaa korkoa”.⁶⁵ Koska diskonttauksen tavoite on konkurssivertailussa sama – saamisoikeuden nykyarvon turvaaminen – lähtökohdaksi voitaneen ottaa sama korkokanta. Näin edistetään myös vakuusvelkojien ja tavallisten velkojien välistä yhdenvertaisuutta, joka on kollektiivimenetelyissä yleisesti tavoiteltava päämäärä. Toisaalta ei voine olla voimassa kieltoa esittää selvitystä poikkeuksellisen kiivaasta tai tavanomaista maltillisemmasta kustannuskehityksestä saneerausohjelman aikana.⁶⁶

Rahasuorituksen arvoon ja siten diskonttauskoron valintaan vaikuttaa usein myös tulevan suorituksen *epävarmuus* välittömästi tapahtuvaan maksuun verrattuna.⁶⁷ Tietty osuus saneerausyrityksistä tulee tietyllä tilastollisella todennäköisyydellä päätymään konkurssiin ennen ohjelman toteutumista. Tämä riski voidaan sitten muuntaa vuosittaiseksi epäonnistumisriskiksi, jonka perusteella on mahdollista määritellä ’oikea’ tilastollinen diskonttauskorko.⁶⁸

Taloustieteen keinot, joilla abstrakti riski on muunnettavissa numeeriseksi, ovat toki teoreettisesti kehittyneempiä ja etenkin eksaktimpia kuin lainopillinen argumentointi. Teoreettisesti hyvinkään korkeatasoiset metodit eivät silti sellaisinaan kelpaa oikeudellisen ratkaisun perusteiksi. Oikeustieteilijää jää vaivaamaan ensinnäkin se, että *myös arvio konkurssijako-osuudesta on epävarma*. Konkurssivertailua ei tulisi tehdä siltä pohjalta, että vain ohjelmassa luvattu suoritus olisi epävarma, konkurssijako-osuus puolestaan ’varma’. Toiseksi on huomattava, että konkreettinen vahvistamisratkaisu on aina tehtävä yksittäistapauksen olosuhteiden perusteella. Oli saneerausyritysten tilastollinen konkurssiriski mikä tahansa, yksittäistapausta ei pitäisi

⁶⁵ Koskelo s. 274.

⁶⁶ Hovioikeuskäytännössä on katsottu, että edes vakuusvelan luottokustannussaatavien nykyarvon turvaavan koron määrittämistä sääntelevä YSL 3.4 § ei sido ohjelman laatijaa. Ratkaisussa RHO 17.1.2001/030 (S 00/571) todettiin, että ”Maksuohjelmassa voidaan käyttää yrityksen saneerauksesta annetun lain 3 §:n 4 momentista poiketen oletetun inflaatiotason mukaista kiinteää korkoa.” Ratkaisu koski ohjelmaa, jossa luottokustannusten korkoprosentiksi oli määrätty kiinteä 5. Hovioikeus totesi tämän olevan riittävä turvaamaan ko. saatavaerien nykyarvon. Näin varmasti olikin. Inflaation hidastuttua vuodesta 2001 voidaan todeta, että kiinteä 5 %:n korko on vähintään riittävä, jollei tarpeettomankin korkea. – Diskonttauskoron valinnasta BC 11 luvun mukaisessa saneerauksessa ks. Collier on bankruptcy ¶ 1129.06[1][c], josta ilmenee, että nykyarvon määrittämiselle ei Yhdysvalloissa ole voimassa mitään yksiselitteisiä perusteita. Kysymys on vaikea ja onkin oletettavaa, että käytännössä siitä usein mieluummin sovitaan kuin uhrataan aikaa ja rahaa pitkällisiin, kiistanalaisiin oletuksiin sekä niiden varassa tehtäviin laskelmiin.

⁶⁷ Ks. *Sungren* EJLE 1998 s. 178 ja 186–191, Collier on bankruptcy ¶ 1129.06[1][a].

⁶⁸ Ks. *Sundgren* EJLE 1998 s. 186–188.

ratkaista olettaen, että tilastollinen todennäköisyys toteutuu juuri kyseisen yrityksen kohdalla. Päinvastoin, yrityksen konkurssiriski on aina *yksilöllinen*. Tämä tarkoittaa ennen kaikkea, että *yritys voi itse vaikuttaa riskinsä toteutumiseen*. Diskonttauskoron valinta tilastollisen todennäköisyyden perusteella joutuisi helposti ristiriitaan sen oikeudenmukaisen käsityksen kanssa, että yrityksen yksilöllinen konkurssinvälttämiskyky on otettava vakavasti; ainakaan sitä ei voida sivuuttaa vain tilastojen perusteella. Näillä perusteilla suhtautuisin varsin torjuvasti ajatukseen, että konkurssivertailussa olisi noudatettava jotain tilastollisesti määräytyvää standardia saneerausyritysten yleisestä konkurssiriskistä.⁶⁹

Voidaan tietenkin kysyä, miksi rahan arvon muuttumisessa sitten voitaisiin nojautua tilastollisesti määräytyvään diskonttauskorkoon. Vastaus on juuri siinä, että toisin kuin omaan konkurssiriskiinsä, *yritys ei voi itse vaikuttaa rahan arvon vaihteluihin* saneerausohjelmansa aikana. Kaikki saneerausyritykset ovat rahan arvon edessä 'samalla viivalla', jolloin tilastollisesti määräytyvät ratkaisuperusteet eivät ole vastoin oikeudenmukaisuuskäsityksiä, vaan pikemminkin edistävät yhdenvertaisuutta.

Nähdäkseni tilastollisella konkurssiriskillä voi yksittäisessä vertailutilanteessa olla enintään viitteellinen merkitys, joka ei sellaisenaan saa koskaan määrätä lopputulosta.⁷⁰ Ainakin periaatteessa mahdollisempaa sen sijaan on, että yksittäisen velkojan tarpeet huomioitaisiin vertailussa in casu. Vaikka ohjelmaehdotus turvaisikin riittävästi saatavan nykyarvon (ts. riittäisi kattamaan konkurssijako-osuuden nykyarvon), velkojalle voi olla *muusta kuin rahan arvosta* johtuen erittäin tärkeää saada suoritus maksuohjelmassa luvattua nopeammin. Tällöin suorituksen "arvo" tarkoittaa lähinnä *rahan käyttöarvoa tietyllä hetkellä*; velkoja väittää todennäköisesti menettävänsä jonkin mahdollisuuden, mikäli hän ei saa suoritusta viimeistään tietyn ajan kuluessa (opportunity loss). On kuitenkin huomattava, että tilanne on tällöin myös näytöllisesti toinen kuin reaaliarvoväitteiden todistelussa. Toisin kuin reaaliarvovertailussa, konkurssijako-osuuden tilityshetki nouseekin nyt merkittävään asemaan. Jotta juuri konkurssi turvaisi velkojan väittämän mahdollisuuden toteutumisen, on edellytettävä ensinnäkin selvitystä tuon mahdollisuuden todennäköisyydestä tietyllä hetkellä *ja*, että myös konkurssijako-osuus olisi juuri tuolloin velkojan käytettävissä. Kuten meillä on kirjallisuudessa todettu, jako-osuuden tilityshetken etukäteinen määrittely on hyvin vaikeaa. Näillä perusteilla vaikuttaa siltä, että "opportunity loss"-argumentilla tuskin voi olla kovin suurta käytännöllistä merkitystä konkurssivertailussa huomioitavien väitteiden joukossa.

⁶⁹ Ks. myös Sundgren Maksukyvyttömyyslainsäädäntö teoriassa ja käytännössä s. 208, joka kehottaa varovaisuuteen saneerauksen ja konkurssin tuottamien suoritusten vertailussa, koska aihetta koskevilla tutkimuksilla nykyarvot on laskettu varsin kaavamaisesti.

⁷⁰ Tämä ei tarkoita, etteikö saneerausyritysten konkurssiriskiä koskeva taloustieteellinen tutkimus olisi hyvinkin tarpeellista. Yllä todettu koskee kuitenkin oikeudellisen harkinnan perusteita ja nimenomaan oikeudellisen ratkaisun tekemistä. Juristin on noudatettava vallitsevaa oikeuslähteoppiä, jossa tilastollisella tiedolla ei ole merkittävää – jos mitään – sijaa.

6.4.1.2 Vertailuväitteen täsmentäminen jako-osuusväitteeksi

Konkurssivertailu palvelee puhtaasti täytäntöönpanointressiä. Saneerauksen ja konkurssin vertailu muutoin kuin suoritusten osalta on vailla merkitystä. Esimerkiksi väite siitä, että likvidaatiokonkurssi olisi kustannuksiltaan saneerausta halvempi, voi vaikuttaa vertailun lopputulokseen (ja siten saneerausohjelman vahvistamiskelpoisuuteen) vain edellytyksin, että kustannussäästö todella siirtyisi jako-osuuksiin – eikä siis kuluisi esimerkiksi massavelkoihin. Vertailussa ei punnita myöskään konkurssin ja saneerauksen laajempia vaikutuksia oikeuspoliittiselta kannalta. Parempaa konkurssijako-osuutta ei voida kompensoida esimerkiksi saneerauksen myönteisillä työllisyysvaikutuksilla. Konkurssivertailua ei ole tarkoitettu – eikä siinä ole edes mahdollista ryhtyä – tällaisten järjestelmätason vaikutusten arviointiin.⁷¹

Kuten edellä on todettu, konkurssivertailu kohdistuu YSL:n vaatimukset täyttävään ohjelmaehdotukseen; vertailukohteeksi asetetaan velkojalle ”ohjelman mukaan tuleva suoritus”. Tästä YSL 53.1 §:n 5 kohdan sanamuodosta käy yksiselitteisesti ilmi, että *vertailunormistoa ei ole tarkoitettu saneerausohjelman lupaaman suorituksen kiistämiseen*. Velkoja ei voi pelkän vertailunormin nojalla esittää omaa arviotaan siitä, millaisen suorituksen hän tulee saneerausmenettelyssä saamaan – saati muita käsityksiään velallisen saneerausmahdollisuuksista. Jos konkurssivertailua vaativalla velkojalla on itsenäinen, ohjelmaehdotuksesta poikkeava näkemys saneerausmenettelyn tuottamasta suorituksesta tai menettelyn mahdollisuuksista ylipäänsä, tämä tulee esittää ensisijaisesti alkukäsittelylausumassa.⁷² Toinen vaihtoehto on, että konkurssivertailu yhdistetään YSL 53.1 §:n 2 kohdan esteperusteeseen eli ohjelman toteutumiskelvottomuuteen. Sekä käytännön ratkaisujen että insolvenssimenettelyjen järjestelmän kannalta on kuitenkin olennaista tiedostaa, että pelkän konkurssivertailun perusteella ei voida kiistää *toteutumiskelpoisen* saneerausohjelmaehdotuksen lupaamaa suoritusta. Tämä on ilman muuta voimassa olevan oikeuden kanta, oltiin asiasta de lege ferenda mitä mieltä tahansa.⁷³

⁷¹ Ks. myös *Koulu Vahvistaminen* s. 42, joka toteaa, että ohjelman vahvistamisen esteet eivät ”liity suoranaisesti menettelyjen keskinäisen paremmuuden kokonaisvertailuun. Ohjelmaehdotusta ei saa jättää vahvistamatta sillä perusteella, että konkurssi olisi ollut rationaalisempi menettelymuoto.”

⁷² Periaatteessa ihannetilanne olisi, että velkojalla olisi todellinen vaikutusmahdollisuus jo aiemmin, ohjelmaehdotuksen valmisteluvaiheessa. Kuten yllä on todettu, tämä ei läheskään aina toteudu. Suurimmissa saneerauksissa ei toisaalta välttämättä ole edes tavoiteltavaa, että ehdotuksen valmisteluun osallistuisivat kaikki velkojat.

⁷³ Vallitsevaa oikeustilaa ei nähdäkseni voida pitää mitenkään kohtuuttomana. Päinvastoin, yksittäistä velkojaa suositaisiin ehkä kohtuuttomasti, jos hän voisi pelkällä väitteellä ja tätä tukevilla todennäköisyyssnäytöillä kiistää seikkoja, jotka ohjelmaehdotuksen laatija (yleensä selvittäjä) on joutunut esittämään laissa tarkoin säännellyn saneerausohjelman muodossa. Yksittäisen velkojan oikeussuoja täytyy riittävästi sillä, että hänellä on oikeus esittää selvitystä konkurssin todennäköisesti tuottamasta suorituksesta ja saada tällä perusteella ohjelmaehdotus hylätyksi.

Konkurssivertailussa tarkastellaan näin ollen vain sitä, onko todennäköistä, että konkurssi tuottaisi arvoltaan paremman suorituksen kuin vertailukohteena oleva ohjelmaehdotus. Ehdotus itsessään sisältää 'alustavan' konkurssivertailun. YSL 42.2 §:n mukaan ehdotukseen on otettava arvio siitä, millaiseksi jako-osuus olisi muodostunut konkurssissa. Juuri tämä jako-osuusarvio voidaan – ja lienee useimmiten tarkoituskin – kiistää konkurssivertailulla. Jako-osuusarvion kiistäminen on mahdollista ottaa koko vertailun lähtökohdaksi, mutta tämä ei ole välttämätöntä. Velkoja voi myös esittää suoraan oman näkemyksensä siitä, millaisen jako-osuuden konkurssi tuottaisi. Tuomioistuimen asiana on sitten ratkaista, onko tämä arvio saatettu todennäköisemmäksi kuin ohjelmaehdotukseen otettu arvio.⁷⁴ Juuri todetut perusteet osoittavat, että vertailuväitteen on aina sisällettävä väite *jako-osuudesta konkurssissa*. Ilman jako-osuusväitettä vertailulla ei ole kiinnekohtaa, jonka perusteella ratkaisu olisi tehtävissä.

Jäljelle jää vielä kysymys, kuinka täsmällistä väitettä velkojalta edellytetään. YSL 53.1 §:n 5 kohdan sanamuotoa on mahdollista tulkita niin, että velkoja voisi saattaa vain yleisellä tasolla todennäköiseksi, että konkurssi tulee tuottamaan arvoltaan paremman suorituksen. Tulkinnan mukaan ohjelmaehdotus voitaisiin hylätä ilman kannanottoa siihen, minkä suuruisen jako-osuuden konkurssi tuottaisi; riittävää olisi, että jonkinlainen ero konkurssin hyväksi on todennäköinen. Tätä sanamuodon mahdollistamaa tulkintaa ei kuitenkaan voitane suosittaa. On otettava huomioon, että konkurssivertailu kohdistuu täsmälliseen, lain vaatimukset täyttävään saneerausohjelmaehdotukseen. Ohjelmaehdotuksessa on lain mukaan oltava täsmällisiä suoritusväitteitä; siitä on käytävä *rahamääräisesti* ilmi sekä se, millainen suoritus velkojalle luvataan saneerausohjelman perusteella että se, millaiseksi jako-osuuden arvioidaan muodostuvan konkurssissa (YSL 42.2 §). Perusteellisiin laskelmiin nojautuvia suoritusväitteitä ei pidä voida kumota yksilöimättömällä kannanotolla, jonka mukaan ohjelman lupaaman suorituksen arvo tulee jäämään pienemmäksi kuin kuvitellun konkurssin tuottama jako-osuus. Vertailuväitteiden perustelemista ja toteen näyttämistä on jo helpotettu säätämällä itse vertailunormissa, että ohjelmaehdotuksen hylkäämiseen riittää todennäköisyysnäyttö. Ainakin yksittäistapauksessa asetelma saattaisi näyttää melko epäoikeudenmukaiselta, jos vertailuvaatimuksen esittäjä voisi "kaataa" huolellisesti laaditun ohjelmaehdotuksen avoimella väitteellä konkurssijako-osuuden paremmuudesta.⁷⁵ Näillä perusteilla

⁷⁴ Luonnollisesti esittäessään oman jako-osuusarvionsa velkoja samalla väittää, että ohjelmaehdotuksesta ilmenevä arvio ei tule toteutumaan. Yllä tekstissä on kuitenkin tarkoitus korostaa sitä, että velkojan selvitystaakka ei ole kaksinkertainen siten, että hänen tulisi ensin osoittaa, *millä perusteilla* ohjelmaehdotuksessa oleva arvio konkurssijako-osuudesta on virheellinen, ja vasta tämän jälkeen siirtyäisiin tutkimaan hänen omaa arviotaan.

⁷⁵ Kysymys on viime kädessä siitä, edellytetäänkö vaatimukselta ja kiistämiseltä samantasoisia perusteluja tai ainakin siitä, kuinka paljon kevyemmät perusteet riittävät tehokkaaseen kiistämiseen. Jos vaatimukselta (tässä ohjelmaehdotuksen vahvistamisvaatimukselta) edellytetään tietyntasoisia

tässä tutkimuksessa suositellaan, että velkojan on konkurssivertailussa esitettävä *rahamääräinen väite konkurssin tuottamasta jako-osuudesta*. Kannanoton ei kuitenkaan tarvitse olla tasasummainen euro-, saati senttimäärä. Riittävää on todennäköisyys siitä, että konkurssin tuottama jako-osuus ylittäisi ohjelmassa luvutun suorituksen jollain rahamäärällä, esimerkiksi ”vähintään” tai ”suuruusluokaltaan” n. 10 000 €:lla. Olennaista on, että velkojalta edellytetään *numeerista ilmaisua*, ei pelkästään selvitystä, jonka mukaan suoritukset ovat konkurssin hyväksi erisuuruisia.

Vertailuväitteen *kiistäminen* noudattelee nähdäkseni samoja periaatteita kuin itse vertailuoikeus. Ensinnäkin kiistämismahdollisuuden olemassaolo voidaan perustaa niihin samoihin argumentteihin, joiden nojalla edellä katsottiin, että velkojalla on oltava oikeus kohdistaa vertailuväitteensä lopulliseen ohjelmaehdotukseen. Niinpä oikeudenmukainen oikeudenkäynti – kuten jo klassinen kontradiktorinen periaatekin – edellyttävät, että ohjelmaehdotuksen laatijalla on vastaavasti oikeus kiistää ehdotukseensa kohdistettu konkurssivertailu.⁷⁶ Myös kiistämisen materiaaliset perusteet rajautuvat samoin kuin vertailuväitteet. Niinpä ohjelmaehdotuksen sisältöön ei enää tässä vaiheessa voida koskea. Konkurssivertailua ei siis voida vastustaa muuttamalla kyseiselle velkojalle ohjelmaehdotuksessa luvattua suoritusta; tähän tarvittaisiin velkojen uusi äänestys. Ja kuten vertailuväitteiden, myös kiistämisen on kohdistuttava *siihen konkurssiin, jonka velkoja on konstruoinut vertailukohteeksi*. Ytimenä on luonnollisesti velkojan väite hänen saamansa jako-osuuden rahamäärästä, jonka ohjelmaehdotuksen laatija voi vuorostaan kiistää. Ohjelmaehdotuksen laatijalla on myös samanlainen oikeus kuin asianomaisella velkojalla esittää selvitystä vertailtavien suoritusten reaaliarvoista. Tuomioistuimien ratkaisee normaalin riita-asian tavoin, kumman kanta on paremmin perusteltu ja tekee tämän harkinnan nojalla ratkaisunsa ohjelman vahvistamisesta.⁷⁷

perusteluja (täsmällisiä suoritusväitteitä), kiistämisen (konkurssivertailussa esitettyjen suoritusväitteiden) perusteet eivät saa olla selvästi väljempiä. Tätä voitaneen pitää siviiliprosessioikeuden yleisenä periaatteena. Perustellun kiistämisen periaate ilmenee OK 5:13.1:n 2 kohdasta, jonka mukaan yksipuolisen tuomion estää vain asianmukaisesti perusteltu kiistäminen. Tasapainosta tosin poiketaan OK 5:3:n mukaisissa asioissa, mutta niissäkin on ajatuksena, että esitetty vaatimus on yleisen elämäkokemuksen – ja hyvin usein myös tiettyjen ulkoisten seikkojen (esim. velkakirjan) – valossa perusteltu.

⁷⁶ Kiistämiseen lienevät legitimoituja myös kaikki saneerausvelkojat, jotka ovat äänestäneet ohjelman puolesta.

⁷⁷ Kuten todettu, vertailuväite johtaa ohjelmaehdotuksen hylkäämiseen jo todennäköisyysnäytön perusteella. Tällöin on kysyttävä, minkä tasoista selvitystä edellytetään, jotta vertailuväite puolestaan syrjäytyisi. Kysymystä ei liene välttämätöntä ratkaista yksiselitteisellä näyttökynnyksellä (todennäköisyys- vai ns. täysi näyttö). Vertailuväite syrjäytyy, jos ohjelmaehdotuksen laatija esittää selvitystä, jonka valossa kyseinen velkoja ei todennäköisesti saisi konkurssissa arvoltaan parempaa suoritusta.

6.4.1.3 Muille velkojille luvatut suoritukset, etuoikeusjärjestys ja ehdottoman etuoikeuden periaate

Best interest -opin perusteisiin kuuluu, että se suojaa yksittäistä velkojaa, eikä kyseisen velkojaryhmän enemmistön kannalla ole merkitystä. Suojan velkojakohtaisuus tarkoittaa samalla, että vertailua ei voida laajentaa yksittäisen velkojan intressin ulkopuolelle. YSL 53.1 §:n 5 kohdasta ilmeneekin suoraan, että konkurssivertailua koskeva asialegitimaatio on velkojakohtainen. Ohjelmaehdotusta ei voida vastustaa sillä perusteella, että *joku muu velkoja* saisi konkurssissa todennäköisesti tai varmastikin ohjelmassa luvattua paremman suorituksen. Tällainen vertailuvaatimus on jätettävä tutkimatta asialegitimaation puuttumisen perusteella.⁷⁸

Juuri todettu sääntö, jonka mukaan velkojilla ei konkurssivertailussa ole valtaa kontrolloida toistensa mahdollisuuksia parempiin konkurssijako-osiin, on kiistaton. Muille velkojille ohjelmassa luvatut suoritukset voivat kuitenkin herkästi tulla konkurssivertailussa keskusteltaviksi, koska vertailua vaativa velkoja katsoo niiden *vaikuttavan omaan asemaansa*. Ehdotusta vastustava velkoja saattaa katsoa, että ehdotus lupaa legaalisesta etuoikeusjärjestyksestä poikkeavia suorituksia. Suomalaisessa saneerauskirjallisuudessa onkin, kysymystä lainkaan problematisoimatta, katsottu, että konkurssivertailu suojaa erimielistä velkojaa saneerausohjelmalta, joka

- a) lupaa etuoikeusjärjestyksessä huonommalla sijalla oleville velkojille suorituksia, vaikka paremmalla sijalla olevat eivät saa täyttä suoritusta, tai joka
- b) ei turvaa kaikille samassa etuoikeusasemassa oleville velkojille samaa suoritusta.⁷⁹

Ensin mainitussa tilanteessa paremmalla etuoikeussijalla oleva velkoja voisi – kirjallisuudessa esitetyn näkemyksen mukaan – vedota siihen, että konkurssissa etuoikeusjärjestystä noudatettaisiin absoluuttisesti. Huonompisijaisille velkojille ohjelmassa luvatut suoritukset tulisivat konkurssissa parempisijaisille. Tämä johtuu ns. ehdottoman etuoikeuden periaatteesta (absolute priority rule), jonka mukaan parempisijaiselle saatavalle on kerryttävä täysi suoritus ennen kuin seuraaville sijoille voi kertyä mitään.

⁷⁸ Asiavaltuuden yksilöllisyydellä on oikeudellista merkitystä erityisesti silloin, kun vertailuvaatimuksella pyritään ohjelmaehdotuksen hylkäämiseen; toiselle velkojalle luvattua suoritusta ei voida käyttää hylkäämistavoitteen edistämiseen. Sen sijaan asiavaltuudella ei ole läheskään samaa merkitystä vielä siinä vaiheessa, kun vertailua käytetään edellä mainituin tavoin neuvotteluargumenttina. Ehdotuksen valmistelussa voidaan ja kannattaakin ottaa huomioon kaikki relevantti informaatio, jonka mukaan joku tai useampikin velkoja ei valmisteilla olevan ehdotuksen mukaan tulisi saamaan vähintään yhtä hyvää suoritusta kuin konkurssissa. Näin voidaan välttää vertailuongelmien esiintymistä ohjelman vahvistamisvaiheessa.

⁷⁹ Ks. *Koulu Vahvistaminen* s. 295–296 ja *Liukkonen DL* 1995 s. 45 alav. 98.

Konkurssivertailun käytettävyys puheena olevassa tilanteessa vaatii kuitenkin olennaisen täsmennyksen. Vertailu suojaa velkojaa vain siihen saakka kuin saneerausohjelma ei kokonaisuutena lupaa velkojille mitään lisäarvoa konkurssiin verrattuna. Jos saneerausohjelma taas tuottaa (sen luvataan tuottavan) kokonaisuutena paremman täytäntöönpanotuloksen kuin likvidaatiokonkurssi, syntyy *lisäarvoa, jota konkurssivaihtoehdossa ei syntyisi*. Konkurssivertailu ei luonnollisestikaan voi kohdistua tällaiseen varallisuuden kasvuun, koska vastaavaa varallisuutta ei konkurssissa olisi lainkaan jaettavissa. Velkoja ei menetä mitään *konkurssiin verrattuna*, vaikka 'saneerauslisä' menisi ohjelmaehdotuksen mukaan täysimääräisestikin huonompisijaisille velkojille.

Myös silloin, kun ohjelma lupaa samassa etuoikeusasemassa oleville velkojille eri määräisiä suorituksia (edellä tilanne b), on tarkasteltava, tuottaako saneeraus lisäarvoa konkurssiin verrattuna. Konkurssivertailulla on relevanssia vain sillä edellytyksellä, että lisäarvoa ei synny. Vain tällöin ohjelmaa vastaan äänestänyt velkoja voi vaatia juuri konkurssivertailun perusteella ohjelman vahvistamatta jättämistä. Tällöin konkurssi tuottaisi hänelle täsmälleen saman suorituksen kuin muille samassa etuoikeusasemassa oleville velkojille.

Saneerauslisän oikeudenmukainen jakautuminen jää siten konkurssivertailun ulkopuolelle. Tämä on täsmälleen vertailunormiston perusfunktion mukaista; konkurssivertailu suojaa *yksittäistä velkojaa* taaten arvoltaan vähintään saman *absoluuttisen* suorituksen kuin konkurssi. Saneerauslisän hyväksyttävä jakautuminen on järjestetty kokonaan toisin perustein. Vaikka kysymys saneerauslisän jakoperusteista ei kuulukaan tämän tutkimuksen ydinaiheisiin, siihen on syytä kiinnittää huomiota siinä laajuudessa kuin konkurssivertailun funktion ymmärtäminen edellyttää.

Ensinnäkin ehdottoman etuoikeuden voimassaoloon yleisenä, koko YSL:a hallitsevana normina (sääntönä tai periaatteena) on syytä suhtautua varauksin *myös saneerauslisän osalta*. Periaate lausutaan nimenomaisesti julki vain pakkovahvistamisen edellytyksenä, YSL 54 §:n 5 kohdassa, joka näin ollen sisältää ehdottoman etuoikeussäännön. Onkin selvää, että juuri pakkovahvistamisessa tavallisista velkojista koostuva ryhmä voi kaataa koko ohjelman vetoamalla ehdottomaan etuoikeuteensa. Jossain määrin epäselvää sitä vastoin on, voidaanko (tai pitääkö) tästä tehdä vastakohtaispäätelmä, jonka mukaan saneerausohjelman muut vahvistamisperusteet eivät edellytä etuoikeusjärjestyksen absoluuttista noudattamista. Oikeuskäytännössä kysymystä on sivuttu ratkaisussa KKO 2003:73, jonka perusteluissa todetaan pariinkin otteeseen, että takasijaiseen vaihtovelkakirjaan perustuva saatava oli saneerausohjelmassa poistettava, koska parempisijaisille saataville ei ohjelman mukaan tullut täyttä suoritusta. Korkeimman oikeuden mukaan tämä on "riidatonta", eikä saneerausohjelmassa voida tällöin jättää voimaan edes velkakirjan vaihto-optiota. Muutoinkin ratkaisun perusteluista saa käsityksen, että ohjelman vahvistamisen *yleisiin* edellytyksiin kuuluisi ehdottoman etuoikeusnormin noudattami-

nen.⁸⁰ Tapausselostuksesta ei kuitenkaan nimenomaisesti ilmene, vahvistettiin-ko ohjelma velkojaryhmien kannatuksella vai oliko kyseessä pakkovahvistaminen. YSL:n vahvistamissäännösten perusteella on selvää, että mikäli velkojaryhmät olivat ohjelmaehdotuksen takana, ratkaisussa olisi pitänyt käsitellä ehdottoman etuoikeusnormin merkitystä takasijaisen vaihtovelkakirjan vaihto-oikeudelle. Koska ohjelman vahvistamisperusteelle ei ole annettu merkitystä, ei ratkaisu KKO 2003:73 osoita, mikä merkitys etuoikeusjärjestyksen absoluutteisella noudattamisella on muissa kuin pakkovahvistamistilanteissa. Kysymys ei ratkea suoraan viimesijaisen velan legaalimääritelmällä (YSL 3.1 § 8 kohta), eikä velkajärjestelyn yleisnormilla (46.3 §). Saneerauksen tulisi poiketa konkurssista mm. juuri siten, että ehdoton etuoikeusajattelu ei kaada enemmistön kannattamaa, kohtuullista lopputulosta.

Nähdäkseni olennaisinta on, että saneerausohjelman vahvistamisen edellytykset ja esteet YSL 50–53 §:ssä *eivät sisällä ehdottoman etuoikeuden vaatimusta*. Ohjelma voidaan vahvistaa ryhmäenemmistöjen tuella (ja tietenkin myös yksimielisesti), vaikka parempisijaiset velkojat eivät saisikaan täyttä suoritusta ennen huonompisijaisille luvattuja suorituksia. Myöskään se, että viimesijaisen velkojan ääntä ei YSL 52.2 §:n mukaan oteta enemmistövaatimusta laskettaessa huomioon, mikäli parempisijaisille ei kerry täyttä suoritusta, ei tarkoita, että saneerausohjelman olisi myös *sisällöltään* noudatettava ehdottoman etuoikeuden normia. Enemmistövaatimuksen täyttymisessä kysymys on ”vain” siitä, suostuvatko ryhmäenemmistöt poikkeamaan maksunsaantijärjestyksen ehdottomuudesta.

Vain pakkovahvistamisessa tarvitaan ehdottoman etuoikeuden kaltaista oikeusturvan taetta. Näin juuri siksi, että tällöin ohjelmaehdotukselta puuttuu ryhmäenemmistöjen kannatus. Ehdotonta etuoikeutta tarkastellaankin yhdysvaltalaisessa kirjallisuudessa ainoastaan pakkovahvistamiseen kuuluvana ylimääräisenä, laajempina suojana kuin mitä muut vahvistamisperusteet edellyttävät.⁸¹ YSL ei edellytä myöskään sitä, että samassa etuoikeusasemassa olevia velkojia kohdeltaisiin saneerausohjelmassa *ehdottomasti* samalla tavoin. YSL 46.1 §:ssä säädetty yhdenvertaisuus tarkoittaa sekä sanamuotonsa että perustelujensa valossa *muuta kuin ehdotonta tasajakoa*.⁸²

⁸⁰ Vaihto-option raukeamista perusteltiin myös sillä varsin konstruktiivisella argumentilla, että kun velkakirjaan perustuva rahasaaminen poistettiin saneerausohjelmassa, ei enää ollut saatavaa, joka voitaisiin konvertoida velallisyhtiön osakkeiksi.

⁸¹ Ks. *Herbert* s. 331: ”So long as the debtor does not resort to cramdown, and so long as the plan meets the best interest of creditor’s test, the debtor may propose almost anything.” Ks. myös *Norton* § 92:14. *Tene*, Bankr. Dev. J. 2003 s. 288, vaatii, että kysymys saneerauslisän (going concern surplus, GCS) jakautumisesta jätetään kokonaan sääntelyn ulkopuolelle. Ks. myös mas. 352 ja 369–379 (saneerauslisä tulisi jakaa – muodossa tai toisessa – niiden velkojien ja muiden asianosaisten kesken, jotka ovat saneerausmenettelyyn myötävaikuttamalla sen tuottaneet).

⁸² Ks. HE 182/1992 s. 89, jonka mukaan velkojia, joilla saneerausmenettelyn ulkopuolella olisi yhtäläinen oikeus suoritukseen, on saneerausmenettelyn velkajärjestelyssä kohdeltava ”keskenään samanlaisella tai ainakin yhdenvertaisella tavalla”.

Johdonmukaisesti sovellettuna ehdottoman etuoikeuden periaate 'läpäisee' kollektiivisen insolvenssimenettelyn kaikki intressitahot: vakuusvelkojat on tyydytettävä täysin ennen kuin vakuudettomat velkojat voivat saada mitään, kuten myös viimeksi mainitut ennen kuin yrityksen omistajat voivat saada mitään; lisäksi näiden ryhmien sisällä on noudatettava voimassa olevaa etuoikeusjärjestystä niin, että parempi etuoikeus oikeuttaa täyteen suoritukseen ennen kuin seuraavalla sijalla oleva velkoja voi saada mitään.⁸³ Velkojien kesken periaate on varsin ongelmaton: etuoikeusjärjestys edellyttää täyttä suoritusta "seniorivelkojalle" ennen (seuraavaa) "juniorivelkojaa", jollei edellinen muuhun suostu (esim. äänestämällä periaatteesta poikkeavan ohjelman puolesta tai jättämällä kokonaan äänestämättä).

Yhdysvalloissa periaatteen asema saneerausmenettelyssä on kuitenkin noussut esiin etenkin harkittaessa yrityksen omistajien asemaa. On pohdittu, voivatko omistajat, jotka likvidaatiokonkurssissa saivat suorituksia vasta kaikkien velkojen tultua täysin maksetuksi, kuitenkin saneerausmenettelyssä säilyttää omistusosuutensa, vaikka saneerausohjelma ei lupaa kaikille velkojille täyttä suoritusta. Tähän on vastattu myöntävästi kehittämällä kiistelty oppi ns. uuden arvon poikkeuksesta (new value exception). Opin mukaan omistajat voivat säilyttää omistusosuutensa täyden suorituksen puuttumisesta huolimatta, jos he tuovat yritykseen uutta arvoa, esimerkiksi uuden pääomasijoituksen, jota saneerauksen onnistuminen edellyttää.⁸⁴ Uuden arvon poikkeusta vastaavaa ajatusta voidaan soveltaa meilläkin yllä tarkasteltuun saneerauslisään (saneerausmenettelyn tuottamaan lisäarvoon). Jos saneerausohjelman toteuttaminen tuottaa yhteensä paremman täytäntöönpanotuloksen kuin konkurssirealisaatio, näin syntyvä varallisuudenlisäys on uutta arvoa, joka jää ehdottoman etuoikeuden periaatteen – ja tietenkin konkurssivertailun – ulkopuolelle.

6.4.2 Konkurssin konstruomisen perusteista

6.4.2.1 Vertailukonkurssin toteutumiskelpoisuudesta

Vertailukonkurssi on ajatusrakennelma, jota verrataan saneerausohjelmaehdotukseen. Niin periaatteellisesti kuin käytännöllisestikin erittäin merkittävää on, vaaditaanko vertailukonkurssilta toteutumismahdollisuutta, ts. *edellyttääkö konkurssivaihtoehdon voitto yksittäistapauksessa sitä, että yritys voitaisiin to-della asettaa konkurssiin*. Jos tähän vastataan myöntävästi, vertailua koskevat väitteet kilpistyvät suoraan siihen, että konkurssin edellytykset eivät yksittäistapauksessa täyty. Ongelma ei ole vain akateeminen. Etenkin, jos saneeraus on aloitettu uhkaavan maksukyvyttömyyden perusteella, väite konkurssin edellytysten täyttymättömyydestä on mitä suurimmassa määrin myös käytännöllinen.

⁸³ Ks. MacDonald – Schreiber – MacDonald, Jr. Am. Bankr. Inst. L. Rev. 1993 s. 66–67.

⁸⁴ Ks. Warren Ann. Survey of Am. Law 1991 s. 39–40, tarkemmin uudelta arvolta edellytettävistä ominaisuuksista mas. 39–48.

Sama koskee yhteishakemuksen perusteella alkanutta saneerausmenettelyä, koska velallisen maksukykyä ei tällöin ole tutkittu lainkaan. Kysymys konkurssin toteutumiskelpoisuudesta voidaan muotoilla myös seuraavasti: edellyttääkö konkurssivaihtoehdon voitto sitä, että todellisen konkurssin edellytykset tutkitaan? Konkurssin toteutumiskelpoisuuden problematiikka ei kuitenkaan rajaudu vain konkurssin edellytysten tutkintaan in casu. Lisäksi on kysyttävä, *millaiseksi* konkurssi muodostuisi, jos sen edellytykset täyttyisivät. YSL:n mukaisessa konkurssivertailussa nämä toteutumiskelpoisuuden elementit – konkurssin edellytykset ja sen tarkempi sisältö – kietoutuvat läheisesti yhteen.

YSL 53.1 §:n 5 kohdan sanamuoto ei edellytä todellisen konkurssin mahdollisuutta, eikä siten konkurssin edellytysten tutkimista.⁸⁵ Aivan yhtä selvää on, ettei sanamuoto myöskään estä tällaista tutkintaa. Kysymykseksi muodostuu, miksi niin merkittävä ratkaisu kuin saneerausohjelman hylkääminen saatisiin perustaa toteutumiskelvottomaan vaihtoehtoon. Tähän taas ei voida vastata, jollei ensin vastata perustavampaan ongelmaan: pyritäänkö konkurssivertailulla ylipäänsä siihen, että velkoja saisi paremman suorituksen, vai ainoastaan siihen, että saneerausohjelma jää vahvistamatta? Jos vertailu on tarkoitettu vähimmäissuorituksen todelliseksi takeeksi, vertailukonkurssilta on luonnollisesti edellytettävä konkreettista toteutumiskelpoisuutta. Jos taas vertailu on tarkoitettu ainoastaan ohjelman vahvistamisen esteeksi, toteutumiskelpoisuudelle ei tarvitse asettaa ainakaan yhtä korkeita vaatimuksia.

Painavat perusteet puhuvat sen puolesta, että konkurssivertailu on *vain keino saneerausohjelman hylkäämiseksi*, ei siis todellinen tae vähimmäissuorituksesta. Ensinnäkään, kuten juuri todettiin, vertailunormimme ei edellytä, että yritys voitaisiin asettaa konkurssiin. Konkurssivertailu on käytettävissä silloinkin, kun saneerausmenettely on aloitettu uhkaavan maksukyvyttömyyden tai yhteishakemuksen perusteella. Ehkä tätäkin olennaisempaa on, että vertailukohteeksi muodostettava konkurssi on jo lain mukaan *sisällöllisesti toteutumiskelvoton*. Sellainen konkurssi, joka YSL 53.1 §:n 5 kohdan mukaan on konstruoitava vertailukohteeksi, ei käytännössä voi toteutua. Tämä johtuu siitä, että vertailussa ei oteta huomioon saneerausmenettelyn aikana syntyneiden velkojen etuoikeutta, josta säädetään YSL 32.2 §:ssa. Menettelyn aikana syntyneet velat otetaan kyllä huomioon konkurssivelkoina, mutta jako-osuudet lasketaan siten, että niiden etuoikeus jätetään huomiotta. Todellisessa konkurssissa etuoikeus tietenkin vähentäisi jako-osuuksia. Vertailulaskelma antaa näin tuloksen, joka ei käytännössä voi toteutua.⁸⁶ Vertailukonkurssi antaa enintään jälkiviisaita

⁸⁵ Konkurssin edellytysten tutkimisvelvollisuutta ei voida perustaa vertailunormin asettamaan näyttökynnykseen ("...saattaa todennäköiseksi, että..."). Todennäköisyyskriteeri koskee vain sitä, että *hypoteettisen* konkurssin on tuotettava parempi suoritus.

⁸⁶ YSL 32.2 §:n mukainen etuoikeus on voimassa, jos konkurssi alkaa saneerausohjelman aikana tai kolmen kuukauden kuluessa siitä, kun saneerausmenettely on ilman ohjelman vahvistamista lakannut. Konkurssi, jossa etuoikeus ei ole voimassa, voi näin ollen toteutua vasta

viitteitä siitä, että konkurssi olisi ehkä voinut olla *alun perin* velkojille parempi vaihtoehto.⁸⁷ Konkurssivertailu ei siis tosiasiallisesti turvaa velkojille parempaa suoritusta, vaan estää ehdotetun saneerausohjelman vahvistamisen.

Juuri todettua ei ole tarkoitettu poleemiseksi kannanotoksi konkurssivertailua vastaan, eikä sitä pidä sellaiseksi myöskään ymmärtää. Kysymys on vain tosiasian tunnustamisesta. On yksinkertaisesti totta, että YSL 53.1 §:n 5 kohdan mukainen vertailu *ei takaa velkojalle parempaa suoritusta* kuin saneerausohjelmassa luvataan. Vaikka saneerausohjelma jätettäisiinkin vertailun perusteella vahvistamatta, vertailuväitteillä ei ole mitään merkitystä sittemmin ehkä alkavassa konkurssissa. Vertailua vaatineella velkojalla ei todellisessa konkurssissa ole oikeutta saada sitä suoritusta, jonka perusteella saneerausohjelma hylättiin. Todellisen konkurssin ei muutoinkaan tarvitse täyttää vertailun perusteiksi asetettuja oletuksia tai vertailuhetkellä ehkä hyvinkin todennäköisiltä vaikuttaneita ennusteita.

Kun vertailukonkurssilta ei edellytetä toteutumiskelpoisuutta, ja kun siltä itse asiassa puuttuu yhteys toteutumiskelpoiseen konkurssiin, jää jossain määrin epäselväksi, miksi vertailuväitteiltä pitäisi lainkaan vaatia realismisuutta. Kirjallisuudessa vertailun kuitenkin edellytetään perustuvan velkojen kannalta parhaalle, realistiselle vaihtoehdolle, ts. konkurssille, joka vallitsevissa oloissa todennäköisesti tuottaisi velkojille parhaan tuloksen.⁸⁸ Yllä esitettyä kantaa, jonka mukaan konkurssivertailu ei ole todellinen tae paremmasta suorituksesta, ei tarvitsekaan pitää jyrkästi ristiriitaisena realististen vaihtoehtojen kanssa. Voidaan nimittäin aivan hyvin katsoa, että vertailukonkurssin on oltava järkevästi ajateltuna mahdollinen *siitäkin huolimatta*, ettei sen edellytetä koskaan toteutuvan. Ilman säännöstäkin on selvää, ettei asianmukaisesti laadittua ohjelmaehdotusta tule voida kaataa täysin epärealistisilla visioilla.

saneerausohjelman päättymisen jälkeen (siis useiden vuosien kuluttua) tai silloin, kun yritystä ei jostain syystä asetettaisi konkurssiin kolmessa kuukaudessa menettelyn päätyttyä ilman ohjelman vahvistamista. On erittäin kyseenalaista, voidaanko näin teoreettisiin vaihtoehtoihin kytkeä niin merkittävää reaalista oikeusseurausta kuin saneerausohjelmaehdotuksen hylkääminen. Ks. HE 68/1998 s. 3, jossa mainittujen tilastotietojen mukaan konkurssi alkaa yleensä vajaassa kahdessa kuukaudessa siitä, kun saneerausmenettely on lakannut ilman ohjelman vahvistamista.

⁸⁷ Varmuutta edes tällaisen jälkiviisauden paikkansapitävyydestä ei ole. On hyvin vaikea osoittaa riittävällä tarkkuudella, kuinka paljon tiettyssä hypoteettisessa konkurssissa ehkä syntyneiden massavelkojen määrä olisi eronnut saneerausmenettelyn aikana syntyneistä veloista. Paljon riippuu mm. siitä, missä laajuudessa velallisen liiketoimintaa olisi konkurssissa mahdollisesti jatkettu. Liiketoiminnan jatkamisesta rauhoitusaikana syntyvät kulut eivät yleensä liene ainakaan sellaisinaan samastettavissa hypoteettisen konkurssipesän jatkaman liiketoiminnan aiheuttamiin kuluihin. Sama koskee toiminnan tuottamaa tulosta. On rationaalista olettaa, että tietyn liiketoiminnan harjoittaminen on yleensäkin tehokkaampaa konkurssin ulkopuolella kuin konkurssin aikana.

⁸⁸ Ks. *Koskelo* s. 280, joka puhuu parhaan realistisen vaihtoehdon periaatteesta. Vastaavaa periaatetta ei havaintojeni mukaan ole nimenomaisesti postuloitu Yhdysvaltain oikeudessa. Sieläkin pyrkimyksenä näyttää silti olevan mahdollisimman realistisen kuvan muodostaminen todennäköisestä konkurssivaihtoehdosta; esim. pesähoitajan palkkion arvioinnissa on kiinnitetty huomiota palkkion ennakoitavissa olevalle enimmäismäärälle. Ks. *Norton* § 92:14.

Kaikkiaan vertailukonkurssin toteutumiskelpoisuuden tarkastelu antaa aiheen de lege ferenda -pohdintoihin. Ydinkysymys on, miksi konkurssivertailun on oltava käytettävissä silloinkin, kun yritystä ei in concreto voitaisi lain mukaan asettaa konkurssiin. Etenkin jos yritys on modernin insolvenssioikeuden tavoitteiden mukaisesti hakeutunut saneeraukseen ennen maksukyvyttömäksi ajautumistaan, fiktiivisellä konkurssilla ei välttämättä pitäisi olla menettelyssä merkittävää – jos mitään – sijaa. Vertailuproblematiikalta välttyttäisiin tällöin kokonaan osoittamalla, että yritys ei ole maksukyvytön, eikä sitä voitaisi asettaa konkurssiin. Vähimmäissuorituksen turvaamiseen voitaisiin tällöin pyrkiä muilla keinoin, vaikkapa lakiin perustuvalla akordiprosentilla.⁸⁹

Erityisen ongelmalliseksi nykymuotoinen konkurssivertailu muodostuu silloin, kun saneerausvelkoja vetoaa konkurssioikeudelliseen kuittausoikeuteensa, vaikka konkurssin edellytykset eivät in concreto täyty. Velkoja voi tällöin päästä saneerauksessa selvästikin parempaan asemaan kuin siinä tapauksessa, että mitään insolvenssimenettelyä ei olisi aloitettu. Tämä ei ole konkurssivertailun tarkoitus. Kyseenalaista on etenkin, onko kuittausvelkojalla tällöin oikeus suoritukseen yhtään sen paremmilla ehdoilla kuin mihin hän olisi oikeutettu kuittauksen yleisten edellytysten nojalla. Nähdäkseni ei ole; saneerausmenettelyn tarkoitus ei ole nostaa kuittausvelkoja mihinkään erityisasemaan, kuten jo perintäkiellon ulottuminen kuittaukseen osoittaa.⁹⁰

⁸⁹ Ruotsin oikeus ei tunne konkurssivertailua, vaan vähimmäissuoritus on kaikissa akorditapauksissa 25 %, jolleivät akordin piirissä olevat velkojat muuhun suostu tai jollei pienempään suoritukseen ole erityistä syytä. Vähimmäissuoritukset on maksettava vuoden kuluessa akordin vahvistamisesta (LFR 3:2.1). Sama suhteellinen vähimmäissuoritus ja sama enimmäismaksuaika sisältyivät meillä vuoden 1932 AkordiL 31.1 §:n 3 kohtaan. – Kuten ratkaisusta KKO 2003:120 ilmenee, yrityksen suorituskyyky toki vaikuttaakin konkurssivertailun relevanssiin yksittäistapauksessa; jos jokin velkojaryhmä voisi saada paremman suorituksen kuin ohjelmaehdotus lupaa, näillä velkojilla on oikeus vaatia, että muut (po. tapauksessa yrityksen omistajat) tinkivät omasta vaatimuksestaan. Laissa säädetty akordiprosentti eroaisi nykytilanteesta kuitenkin siinä, että saneerausohjelman lupaaman suorituksen hyvyttä ei suhteutettaisi ohjelman toteuttamisen edellytyksiin, vaan päinvastoin: ohjelma ja sen toteuttaminen olisi suhteutettava legaaliseen akordiprosenttiin. Luonnollisesti tämä ero on pelkistys, mutta juuri sellaisena kuvaa asian ydintä – kuinka pitkälle saneerausvelkojilla on oikeus vaatia velallisen absoluuttisen suorituskyvyn konkretisointia?

⁹⁰ Oikeuskäytännössä konkurssivertailu on kuitenkin suojannut kuittausvelkoja varsin kattavasti, osin arveluttavastikin. Ratkaisuisa HHO 19.2.1998/488 (S 97/1003) ja KouHO 12.5.1999/1116 (S 98/118) saneerausohjelma jätettiin vahvistamatta sillä perusteella, että sähköntoimitusyhtiöt, jotka olivat äänestäneet ohjelmaehdotusta vastaan, olisivat sähköntoimitussopimuksen mukaan saaneet purkaa sopimuksen välittömästi sopimuskumppaninsa konkurssin johdosta ja kuitata maksamatta olevia saataviaan liittymämaksusta, joka sopimuksen mukaan oli purkutilanteessa palautettava sopimuskumppanille (eli sähkön käyttäjälle). Tällä perusteella hovioikeudet katsoivat, että sähköyhtiöiden olisi saatava saneerausohjelman mukaan vähintään sama määrä kuin ne olisivat saaneet kuittauksella konkurssissa. Ratkaisuisa ei kuitenkaan pohdita, millä perusteella sähköntoimitussopimusten konkurssiehtoinen purkulauseke sitoisi konkurssipesää. Taustalla saatava olla ratkaisu KKO 1990:130, jossa vastaavanlaisen ehdon sitovuutta pidettiin ilmeisesti niin selvänä, ettei sitä katsottu tarpeelliseksi problematisoida millään tavoin. Nähdäkseni on kuitenkin perusteltua kysyä, osoittaako mainittu ratkaisu todella voimassa olevan oikeuden kannan.

Pitäisinkin de lege lata mahdollisena, että kun konkurssivertailussa vedotaan velkojan konkurssioikeudelliseen kuittausmahdollisuuteen, konkurssin edellytysten täytyminen tutkitaan. Jos havaitaan, että velallista ei saneerausmenettelyn alkaessa olisi voitu asettaa konkurssiin, velkojalle ei voida myöntää saneerausohjelmassa ainakaan laajempaa kuittausoikeutta kuin kuittauksen yleisten edellytysten nojalla. Erityisesti velkojalla ei ole oikeutta vaatia suoritusta pro summa concurrente heti, ellei tällaista oikeutta olisi saneerausmenettelyn ulkopuolella kuittauksen yleisten edellytysten perusteella; *saneerausmenettely ei tällaista oikeutta perusta*. Näin ollen kuittausvelkoja on saneerausohjelmassa asetettava enintään samaan asemaan kuin missä hän olisi saneerausmenettelyn ulkopuolella. Tähän ei tarvita lainmuutosta, vaan kantaa on pidettävä voimassa olevan oikeuden edellyttämänä.⁹¹

Sen sijaan jos velkojakollektiivin asemaa haluttaisiin parantaa suhteessa kuittausvelkoihin de lege ferenda – mikä olisi viimeaikaisen yleinsolvenssioikeudellisen kehityksen mukaista – kuittausvelkojaa voitaisiin saneerausohjelmassa kohdella kuten *vakuusvelkoja*. Kuittausvelkojan saatavan pääoma olisi siten suojattu pro summa concurrente, mutta saatavaan voitaisiin kohdistaa muita YSL 44 §:ssä säädettyjä velkajärjestelykeinoja siten kuin 45 §:ssä säädetään.

Pikemminkin nykyisin katsottaneen, että (yleistenkään) sopimusehtojen konkurssinvaraiset lausekkeet eivät sido pesää (ks. *Havansi* Insolvenssioikeus s. 179). Siten ei myöskään konkurssivertailun lopputulosta pitäisi perustaa tällaisille ehdoille. Toisaalta korkein oikeus on äskettäin viitannut juuri mainittuun vuoden 1990 ratkaisuunsa (ks. KKO 2003:1), eikä ainakaan tuossa yhteydessä katsonut kysymyksen vaativan uudelleenarviointia.

Konkurssioikeudelliseen kuittausoikeuteen vetoaminen konkurssivertailussa tulee entistään ongelmallisemmaksi uuden konkurssilain myötä, koska konkurssissa tapahtuvan kuittauksen edellytykset lievenevät. Konkurssilain esitöiden mukaan velkoja voi konkurssissa kuitata saatavansa, vaikka hänen oma velkansa velalliselle ei olisikaan vielä erääntynyt, ks. HE 26/2003 s. 79–80. Tällaista oikeutta velkojalla ei tietenkään ole konkurssin ulkopuolella. Jos konkurssin edellytykset eivät täyty, mutta velkojan katsotaan saneerausmenettelyn konkurssivertailussa silti voivan vedota konkurssissa sovellettaviin kuittauksen edellytyksiin, velkoja pääsee saneerausohjelmassa ehkä selvästikin parempaan asemaan kuin siinä tapauksessa, ettei mitään insolvenssimenettelyä olisi aloitettu. Kuittauksen edellytysten lieventäminen konkurssilain esitöissä todetulla tavalla on epäilemättä tarkoituksenmukaista *todellisessa* konkurssissa. Sen sijaan velkojan ei tulisi voida vedota lievennettyihin edellytyksiin saneerausmenettelyn konkurssivertailussa silloin, kun todellisen konkurssin edellytykset eivät täyty. Tällainen velkojan oikeusaseman vahventaminen ei, kuten todettua, ole konkurssivertailun tavoitteiden mukaista.

⁹¹ Juuri viitatussa ratkaisussa HHO 19.2.1998/488 (S 97/1003) hovioikeus määräsi saneerausohjelmassa muutettavaksi siten, että kuittausvelkojan saatava ”maksetaan saneerausohjelman mukaisessa maksuajassa täysimääräisesti.” Ratkaisussa KouHO 12.5.1999/1116 (S 98/118) asia palautettiin käräjäoikeuteen, joka määrättiin varaamaan selvittäjälle tilaisuus uuden ohjelmaehdotuksen laatimiseen. KouHO ei siten ottanut kantaa siihen, miten kuittausoikeuden tuottama suoja toteutetaan. Molemmissa tapauksissa kuittausvelkojat kuitenkin vaativat, että saneerausohjelmassa oli määrättävä heidän saatavansa maksettaviksi pro summa concurrente *heti*. Tämä tarkoitti toisen velkojan osalta välitöntä täysimääräistä suoritusta. Yllä esitettyjen argumenttien nojalla velkojen vaatimukset olivat oikeutettuja vain edellytyksin, että pakkokuittauksen edellytykset täyttyisivät myös saneerausohjelman ulkopuolella ”heti”.

6.4.2.2 Realisointiolosuhteet vertailun ytimenä

Konkurssivertailussa muodostetaan, kuten todettu, hypoteettisia vertailukohteita. Vertailija esittää väitteitä ja niitä tukevaa selvitystä tarkoituksenaan konstruoida konkurssi, joka näyttää hänen kannaltaan edullisemmalta kuin saneerausohjelma. Konkurssin konstruoinen perusteet ovat kuitenkin jääneet epäselviksi (myös) sen suhteen, *mihin seikkoihin* vertailu olisi tarkoituksenmukaista kohdistaa. Kirjallisuudessa ja oikeuskäytännössä huomio on toistaiseksi kiinnittynyt miltei pelkästään vertailun ajalliseen kiintopisteeseen, erityisesti siihen, miten vertailukonkurssin *alkaminen* olisi ajoitettava suhteessa saneerausmenettelyyn.

Vertailukonkurssin alkuhetkelle on esitetty kolme vaihtoehtoa, joita tässä tutkimuksessa kutsutaan 1) paralleelikonkurssiksi, 2) menettelynaikaiseksi konkurssiksi ja 3) jälkikonkurssiksi.⁹² Paralleelikonkurssilla tarkoitetaan konkurssia, jonka kuvitellaan alkaneen ja etenevän *rinnakkain* saneerausmenettelyn kanssa. Menettelynaikaisen konkurssin taas oletetaan alkavan jossain vaiheessa *saneerausmenettelyn aikana*.⁹³ Jälkikonkurssilla taas tarkoitetaan konkurssia, joka alkaa *saneerausohjelman aikana*.

Laissa ei ole säännöksiä vertailukonkurssin alkuhetkestä. Ratkaisussa KKO 2000:81 todettiin tästä huolimatta, että konkurssin alkuhetkenä olisi ”yleensä pidettävä saneerausmenettelyn aloittamispäivää”. Tämän tutkimuksen kielenkäytön mukaan vertailun pääsääntönä olisi siten paralleelikonkurssi. Kyseisessä tapauksessa tästä pääsäännöstä luotiin kuitenkin poikkeus. Konkurssin oletettiin alkaneen jo hetkellä, jolloin kärjäoikeus oli määrännyt väliaikaisen maksu- ja perintäkiellon. Vertailukonkurssin oletettiin alkaneen jo tuolloin, koska muutoin ohjelmaehdotusta vastustaneella velkojalla olisi ollut oikeus käyttää kuittaukseen myös varat, jotka olivat tulleet velallisen tilille väliaikaiskiellon aikana. Tätä ei pidetty hyväksyttävänä.

Ratkaisun KKO 2000:81 lopputulosta on pidettävä ehdottomasti oikeana. Kuittausoikeuden ei todellakaan tule koskea varoja, jotka kertyvät velallisen tilille väliaikaisen rauhoitusajan kuluessa ja pysyvät siellä juuri kiellon ansioista.⁹⁴ Sen sijaan ratkaisun perustelut eivät ole yhtä vakuuttavia. Ensinnäkään yleistä sääntöä, jonka mukaan vertailu olisi suoritettava paralleelikonkurssiin, ei ole syytä omaksua. Kanta myös poikkeaa kirjallisuudessa esitetyistä näke-

⁹² Kaksi jälkimmäistä termiä ovat peräisin *Koululta*, ks. Toteuttaminen s. 10 ja 251. Paralleelikonkurssi taas vastaa aiemmin alkuperäiseksi konkurssiksi kutsuttua vaihtoehtoa, ks. *Hupli* LM 2001 s. 122. Paralleeli-termi ilmaisee kuitenkin osuvammin, että kyse on saneerauksen rinnalle kuvitellusta konkurssista.

⁹³ *Koulu*, Toteuttaminen s. 251, lukee menettelynaikaiseksi konkurssiksi myös konkurssin, joka alkaa YSL 32.2 §:n mukaisesti kolmen kuukauden kuluessa menettelyn lakkaamisesta ilman ohjelman vahvistamista.

⁹⁴ Ks. *Hupli* LM 2001 s. 124–128.

myksistä, joiden mukaan vertailukonkurssin alkuhetkenä olisi mieluummin pidettävä saneerausohjelmaehdotuksen valmistumista.⁹⁵ Tätä on perusteltu sillä, että ohjelmaehdotuksen valmistelu-aika voi vaihdella tapauskohtaisesti paljonkin. Kun konkurssin oletetaan alkavan vasta ohjelmaehdotuksen valmistuksessa, tapauskohtainen vaihtelu ei nouse konkurssivertailussa merkittävään rooliin. Toiseksi on huomattava, että konkurssivertailulla pyritään keskenään hyvinkin erilaisten oikeuksien ja velvoitteiden arviointiin. On erotettava toisistaan ainakin *realisaatiovertailu* ja *kuittausvertailu*. Ensin mainitulla tarkoitetaan saneerausohjelmassa luvatus suorituksen vertaamista konkurssirealisaation (todennäköisesti) tuottamaan jako-osaan; jälkimmäisessä taas kontrolloidaan sitä, että velkoja ei saneerausessa menetä konkurssioikeudellista kuittausoikeuttaan. Kannanotto konkurssirealisaation tulokseen (realisaatiovertailu) on luonnollisesti aina ennuste, kun kuittausoikeuden olemassaolo ja laajuus voidaan osoittaa varmemmin, tarkastelemalla vastakkaisia saamisoikeuksia tietyllä hetkellä.

Nimenomaan kuittausvertailussa paralleelikonkurssin asettaminen vertailukohteeksi vaikuttaa hyväksyttävältä. Tällöin saneerausvelkojan kuittausoikeus määräytyy samoin kuin jos velallinen olisi asetettu konkurssiin saneerausmenettelyn aloittamishetkellä. Poikkeuksena tästä on väliaikainen rauhoitusaika, jonka alkuhetki määrää samalla kuittauksen edellytykset (ts. konkurssin oletetaan alkaneen jo tuolloin; KKO 2000:81). Näillä säännöillä saneerausvelkoja, joka on itse velkaa saneerausvelalliselle, on samassa asemassa kuin jos saneerausmenettelyä tai väliaikaista rauhoitusaikaa ei koskaan olisi aloitettu, vaan velallinen olisi asetettu konkurssiin. Tätä pidettäneen yleisesti oikeimpana lopputuloksena, eikä siihen olekaan muuta huomauttamista kuin edellä todettu tarve tutkia konkurssin edellytysten täyttyminen saneerausmenettelyn alkaessa.

Fiktiivisen konkurssin alkuhetken määrittäminen on tärkeää, jotta saneerausmenettely ja väliaikainen rauhoitusaika eivät laajentaisi velkojien kuittausoikeutta verrattuna kuittauksen edellytyksiin yleensä tai konkurssissa erityisesti. Kuittausproblematiikan ulkopuolella vertailukonkurssin 'oikea' alkuhetki on sen sijaan saanut nähdäkseni ansaitsemattoman paljon huomiota.⁹⁶ Etenkin arvioitaessa, millainen realisointitulos velallisvarallisuudesta olisi todennäköisesti saatavissa, on nähdäkseni erittäin kyseenalaista, mitä tarkoitusta vertailukonkurssin täsmällisen alkuhetken etsiminen lopulta palvelee. Realisaatiovertailun tehtävänä on selvittää, saisiko velkoja todennäköisesti paremman suorituksen, jos *saneerausohjelman sijasta* toteutettaisiin konkurssirealisaatio.⁹⁷ Edellyttääkö vastaus todella, että osapuolet saavuttavat yksimielisyyden juuri tietyllä hetkellä alkaneesta konkurssista? Käsittääkseni ei. YSL 53.1 §:n 5

⁹⁵ Koskela s. 281. Ks. myös *Koulu* Vahvistaminen s. 291.

⁹⁶ Tosin on huomattava, että vertailua koskeva kirjoittelu on ollut määrältään vähäistä.

⁹⁷ Näin myös Koskela s. 280.

kohtaa on mahdollista tulkita yksinkertaisesti siten, että saneerausohjelmaa ei aleta toteuttamaan aiottuna hetkenä, vaan sen sijasta, juuri tuolla hetkellä, aloitettaisiin velallisvarallisuuden realisointi konkurssirealisaation keinoin. Realisointivertailussa ts. oletetaan, että *konkurssirealisaatio alkaisi samalla kuin ohjelman toteutus on tarkoitus aloittaa*. Tällöin huomio keskittyy vain siihen, millainen realisaatiotulos näyttää *vertailuhetkellä* vallitsevissa oloissa todennäköisimmältä, riippumatta kokonaan konkurssin kuviteltavissa olevista alkuhetkistä. Ratkaistavaksi tulee realisointituloksen kannalta olennaisia kysymyksiä, kuten yritysvarallisuuden arvo *vertailuhetkellä*, konkurssilainsäädännön tarjoamat realisointikeinot ja erityisesti, olisiko konkurssirealisaatio vallitsevissa realisointiolosuhteissa niin paljon nopeampi keino suorituksen saamiseen, että saneerausohjelmassa luvatus suorituksen reaaliarvo alkaa näyttää pienemmältä. Sen, että konkurssin oletetaan alkaneen jollain tietyllä hetkellä tai vastaavasti, että sen ei oleteta alkaneen jollain toisella hetkellä, ei käsittääkseni pidä ratkaista todennäköisestä realisointituloksesta *vertailuhetkellä* muodostettavaa kuvaa.

Kun luovutaan pohtimasta fiktiivisen konkurssin täsmällistä alkuhetkeä, havaitaan pian, että konkurssivertailun keskeisin kysymys on juuri *käsitys vallitsevista realisointiolosuhteista*. Saneerausohjelmaehdotuksen laatija perustaa jako-osuusarvionsa täysin oikeutetusti niihin realisointioloihin ja -edellytyksiin, jotka hän on voinut ottaa arvionsa perusteeksi. Konkurssivertailua vaativa velkoja taas arvioi realisaationäkymät ja siten myös jako-osuuden määrän toisin. Kysymys on jälleen siitä, kykeneekö velkoja saattamaan todennäköiseksi, että hänen näkemyksensä on oikeampi.

Huomion keskittäminen realisointiolosuhteisiin johdattelee yhä täsmällisempään kysymyksenasetteluun. Realisaatiovertailussa voi nimittäin useinkin olla kysymys siitä, miten riski realisointiolosuhteiden *muuttumisesta* jakautuu. Toisin sanoen: kuka kantaa riskin siitä, että ne olosuhteet, joiden varassa ohjelmaehdotuksen realisointiarvio on laadittu, muuttuvat ehdotuksen valmistumisen ja vahvistamisharkinnan välillä? Tämäkään kysymys ei ole vain akateeminen. Kaikki tietävät, että varallisuusarvojen muutokset voivat 'kvartaalikapitalismin' oloissa olla erittäin nopeita ja määrältään dramaattisia. Toteutumiskelpoiselta vaikuttava prognoosi voi osoittautua jo hetken kuluttua (samanakin pörssipäivän aikana) mahdottomaksi.

Saneerausohjelmaehdotuksen oma realisointiarvio perustuu luonnollisesti niihin olosuhteisiin, jotka ovat vallinneet ehdotuksen laadintavaiheessa. Myös ohjelmassa esitetyt, tulevaisuutta koskevat ennusteet pohjautuvat valmisteluvaiheessa tiedossa olleisiin seikkoihin. Jos olosuhteet muuttuvat ehdotuksen valmistumisen jälkeen, saneerausvelkojilla on ymmärrettävä intressi vaatia realisaatioarvion tarkistamista ja vahvistamisharkinnan perustamista uuteen tilanteeseen. Ongelmaksi kiteytyy näin, kumpi realisointiarvio on otettava vahvistamisharkinnan perusteeksi.

Ratkaisua on etsittävä siitä lähtökohdasta, että niin selvittäjällä ohjelmaehdotuksen laatijana⁹⁸ kuin vertailua vaativalla velkojallakin on lähtökohtaisesti oikeutettu intressi saada oma näkemyksensä realisointiolosuhteista vahvistamisratkaisun perusteeksi. Selvittäjä voi oikeutetusti odottaa velkojilta kannanottoa ohjelmaehdotukseen juuri niillä reunaehdoilla, joilla hän on joutunut ehdotuksensa laatimaan. Tätä vastassa on saneerausvelkojan oikeus vaatia, että merkittävä, pitkälle tulevaisuuteen vaikuttava ratkaisu tehdään tosiasiaassa vallitsevien olosuhteiden perusteella, ts. olosuhdemuutokset huomioiden.⁹⁹

Tässä tutkimuksessa päädytään konkurssivertailua vaativan velkojan puolelle seuraavin perustein. Nykymuotoinen konkurssivertailu tarjoaa jo muutoinkin liialti tilaa hypoteettisille, usein toteutumiskelvottomille argumenteille (kuten todettu, vertailukonkurssi on jo lain mukaan keskeisiltä osin toteutumiskelvoton). Muuttuneiden realisointiolosuhteiden sivuuttaminen olisi omiaan edelleen etäännyttämään koko vertailuinstituutiota todellisuudesta. Tätä ei pidä hyväksyä. Päinvastoin, todellisten olosuhteiden merkitystä koko vertailuinstituutiossa on vahvistettava. Näin voidaan siirtyä kohti realistisen vertailun periaatetta ja vähentää nyt melko hallitsevan 'fiktioperiaatteen' merkitystä. Selvittäjän intressiä saada ehdotuksensa vahvistetuksi aiemmin vallinneilla reunaehdoilla ei voida pitää yhtä painavana kuin vastustavan velkojan oikeutta vaatia, että pitkälle tulevaisuuteen vaikuttava ratkaisu tehdään todellisuudessa vallitsevien olosuhteiden perusteella.¹⁰⁰ Olosuhdemuutosten huomiointi ei tuone vahvistamisharkintaan myöskään ylittämätöntä lisätyötä, kun otetaan huomioon, että jo konkurssivertailun perusluonteeseen kuuluu mahdollisuus useiden vertailulaskelelmien esittelyyn ja tutkimiseen.¹⁰¹ Selostetuilla perusteilla tässä tutkimuksessa suositellaan, että ohjelmaehdotuksen valmistumisen jälkeiset muutokset konkurssirealisaatioon vaikuttavissa olosuhteissa otetaan vertailussa huomioon. Konkurssivertailun edellyttämä realisaatioarvio on tehtävä aktuaalisten olosuhteiden perusteella.

⁹⁸ Jatkossa puhutaan yksinkertaisuuden vuoksi selvittäjästä ehdotuksen laatijana. Sanottu pätee yhtä lailla myös muihin ohjelmaehdotuksen jättämiseen oikeutettuihin tahoihin.

⁹⁹ Vastakkainasettelu ilmentää osuvasti muodollisen ja aineellisen oikeusvarmuuden välistä konfliktia. Muodollinen oikeusvarmuus puoltaisi olosuhdemuutosten sivuuttamista, kunhan ohjelmaehdotus on laadittu lain mukaisesti. Aineellinen oikeusvarmuus taas painottaa materiaallisen ratkaisun vaikutuksia reaaliaimailmassa ja vaatii siksi, että todelliset olosuhteet määräävät ratkaisun sisällön.

¹⁰⁰ Varsinkin selvittäjän henkilökohtainen ('ammattikunnnia'- tms.) intressi saada ehdotuksensa vahvistetuksi on merkittävästi kevyempi kuin velkojien tarve saada huomioiduksi asiaan vaikuttavat todelliset olosuhteet. Saneerausohjelman vahvistaminen tai vahvistamatta jättäminen vaikuttaa *velkojien, ei selvittäjän, tulevaisuuteen*. Asetelma on luonnollisesti jossain määrin toinen, kun ohjelmaehdotus on muun kuin selvittäjän laatima. Tällöinkin todelliset olosuhteet ovat silti ratkaisevassa asemassa.

¹⁰¹ Ks. Koskelo s. 280. Jos useiden laskelelmien aiheuttamaa työtä pidetään ongelmana, olisi harkittava, pitäisikö koko vertailuinstituutiosta luopua.

Vertailu YSL:n esikuvaan, BC 11 lukuun, näyttää tukevan juuri suositeltua kantaa. BC 1129(a)(7)(A)(ii) §:n mukaan vertailussa tutkitaan, millaisen suorituksen BC 7 luvun mukainen likvidaatio tuottaisi *saneerausohjelman voimaantulopäivänä*. Säännös kuuluu tältä osin:¹⁰²

”The court shall confirm a plan only if all of the following requirements are met:

- —
 (7) With respect to each impaired class of claims or interests
 (A) each holder of a claim or interest of such class

— —
 (ii) will receive or retain under the plan on account of such claim or interest property of a value, *as of the effective date of the plan*, that is not less than the amount that such holder would so receive or retain if the debtor were liquidated under chapter 7 of this title *on such date*”.

Mikään ei tietenkään pakota tulkitsemaan YSL:n vertailunormia esikuvaansa myötäillen. Periaatteessa on jopa mahdollista, että omasta laistamme on tarkoituksella jätetty pois viittaus saneerausohjelman voimaantulopäivään. Koska meikäläinen sanamuoto on kuitenkin avoin, ei mikään myöskään estä kiinnittämästä tulkinnassa huomiota amerikkalaiseen esikuvaan.¹⁰³ Se osoittaa ainakin, että saneerausajattelun kotimaassa ”riski” olosuhteiden muuttumisesta on asetettu ohjelman laatijalle.

Sen sijaan yllä esitetty suositus näyttää poikkeavan Koulun kannasta. Hänen mukaansa YSL 53.1 §:n 5 kohdan ratio sulkee pois tulkinnan, jossa ”jako-osuus arvioitaisiin ikään kuin velallinen asetettaisiin vasta vahvistamisharkinnan hetkellä konkurssiin”¹⁰⁴. Koulun tulkinta tosin rakentuu vertailukonkurssin ajoittamisproblematiikan varaan, ei siis tämän tutkimuksen tavoin todellisille realisointiolosuhteille ja niiden muutoksille. Tästä syystä ei voida pitää varmana, kuinka merkittävästä mielipide-erosta lopulta on kysymys.

Koulu mainitsee tulkintansa tueksi, paitsi täsmentämättömän ”ration”, myös sen, että vahvistamisratkaisua koskeva muutoksenhaku voisi siirtää lopullisen ratkaisun saavuttamista ”jopa vuosilla” eteenpäin, jos konkurssin oletettaisiin alkaneen vasta vahvistamisharkinnan aikana.¹⁰⁵ Tämän ”uhkakuvan” toteutuminen edellyttää luonnollisesti, että myös muutoksenhaku-prosessin aikana tapahtuvat olosuhdemuutokset otettaisiin konkurssivertailussa huomioon. Näin ei kuitenkaan voi olla. Se, että realisaatio-olosuhteiden muuttuminen otettaisiin yllä esitetyn suosituksen mukaisesti huomioon käre-

¹⁰² Kurs. tässä.

¹⁰³ YSL:n esitöistä ei myöskään löydy mitään tukea sille mahdollisuudelle, että meillä olisi tarkoituksellisesti haluttu poiketa BC:n mallista. Tutkimuksen 1. luvussa todetun mukaisesti olettamana voidaan tällöin pitää, että oikeutemme tulkinnalle on löydettävissä perusteita BC:n vastaavasta normistosta.

¹⁰⁴ *Koulu Vahvistaminen* s. 291 alav. 242.

¹⁰⁵ *Koulu Vahvistaminen* s. 291.

jäoikeuden suorittamassa konkurssivertailussa, *ei* tarkoita, että muutoksenhakuinstanssien pitäisi huomioda vielä tätä myöhemmätkin muutokset (jotka siis tapahtuvat kärjäoikeuden ratkaisun jälkeen). Tämä seuraa nähdäkseni jo muutoksenhaun yleisistä periaatteista. Hovioikeudessa on kysymys vain siitä, ratkaisiko kärjäoikeus konkurssivertailun ja sitä kautta koko vahvistamisasian oikein niillä premisseillä, jotka vahvistamisharkinnan aikaan oli asetettava ratkaisun perustaksi. Muutoksenhaun tarkoituksena ei yleensäkään ole uusien seikkojen tutkiminen; ratkaisusta ei voida valittaa siksi, että olosuhteet ovat ratkaisun jälkeen muuttuneet ja asia voitaisiin nyt ehkä ratkaista toisin. Muutoksenhakumenettelyssä tutkitaan retrospektiivisesti, miten asia *olisi pitänyt* ratkaista alemmassa instanssissa.¹⁰⁶ Valittaja ei voi vaatia saneerausohjelman vahvistamiseen annettua ratkaisua muutetuksi sillä perusteella, että realisointiolosuhteet ovat muuttuneet kärjäoikeuden vahvistamisratkaisun jälkeen.

6.4.2.3 Saneeraus- ja konkurssijuridiikan vertailusta

a) *Konkurssivertailun suorituskeskeisyys.* Konkurssivertailun, erityisesti reaalisatiovertailun, tavoitteeksi on edellä todettu sen selvittäminen, saisiko velkoja paremman suorituksen siinä tapauksessa, että saneerausohjelman sijasta toteutettaisiin konkurssirealisaatio (ja kertyneet varat tietenkin jaettaisiin konkurssilainsäädännön edellyttämällä tavalla). Vertailuinstituution ytimenä on siten *kuviteltu konkurssirealisaatio saneerausohjelman vaihtoehdona*. Yleinen mielikuva konkurssivertailun monimutkaisuudesta¹⁰⁷ perustunee pitkälti siihen, että tämän pääfunktionsa ohella vertailu on ilmeisesti haluttu ulottaa *laajemminkin saneeraus- ja konkurssilainsäädäntöön*. Suomalaisessa saneerauskirjallisuudessa vertailun toiseksi perusongelmaksi onkin kiteytetty, mitä velkojan ”oikeusaseman elementtejä vertailussa otetaan huomioon?”¹⁰⁸ Ongelma on muotoiltu myös seuraavasti: ”Vertailu likvidaatioarvoon tarkoittaa useimmissa tilanteissa vertailua velallisen omaisuuden konkurssirealisaation tuoton ja saneerausohjelman kertymän välillä. Voidaanko vertailussa ottaa huomioon myös muut seikat, erityisesti velkojan oikeudellisesti vahvempi asema konkurssissa?”¹⁰⁹ Kysymykset ovat relevantteja, sillä YSL 53.1 §:n 5 kohdan sanamuoto sallii varsin laaja-alaisen spekulatiivisen saneeraus- ja konkurssijuridiikan välillä.¹¹⁰

¹⁰⁶ Tuomioistuinratkaisun sitovuus, oikeusvoima, ei luonnollisestikaan koske ratkaisun antamisen jälkeisiä seikkoja (factum superveniens). Niistä voidaan ja pitääkin riidellä uudessa oikeudenkäynnissä, ei muutoksenhakuinstanssissa. Oikeudenkäynnin jälkeisistä oikeustositseikoista ks. *Lappalainen II* s. 456–462 viittauksineen ja *Welamson Rättegång VI* s. 79–84.

¹⁰⁷ Ks. esim. *Norton* § 92:14 ja *Cowans* s. 263, erit. alav. 680.

¹⁰⁸ *Koulu Vahvistaminen* s. 290. Toinen perusongelma on Koulun mukaan aikatekijä, jota on tarkasteltu edellä.

¹⁰⁹ *Niemi-Kiesiläinen* s. 375.

¹¹⁰ Saneeraus- ja konkurssijuridiikan laaja vertailu edellyttää tietenkin, että menettelyjä koskee riittävän erilainen normisto. Mitä eriytyneemmin menettelyjä säännellään, sitä laajemmiksi muodostuvat vertailumahdollisuudet. Vastaavasti mitä kiinteämmin menettelyt on lainsäädännössä integroitu, sitä suppeammaksi käy menettelyvertailun ala. Jos katsotaan, että legaalisen saneerauksen

Kuinka laajaksi saneeraus- ja konkurssijuridiikan vertailu on YSL 53.1 §:n 5 kohdassa lopulta tarkoitettu, on epäselvää. Yhtäältä sanamuoto jättää vertailukelpoisten kysymysten ja normien piirin täysin avoimeksi. Toisaalta on kiistatonta, että aivan mitä tahansa periaatteellisia mahdollisuuksia ei voida ottaa tutkittaviksi. Tämä edellyttää, että saneeraus- ja konkurssijuridiikan vertailulle etsitään *periaatteellisia rajoja*, oli tehtävä kuinka vaikea tahansa.

Nykymuotoinen konkurssivertailumme on – esikuvansa mukaisesti – *suorituskeskeistä*. Tärkeää olisi siten kiinnittää huomiota siihen, että vertailu pysyisi *realisaatio- ja jako-osuuskeskeisenä*. Realisaatio- ja jako-osuuskeskeisyyttä voidaan pitää suorituskeskeisen konkurssivertailun yleisenä periaatteena, joka ohjaa kysymysten asettamista ja etenkin *rajaa* tarkasteltavaksi otettavien seikkojen piiriä. On kuitenkin mahdotonta osoittaa ennalta kovin kattavasti niiden seikkojen ja normien piiriä, joita on järkevää vertailla tai jotka vastaavasti olisi jätettävä tarkastelun ulkopuolelle. Realisaatio- ja jako-osuuskeskeisyyden periaate täsmentyy vasta oikeuskäytännössä. Tietyt ennakkollisetkin rajausyritykset ovat tästä huolimatta mahdollisia ja toivottaviakin.

Realisaatiokeskeisyyden periaate korostaa ainakin konkurssilainsäädännön tuntemia *realisointikeinoja*. KonkL 17:3.1:n mukaan pesään kuuluva omaisuus on muutettava rahaksi pesän kannalta edullisimmalla tavalla. Jo aiemmin on saneerauskirjallisuudessa suositeltu, että realisaatiovertailussa ratkaisevana olisi pidettävä yhtäältä vallitsevissa oloissa todennäköisintä realisointitapaa ja -tulosta, toisaalta velkojen kannalta edullisinta skenaariota.¹¹¹ Relevantti väite konkurssivertailussa on esimerkiksi, että tietystä varallisuuskohteesta saataisiin todennäköisesti paras hinta juuri tietyllä myyntitavalla ja/tai tietylle taholle myytynä.¹¹² Konkreettisimmillaan velkoja voi esimerkiksi ilmoittaa ostajaehdokkaan ja (vähimmäis-)hinnan, jonka tämä on valmis tarjoamaan kyseisestä kohteesta luovutuksessa, joka voitaisiin toteuttaa konkurssilainsäädännön puitteissa. Tällöin on tutkittava, millaiseen realisointitulokseen näin voidaan päästä ja johtaisiko myynnin toteuttaminen (ainakin asianomaisen velkojan kannalta) todennäköisesti parempaan suoritukseen kuin saneerausohjelmaehdotuksessa luvataan.

Realisointikeinojen vaikutus myyntitulokseen ja tätä kautta jako-osuuksiin on kiistaton. Ei ole epäilystäkään siitä, etteivätkö ne kuuluisi konkurssivertailussa tutkittaviin, relevantteihin seikkoihin. Vertailuaiheiden ”harmaaseen

on tarjottava uskottava vaihtoehto perinteiselle konkurssille, vertailunormisto on väistämätön osa insolvenssimenettelyjen järjestelmää. Jos taas puolletaan likvidaatio- ja elvytysmenettelyjen mahdollisimman vähäisiä eroja, vertailun merkitys vähenee. Ks. esim. *Eisenberg* s. 54–61, jossa puolletaan likvidaatio- ja saneerausjuridiikan välisten erojen karsimista välttämättömiin. Tällainen ’aksioma’ ei kuitenkaan ole tarkoituksenmukainen, kuten tutkimuksen viimeisessä luvussa perustellaan.

¹¹¹ *Koskelo* s. 280 (edellä viitattu parhaan realistisen vaihtoehdon periaate).

¹¹² Ks. myös *Niemi-Kiesiläinen* s. 374.

alueeseen” kuuluukin sitten lukuisia kysymyksiä niitä sääntelevine normeineen. Tyypillistä harmaan alueen ongelmille on, että ne koskevat sekä saneerausta että konkurssia, mutta niitä koskeva normisto on (ainakin osin) menettelykohtainen. Vain esimerkkeinä tällaisista asiakokonaisuuksista voidaan mainita preklusio ja takaisinsaanti. Molemmat ovat kollektiivisen insolvenssioikeuden keskeisiä instituutioita, joita säännellään saneerauksessa ja konkurssissa eri tavoin.

b) Preklusiovertailusta. Saneeraussaataviin kohdistuvasta preklusiouhasta säädetään YSL 47.2–4 §:ssa ja 57.1 §:ssa (uhka mainitaan myös 71.1 §:n 3 kohdassa).¹¹³ Sääntelyn lähtökohtana on, että velat otetaan menettelyssä huomioon velallisen ilmoituksesta.¹¹⁴ Velkojille kuitenkin asetetaan määräpäivä, jolloin heidän on viimeistään ilmoitettava saatavansa siltä osin kuin ne poikkeavat velallisen ilmoituksesta (YSL 71.1 § 3 kohta). Jos näiden ilmoitusten jälkeen jää tuntemattomia saneerausvelkoja, ne lakkaavat, kun saneerausohjelma vahvistetaan. Preklusion edellytyksenä on kuitenkin juuri velan tuntemattomuus, joka ratkeaa viime kädessä selvittäjän tietoisuuden perusteella. Jos selvittäjä saa tietää velasta ennen saneerausohjelman vahvistamista, velka jää voimaan. Sillä, miten tieto tulee selvittäjälle, ei ole merkitystä, kuten ei silläkään, onko kyseinen velka velallisen tiedossa.¹¹⁵

Preklusion mahdollisuus voidaan sulkea pois saneerausohjelmassa. Lisäksi preklusiouhka ei koske lainkaan joukkovelkakirjalainaan perustuvia saatavia eikä saatavia, jotka perustuvat velallisen muutoin yleiseen liikkeeseen laske-miin sitoumuksiin (YSL 47.3 §). Näiden, kaikkia saneerausmenettelyjä koskevien preklusiopoikkeusten lisäksi tuomioistuim voi yksittäistapauksessa omastakin aloitteestaan päättää, että sarjavahinkojen korvaukset tai muut vastaavat, samasta perusteesta johtuvat saatavat jäävät preklusion ulkopuolelle.¹¹⁶

¹¹³ Saneerausmenettelyn preklusiouhasta ks. *Koskelo* s. 262–263.

¹¹⁴ Tämä ilmoitusvelvollisuus ilmenee ensinnäkin YSL 69.2 §:sta, jonka mukaan velallisen on liitettävä saneeraushakemukseensa muun ohessa selvitys velkoistaan, veloistaan ja velkojen vakuuksista. Jos hakemus on velkojan tekemä, tuomioistuimen on määrättävä velallinen antamaan vastaava selvitys määräpäivään mennessä (YSL 70.2 §).

¹¹⁵ Toisaalta preklusiota ei estä se, että velallinen tietää velasta. Preklusioon todellakin riittää, että selvittäjä ei tiedä velasta ennen ohjelman vahvistamista. Tähän kiinnitetään kriittistä huomiota jäljempänä jaksossa 7.2.4.2.

¹¹⁶ Preklusiosta säädettyä poikkeuksena voidaan haluttaessa pitää myös YSL 91 §:ää, jonka mukaan tietyissä tilanteissa saneerausmenettelyn aloittamisesta ei tarvitse toimittaa 80 §:ssä tarkoitettua kuulutusta. Jos tätä mahdollisuutta käytetään eli kuulutus jätetään toimittamatta, preklusio ei uhkaa niitä velkoja, joille ei anneta tiedoksi päätöstä menettelyn aloittamisesta ja joiden ei voida olettaa muutoinkaan saaneen tietoa menettelyn alkamisesta. Nämä tilanteet poikkeavat perinteisistä preklusiotilanteista siinä, että *julkinen kehoitus saatavien ilmoittamiseen puuttuu*. Saamisoikeuden lakkaamisen (muodollinen) oikeutus nojautuu preklusiojuridikkassa olennaisesti juuri julkiseen kuulutukseen (”haasteeseen”). Ilmoituskehotuksen julkistaminen legitimoit lakkaamisseuraamuksen myös sellaisten velkojen osalta, jotka eivät tosiasiallisesti

Laista ilmenee yksiselitteisesti, että preklusiosuojan *perusteella* on velkojalle huomattava merkitys. Jos suoja perustuu siihen, että selvittäjä on saanut tietää velasta ennen saneerausohjelman vahvistamista, velka jää koskemattomana voimaan. Jotta siihen voitaisiin kohdistaa saneerausohjelman mukainen velkajärjestely, vahvistettua ohjelmaa on muutettava.¹¹⁷ Jos taas kysymys on joukkovelkakirjaan tai muutoin yleiseen emissioon perustuvasta saatavasta, YSL 47.3 §:sta ilmenee suoraan, että saamisoikeus on voimassa, mutta järjesteltynä siten kuin saneerausohjelmassa asianomaisten saatavien osalta määrätään. Säännöksen mukaan nimittäin yleisessä liikkeessä olevaan saatavaan kohdistuvat ”velkajärjestelyt ovat voimassa kaikkien tällaisen velan velkojien hyväksi”. Sama koskee saatavia, jotka tuomioistuimien määrää saneerausohjelman alaisiksi YSL 47.4 §:n nojalla.¹¹⁸

Konkurssissa preklusiouhka on perinteisesti ollut ankara, selvästi ankarampi kuin juuri esitelty saneerauspreklusio. Ensinnäkin jo lähtökohta on päinvastainen: saatava otetaan konkurssissa huomioon vain velkojan ilmoituksesta. Näin siitä riippumatta, kuinka hyvin velallisen kirjanpito on hoidettu tai kuinka helposti saatavat olisivat muutoin selvitettävissä. Kirjallisen, melko tarkoin säännellyn konkurssivalvonnan laiminlyönti tai vähäinenkin myöhästyminen on ollut (periaatteessa) kohtalokasta. KS 29 §:n mukaan seurauksena on, että velkoja menettää oikeuden maksun saamiseen konkurssipesästä. Sillä, onko saatava tullut pesänhoitajan tietoon muutoin, ei ole merkitystä. Poikkeukset preklusiosta koskevat vain separatisti- ja kuittausvelkoja sekä takaisinsaannin johdosta palautuvaa saatavaa. Velkojakollektiivilla ja konkurssituomioistuimella ei ole saneerausmenettelyä vastaavaa mahdollisuutta poiketa preklusiosta.¹¹⁹

Preklusiosääntelyn erot muodostavat saneerauksen ja konkurssin välille melkoisen kuilun, joka vaikuttaa velkojien oikeusasemaan niin materiaalisesti

sa kuulutusta tietoonsa. Jos julkista kehotusta ei lainkaan toimiteta, kysymys on ainakin systemaattisesti muunlaisesta saatavan lakkaamisesta kuin perinteisestä preklusiosta. Lakkaaminen edellyttää tällöin, että velkojalle on annettu yksilöllisesti tiedoksi ilmoitus, jonka perusteella hänen oletetaan reagoivan saatavansa säilymiseksi (ilmoitus saneerausmenettelyn aloittamisesta) tai että velkoja on tosiasiallisesti saanut tietoonsa aiheen tällaiseen reagointiin (menettelyn alkaminen on muutoin tullut velkojan tietoon).

On selvää, että ilmoituskehotuksen julkisuus antaa velan lakkaamiselle joskus vain muodollisen legitimitetin; virallisen lehden seuraaminen kun rajoittuu lähinnä ammattivelkoihin. On mahdollista, että oikeusrekisterikeskuksen pitämä ns. kuulutusrekisteri, joka sisältää tietoja viereille pannuista julkisista haasteista, jossain määrin lisää julkisten haasteiden tosiasiallista julkisuutta. Kuulutusrekisteristä säädetään julkisesta haasteesta annetun lain 10 §:ssä, jossa on myös asetuksenantovaltuus. Ks. HE 187/2002 s. 82–83.

¹¹⁷ Preklusiolta välttyneen velan lisäämisestä saneerausohjelmaan ks. *Koulu* Toteuttaminen s. 71–76.

¹¹⁸ Lakitekstissä käytetään siis ilmaisua ”velkajärjestelyt ovat voimassa...velkojien hyväksi.” Tämä hieman ristiriitainen sanamuoto käy ymmärrettäväksi, jos sillä tarkoitetaan juuri suojaa preklusiota vastaan.

¹¹⁹ Perinteisen ankarasta konkurssivalvontainstituutiosta, preklusiosta konkurssissa ja vaihtoehtoisista järjestelmistä ks. *Koulu* JJ Erkki Havansi s. 137–154.

(ero kilpailevien saatavien määrässä) kuin prosessuaalisestikin (ero valvontavelvollisuudessa ja laiminlyönnin seurauksissa). Konkursсивertailussa olisikin houkuttelevaa väittää, että *saneerausmenettely suojaa preklusiolta tehokkaammin kuin konkurssi*. Tällöin velkoja pyrkii saattamaan todennäköiseksi, että konkurssissa velallisvarallisuus tulisi jaettavaksi pienemmälle velkojapiirille, koska osa sellaisista saatavista, jotka otetaan huomioon saneerauksessa, olisivat saattaneet prekludoitua konkurssissa. Pelkkä viittaus YSL:n preklusiosuojaan ei kuitenkaan voi vaikuttaa saneerausohjelman vahvistamiskelpoisuuteen. Yksilöidyllä ja perustellulla väitteellä voi sitä vastoin olla relevanssia, joka on otettava vertailussa huomioon.

Erityisen aiheen nyt tarkoitetulle väitteelle antaa saneerausohjelmaehdotukseen otettu määräys, jonka mukaan jotkin tai mitkään tuntemattomat velat eivät prekludoidu ohjelman vahvistamisella. Sama koskee tilannetta, jossa tuomioistuimien tulee antamaan (vaatimuksesta tai omasta aloitteestaan) YSL 47.4 §:n mukaisen poikkeusmääräyksen, tai jossa velallisella on suuri määrä yleiseen emissioon perustuvia velkasitoumuksia (YSL 47.3 §). Näissä tilanteissa vertailunormiin sisältyvän todennäköisyyskynnyksen ylittäminen ei liene poissuljettua. On toki selvää, että preklusionormistojen vertailu voi johtaa hyvin monimutkaiseen ja aikaa vievään prosessiin, jossa riitautetaan niin faktaväitteitä, todennäköisyyksiä kuin oikeudellisia argumenttejakin. De lege lata ei kuitenkaan näytä olevan mahdollista täysin sivuuttaa tällaisia väitteitä. Jos tilanteeseen halutaan muutos, YSL 53.1 §:n 5 kohdan väljää sanamuotoa tulisi rajoittaa.

Preklusioon nojautuva konkursсивertailu näyttää mutkistuvan entisestään uuden konkurssilain myötä. Perinteinen, ankara preklusiouhka lievenee niin, että valvonnan laiminlyönti ei johda preklusioon ex lege. Saadakseen oikeuden jako-osaan velkojan on kuitenkin maksettava konkurssipesälle KonkL 12:16:ssä säädetty maksu. Esitöiden mukaan tämä suojaa preklusiolta tehokkaasti, sillä valvontamaksu vähennetään viime kädessä ao. velkojalle tilitettävästä jako-osasta.¹²⁰ Todellinen preklusiouhka koskee siten enää tilanteita, joissa velkoja laiminlyö valvonnan kokonaan. Saneerausmenettelyn konkursсивertailussa voidaan tällä perusteella esittää väite, että uuden konkurssilainsäädäntömme mukaan preklusio uhkaa tosiasiallisesti vain jälkivalvontamaksulla vähennettyjä jako-osia. Tätä vastaan voidaan yksittäistapauksessa puolestaan väittää, että vertailua vaativan velkojan saatava on perusteeltaan ja määrältään niin selvä, että pesänhoitaja ottaisi sen huomioon ilman valvontaakin KonkL 12:8.1:n mukaisesti.¹²¹ Tämän pidemmälle ei skenaarioita ole syytä tässä yhteydessä rakennella, mutta jo lyhyt ekskursio osoittanee, millaiseen 'suohon' saneeraus- ja konkursisijuriidikan vertailu voi johtaa jo yhden keskeisen normiston kohdalla.

¹²⁰ HE 26/2003 s. 123.

¹²¹ Tästä uudesta mahdollisuudesta ks. HE 26/2003 s. 118–119.

c) *Takaisinsaantivertailusta*. Toinen mittavan spekulatiivisen mahdollistava aihe konkurssivertailussa on takaisinsaanti. Tunnettua on, että takaisinsaannin soveltamisala on saneerausmenettelyssä suppeampi kuin konkurssissa. Tämä johtuu osin normeista, osin saneerauskäytännöstä. Ensinnäkin asiavaltuus takaisinsaannin vaatimiseen on ensisijaisesti selvittäjällä, kun konkurssissa pesähoitajalla ja velkojalla on rinnakkainen legitimaatio.¹²² Saneerausmenettelyssä velkoja voi ajaa takaisinsaantivaatimusta vain, jos selvittäjä ei siihen ryhdy (YSL 35.3 § ja 37.1 §). Velkojan on myös ennen omaa kannettaan ilmoitettava asiasta selvittäjälle, joka näin voi ottaa asian harkintaansa ja esimerkiksi pyrkiä siihen, että vastaajatahon kanssa päästään tarkoituksenmukaiseen sovintoon. Vaikka asiasta ei ole nimenomaista säännöstä, selvittäjän tekemän sovinnon on sidottava saneerausvelkoja. Tätä voidaan perustella sillä, että selvittäjän on voitava käyttää ensisijaista asialegitimaatiotaan harkintansa mukaan, muun ohessa tekemällä sovinnon jo ennen kuin riita viedään tuomioistuimeen. Velkojalla on tämän mukaan asiavaltuus vain, jos selvittäjä jättäytyy *kokonaan passiiviseksi* valtuutensa suhteen, ts. ei käytä sitä mitenkään.¹²³ Selvittäjän ja vastaajan välinen sovinto estää siten velkojan kanteen tutkimisen.

Koska asiavaltuus on oikeudenkäynnin edellytyksenä ehdoton, tuomioistuimen on viran puolesta tutkittava, onko velkoja täyttänyt ilmoitusvelvollisuutensa selvittäjälle ja onko tämä ehkä sopinut asian tuomioistuimen ulkopuolella. Muun ohessa tätä varten tuomioistuimen on varattava selvittäjälle tilaisuus tulla kuulluksi velkojan vireille panemassa takaisinsaantijutussa.¹²⁴

¹²² Velkojan asialegitimaation edellytyksenä on, että hän on valvonut saatavansa (TakSL 23.1 §).

¹²³ Selvittäjän on tehtävä ratkaisunsa siten, että velkojalle jää riittävästi aikaa oman kanteensa valmisteluun sille säädettyssä määräajassa (kuusi kuukautta siitä, kun velkoja sai tiedon saneerausmenettelyn alkamisesta, YSL 37.3 §). Hyvään selvittäjätapaan kuuluneekin, että kun velkoja ilmoittaa selvittäjälle harkitsevansa takaisinsaantikannetta, selvittäjä puolestaan ilmoittaa kohtuullisessa ajassa, tuleeko hän käyttämään ensisijaista asiavaltuuttaan. Toisaalta velkoja voinee panna kanteen vireille, vaikka hän ei olekaan vielä saanut selvittäjältä tietoa siitä, miten tämä tulee reagoimaan. Selvittäjä nimittäin voinee vielä tuomioistuimessa kuultavana ollessaan ilmoittaa ottavansa kanteen ajaakseen. Vrt. *Koulu* Pääpiirteet s. 128, jossa katsotaan, että tässä vaiheessa selvittäjä ei enää voisi ryhtyä kantajaksi. Ehdotonta estettä tähän ei nähdäkseni kuitenkaan ole. Ratkaisevaa on, onko selvittäjällä vielä omaa kanneaikaa jäljellä ja miten hän on reagoinut velkojan ilmoitukseen. Selvittäjä ei ole menettänyt kantajavaltuuttaan niin kauan, kuin kanneaikaa on jäljellä eikä hän ole ilmoittanut velkojalle pidättyvänsä vaatimuksen ajamisesta, eikä myöskään passiivisuudellaan antanut aiheutta olettaa tätä.

¹²⁴ YSL 37.1 § mahdollistaa toki sellaisenkin tulkinnan, että selvittäjän olisi aina pantava takaisinsaantikanne vireille, vaikka hän haluaisi sopia asian vastaajan kanssa. Tätä voidaan perustella sillä, että muutoin selvittäjä ei ole lainkaan vaatinut takaisinsaantia (eli ei ole ”ryhtynyt” vaatimuksen ajamiseen). Tulkinta sopisi hyvinkin YSL 37.1 §:n sanamuotoon, mutta olisi räikeästi vastoin selvittäjän asialegitimaation priorisointia suhteessa saneerausvelkojaan. Säännöksen esitöissä todetaan nimenomaisesti, että velkojan kantajavaltuus on *toissijainen* selvittäjän oikeuteen nähdessä (HE 182/1992 s. 85, kurs. tässä). Itse asiassa jo *siviiliprosessuaalinen määräämisperiaate* (dispositiivinen periaate) sisältää sen, että asialegitimaation haltija päättää, ryhtyytäänkö asiassa oikeudenkäyntiin vai ei. Jos velkojalle olisi haluttu varata selvittäjän harkinnasta riippumaton kannevalta, velkojan legitimaatio olisi säädetty rinnakkaiseksi.

Myös takaisinsaannin materiaaliset edellytykset saattavat saneerausmenettelyssä poiketa niistä kriteereistä, joilla vastaava oikeustoimi olisi peräytettävissä konkurssissa. Saneerausmenettely tuo takaisinsaantiperusteiden tulkintaan tietyn *prospektiivisen dimension*. Esimerkiksi maksun huomattavuutta ja tavanomaisuutta voidaan saneerausmenettelyssä arvioida aivan toisista lähtökohdista kuin konkurssissa. Huomattavuusarviossa velallisen varallisuuteen voidaan mahdollisesti lisätä menettelynaikainen tulorahoitus; tavanomaisuusarviossa taas maksu on sijoitettava toimivan yrityksen muiden maksujen joukkoon jne. Yleisestikin voidaan todeta, että objektiivisten takaisinsaantiperusteiden ankarimmat tulkinnat eivät saneerauksessa välttämättä paina yhtä paljon kuin konkurssissa. Näin etenkin silloin, kun takaisinsaanti kohdistuisi velallisen tavanomaiseen liiketoimintaan kuuluvaan maksuun tai vakuuteen (esimerkiksi laskusaatavien rahoitussopimuksen mukaiseen saatavan siirtoon rahoitusyhtiölle). Saneerauskäytännössä ei myöskään yksinkertaisesti haluttane kärjistää ainaakaan velkojien välisiä takaisinsaantikiistoja.

Takaisinsaannin ”hiljainen” rooli yrityssaneerauksessa luo otollista perustaa väitteelle, että *saneerausmenettelyssä menetetään takaisinsaantimahdollisuuksia, jotka voisivat toteutua konkurssissa*. Samoin kuin preklusion yhteydessä, yleisellä tasolla tällainen väite ei kuitenkaan voine vaikuttaa ohjelmaehdotuksen vahvistamiskelpoisuuteen. Sen sijaan yksilöidympiä takaisinsaantiperusteita ei konkurssivertailussa voida sivuuttaa. On myös huomattava, että takaisinsaantiperusteiden olemassaoloa ei vertailumenettelyssä tarvinne todistaa samalla tavoin kuin varsinaisessa takaisinsaantiprosessissa. Väite voi johtaa ohjelman vahvistamatta jättämiseen jo silloin, kun velkoja saattaa todennäköiseksi, että hänelle ohjelman mukaan tuleva suoritus jää takaisinsaantimahdollisuuden menettämisen seurauksena arvoltaan pienemmäksi kuin konkurssissa. Toisaalta on selvää, että faktojen ja oikeudellisen tulkintatilanteen on oltava objektiivisesti arvioiden vähintään sitä tasoa, että huolellinen pesänhoitaja nostaisi konkurssissa takaisinsaantikanteen.

Vaikka takaisinsaantiperusteiden täyttyminen olisi kiistatontakin, tämä ei vielä välttämättä riitä ohjelmaehdotuksen hylkäämiseen. Konkurssivertailu nimittäin ratkeaa *paremman suorituksen* todennäköisyyden perusteella. Selvästikin takaisinsaantiperusteesta huolimatta voi paremman suorituksen todennäköisyys jäädä alhaiseksi, jos aiottu takaisinsaantivastaaja ei kykenisi täyttämään palautus- tai korvausvastuutaan. Ongelmaksi muodostuu näin ollen, millaista selvitystä vastaajan suorituskyvystä tulee edellyttää, jotta konkurssivertailu voisi johtaa ohjelmaehdotuksen hylkäämiseen. Konkurssivertailun yhteydessä ei useinkaan liene kovin laajoja mahdollisuuksia tutkia vastaajan maksukykyä. Mutta ainakin silloin, kun palautus- tai korvausvastuun täyttyminen on selvästi epätodennäköistä, takaisinsaantiperusteiden kiistatontaan täyttyminen ei voi sellaisenaan johtaa saneerausohjelman vahvistamatta jättämiseen. Näin etenkin, jos kyseeseen tulevan takaisinsaantivastaajan tiedetään olevan konkurssissa.

Yllä tarkastellut preklusio ja takaisinsaanti ovat vain esimerkkejä siitä, millaisiin juridiikan sisältöä koskeviin spekulatioihin laaja-alainen konkurssivertailu tarjoaa mahdollisuuden de lege lata. YSL 53.1 §:n 5 kohta ei nykymuodossaan takaa vertailun pysymistä ydinkysymyksissä, realisaatio- ja jako-osuuskeseisessä. Nykymuotoinen konkurssivertailu voidaan melko helposti eskaloida koskemaan periaatteessa mitä tahansa väitettä, jolla saattaa olla merkitystä fiktiivisessä konkurssissa. Vertailun rajaaminen rationaalisen tulkinnan keinoin on erittäin vaikeaa niin kauan, kuin velkojalla lain mukaan on oikeus konstruoida vertailukohteeksi täysimittainen konkurssi, johon voidaan kuvitella takaisinsaantiprosesseja, kilpailevien saatavien lakkaamisia preklusiolla ym. Nykymuotoisen konkurssivertailun järkevyyttä olisi syytä pohtia de lege ferenda pitäen tavoitteena, että vertailu rajataan riittävän tiukasti realisaatio- ja jako-osuuskysymyksiin.

6.4.3 Saneerauksen aikana syntyvät velat konkurssivertailussa

Konkurssivertailun keskeisiin ongelmiin kuuluu myös saneerausvelallisen velkaantuminen menettelyn aikana. Kysymystä tarkasteltiin edellä vertailukonkurssin toteutumiskelpoisuuden yhteydessä. Nyt kysytään, miten uudet velat vaikuttavat vertailun *lopputulokseen*.

Saneerausvelallisen velkaantuminen voidaan problematiikkana ja sääntelykohteena jakaa luontevasti kahtia, tavanomaisesta liiketoiminnasta aiheutuviin velkasuhteisiin ja varsinaiseen uuteen rahoitukseen. Kun rehabilitaatiolainsäädännön tavoitteena on liiketoiminnan häiriötön jatkuminen, velkasuhteita aiheuttavat tavanomaiset toiminnot pysyvät lähtökohtaisesti käynnissä menettelyn aikana. Juuri liiketoiminnan jatkuminen aiheuttaa sen, että saneerausmenettelyn aikana yritys miltei väistämättä velkaantuu lisää. Koska menettelyllä tavoitellaan lisäksi tulevaisuuden toimintaedellytysten parantamista, myös yrityksen tarvitsemaa pidemmän aikavälin rahoitusta pyritään edistämään erityissääntelyllä.¹²⁵

¹²⁵ Problematiikan kahtiajako ilmenee hyvin YSL:n yleisperusteluista, ks. HE 182/1992 s. 31. – Yrityksen velkaantuminen on tässä tutkimuksessa yläkäsite, joka kattaa sekä ostovelkatyyppiset sitoumukset (luottokaupan, sale credit, trade credit) että varsinaisen rahoituksen (velkaantumisen raha- ja pääomamarkkinoilla, loan credit). Velkaantumisen muodoista insolvenssimenettelyssä ks. (Englannin oikeuteen perustuen, mutta pitkälti yleistettävästi) *Finch* s. 59–119. Insolvenssimenettelyssä ei yleensä ole merkitystä sillä, sijoittuuko luottoinstrumentti rahoitusteoreettisesti raha- vai pääomamarkkinoille (lyhyt- vai pitkäaikaiseen rahoitukseen). Tämä jakohan tehdään rahoituksen teoriassa sillä perusteella, onko luottoaika alle vuoden vai tätä pidempi; ks. *Leppiniemi – Puttonen* s. 25–32. Esimerkiksi pian tarkasteltava YSL 32.2 §:n mukainen etuoikeus koskee kaikkia saneerausmenettelyn aikana syntyviä velkasuhteita, niiden pituudesta riippumatta. Laki ei nimenomaisesti estä myöskään sitä, että lyhytaikaiselle luotolle perustetaan (niin ikään jäljempänä käsiteltävä) YSL 34 §:n mukainen etuoikeus, vaikka sen tarkoituksena

Saneerausyrityksen rahoituksen edistäminen on problematiikkana selvästi oikeudellisempi kuin yrityksen rahoitus yleensä. Kysynnän ja tarjonnan mekanismit eivät toimi normaalisti; rahoittajien näkökulmasta yritys, joka joutuu hakemaan suojaa velkojiltaan, ei ole sijoituskohteena kovinkaan houkutteleva.¹²⁶ Tämän johdosta rahoituksen tarjontaa on edistettävä erityissääntelyin. Toisaalta myös lainsäätäjän keinot ovat rajalliset; varsinaisten kannustimien sijasta yleisin lainsäädännöllinen keino saneerausyrityksen rahoituksen edistämiseen onkin – hieman paradoksaalisesti – konkurssiin varautuminen. Näin myös YSL:n järjestelmässä, jossa velallisen rahoitusta pyritään edistämään *etuoikeusnormistolla*.¹²⁷ Kaikilla menettelyn aikana syntyvillä saatavilla on myöhemmässä konkurssissa erityisasema ipso jure. Edellytyksenä on, että konkurssi alkaa ennen saneerausohjelman päättymistä tai kolmen kuukauden kuluessa siitä, kun saneerausmenettely lakkasi muutoin kuin ohjelman vahvistamiseen (YSL 32.2 §).¹²⁸ Uusien velkojen erityisasema tarkoitti alun perin, että

onkin toimia pidemmän aikavälin rahoituksen turvaajana. Velkaantumismuotojen tarkastelussa ei yleensä kiinnitetä huomiota myöskään siihen, että usein merkittävä osa yrityksen veloista perustuu korvaus- tai hyvitystyyppiseen vastuuseen (esim. Finch sivuuttaa korvausvastuun kokonaan). On kuitenkin huomattava, että ainakin YSL 32.2 § koskee myös korvaus- ja hyvitysvelkoja.

¹²⁶ Ks. Warren – Westbrook s. 571. Vuosituhannen vaihteen saneerausaalto on ainakin Yhdysvalloissa merkinnyt tiettyä muutosta tässä suhteessa. Saneerauksen rahoitus (DIP financing) on alettu nähdä mahdollisuutena kannattavaan liiketoimintaan. Rahoituksen tarjonta ja volyymi ovatkin nousseet saneeraustapausten lukumäärän myötä. Kun ala on perinteisesti ollut siihen erikoistuneiden rahoitusyhtiöiden pelikenttä, 1900-luvun viimeisinä vuosikymmeninä myös suuret pankit pyrkivät saamaan osansa tarjolla olevista mahdollisuuksista. Ks. FT 18.12.2002: *Lenders see profit in bankruptcy*. – Kehitys on jälleen osoitus siitä, kuinka suuri ero amerikkalaisen ja eurooppalaisen insolvenssijäattelun välillä on. Hieman kärjistäen voidaan todeta, että eurooppalaiset rahoittajat pitävät yrityksen insolvenssimenettelyä epäonnistumisen huipentumana, joka laukaisee yrityksen menneisyyttä koskevan selvittelyprosessin. Yhdysvaltalaiset pankit ja muut rahoitusinstitutiot näkevät saman tilanteen uutena alkuna, mahdollisuutena kannattavaan liiketoimintaan *tulevaisuudessa*. Voidaan sanoa, että fresh start -ideologia ulottuu USA:ssa tätä kautta myös velkojiin.

¹²⁷ YSL ei kuitenkaan sellaisenaan estä käyttämästä myös muita keinoja, kuten kovenantteja. Saneerausrahoituksessa kovenanttien mahdollisuudet ovat nähdäkseni jopa tavanomaista laajemmat, koska kovenantti voidaan sitoa tunnuslukujen, yrityksen identiteetin ja disponointikieltojen lisäksi *saneerausohjelman toteuttamiseen*. Tällaisesta erityisehdosta voidaan käyttää vaikkapa nimitystä saneerauskoventti. Ehto ei lähtökohtaisesti voine rikkoa YSL 59 §:ssä säädettyä liittännäissitoutumusten kieltoa, koska se ei velvoita velallista saneerausvelkaan perustuvaan tai siihen liittyvään suoritukseen. Rajatapauksissa ehto on kuitenkin syytä liittää jollain tavoin saneerausohjelmaehdotukseen, koska näin saneerausvelkojat pääsevät ottamaan siihen kantaa, ensin alkukäsittelylausumissa ja lopulta äänestyksessä. Ehdon ottaminen saneerausohjelmaan on erityisen perusteltua silloin, kun uuden luoton myöntäjä on samalla myös saneerausvelkoja.

¹²⁸ Toisin kuin Ruotsissa ja Tanskassa, etuoikeus ei edellytä, että saatavan syntyperusteella (causalla) on selvittäjän suostumus. Meillä vaaditaan ainoastaan, että saatavan peruste on syntynyt saneerausmenettelyn alkamisen ja päättymisen välisenä aikana. Väliaikaiskieltojen aikana syntyneet saatavat jäävät siten vaille etuoikeutta, vaikka pitkälti samat oikeuspoliittiset perusteet saattaisivat puoltaa etuoikeutta myös niille. Etuoikeuden ulottaminen väliaikaiskieltojen aikana syntyneisiin saataviin edellyttäisi nimenomaista säännöstä kirjoitetussa laissa; tulkintateitse ei etuoikeutta voida myöntää.

ne olivat ”samassa asemassa kuin massavelat”. Vuonna 1998 lakia kuitenkin muutettiin niin, että näillä veloilla on konkurssissa ”vain” korkea etuoikeus. Nykyään ne ”maksetaan konkurssissa velkojen maksunsaantijärjestyksestä annetun lain (1578/1992) 3 §:ssä tarkoitettujen saatavien jälkeen parhaalla etuoikeudella” (YSL 32.2 § L:ssa 794/1998, joka tuli voimaan 1.1.1999).¹²⁹ Muutoksen varsinaisena tavoitteena ei ollut heikentää näiden velkojen asemaa konkurssissa, vaan lähinnä poistaa massavelkojen ja valvottavien velkojen välisiä epäselvyyksiä. Samalla kuitenkin säädettiin, että selvittäjän palkkiolla ja kulukorvauksella on etusija ennen saneerausmenettelyn aikana syntyneitä velkoja.¹³⁰

Toiseksi saneerausmenettelyssä voidaan määrätä uudelle luotolle sama tai parempi etuoikeus velallisen omaisuuteen, joka jo on saneerausvelan vakuutena (YSL 34 §). Tämä yhdysvaltalaisista alkuperää oleva normisto kulkee sikäläisessä kirjallisuudessa otsikolla ”super priority”, joka voidaan suomentaa vaikkapa *ylietuoikeudeksi* (jos termiä ”superetuoikeus” ei haluta käyttää, kuten tässä tutkimuksessa ei haluta).¹³¹ Etuoikeuden määrää tuomioistuin selvittäjän hakemuksesta. Edellytyksenä on, että määräys on välttämätön menettelyn aikana tarvittavan rahoituksen saamiseksi, eikä se lisää merkittävästi niiden velkojen riskiä, joiden etuoikeusasema heikentyy. Uusien velkojen suosimismormisto sisältää siten kaksi elementtiä: 1) suoraan lakiin perustuvan yleisen etuoikeuden ja 2) yksilöityyn omaisuuteen kohdistuvan erityisen (yli)etuoikeuden.

Uusien velkojen suosiminen vaikuttaa välittömästi kaikkien velkojen asemaan myöhemmässä konkurssissa. Tässä vertailukonkurssin ja todellisen konkurssin välinen ero on konkreettisimmillaan. Kuten edellä on todettu, YSL 32.2 §:n mukainen etuoikeus jätetään vertailukonkurssin konstruoinnissa huomiotta.¹³²

¹²⁹ Siirtymäsäännöksen mukaan säännöstä ei sovelleta, jos päätös saneerausmenettelyn aloittamisesta on tehty ennen lain voimaan tuloa. Näin ollen vielä tätä kirjoitettaessakin on mahdollista, että konkurssissa maksetaan saneerausmenettelyn aikana syntyneitä velkoja massavelkojen rinnalla.

¹³⁰ Ks. HE 68/1998 s. 4, jossa myös katsotaan, että uusien velkojen asema etuoikeusjärjestyksessä ei ehdotetun lain johdosta ”tosiasiallisesti” muuttuisi, koska ne maksettaisiin edelleen ennen muita valvottavia saatavia. Nähdäkseni tosiasiallisen muutoksen jyrkkyydestä voidaan kuitenkin olla perustellusti toistakin mieltä. Massavelkastatuksen poistaminen ei merkinnyt ainoastaan valvontavelvollisuutta, vaan myös ja ennen kaikkea, että kaikki massavelat maksetaan ennen saneerausmenettelyn aikana syntyneitä velkoja. Tämä merkitsee usein pitkälti samaa kuin saamisioikeuden muuttuminen juuri *tosiasiallisesti* arvottomaksi.

¹³¹ Ylietuoikeus on ennen kaikkea rahoitusjärjestely, joka nähdään usein lainsäätäjän tarjoamaksi viimeiseksi keinoksi edistää saneerausyrityksen rahoitusta. Sitä ei tunneta kaikissa moderneissaakaan insolvenssijärjestelmissä. Esimerkiksi Englannin oikeus ei sisällä ylietuoikeusnormistoa, vaikka sitä ehdotettiin 1990-luvun alussa; ks. *Finch* s. 207. BC:n super priority -normistosta (364 §) *Warren – Bussell* s. 613–614 ja *Tuula* s. 129–138.

¹³² Tämä antaisi jo sellaisenaan aiheen laajoillekin johtopäätöksille konkurssivertailun perusteista. On houkuttelevaa ajatella, että lainsäätäjä ottaa säännöksellä kantaa vertailukonkurssin alkuhetkeen. Kun laissa nimenomaisesti säädetään, että uusien velkojen erityisasemaa ei oteta vertailussa huomioon, voidaan väittää, että vertailukonkurssina ei pidetä ainakaan alkuperäiseksi

Kuten esitöissä täsmennetään, tämä tarkoittaa todella vain etuoikeuden sivuuttamista. Uudetkin velat otetaan vertailulaskelmaan mukaan, mutta jako-osuudet lasketaan siten kuin nämä olisivat tavallisia etuoikeudettomia velkoja.¹³³ Sen sijaan perusteluissa ei valaista keskeisintä kysymystä: *miksi etuoikeus jätetään konkurssivertailun ulkopuolelle?* Miksi vertailukonkurssi on konstroitu näin olennaisesti erilaiseksi kuin todellinen konkurssi? Todennäköisin peruste näyttää piilevän siinä lukkiutuneessa ajattelutavassa, että vertailukonkurssin alkuhetkelle olisi annettava konkurssivertailussa ratkaiseva asema. Etuoikeuden sivuuttaminen johtunee nimenomaan siitä, että konkurssivertailu tulisi suorittaa olettamalla velallisen joutuneen jo *alun perin konkurssiin* saneerausmenettelyn sijasta.¹³⁴ Jos saatetaan todennäköiseksi, että velkojat olisivat näin saaneet paremman suorituksen, velallisen ilmeisesti katsotaan syyllistyneen niin kohtalokkaaseen virheeseen, ettei saneerausohjelmaa saa vahvistaa. Ohjelman hylkääminen on *rangaistus* siitä, että velallinen ei aikanaan hakeutunut konkurssiin, vaan 'kokeili' saneerausmenettelyä.

Mutta mitä hyötyä tällaisesta sanktiosta *enää* on – kenellekään? Se konkurssi, jonka perusteella saneerausohjelmaa vaaditaan hylättäväksi, ei koskaan voi toteutua. Haluavatko velkojat todella hylätä toteutumiskelpoisen saneerausohjelman siksi, että menneisyydessä olisi ehkä voitu menetellä toisin? Tätä on, ainakin yleisellä tasolla, vaikea uskoa. Pikemminkin on täydellistä ajanhukkaa selvitellä, olisiko tilanne jollakin todennäköisyydellä saattanut muodostua velkojen kannalta paremmaksi, jos historiallinen tapahtumainkulku olisi ollut toinen. Velkojen todellisten intressien kannalta on tässä vaiheessa yhdentekevää, millaisiksi jako-osuudet muodostuisivat siinä tapauksessa, että konkurssissa ei sovellettaisi uusien velkojen etuoikeutta. Jos konkurssi alkaa, etuoikeutta sovelletaan, eikä tälle voida enää mitään.

Juuri todettu osoittaa, mistä rationaaliset velkojat luultavasti ovat kiinnostuneita ja siten samalla, mistä konkurssivertailussa tulisi keskustella. Velkojilla on vahva intressi vaatia selvitettäväksi, tuottaako saneerausohjelma mahdollisesti huomomman tuloksen kuin konkurssi, jossa *sovelletaan* uusien velkojen etuoikeutta. Ja juuri tämän vertailukohteen käyttämiseen velkojilla tulisi olla

konkurssiksi edellä kutsuttua vaihtoehtoa. Säännöshän rakentuu oletukselle, että konkurssia edeltää saneerausmenettely uusine velkoineen. Lisäksi säännös sisältää sen, että konkurssi alkaa joko ennen saneerausohjelman päättymistä tai, ohjelman jäädessä vahvistamatta, viimeistään kolmen kuukauden kuluttua menettelyn lakkaamisesta. Tällainen päättely on johdonmukaisuudesta huolimatta tarpeeton. Ainakaan siitä ei pidä tehdä voimassa olevan oikeuden sisältöä koskevia päätelmiä. Tämä johtuu ensinnäkin siitä, että näin pitkälle ulottuvaa päättelyketjua ei varmasti ole pidetty – eikä ole tarvinnutkaan pitää – silmällä saneauslain valmistelussa. Toiseksi edellä tässä tutkimuksessa on päädytty siihen, että realisaatiovertailussa ei muutoinkaan ole välttämätöntä osoittaa konkurssille tiettyä oletettua alkuhetkeä.

¹³³ HE 182/1992 s. 95.

¹³⁴ Ks. Niemi-Kiesiläinen s. 374.

oikeus, samoin kuin siihen, että ohjelman vahvistamiskausu perustettaisiin nimenomaan tähän vertailuun. YSL 53.1 §:n 5 kohta on nyky muodossaan repressiivinen ja sopisi sellaisena paremmin rikosoikeudellisen vastuun edellytkeksi kuin saneerausohjelman hylkäysperusteeksi.¹³⁵

Yllä esitetyillä argumenteilla pyrin sanomaan, että *konkurssivertailun perusajatus olisi käännettävä päinvastaiseksi* – repressiivisestä prospektiiviseksi. Menetetyillä mahdollisuuksilla spekuloinnisen sijasta konkurssivertailussa olisi katsottava *tulevaisuuteen*. Kuten edellä on argumentoitu, vertailussa tulisi selvittää, tuottaisiko konkurssirealisaatio vertailuhetkellä vallitsevien realisointiedellytysten valossa todennäköisesti paremman suorituksen kuin saneerausohjelman toteuttaminen. Rationaalisia velkojia kiinnostava vastaus edellyttäisi välttämättä, että uusien velkojen etuoikeus otettaisiin vertailussa huomioon. Etuoikeuden sivuuttamisesta seuraa, että ero vertailtavien ja toteutumiskelpoisten jako-osien välillä voi yksittäistapauksessa olla huomattava. Näin ollen myös ratkaisu saneerausohjelman vahvistamisesta tai vahvistamatta jättämisestä joudutaan tekemään sellaisen vertailukonkurssin perusteella, jolla ei ole mitään tekemistä todellisten vaihtoehtojen kanssa. Tällaiseen vertailutulokseen ei todellakaan pitäisi liittää niin merkittävää oikeusseurausta kuin saneerausohjelmaehdotuksen hylkääminen. Mitään muutakaan mahdollisuutta ei voimassa oleva oikeus kuitenkaan tarjoa. Tästä syystä on perusteltua ehdottaa, että nykytilan muuttamista harkittaisiin vakavasti.

Kuten todettu, uusien velkojen suosimismormisto jakautuu kahtia. Vain ex lege syntyvä yleinen etuoikeus on YSL 53.1 §:n 5 kohdassa¹³⁶ jätetty konkurssivertailun ulkopuolelle. Vertailusäännöksessä ei mainita mitään uudelle

¹³⁵ Repressioajattelu tosin sopii meikäläiseen insolvenssiperinteeseen, jossa prospektiolla ei muutoinkaan ole samaa sijaan kuin Yhdysvalloissa. Ajattelutapojen ero näkyy myös konkurssivertailussa; ks. *LoPucki*, *Strategies for creditors* s. 511–512, joka nimenomaisesti korostaa, että saneerausmenettelyn aikana syntyneiden velkojen etuoikeus on otettava likvidaatiovertailussa huomioon. – On ehkä ajateltavissa, että meillä YSL 32.2 §:n rationa olisi kannustaa velallinen hakeutumaan alun perin oikeaan menettelyyn. 'Saneerausseikkailut' näyttäivät vähemmän houkuttelevilta, kun velallinen tietää, että ohjelmaehdotukseen suunnattava konkurssivertailu tulee olemaan repressiivinen. Käytännössä tämä seikka tuskin kuitenkaan ohjaa kovin merkittävällä tavalla saneeraushakemusta harkitsevien yritysten valintoja; todennäköisempää on, että asiasta ei edes tiedetä mitään. Argumentti ei ota huomioon myöskään sitä, että kaikki epäonnistuneet saneeraukset eivät ole alusta saakka toivottomia. Ehkä kaikkein tärkeintä on kuitenkin huomata, että toteutumiskelpoista saneerausohjelmaa ei tulisi kaataa vain siksi, että menneisyydessä olisi jollakin todennäköisyydellä ehkä voitu menetellä toisin. Vaihtoehtonahan on konkurssi, jossa suuri (usein suurin) osa pesään kuuluvista varoista kuluu ensin massavelkojen ja niiden jälkeen YSL 32.2 §:n suojaamien saatavien hyväksi. Näin ohjelman hylkäämisestä aiheutuu velkojakollektiiville vielä suurempi kokonaistappio kuin saneerausohjelman toteuttamisesta tai alkuperäisestä konkurssista (joka ei edes voi toteutua). Menneisyyttä koskevilla todennäköisyyksillä ja yleensäkin repressiivisellä ajattelutavalla on toki relevanssia silloin – mutta vain silloin – kun velallista on syytä epäillä jonkin rikostunnusmerkistön täyttävästä menettelystä.

¹³⁶ Etuoikeutta ei oteta huomioon myöskään saneerausohjelmaehdotukseen sisältyvässä jako-osuusarviossa (YSL 42.2 §).

luotolle ehkä perustettavasta erityisestä etuoikeudesta (YSL 34 §). Koska myös tämä etuoikeus on osa uusien velkojen suosimismuutosta, on ratkaistava, sovelletaanko siihen vastaavaa periaatetta kuin yleiseen etuoikeuteen. Normistojen yhteinen tarkoitus – saneerausintressin edistäminen uusien velkojen suosimisella – puoltaisi samanlaista kohtelua. Lisäksi on huomattava, että erityinen etuoikeus tuo ”vain” lisäsuojaa. Kaikki uudet saatavat ovat joka tapauksessa YSL 32.2 §:n mukaisen yleisen etuoikeuden turvaamia. Näillä perusteilla on kiistatonta, että siltä osin kuin uuden luoton määrä ylittää vakuuden arvon, ylimenevää osaa käsitellään samoin kuin muitakin uusia velkoja (otetaan mukaan vertailulaskelmaan, mutta etuoikeus sivuutetaan). Ongelma koskee siten vain vakuuden kattamaa osaa uudesta luotosta. Onko sitä käsiteltävä konkurssivertailussa vakuusvelkana tuomioistuimen määräämine etuoikeuksineen, vai pidetäänkö sitä tavallisena uutena velkana?

YSL 32.2 §:iin juuri suunnattu kritiikki ratkaisee kysymyksen. Erityinen ylietuokeus on ilman muuta otettava huomioon vertailulaskelmassa. Kuten todettu, tähän ei ole estettä de lege lata, koska YSL 32.2 §:ssa säädetään ainoastaan uusien velkojen yleisen etuoikeuden sivuuttamisesta.

Juuri omaksuttu tulkinta pätee nähdäkseni myös silloin, kun YSL 34 §:n mukainen etuoikeus on määrätty kohdistuvaksi yritysikiinnityksen alaiseen omaisuuteen. Etuoikeus täytyy siis ottaa konkurssivertailussa huomioon vakuustyyppin ominaispiirteistä huolimatta. Yritysikiinnityshän ei kohdistu puhtaasti esinevakuuden tavoin yksilöityyn omaisuuteen, eikä kyseinen velkoja ole konkurssissa separatisti. Myös yritysikiinnitys kuitenkin siirtää saatavan pois etuoikeudettomien velkojen joukosta, eikä sitä ole perusteltu käsitellä tältä osin tavallisena velkana.¹³⁷

Prosessuaalisesti olisi ihanteellista, että erityistä etuoikeutta koskeva hakemus olisi ohjelman vahvistamisvaiheessa jo ratkaistu lainvoimaisesti. Jos näin ei kuitenkaan ole, vertailulaskelmia täytyy tehdä useampia, sekä hakemuksen hyväksymisen että hylkäämisen varalta. Ohjelmaan voidaan ottaa myös YSL 55.3 §:n mukainen ehto, jonka mukaan ohjelma voidaan vahvistaa vasta, kun etuoikeutta koskeva hakemus on lainvoimaisesti ratkaistu.

6.5 PAKKOTÄYTÄNTÖFUNKTIO I: TODELLISEN KONKURSSIN UHKA SANEERAUSMENETTELYN AIKANA

6.5.1 Lähtökohtia todellisen konkurssin tarkasteluun

Tämän luvun alussa on käsitelty likvidaatiokonkurssin asemaa modernissa insolvenssioikeudessa. Tuolloin todettiin, että konkurssilla on nykyjärjestel-

¹³⁷ Kuten tunnettua, yritysikiinnityksellä turvautuneen saatavan asema insolvenssimenettelyssä on yleisestikin ongelmallinen. Miltä osin sitä pitäisi kohdella kuten tavallista velkaa, miltä osin taas vakuusvelkana? Ongelmaa kärjisti etuoikeuden rajoittaminen puoleen kiinnitetyn omaisuuden arvosta, mikä oli toki materiaalisena ratkaisuna ilman muuta suositeltava. Yritysikiinnityskiinnitys ansaitsisi oman insolvenssilainopillisen tutkimuksensa, jossa sen asemaa systematisoitaisiin sekä materiaalisesti että prosessuaalisesti.

mässä sekä vertailufunktio että pakkotäytäntöfunktio, joista edellistä on juuri tarkasteltu. Konkurssin pakkotäytäntötehtävä toteutuu, kun saneerausvelallinen asetetaan konkurssiin. Kuviteltu konkurssi vaihtuu todelliseksi. On syytä korostaa vielä tässä yhteydessä, että todellisen konkurssin ei edellytetä toteuttavan yhtäkään niistä vaihtoehtoisista konstruktioista, joita mahdollisessa konkurssi-vertailussa on esitetty. Todellinen konkurssi kulkee omaa tietään; siihen kohdistuneita *odotuksia* ei suojata, olivatpa nuo odotukset, oletukset tai eriaisteiset todennäköisyydet aikanaan olleet kuinka perusteltuja tahansa.

Konkurssin pakkotäytäntöfunktioita voidaan jäsentää samoin kuin edellä vertailufunktiota, ts. sillä perusteella, missä vaiheessa saneerausmenettelyä konkurssi toteutuu. Konkurssin uhka nimittäin muuttuu saneerausmenettelyn edetessä. Lainsäätäjän kulloinkin salliman konkurssiuhan voidaan katsoa yleisemminkin ilmentävän täytäntöönpanointressin painoarvoa kollektiivisessa insolvenssioikeudessa. Käänteisesti lainsäätäjän valinnat ilmentävät sitä, kuinka pitkälle oikeusjärjestys tukee saneerausintressin toteutumista.

Saneerauksen epäonnistuminen vie yrityksen käytännössä miltei väistämättä konkurssiin. Tällöinkään ei meillä silti ole voimassa ns. pakollista konkurssia eli konkurssia, johon velallisen olisi hakeuduttava oma-aloitteisesti, tai jonka joku muu laissa säädetty taho olisi velvollinen käynnistämään. Tällainen toimintavelvollisuus olisi mahdollista asettaa ainakin selvittäjälle, saneeraustuomioistuimelle, velkojatoimikunnalle tai konkurssivalvontaviranomaiselle (meillä konkurssiasiamiehelle). Luontevia edellytyksiä pakolliselle konkurssille taas olisivat ainakin saneeraushakemuksen hylkääminen, menettelyn keskeytyminen, saneerausohjelman vahvistamatta jättäminen ja ohjelman laiminlyönti. Mikään näistä tapahtumista ei siis kuitenkaan vie yritystä sellaisenaan konkurssiin. Konkurssi alkaa aina erityisestä vaatimuksesta eli konkurssihakemuksesta. Hakijan on myös osoitettava laissa erikseen säädetty konkurssin edellytys.

Kansainvälisen valuuttarahaston suositus tehokkaan maksukyvyttömyysjärjestelmän olennaisista elementeistä sisältää kannanottoja muun ohessa saneerausmenettelyn muuntamisesta likvidaatiokonkurssiksi. Suosituksen mukaan *selvittäjälle* tulisi antaa konversioprosessissa keskeinen rooli. Tämä johtuu siitä, että vain selvittäjällä on yritysjohton ohella riittävä informaatio yrityksen taloudellisen tilanteen – saneerauskelvottomuuden – havaitsemiseksi riittävän aikaisessa vaiheessa. Tästä syystä laissa pitäisi myöntää selvittäjälle kompetenssi ”suositella” (recommend) saneeraustuomioistuimelle, että menettely muunnetaan konkurssiksi.¹³⁸ Kysymystä ei kuitenkaan pidetä yksin selvittäjän huolena. Toimivalta olisi myönnettävä myös velkojille, joiden päätösvalan käyttäminen voitaisiin delegoida velkojatoimikunnalle. Velkojille suositellaan oikeutta konversion *vaatimiseen* (request). Suosituk-

¹³⁸ IMF s. 59.

sen perusteella jää avoimeksi, tarkoitetaanko selvittäjän suosituksella ja velkojen vaatimuksella erilaista reaktiota, erityisesti, jättäisikö velkojen vaatimus tuomioistuimelle suppeamman harkintavallan.¹³⁹

Suositukseseen sisältyy myös mahdollisuus, että tuomioistuimelle säädettäisiin valta päättää konversiosta omasta aloitteestaan (on its own motion). Ainakin suomalaiseseen järjestelmään tällaista mahdollisuutta on hyvin vaikea sijoittaa. Saneeraus on meillä alun perinkin ollut enemmän selvittäjä- kuin tuomioistuinkeskeinen.¹⁴⁰ Tuomioistuimella ei juuri voi olla parempia edellytyksiä konversiosta päättämiseen kuin selvittäjällä ja asianosaisilla. On kyseenalaista jopa, voiko tuomioistuin kiinnittää selvittäjän huomiota seikkoihin, jotka yksittäistapauksessa näyttävät puoltavan konkurssiin siirtymistä. Tilanne, jossa tällaiset seikat tulisivat tuomioistuimen havaittaviksi ennen kuin ne ovat olleet selvittäjän tiedossa, lieenee kuitenkin lähinnä periaatteellinen. IMF:n suosituksessa todetaankin, että tuomioistuimen oma-aloitteinen muuntamiskompetenssi saattaisi olla ongelmallinen. Sitä olisi syytä ainakin täydentää velkojen kompetenssilla siten, että nämä voisivat enemmistöpäätöksellään syrjäyttää tuomioistuimen jopa koko muuntamisprosessista. Edelleen pidetään mahdollisena säätää, että muuntamiskysymys otetaan käsiteltäväksi jokaisessa saneerausmenettelyssä viimeistään tietyn määräajan kulluttua.¹⁴¹ Kuten suositus kauttaaltaan, muuntamismuutoksia koskevat kannanotot ovat varsin väljiä. Ne antavat todellakin vain pääpiirteisen näkemyksen tehokkaan muuntamissäännösten sisällöstä ja oikeastaan, kuten kansainväliset suositukset usein, tarjoavat jokaiselle jotakin.

¹³⁹ Avoimeksi jää myös, tarkoitetaanko velkojatoimikunnan vaatimuksella suoraa konkurssihaikemusta tuomioistuimelle vaiko selvittäjälle kohdistettua vaatimusta, jotta tämä ryhtyisi asiassa toimenpiteisiin. Tämänkaltaiset seikat on haluttu jättää tarkoituksella avoimiksi, jottei kansallisten järjestelmien rakenteita pakotettaisi tarpeettomasti yhteen ainoaan muottiin. Suosituksessa (IMF s. 60) todetaankin nimenomaisesti, että "The effective implementation of the above safeguard will ultimately depend on the quality of the judiciary...".

¹⁴⁰ *Koulu* (ks. Aloittaminen s. 29) käsittelee saneerausjärjestelmiä asteikolla tuomioistuinkeskeinen/velkojakeskeinen; hän toteaa vain maininnanomaisesti, että "vaihtoehtoksi on nousemassa vahvalle ja itsenäiselle selvittäjälle rakentuva järjestelmä". Koulun (Aloittaminen s. 46) mukaan YSL:n mukaista menettelyä on vaikea sijoittaa saneerausjärjestelmien tyypittelyyn. Omasta puolestani katsoisin, että meikäläinen saneeraus on Koulun tarkoittamin tavoin juuri selvittäjäkeskeinen (jos jokin luonnehdinta halutaan ylipäänsä esittää). Tätä ilmentää ennen kaikkea kaksi YSL:lle ominaista piirrettä: 1) selvittäjän määrääminen on pääsääntö, määräämättä jättäminen poikkeus ja 2) selvittäjä on ainoa taho, jonka velvollisuutena on laatia saneerausohjelmaehdotus, ts. huolehtia menettelyn tärkeimmän tavoitteen toteutumisesta. Se, että velkojat päättävät ohjelman hyväksymisestä tai hylkäämisestä, ei tee *menettelystä* velkojavetoista. Selvittäjäinstituution vakiintuminen osaksi suomalaisen asianajajakunnan työosarkaa on mitä ilmeisimmin seurausta juuri mainituista kahdesta YSL:n keskeispiirteestä. Jos lähtökohtana olisi saneeraus ilman selvittäjää, tai jos selvittäjän tehtävät olisivat nykyistä vaatimattomammat, instituution merkitys olisi varmasti jäänyt vähäisemmäksi. Eri asia on, että saneerausmenettelyn keventäminen – esim. puhtaan valvojainstituution omaksuminen erääksi vaihtoehtoksi – voisi de lege ferenda olla harkinnan arvoista.

¹⁴¹ Ks. IMF s. 60.

6.5.2 Konkurssihakemuksen käsittely saneeraushakemuksen rinnalla

6.5.2.1 Saneerausintressin priorisointi neuvottelupositioden epätasapainon perusteella

Saneerausintressin oikeudellistuminen on johtanut siihen, että saneerausvaihtoehdon toteutumista on pyritty turvaamaan erityissääntelyllä. Voidaan puhua *saneerausintressin priorisoinnista* suhteessa likvidaatiointressiin. Ilmiö on tyyppillinen 'uuden ajattelun' sivutuote. Uutta järjestelmää pidetään niin suurena edistysaskeleena, että sen vakiintumista pyritään vauhdittamaan ohjaamalla markkinoita haluttuun suuntaan.¹⁴² Toisaalta priorisointi voidaan nähdä myös epäluottamuksena uuden järjestelmän läpilyöntivoimaan. Jos muutoksen substanssiperusteita pidettäisiin riittävän painavina, johdonmukaisesti ajateltuna mitään tarvetta ulkoiseen ohjaukseen ei olisi.

YSL:n myötä Suomessa joka tapauksessa on voimassa saneerauksen priorisointinormisto. Sitä ei ole syytä pitää pelkästään uutuuden viehätyksen tuotteena, sillä osin hyvinkin rationaaliset perusteet puoltavat saneerauksen suosimista. Kiistämätön tosiasia nimittäin on, että yrityksen taloudellisia ongelmia koskeva *neuvottelutilanne on lähtökohdiltaan epätasapainoinen*. Vain hieman kärjistäen voidaan todeta, että velkojen neuvottelupositio on vahva, velallisen heikko tai ainakin selvästi heikompi. Velvoite- ja siviiliprosessioikeudellinen pakotejärjestelmä on edelleen *perusteiltaan velkojalähtöinen*.¹⁴³ Modernissakin järjestelmässä ydinkysymys on, miten velkojen vaateet saadaan toteutettua, ei se, miten velallinen selviää tilanteestaan. Ongelmien paljastumisen ja kasvaminen ovat omiaan vinouttamaan neuvottelupositiota entisestään. Jos kuitenkin oletetaan – kuten modernissa insolvenssioikeudessa oletetaan – että saneeraus voi yksittäistapauksessa olla mahdollinen ja järkevä vaihtoehto, lainsäädännön on tarjottava sille todellinen mahdollisuus. Juuri tähän tarvitaan priorisointinormistoa; se *pakottaa neuvotteluposition tasapainoisemmaksi*.

Väite neuvottelupositioden epätasapainoisuudesta on jo yleisen elämäkokemuksen perusteella järkevä.¹⁴⁴ Nähdäkseni se on myös painavin oikeus-

¹⁴² Ks. tähän liittyen myös *Koulu* LM 1996 s. 1152–1153.

¹⁴³ Englannissa vapaaehtoiset saneeraustoimet alkavat useimmiten (60 %:ssa tapauksista) vakuusvelkojen aloitteesta; ks. *Finch* s. 211 lähteineen. Meikäläisestä näkökulmasta ehkä hieman yllättävä piirre voi selittyä ainakin osin sillä, että Englannissa yritysikiinnitystyyppisen vakuuden (floating charge) haltijalla on perinteisesti ollut laajat valtuudet määrätä yritykseen ulkopuolinen insolvenssiammatilainen (insolvency practitioner), jonka tehtävänä on vakuusomaisuuden realisointi ja varojen jakaminen etuoikeusjärjestyksen edellyttämin tavoin. Ks. mts. 16–17 ja *Fletcher* s. 451–452, 485–486.

¹⁴⁴ Velkojakeskeisyys on luonnollisesti myös creditors' bargain -ajattelun taustalla. Saneerausohjelma ilmentää lopputulosta, johon *velkojat* olisivat päätyneet, jos *he* kykenisivät neuvottelemaan ilman legaalista prosessia. Ks. *Jackson* Yale L.J. 1982 s. 860.

poliittinen peruste saneerauksen priorisointinormistolle. Priorisoinnin periaatteellinen hyväksyttävyyks on kuitenkin täysin eri asia kuin se, kuinka voimakasta puuttumista neuvottelupositioihin pidetään oikeutettuna. Suosimisen periaatteellinen oikeutus ei ts. kerro vielä mitään legitimeistä priorisointikeinoista. Voimakkaimmillaan priorisointi voisi tarjota velalliselle esimerkiksi rajoittamattoman oikeuden hakeutua saneerausmenettelyyn taikka laissa säädetyn vähimmäisvelkajärjestelyn, josta ei voitaisi poiketa velallisen vahingoksi. Mitään tällaista ei YSL sisällä. Meikäläistä priorisointia voidaan luonnehtia etupäässä *menettelylliseksi*. YSL pyrkii menettelyä ohjaamalla siihen, että saneerauksen mahdollisuus saada selvitettyä ennen kuin yritys ajautuu konkurssiin. Tavoitteena on pelkistetyksi, että *saneerausmahdollisuus selvitetäisiin*, ts., että saneerauspotentiaalia ei menetettäisi tietämättömyyden vuoksi. Kun tämä tavoite on täytetty, priorisoinnin oikeutus heikkenee jyrkästi. Jos saneerausmahdollisuuksia ei selvityksen perusteella ole, suosimiselle ei itse asiassa ole mitään perusteita.

Priorisointia vastaan on helppo esittää väite, että velallisen konkurssiin asettaminen vaikeutuu. Väite on kiistatta tosi. Priorisointinormistoa ei kuitenkaan pidä tuomita vain tällä perusteella, koska konkurssiin asettamisen vaikeuttaminen on juuri normiston tarkoitus. Taustalla on *oikeuspoliittinen punninta*, jonka mukaan saneerausmahdollisuuden tutkiminen on tärkeämpi arvo kuin velkojien rajoittamaton oikeus vaatia velallisen asettamista konkurssiin. Konkurssiin asettamisen vaikeutuminen on tämän arvovalinnan väistämätön hinta. Se on pakko hyväksyä tiettyyn määrään saakka, mikäli itse arvovalintaa pidetään oikeana. Niin kauan kuin valinta hyväksytään, priorisointinormiston hyvyttä tai huonoutta ei pidä arvioida yksin sillä perusteella, että velallista ei voida asettaa rajoituksetta konkurssiin. Priorisointinormiston oikeutus ratkeaa sen sijaan sillä perusteella, ovatko priorisointikeinot oikein kohdennettuja ja mitoitettuja. Kysymys on viime kädessä siitä, mikä on priorisoinnin kohtuullinen, hyväksyttävissä oleva hinta.

6.5.2.2 YSL:n priorisointinormiston pääpiirteet

Kuten edellä todettiin, konkurssin uhka muuttuu saneerausmenettelyn edetessä. Saneerauksen priorisointi on voimakkaimmillaan silloin, kun enempää saneerausta kuin konkurssiakaan ei ole vielä aloitettu. Tämä on johdonmukaista, kun tarkoituksena on saneerausmahdollisuuden selvittäminen. Tiivistäen voidaan todeta, että tässä vaiheessa YSL takaa saneerausmahdollisuuden tutkimisen, kunhan joku saneeraushakemuksen tekemiseen oikeutettu taho näin haluaa. Seuraava askel on saneerausmenettelyn tuomioistuinvaihe. Tässä vaiheessa priorisointi toteutuu konkurssin edellytysten kiristämisenä; konkurssi on mahdollinen, mutta vain, jos tavallista tiukemmat edellytykset täyttyvät.

Priorisointi lakkaa saneerausmenettelyn tuomioistuinvaiheen päättyessä. Voidaan sanoa, että saneeraus toteutetaan tavanomaisen konkurssiuhan alaisena. Kun yrityksen toimintaedellytykset on palautettu, perustetta konkurssiin asettamisen vaikeuttamiselle ei enää ole. Yrityksen oletetaan tällöin muutoinkin toimivan liiketoiminnan normaalien riskien ja edellytysten mukaisesti.¹⁴⁵

Meillä ei ole nimenomaista sääntelyä jo alkaneen konkurssin muuntamisesta saneerausmenettelyksi. Laki suhtautuu tällaiseen konversioon kielteisesti. YSL 24.2 §:n mukaan saneeraushakemus, joka on tehty velallisen ollessa konkurssissa, on jätettävä tutkimatta. Eri asia on, että yksimieliset velkojat voivat tietenkin saada alkaneen konkurssin peruuntumaan ja käynnistää tämän jälkeen saneerausmenettelyn.

6.5.2.3 Samanaikaiset hakemukset alioikeudessa

a) *Konkurssihakemuksen lykkääminen välittömänä toimenpiteenä.* Samanaikaisten saneeraus- ja konkurssihakemusten käsittelystä säädetään YSL 24.1 §:ssa. Jos saneeraushakemuksen vireilletulohetkellä on vireillä myös konkurssihakemus, jälkimmäisen käsittely on lykättävä, kunnes päätös saneerausmenettelyn aloittamisesta on tehty. Sama sääntö on voimassa, kun konkurssihakemuksen vireilletulohetkellä on vireillä saneeraushakemus.¹⁴⁶ Saneeraushakemus siis priorisoidaan, olipa se tehty ennen tai jälkeen konkurssihakemuksen.¹⁴⁷ Priorisointiin ei vaikuta sekään, ovatko hakemukset velallisen vai velkojan tekemiä.

¹⁴⁵ Periaatteessa on ajateltavissa, että konkurssin uhan pitäisi saneerausohjelman toteutusvaiheessa olla jopa tavanomaista suurempi. Velkojathan ovat suostuneet ehkä huomattaviinkin myönnytyksiin, joiden avulla velallisen tilanne on selvästi kohentunut. Konkurssin edellytysten väljentyminen olisi velalliselle tarjottavan uuden yrityksen hinta. Toisaalta tällainen järjestely kääntyisi helposti itseään vastaan. Saneerausohjelmaan uhratut kustannukset menisivät hukkaan, jos ohjelman toteuttaminen voitaisiin estää hakemalla velallinen konkurssiin kevennetyillä edellytyksillä.

¹⁴⁶ Oikeusvaikutukset kytketään yllä hakemusten vireilletuloon. Lakitekstissä taas puhutaan systemaattisesti hakemuksen "tekemisestä". Tuomioistuimen kannalta hakemus on kuitenkin tehty vasta, kun se saa aikaan asian vireilletulon.

¹⁴⁷ Oikeutemme eroaa tältä osin merkittävästi Ruotsin oikeudesta, jossa saneeraushakemusta ei ole priorisoitu samanaikaiseen konkurssihakemukseen nähden. Saneerainsäädäntö vaikuttaa konkurssihakemukseen vasta, kun saneerausmenettely on aloitettu. Tällöinkin konkurssihakemuksen leppäämään jättäminen (vilandeförklaring) tapahtuu vain velallisen vaatimuksesta, ei viran puolesta (konkurslagen 2:10a.1). Samanaikaisten saneeraus- ja konkurssihakemusten käsittely ei Ruotsissa ole lainkaan erityissääntelyn alainen. Kirjallisuudessa on tällä perusteella katsottu, että kumpi tahansa hakemus voidaan ratkaista niin kauan, kunnes toinen menettely aloitetaan. Ks. *Hellners – Mellqvist* s. 81–82. Tämän suuntaisesti on oikeuskäytännössä meneteltykin; ks. *Persson – Tuula* s. 63–64, jossa selostetaan lainvoimainen ratkaisu Nedre Norrlands hovrätt 2000–09–20, mål Ö 313–00. Asiassa velallisyritys katsoi, että saneeraushakemus olisi tullut tutkia ensin, koska saneerausmenettely oli "en mindre ingripande åtgärd". Käräjäoikeus, jonka ratkaisu pysyi hovioikeudessa, kuitenkin asetti velallisen konkurssiin juuri siksi, että pelkkä saneeraushakemus ei konkurslagen 2:10a.1:n mukaan estänyt konkurssia.

Johdonmukaisesti sovellettuna YSL 24.1 § mahdollistaa siten seuraavat asetelmat (oletettuna käytännössä tavallisimmasta epätavallisimpaan):¹⁴⁸

- velkojan ensin jättämä konkurssihakemus lykätään velallisen myöhemmän saneeraushakemuksen johdosta
- velkojan myöhempi konkurssihakemus lykätään velallisen aiemman saneeraushakemuksen johdosta
- velallisen ensin jättämä konkurssihakemus lykätään velkojan myöhemmän saneeraushakemuksen johdosta
- velallisen myöhempi konkurssihakemus lykätään velkojan aiemman saneeraushakemuksen johdosta
- velkojan ensin jättämä konkurssihakemus lykätään toisen velkojan myöhemmän saneeraushakemuksen johdosta ja
- velkojan myöhempi konkurssihakemus lykätään toisen velkojan aiemmin jättämän saneeraushakemuksen johdosta.¹⁴⁹

Mahdollisuus lykätä velallisen oma konkurssihakemus velkojan vireille pane-
man saneeraushakemuksen johdosta on tietenkin lähinnä periaatteellinen, mut-
ta juuri sellaisena merkittävä. Velkojan oikeus saada saneerausmenettelyn edel-
lytykset tutkittaviksi ennen velallisen omaakin konkurssihakemusta ilmentää
saneerausintressin oikeudellistumista ja yhdenvertaisuutta suhteessa täytän-
töönpanointressiin. Tällä mahdollisuudella voi olla käytännössäkin merkitystä,
jos velallisen oma konkurssihakemus on vaikutusvaltaisen velkojan painostuk-
sen tulosta. Heikon neuvottelupositionsa vuoksi velallisella ei ehkä tosiasial-
lisesti ole ollut muuta mahdollisuutta kuin oman konkurssihakemuksen jättä-
minen, vaikka saneerausmahdollisuuden tutkiminen näyttäisi objektiivisesti tar-

¹⁴⁸ Hieman toisiin lähtökohtiin perustuvan tiivistelmän YSL 24.1 §:sta esittää *Koskelo* (s. 115).

¹⁴⁹ Lisäksi on tietenkin mahdollista, että velallinen tekee ensin saneeraushakemuksen, mutta jättääkin sen vireillä ollessa konkurssihakemuksensa. YSL 24.1 §:n sanamuodon mukaan konkurssihakemus olisi tällöinkin lykättävä. On vaikea sanoa, onko tämä lainsäätäjän tarkoitus. Nähdäkseni tilanne olisi pyrittävä selvittämään siten, että konkurssihakemusta käsittelevä tuo-
mioistuin tiedustelee velalliselta, onko saneeraushakemus tarkoitus piakkoin peruuttaa, vai mistä tilanteesta on kysymys (konkurssituomioistuinhän saa saneeraustuomioistuimelta tiedon vireille tul-
leesta saneeraushakemuksesta, YSA 3a §). Saneeraushakemuksen vireilläolo ei kuitenkaan vielä perusta hakemusta käsittelevälle käräjäoikeudelle toimivaltaa ottaa vastaan ja tutkia samaa velallista koskevaa konkurssihakemusta (YSL 67.3 § e contrario, arg. YSA 3a §). Tilanne ei välttämättä ole vain teoreettinen, sillä oikeushenkilön omistajistossa ja johdossa voi olla todelli-
sia erimielisyyksiä siitä, haetaanko yritys konkurssiin vai saneeraukseen, jos kumpaankaan. Juuri
tällä mahdollisuudella perustellaan myös KonkL 2:3.1:n säännöstä, jonka mukaan velallisen oma
konkurssihakemus ja maksukyvyttömyysilmoitus on tutkittava, ts. niitä ei saa hyväksyä muodol-
lisella perusteella olkoonkin, että maksukyvyttömyysolettamat säilyttänevät käytännön miltei
täysin ennallaan. Ks. HE 26/2003 s. 40–41. Jos on syytä epäillä, että velallisen omien, samanai-
kaisten saneeraus- ja konkurssihakemusten taustalla on tämän kaltaisia syitä, katsoisin, että
tilanteessa on sovellettava YSL 24.1 §:a. Konkurssihakemus on siis lykättävä. Tällaiset perusteet
johtavat samaan tulokseen, vaikka velallinen olisi ensin jättänyt oman konkurssihakemuksensa,
kunhan asettamispäätöstä ei ole ehditty tehdä ennen saneeraushakemuksen vireilletuloa.

koituksen mukaiselta. Se, että saneerausmyönteisemmällä – yleensä etuoikeudettomilla – velkojilla on mahdollisuus saattaa saneerauskelpoisuus tuomioistuimen tutkittavaksi, vähentää tällaisen painostuksen mahdollisuutta ja merkitystä.

Saneeraushakemuksen priorisointi YSL 24.1 §:ssa takaa sen, että päällekkäistilanteissa *saneerauksen edellytykset tutkitaan aina*. Konkurssin edellytyksen tutkinta sitä vastoin riippuu siitä, miten saneeraushakemus ratkaistaan. Seuraavassa tarkastellaan erikseen saneeraushakemuksen hyväksymisen ja hylkäämisen vaikutuksia konkurssihakemukseen.

b) Konkurssihakemuksen raukeaminen saneerausmenettelyn aloittamisen seurauksena. Jos saneerausmenettely aloitetaan, *konkurssihakemus raukeaa*. YSL 24.1 § sisältää menettelynormin, jonka mukaan tuomioistuimen on jätettävä konkurssihakemus sillensä. Kantaa ei saa ottaa enempää konkurssin materiaaliin edellytyksiin kuin konkurssihakemuksen tutkimisenkaan edellytyksiin (prosessinedellytyksiin). Sillensä jäämisestä seuraa muun ohessa, että konkurssin edellytyksiin ei kohdistu minkäänlaista oikeusvoimapreklusiota. Väite edellytysten täyttymisestä ei tule ratkaistuksi edes ”sillä kertaa”; velallinen ei esimerkiksi voi vaatia tuomioistuimelta konkurssihakemuksen hylkäävää lausumaa. Täsmälleen samansisältöinen hakemus on siten pantavissa myöhemmin vireille. Luonnollisesti myös myöhemmässä oikeudenkäynnissä voidaan tutkia, olisiko konkurssi ollut mahdollinen rauenneen hakemuksen perusteella, millä voi olla merkitystä erityisesti takaisinsaantiprosessissa.¹⁵⁰

Lausuntoa konkurssin edellytyksistä tai hakemuksen tutkimisen edellytyksistä ei saa antaa, oli asia kuinka selvä tahansa. Samoin on vailla merkitystä,

¹⁵⁰ Tämä tosin on mahdollista jo siksi, että insolvenssimenettelyä koskevaan hakemukseen annettu ratkaisu ei sido muissa oikeudenkäynneissä. Erityisesti maksukyvttömyyskriteerin tutkimismahdollisuutta takaisinsaantiprosessissa on kuitenkin syytä korostaa, sillä asiasta näyttää meillä vallinneen epäselvyyttä (ks. jo HE 182/1992 s. 85; ks. myös *Koulu* Pääpiirteet s. 126, jossa maksukyvttömyyttä edellyttävien takaisinsaantiperusteiden soveltuvuus kytketään suoraan saneerausmenettelyn aloittamisperusteeseen). YSL 35.2 §:n mukaan samanaikaisesti vireillä olevista saneeraus- ja konkurssihakemuksista ensiksi vireille pantu osoittaa saneeraustakaisinsaantin määräpäivän. Sama periaate koskee TakSL 2.1 §:n mukaan useita samaan aikaan vireillä olleita konkurssihakemuksia. Useiden konkurssihakemusten osalta on TakSL:n esitöissä nimenomaisesti todettu, että määräpäivävaikutus on vain *hyväksymiskelpoisella* konkurssihakemuksella, ks. HE 102/1990 s. 43 ja *Tuomisto* s. 10–11 sekä hänen viittaamansa KKO 1997:176.

Hakemuksen hyväksyttävyydedellytys täytynee asettaa myös YSL 35.2 §:a (ja TakSL 2.3 §:a) sovellettaessa, vaikkei asiasta mainitakaan erikseen säännöksen perusteluissa (ks. HE 182/1992 s. 85). Tämä tarkoittaa, että saneeraushakemusta edeltävällä konkurssihakemuksella on määräpäivävaikutus vain, jos tuo hakemus olisi voitu hyväksyä. Jos konkurssihakemusta sen sijaan ei olisi voitu hyväksyä (velallinen oli tuolloin ehkä vain maksukyvttömyysvaarassa) määräpäivä on saneeraushakemuksen vireillepanopäivä tai sellaisen samaan aikaan vireillä olleen konkurssihakemuksen vireillepanopäivä, joka olisi voitu hyväksyä.

kuinka pitkälle konkurssihakemuksen käsittely on edennyt. Myös riitaisa, ehkä jo täystutkintaiseen menettelyyn edennyt konkurssihakemus on jätettävä sil lensä YSL 24.1 §:ssä säädetyin tavoin. Edellytyksenä on ainoastaan, että saneeraushakemus tulee vireille ennen konkurssiinasettamispäätöksen tekemis tä.¹⁵¹ Koska konkurssihakemukseen ei anneta ratkaisua, ei synny myöskään tuomio-oppien mukaista todistusvaikutusta. Konkurssihakemusprosessilla lie nee silti samanlainen *oikeudenkäynnin* todistusvaikutus kuin millä tahansa oikeudenkäynnillä. Vaikutuksen painoarvo riippuu luonnollisesti siitä, kuin ka laajalti ja syvällisesti hakemusta oli ehditty käsitellä ennen sillensä jättä mistä.¹⁵²

c) Saneeraushakemuksen hylkääminen ja konkurssihakemuksen käsittelyn jat kaminen de lege lata & ferenda. Jos saneeraushakemus hylätään, *konkurssi hakemuksen käsittelyä on jatkettava*. Käsittelyn jatkaminen tarkoittaa, että asiassa edetään siitä, mihin se lykkäyksen johdosta jäi.¹⁵³ Jatkokäsittelyn lä hempi järjestely riippuu tietenkin pitkälti siitä, kuinka selvää tai epäselvää konkurssin edellytysten täyttyminen yksittäistapauksessa on. Selvässä tapauk sessa konkurssiin asettaminen voi tapahtua normaalijoutuisuudella, siis jopa puhtaana kansliakäsittelynä.¹⁵⁴ Ongelmallisia ovat tilanteet, joissa velallinen (edelleen) vastustaa konkurssia, eikä saneeraushakemuksen hylkääminen sel laisenaan kerro paljonkaan konkurssin edellytysten täyttymisestä. Näin voi olla esimerkiksi, kun saneeraushakemus on hylätty sellaisen menettelyn esteen vuoksi, jolla ei ole välitöntä yhteyttä konkurssin edellytysten täyttymiseen (esim. YSL 7.1 § 4 tai 5 kohta). Hylkäyspäätöksen yhteys konkurssin edellytyk-

¹⁵¹ On huomattava, että jo lainvoimaa vailla oleva konkurssiinasettamispäätös estää saneeraus hakemuksen tutkimisen, ks. *Koskelo* s. 115. Konkurssiinasettamispäätöstä koskevalla valituksel lahan ei muutoinkaan ole lykkäävää vaikutusta, ks. *Havansi* Konkurssioikeus s. 111 ja HE 26/ 2003 s. 57. Velallinen on siten konkurssissa YSL 24.2 §:ssa tarkoitettu tavoin niin kauan, kunnes konkurssiinasettamispäätös on kumottu. Uuden KonkL 3:11.1:n mukaan muutoksenhaku tuomioistuimien voi kuitenkin määrätä, että konkurssin oikeusvaikutukset lakkaavat vasta, kun kumoamispäätös saa lainvoiman tai asiasta toisin määrätään. Jos muutoksenhakutuomiois tuimien käyttää tätä mahdollisuutta, velallinen on konkurssissa YSL 24.2 §:n tarkoittamin tavoin kumoamispäätöksen lainvoimaistumiseen tai konkurssin oikeusvaikutusten jatkumista koskevan määräyksen lakkaamiseen saakka.

¹⁵² Tuomion ja oikeudenkäynnin todistusvaikutuksesta siviiliprosessissa yleensä ks. *Lappalai nen* II s. 403, joka toteaa, että alioikeusuudistuksella toteutettu välittömyysperiaate on ”huomat tavasti vähentänyt tällaisen eri oikeudenkäynneissä vastaanotetun todistelun vaikutusta”.

¹⁵³ Käsittelyn jatkamisesta ks. *Koulu* DL 1993 s. 707–708. – Jos konkurssihakemus on tehty saneeraushakemuksen vireilläolon aikana, käsittely luonnollisesti vasta aloitetaankin tässä vaihees sa. Kielenkäytön sujuvuuden vuoksi seuraavassa puhutaan kuitenkin konkurssihakemuksen *jatko käsittelystä*, jolla tarkoitetaan sekä alkaneen käsittelyn jatkamista että käsittelyn aloittamista.

¹⁵⁴ Konkurssihakemuksen kanslia- ja istuntokäsittelyn perusteista ennen KonkL:a ks. *Könkkölä – Liukkonen* s. 41–46 sekä *Havansi* Insolvenssioikeus s. 128 ja 145, KonkL:n perusteella HE 26/ 2003 s. 87–93.

siin on heikoimmillaan silloin, kun saneeraushakemus on perustunut uhkavaan maksukyvttömyyteen.¹⁵⁵

Alun perin YSL 24.1 § kuitenkin lähti siitä, että konkurssihakemus oli aina kyettävä ratkaisemaan samalla kun saneeraushakemus hylättiin, siis riippumatta siitä, kuinka selvästä tai epäselvästä 'konkurssitapauksesta' oli kyse. Tätä perusteltiin ensinnäkin sillä, että päällekkäishakemustilanteissa saneeraus ja konkurssi ovat toistensa vaihtoehtoja.¹⁵⁶ Lisäksi samanaikaisen ratkaisun vaatimuksella oli tarkoitus estää se, että saneeraushakemuksen hylkäyspäätökseen haettaisiin muutosta vain konkurssin viivyttämiseksi. Kun ratkaisut annettiin samalla kertaa, myös muutoksenhaku yhdistyi.¹⁵⁷

Hakemusten samanaikainen ratkaiseminen luonnollisesti edellytti, että sama tuomioistuin oli aina toimivaltainen käsittelemään päällekkäiset hakemukset. Tällainen toimivaltasääntely olikin voimassa jonkin aikaa, saneerauslain ensikuukausina (ks. YSL 24 §:n 3 momentti alkuperäisessä muodossaan ja kumottu 4 momentti sekä 67 §:n 3 momentti alkuperäisessä muodossaan). Järjestelyä pidettiin kuitenkin pian lain voimaantulon jälkeen epätarkoituksenmukaisena varsinkin niissä käytännössä esiintyneissä¹⁵⁸ tilanteissa, joissa saneeraushakemuksella tavoiteltiin vain konkurssin välttämistä. Tällöin saneeraustuomioistuin joutui ensin hylkäämään selvästi perusteettoman saneeraushakemuksen, sitten hyväksymään konkurssihakemuksen sekä lopuksi siirtämään näin alkaneen konkurssiasian toimivaltaiselle tuomioistuimelle.

Alkuperäiseen järjestelmään kohdistetun kritiikin perusteena oli, että jos konkurssi on yritykselle ainoa realistinen vaihtoehto, konkurssihakemusta on

¹⁵⁵ YSL 24.1 §:ssa säädetään vain saneeraushakemuksen hylkäämisestä. Jos saneeraushakemus on jätetty tutkimatta siksi, että hakijavelkojan saatava on riittävä perusteeltaan tai olennaiselta osin määrältään (YSL 5 § 2 kohta) taikka siksi, että hakijaa ei pidetä edes todennäköisenä velkojana (YSL 5 § 3 kohta), konkurssihakemuksen käsittelyä lienee kuitenkin jatkettava samalla tavoin kuin hylkäyspäätöksen jälkeen. Rationaalista syytä muuhun tulkintaan on erittäin vaikea löytää.

Todettakoon tässä yhteydessä, että YSL 6.2 §:n mukainen velkojan tai todennäköisen velkojan *riittävä intressi* voitaneen tulkita yhtä hyvin saneeraushakemuksen hyväksymisen kuin sen tutkimisenkin edellytykseksi. Tämähän on oikeudellisen intressin (oikeussuojan tarpeen) keskeinen, joskaan ei käytännössä kovinkaan merkittävä, ongelma. Vallitseva kanta toki pitää oikeussuojan tarvetta oikeudenkäynnin edellytyksenä; ks. *Lappalainen* II s. 15–16, joka kuitenkin aiheellisesti varoittaa aineellisoikeudellisten kysymysten sekoittamisesta prosessinedellytyksiin oikeussuojan tarpeen varjolla. Tässä yhteydessä en pidä tarpeellisenä selvittää, onko YSL 6.2 §:ssa säädettyä intressiä pidettävä mieluummin saneeraushakemuksen hyväksymisen kuin tutkimisen edellytyksenä. Tarkasteltavana olevan YSL 24.1 §:n kannalta olennaista on nähdäkseni vain se, että jos saneerausmenettelyn aloittaminen on *torjuttu* 6.2 §:n nojalla, konkurssihakemuksen käsittelyä on jatkettava – ryhtymättä lainkaan pohtimaan po. 'luonnekysymystä'.

¹⁵⁶ Ks. alioikeusuudistuksen siirtymäsäännöksiä koskeva HE 79/1993 s. 31. Ko. hallituksen esityksessä menttiin selvästi alioikeusuudistuksesta johtuvia siirtymätarpeita pidemmälle tarkistamalla myös saman vuoden alussa voimaan tulleessa YSL:ssa havaittuja epäkohtia.

¹⁵⁷ HE 182/1992 s. 78 ja HE 79/1993 s. 31.

¹⁵⁸ Näin HE 79/1993 s. 31.

turha 'kierrättää' saneerausforumissa.¹⁵⁹ Näillä perusteilla päädyttiin nykyjärjestelmään, jossa saneeraushakemuksen kanssa samaan aikaan vireillä oleva konkurssihakemus käsitellään velallisen konkurssiforumissa, *olipa tämä sama tai eri kuin saneerausforum*. Konkurssihakemusta ei myöskään enää tarvitse ratkaista "samalla", vaan hakemuksen käsittelyä jatketaan ja ratkaisu annetaan siten kuin konkurssi asiassa yleensäkin.

Silloin, kun saneeraus- ja konkurssiforomit ovat eri tuomioistuimia, YSL 24.1 §:n tehokas soveltaminen edellyttää tehokasta tiedonkulkua tuomioistuinien välillä. Tiedonkulku on järjestetty asetuksella. Saneeraustuomioistuimen on YSA 3a §:n mukaan viipymättä ilmoitettava konkurssituomioistuimelle saneeraushakemuksesta (sen vireilletulosta). Näin varmistetaan se YSL 24.1 §:n vaatimus, että mahdollisen konkurssihakemuksen käsittely lykätään. Samanlainen ilmoitusvelvollisuus koskee saneerausmenettelyn alkamista ja lakkaamista (YSA 5.1 § 3 kohta). Säännöstä, joka nimenomaisesti velvoittaisi saneeraustuomioistuimen ilmoittamaan hakemuksen hylkäämisestä – jolla siis varmistettaisiin konkurssihakemuksen käsittelyn jatkuminen konkurssituomioistuimessa YSL 24.1 §:n mukaisesti – ei YSA:ssa sitä vastoin ole, vaikka sellainen oli hallituksen esityksen mukaan tarkoitus säätää asetuksella.¹⁶⁰ Ilmoitusvelvollisuus kuitenkin mainitaan nimenomaisesti YSL 24.1 §:n perusteluissa. Myös käytännössä täytyy pitää selvänä, että saneeraustuomioistuimet ovat velvollisia järjestämään tiedon siirtymisen konkurssiforumeihin mahdollisimman tehokkaasti ja luotettavasti. Konkursituomioistuinien on luonnollisesti toimittava omalta osaltaan niin, että päällekkäishakemusten koordinointi on tehokasta ja luotettavaa.

Nykyjärjestelmässä keskenään kilpailevat saneeraus- ja konkurssihakemukset siis käsitellään ja ratkaistaan erikseen, mikä on erillismenettelyjärjestelmässä sinänsä johdonmukaista. Ei ole myöskään syytä epäillä, etteivätkö saneeraustuomioistuimet todella joutuneet alkuperäisen forumsääntelyn nojalla käsittelemään perusteettomiakin saneeraushakemuksia ja samalla asettamaan konkursiin yrityksiä, joilla ei muutoin ollut mitään asiaa saneerausforumiin (konkursikypsän yrityksen "saneerausseikkailu"). Pikainen uudistus heti YSL:n voimaantumisen jälkeen perustui ainoastaan tähän argumentointiin; saneeraustuomioistuinten työtaakkaa oli kevennettävä poistamalla niistä yritykset, jotka kuuluivat selvästi konkurssiin (ja joiden konkurssiforumina on toinen käräjäoikeus).¹⁶¹ Huomiota ei kiinnitetty muihin seikkoihin. Oikeuspoliittisen arvioinnin ulkopuolelle jäi kokonaan mm. se, että uudistuksen seurauksena nekin tapaukset, joissa saneerauskelpoisuuden selvittäminen *on perusteltua*, käsitellään jyrkästi erillään samanaikaisesta konkurssihakemuksesta. Lisäksi hajaute-

¹⁵⁹ Näin käsittääkseni Koskela s. 114 alav. 3.

¹⁶⁰ HE 79/1993 s. 31.

¹⁶¹ Ks. HE 79/1993 s. 31–32.

tusta forumsääntelystä seuraa, että joidenkin yritysten saneeraus- ja konkurssi-asiat käsitellään samassa tuomioistuimessa, joidenkin ei.

Kun samaa velallista koskevien saneeraus- ja konkurssihakemusten koordinaointi ei välttämättä ole helppoa yhden tuomioistuinryhmän sisälläkään, eri yksiköiden välillä hakemusten käsittely lieenee vieläkin eriytyneempää ja tehotomampaa. Mikä ehkä tärkeintä, mahdollisuus päällekkäisten hakemusten yhteiskäsittelyyn eli *kumulointiin* on nykyjärjestelmässä tarjolla¹⁶² vain silloin, kun saneerausforum sattuu olemaan myös velallisen konkurssiforum. Tämä johtuu siitä, että OK 18 luvun kumulaatiosäännökset edellyttävät saman tuomioistuimen olevan toimivaltainen käsittelemään kumuloitavat asiat (OK 18:7.1). Jos yhteisen toimivallan edellytys ei täyty, konkurssihakemuksen käsittelyssä voidaan hyödyntää samaa velallista koskenutta saneeraushakemusprosessia vain vapaan todistusharkinnan osana siltä osin kuin konkurssituomioistuimeen ”putoilee” tietoja saneeraushakemuksen käsittelystä. Tämä on merkittävä puute erityisesti silloin, kun saneeraushakemuksen hylkääminen ei ole johtunut selvästä perusteettomuudesta ja kun myös konkurssin edellytyksiä joudutaan tutkimaan syvällisesti, velallisen kokonaistilanne huomioon ottaen.

Yllä esitetyillä perusteilla voidaan hyvinkin asettaa kyseenalaiseksi, oikeutivatko YSL:n ensi kuukausina ehkä jätetyt perusteettomat saneeraushakemuk-

¹⁶² Mahdollisuus yhdistää saneeraus- ja konkurssihakemusten käsittely samaan oikeudenkäyntiin on sellaisenaan kiistaton. Säännöspohjana on ensinnäkin uusi (entistä HakKäsl 20.1 §:a vastaava) OK 8:13, jonka mukaan hakemusasian käsittelystä on muutoin soveltuvien osin voimassa, mitä riita-asian käsittelystä säädetään. Lisäksi hakemusasioden välisen kumulaation sallittavuus voidaan luotettavasti päätellä OK 8:9:stä, jonka mukaan hakemusia voidaan yhdistää myös tavanomaiseen riita-asiaan (ja päinvastoin). Uuden OK 8 luvun perusteluissa todetaan, että koko uudistuksen tavoitteena oli edistää *riita-asiatyypisten hakemusasioden käsittelyä riita-asioiden tapaan*, ks. HE 32/2001 s. 63. Kuten tunnettua, saneeraus- ja konkurssihakemukset aiheuttavat hyvinkin usein riita-asiatyypisen vastakkainasettelun, jonka käsittelyn ja ratkaisemisen kannalta on pitkälti yhdentekevää, että asian vireillepanomuotoa kutsutaan hakemukseksi; ks. *Koulu* Aloittaminen s. 89–98. Saneeraus- ja konkurssihakemuksen yhdistämisestä ja ratkaisemisesta osa- tai välituomiolla ennen OK 8 luvun uudistamista *sama* DL 1993 s. 709–716. Riitaisen konkurssihakemuksen käsittelystä KS:n aikana ks. *Havansi* Konkurssioikeus s. 96–103.

Uuden OK 8 luvun perusteella näyttäisi olevan tulkinnanvaraista vain se, sovelletaanko saneeraus- ja konkurssihakemuksen yhdistämiseen analogisesti luvun ’omaa’ fakultatiivista kumulaatiosäännöstä (OK 8:9), joka siis koskee nimenomaisesti hakemus- ja riita-asian yhdistämistä ja jossa yhdistämisen edellytyksenä on ainoastaan hakemusten keskinäinen konnekteetti ja kumulaation haitattomuus. Tällöin kumulaatio ei olisi koskaan pakollinen, mitä se taas voi olla, jos katsotaan, että saneeraus- ja konkurssihakemuksen kumulointiin on sovellettava OK 8:13:n viittauksen nojalla OK 18 luvun yleisiä kumulaatiosäännöksiä. Tällöin yhteiskäsittelyn pakollisuus riippuisi siitä, olisiko hakemusten katsottava johtuvan olennaisesti samasta perusteesta (OK 18:1–2 *mutatis mutandis*). Näinhän voi useinkin olla, kun molemmissa hakemuksissa vedotaan samoihin seikkoihin, joiden perusteella velallisen väitetään olevan maksukyvytön tai vaarassa tulla maksukyvyttömäksi. Nähdäkseni OK 8 lukua on mahdollista ja syytäkin tulkita niin, että viittaus riita-asian oikeudenkäyntijärjestykseen sisältää myös kumulaation pakollisuutta koskevat normit OK 18 luvussa. On täysin johdonmukaista, että hakemus- ja riita-asian yhdistäminen on harkinnanvaraista OK 8:9:n nojalla, mutta kahden (tai useamman) hakemusasian yhdistämiseen sovelletaan viittauksen perusteella yleisiä kumulaationormeja.

set uudistamaan päällekkäishakemusten forumsääntelyn tavalla, joka asetti insolvenssivelalliset (ja -velkojatkin) näin merkittävässä suhteessa eri asemaan. Olisi saattanut olla aiheellista odottaa joitakin vuosia ja katsoa, olisiko päällekkäishakemusten keskittämisestä samaan tuomioistuimeen ollut sittenkin hyötyä, joka olisi ainakin osin kompensoinut ”turhien” hakemusten aiheuttamaa vaivaa saneeraustuomioistuimille. Asia olisi voitu – ja voitaisiin de lege ferenda edelleen – järjestää niin, että päällekkäishakemukset ratkaistaisiin aina saneeraustuomioistuimessa, kuten YSL 24 ja 67 §:ien mukaan alun perin meneteltiin. Jos saneeraushakemus hylättäisiin, konkurssihakemus olisi otettava (jatko)käsittelyyn saneeraustuomioistuimessa, ja hakemus olisi myös ratkaistava siellä normaalissa järjestyksessä. Pelko siitä, että konkurssia viivytettäisiin hakemalla muutosta saneeraushakemuksen hylkäävään päätökseen, on torjuttavissa yksinkertaisesti säättämällä, että muutoksenhaku ei estä konkurssihakemuksen ratkaisemista (kuten ei nykyäänkään estä YSL 24.1 §:n mukaan). Syvällisintä muutosta merkitsisi, että konkurssihakemuksen tullessa hyväksytyksi *konkurssi voitaisiin viedä läpi myös saneeraustuomioistuimessa*. Saneeraustuomioistuimella ei siten olisi ainakaan ehdotonta velvollisuutta siirtää konkurssiasiaa velallisen tavanomaiseen konkurssiforumiin.

On totta, että yllä esitetty ehdotus varmaankin johtaisi konkurssien määrän lisääntymiseen saneeraustuomioistuimissa ja vastaavassa määrin vähentymiseen muissa käräjäoikeuksissa. Samoin on totta, että saneeraustuomioistuimet ’joutuisivat’ käsittelemään myös sellaisten saneeraukseen pyrkivien yritysten konkurseja, joilla ei ole toivoa saada saneeraushakemustaan hyväksytyksi. En näe tätä kuitenkaan merkittävänä ongelmana. Huomattavasti pahempi epäkohta on, että nykyjärjestelmä pakottaa käsittelemään jyrkän eriytetysti nekin tapaukset, joissa saneerauskelpoisuuden selvittäminen on tarkoituksenmukaista. Yrityksen taloudellisen ahdingon juridinen, taloudellinen ja tosiasiallinen kokonaisuus hajoaa kahden tuomioistuimen järjestelmässä, erityisesti, kun toimivalta on molemmilla tuomioistuimilla eksklusiivinen. Ongelmiensa kanssa painivaa yritystä, yrityksen velkoja ja koko tilannetta koskevaa informaatiota käsitellään de lege lata usein kahdessa eri tuomioistuimessa. Olisi sekä oikeusturvan että prosessiekonomian kannalta selvästi perustellumpaa, että saneeraustuomioistuimilla olisi nykyistä laajempi toimivalta käsitellä kokonaan ’saneerausasiakkaidensa’ konkurssit.

Juuri esitetty ehdotus ei koske vain päällekkäishakemustilanteita, vaan myös konkurseja, jotka alkavat joko saneerausmenettelyn aikana tai ohjelman toteutusvaiheessa. Nykyisinhän menettelyn aikana jätetty konkurssihakemus kyllä ratkaistaan saneeraustuomioistuimessa, mutta tämän on konkurssiinasettamisen jälkeen *siirrettävä* asia velallisen yleiseen konkurssiforumiin (YSL 67.3 §). Sillä, edellyttävätkö konkurssin asianmukainen käsittely in casu saneerauslain-säädännön tuntemusta, ei ole siirtovelvollisuuden kannalta merkitystä. Ohjelman aikana alkava konkurssi taas ei kuulu saneeraustuomioistuimelle lainkaan, mitä on pidettävä eräänä nykyjärjestelmän vakavimmista epäkohdista.

De lege ferenda vaikuttaisi perustellulta selvittää, voitaisiinko YSL 67.3 §:a muuttaa ensinnäkin siten, että saneeraustuomioistuimella olisi toimivalta *harkintansa mukaan* käsitellä loppuun konkurssi, jonka se aloittaa saneerausmenettelyn aikana. Toiseksi olisi erittäin suositeltavaa, että myös saneerausohjelman toteutusvaiheessa tehtävä konkurssihakemus kuuluisi aina saneeraustuomioistuimen toimivaltaan ja konkurssi myös käsiteltäisiin siellä loppuun, jos saneeraustuomioistuin katsoisi tämän tarkoituksenmukaiseksi. Konkurssiasian siirtämisvelvollisuus, joka YSL 67.3 §:n mukaan de lege lata on pakollinen, muuttuisi näin *harkinnanvaraiseksi*.¹⁶³

Eräs nykytilanteen ongelmista on, että nekin käräjäoikeudet, jotka eivät yleisen kompetenssijaon mukaan käsittele saneerausasioita, joutuvat kuitenkin soveltamaan saneerauslainsäädäntöä konkurssissa, jotka niille siirretään YSL 67.3 §:n perusteella tai jotka alkavat saneerausohjelman aikana. Konkurssituomioistuin, jolla ei ole erityisasiantuntemusta enempää saneerauslainsäädännöstä kuin käsittelemänsä velallisen 'insolvenssihistoriasta', joutuu de lege lata ratkaisemaan esimerkiksi saneerausohjelman pysyttämistä koskevan vaatimuksen (YSL 66.2 §). Samoin konkurssituomioistuin voi YSL 32.2 §:n perusteella joutua ratkaisemaan saneerausmenettelystä johtuvia etuoikeuskysymyksiä. Sekä oikeusturvan että prosessiekonomian kannalta olisi näiltäkin osin selvästi tarkoituksenmukaisempaa, että saneerausliityntäinen konkurssi olisi ainakin mahdollista käsitellä alusta loppuun juuri saneeraustuomioistuimessa.

Sen sijaan en näe tarpeelliseksi keskittää ns. rutiinikonkurssija – konkurssija, joilla ei ole mitään yhteyttä saneerausmenettelyyn – tiettyihin käräjäoikeuksiin (nykyisiin saneeraustuomioistuihin tai muihinkaan erikseen määrättäviin käräjäoikeuksiin). Huomattava osa – ilmeisesti valtaosa – konkurssista on edelleen tällaisia. Kaikkien konkurssien keskittäminen erityisiin 'insolvenssituomioistuihin' veisi väistämättä resursseja niin saneerausmenettelyjen kuin saneerausliityntäisten konkurssienkin tehokkaalta käsitteilyltä. Rutiinikonkurssit on nähdäkseni edelleen syytä pitää käräjäoikeuksien yleiseen toimivaltaan kuuluvina asioina. Tätä puoltaa jo acces to justice-periaate. Konkurssit, jolla ei ole yhteyttä saneerausmenettelyyn, on voitava käsitellä nopeasti ja tehokkaasti. Niitä ei pidä pakottaa suurempiin, byrokrattisempiin tuomioistuinryhmiin.¹⁶⁴

¹⁶³ Siirtämisen fakultatiivisuutta voidaan luonnollisesti painottaa eri tavoin asettamalla siirto joko pääsäännöksi tai poikkeukseksi. Edellisen mukaan saneeraustuomioistuimen on siirrettävä konkurssiasia, jollei se katso tarkoituksenmukaisemmaksi käsitellä asiaa itse. Jälkimmäisen mukaan taas konkurssi saadaan siirtää vain, jos sen käsittely saneeraustuomioistuimessa ei ole tarpeen. Lopputulokset eivät varmaankaan juuri poikkeaisi toisistaan, kun ratkaisevaa olisi joka tapauksessa yksittäisen konkurssin kytkentä saneerausmenettelyyn.

¹⁶⁴ Vrt. *Tuula* s. 475, jossa ehdotetaan Ruotsiin erityisiä insolvenssituomioistuihin. Perustelut eivät kuitenkaan vakuuta; esimerkiksi käsittelyaikojen oletetaan lyhenevän suoraan sillä perusteella, että erityistuomioistuimissa olisi erityistä insolvenssioikeudellista asiantuntemusta. Huomiota ei kiinnitetä lainkaan siihen, että rutiinikonkurssit kyetään hoitamaan yleisissä alioikeuksissa ilman insolvenssioikeudellista specialisoitumista. Rutiinitapausten keskittäminen saattaisi johtaa jopa käsittelyaikojen pidentymiseen nykyisestä, kun insolvenssituomioistuimilla olisi vähintäänkin riittävästi työtä erityisasiantuntemusta vaativissa tapauksissa.

6.5.2.4 Saneerauksen priorisointi muutoksenhaussa

Saneeraushakemuksen hylkäävään päätökseen saa hakea muutosta valittamalla hovioikeuteen (YSL 96.1 §). Koska konkurssihakemuksen käsittely jatkuu kärjäoikeudessa YSL 24.1 §:n mukaisesti, yritys voidaan asettaa konkurssiin valituksen vireillä ollessa. Näin voi tietenkin käydä myös siksi, että konkurssihakemus jätetään kärjäoikeuteen vasta muutoksenhakuprosessin aikana.¹⁶⁵ Konkurssin alkamisen varalta säädetään YSL 96.2 §:ssa, että *konkurssi raukeaa, jos saneerausmenettely aloitetaan*. Säännöksen viimeisen lauseen mukaan myös vireillä oleva konkurssihakemus raukeaa.

Konkurssihakemuksen tai jo alkaneen konkurssin raukeaminen edellyttää, että saneerausmenettely aloitetaan, ts. valitus hyväksytään. Valituksen hylkäämisellä tai tutkimatta jättämisellä ei ole mitään vaikutusta konkurssihakemuksen tutkintaan eikä alkaneen konkurssin jatkumiseen. Tulkinnanvaraista on sen sijaan, onko hakemuksen palauttamisella merkitystä konkurssin edellytyksille tai jatkumiselle. Jo muutoksenhaun yleisten oppien perusteella on pidettävä vahvana pääsääntönä, että saneeraushakemusta ei palautettaisi.¹⁶⁶ Jos palauttamiseen kuitenkin päädytään, täytynee katsoa, että tilanne palautuu muutoinkin takaisin YSL 24.1 §:n soveltamisalaan. Tämä tarkoittaa, että kärjäoikeudessa vireillä olevan konkurssihakemuksen käsittely lykätään normaaliin tapaan YSL 24.1 §:n perusteella. Ja jos kärjäoikeus hyväksyy palautetun saneeraushakemuksen, konkurssihakemus raukeaa.

Tilanne on monimutkaisempi, jos konkurssi on ehtinyt alkaa hovioikeuden palauttaessa asian. Palauttaminen ei nimittäin sellaisenaan vaikuttane konkurssin jatkumiseen; konkurssioikeutemme ei tunne (ulosotolle tyypillistä) *keskeyttämisinstituutiota*. Näin ollen konkurssi etenee normaaliin tapaan samalla, kun kärjäoikeus käsittelee palautettua saneeraushakemusta. Mutta jos kärjäoikeus hyväksyy saneeraushakemuksen, täytynee ilman nimenomaista säännöstäkin katsoa, että konkurssi raukeaa. Lopputulos ei ole mitenkään vieras oikeudellemme, koska konkurssin raukeaminen saneeraushakemuksen hyväksymisen johdosta on YSL 96.2 §:n perusteella olennainen osa voimassa olevaa muutoksenhakujärjestelmää. Se, että palautustilanteessa saneerausmenettely ei alakaan

Eräs mahdollisuus saattaisi olla, että yrityskonkurssit keskitettäisiin. Tällöin vain luonnollisten henkilöiden insolvenssimenettelyt, konkurssit ja velkajärjestelyt, jäisivät kaikkien kärjäoikeuksien toimivaltaan. Rajausperuste toisi kuitenkin mukanaan merkittäviä ongelmia etenkin henkilöyhtiöiden konkurseissa. Voisi käydä niin, että yhtiön konkurssi kuuluisi eri forumiin kuin yhtiömiehen, joka on asetettu konkurssiin joko samalla tai pian yhtiönsä konkurssin alkamisen jälkeen. Tämän estämiseksi toimivaltaperusteisiin olisi tehtävä poikkeus joko henkilöyhtiöiden tai yhtiömiesten kohdalla, mikä taas kokonaisuutena johtaisi tarpeettoman hajanaiseen konkurssiforumnormistoon.

¹⁶⁵ Ks. HE 79/1993 s. 32–33.

¹⁶⁶ Palauttamisen edellytyksistä ja 'toissijaisuudesta' ks. *Leppänen – Välimaa* s. 97.

muutoksenhakutuomioistuimen, vaan käräjäoikeuden päätöksellä, ei nähdäkseeni vaikuta itse raukeamisnormin hyväksyttävyyteen. YSL 96.2 §:a voidaan siis nähdäkseni soveltaa analogisesti käräjäoikeuden ratkaisuun, jolla palautettu saneeraushakemus hyväksytään.

YSL 96.2 §:n mukainen raukeamisseuraamus on riippumaton siitä, kuinka pitkälle konkurssihakemusta on ehditty käsitellä tai kuinka pitkälle konkurssi on edennyt saneerausmenettelyn aloittamispäätöksen hetkellä. Kirjallisuudessa on katsottu, että edes konkurssin tuomioistuinvaiheen päätyminen (KS:n aikana: konkurssituomion antaminen) ei estä saneeraushakemuksen hyväksymistä muutoksenhakutuomioistuimessa.¹⁶⁷ Perusteena kannalle on, että konkurssituomiolla ei ole oikeusvoimaa konkurssin ulkopuolella.¹⁶⁸ Kanta on teoriassa hyväksyttävissä, mutta käytännössä saneeraushakemusta koskevan muutoksenhaun käsittely ei tietenkään saa kestää niin kauan, että käräjäoikeudessa samanaikaisesti vireillä oleva konkurssi ehtii edetä päätökseensä (konkurssituomioon; uuden KonkL:n mukaiseen jakoluettelon vahvistamiseen). Muutoksenhakuvaiheessa tätä tavoitetta turvaa se, että HOA 14.1 §:n 4 kohdan mukaan saneeraus- ja konkurssiasiat käsitellään hovioikeudessa kiireellisinä.

Edellä 3. luvussa jo havaittiin, että käräjäoikeuden hylättyä saneeraushakemuksen, jätettyä ohjelman vahvistamatta tai keskeytettyä menettelyn velallinen kääntyy usein varsin pian hovioikeuden puoleen vaatien jo ennen valituksensa jättämistä tai viimeistään sen yhteydessä hovioikeudelta määräystä, jonka mukaan *saneerausmenettelyn oikeusvaikutukset* on määrättävä heti voimaan YSL 28.2 §:ssa tarkoitetun erityisen syyn perusteella. Vaatimus perustuu käsitykselle, että hovioikeudella ensinnäkin olisi YSL 28.2 §:n perusteella toimivalta tällaiseen määräykseen ja että näin voitaisiin todella estää konkurssihakemuksen vireillepano, enempi käsittely käräjäoikeudessa tai jopa keskeyttää jo alkanut konkurssi. Tällaista kompetenssia hovioikeuksilla ei, kuten aiemmin todettiin, ole.

Vaatimukset saneerausmenettelyn oikeusvaikutusten määräämisestä tai palauttamisesta voimaan eivät olekaan menestyneet.¹⁶⁹ Huomiota herättävä poikkeus on ratkaisu THO 10.7.2002/1986 (S 02/1660; lainvoimainen). Siinä saneerausvelallinen vaati, että hovioikeus määrää saneerausmenettelyn oikeusvaikutukset voimaan siihen saakka, kunnes päätös ohjelman vahvistamisesta tai

¹⁶⁷ Koskelo s. 114 alav. 5.

¹⁶⁸ Ibid.

¹⁶⁹ Ks. esim. VHO 30.10.1995/1670 (S 95/710; oikeusvaikutusten palauttamista koskeva vaatimus tulkittiin YSL 22 §:ään perustuvaksi väliaikaiskieltovaatimukseksi ja hylättiin), THO 6.6.1996/2195 (S 96/730; vaatimus saneerausmenettelyn oikeusvaikutusten voimaansaattamisesta YSL 28.2 §:n nojalla jätettiin tutkimatta, samoin kuin KS 113 §:n nojalla vaatimus konkurssin keskeyttämisestä) ja THO 18.3.1997/990 (S 97/94; vaatimus konkurssin keskeyttämisestä jäi tutkimatta KS 113 §:n perusteella).

menettelyn lakkaamisesta on saanut lainvoiman. Perusteluina velallinen esitti, että muussa tapauksessa yhtiö voidaan hakea konkurssiin ja valitus hovioikeudelle käy merkityksettömäksi. THO hyväksyi vaatimuksen yksimielisesti perusteluin, että ”Saneerausmenettelyn aloittamiseen liittyvien oikeusvaikutusten päättymisen johdosta on vaarana, että yhtiön toiminta tulisi päättymään ennen yhtiön saneerausohjelman hylkäämistä koskevan muutoksenhakemuksen käsitelyä. Näin ollen on olemassa erityinen syy määrätä menettelyn oikeusvaikutukset olemaan voimassa.”

Huomiota ei kiinnitä ainoastaan ratkaisun lopputulos, vaan – ja erityisesti – perustelujen ”ongelmattomuus”. Mitään pohdintaa siitä, onko hovioikeudella toimivalta tällaisen määräyksen antamiseen, ei ilmene. On ajateltavissa, että määräys annettiin soveltamalla laajentaen ja muutenkin erittäin rohkeasti yleistä periaatetta, jonka mukaan tuomion täytäntöönpano ei saisi johtaa muutoksenhaun hyödyttömyyteen (UL 3:3 L:ssa 792/1996 ja uusi UL 2:8). Näinhän itse vaatimusta tosiasiaa perusteltiin, ja hovioikeus otti ratkaisunsa perusteluiksi vaatimuksen perustelut sellaisinaan (lisäten kuitenkin, että yrityksen liiketoiminta oli muutoin vaarassa keskeytyä). Ratkaisussa sovelletuksi lainkohdaksi ilmoitetaan kuitenkin vain YSL 28.2 §. Tämän säännöksen perusteluista käy puolestaan yksiselitteisesti ilmi, että siinä tarkoitetun määräyksen saneerausmenettelyn oikeusvaikutusten jatkumisesta voi antaa vain se tuomioistuin, joka määrää menettelyn lakkaamaan (tai asettaa velallisen konkurssiin).¹⁷⁰ Oikeustila on myös aiemman hovioikeuskäytännön perusteella täysin kiistaton: kun saneerausmenettely on käräjäoikeuden määräyksellä lakannut, eikä käräjäoikeus ole määrännyt menettelyn oikeusvaikutuksia jatkumaan, hovioikeus ei voi määrätä niitä uudelleen voimaan.¹⁷¹ Hovioikeus voi antaa vain YSL 22 §:n mukaisen väliaikaisen maksu-, perintä- ja täytäntöönpanokiellon, joilla ei kuitenkaan ole vaikutusta konkurssihakemuksen tutkimiseen käräjäoikeudessa.

Voidaan toki aivan perustellusti kysyä, luottaako lainsäätäjät nykyään ehkä liikaakin hovioikeuksien kykyyn korjata riittävän ripeästi käräjäoikeuksien virheelliset päätökset ja näin estämään konkurssin etenemisen liian pitkälle, jotta muutoksenhaulla olisi vielä reaalista merkitystä. Ei ole mitenkään vaikea ajatella, että joissakin tilanteissa hovioikeudelle voitaisiin *de lege ferenda* säätää

¹⁷⁰ HE 182/1992 s. 81.

¹⁷¹ Jos tarkasteltavalle ratkaisulle yritetään löytää tukea voimassa olevasta oikeudesta, voidaan todeta, että YSL 28.2 §:n sanamuoto kattaa myös muutoksenhakutuomioistuimen (”jollei tuomioistuimien...määrää”). Tästä voitaisiin oikeuslähdeopillisesti edetä päätelmään, että lain sanamuoto syrjäyttää esityölausumat. Esitöistä kiistatta ilmenevää lainsäätäjän tarkoitusta tukee kuitenkin täysin vakiintunut, jo YSL:n voimassaolon alkuvuosilta periytyvä hovioikeuskäytäntö. Jos THO olisi ratkaisullaan todella halunnut kyseenalaistaa vallitsevan kannan, argumentoinnin olisi pitänyt olla erittäin vakuuttavaa. Nyt ratkaisua ei perustella itse asiassa mitenkään muutoin kuin toistamalla velallisen vaatimuksen perusteet.

toimivalta, jonka nojalla se voisi kieltää konkurssihakemuksen vireillepanon taikka jo vireillä olevan konkurssihakemuksen käsittelyn aloittamisen tai jatkamisen käräjäoikeudessa. Joskus tarvetta voisi olla jopa jo alkaneen konkurssin keskeyttämiseenkin. De lege lata hovioikeudella ei tällaisia mahdollisuuksia kuitenkaan ole. Tuomioistuimen asiallinen toimivalta on myös oikeudellisen sääntelyn kohteena niin keskeinen, ettei positiivisen oikeuden perusteella puuttuvaa toimivaltaa voida luoda pelkästään teleologisella tulkinnalla.¹⁷²

6.5.3 Konkurssin edellytykset saneerausmenettelyn aikana

6.5.3.1 Edellytysten kiristyminen

Saneerauslainsäädännön eräs keskeinen tavoite on estää velallista joutumasta konkurssiin ennen kuin yrityksen elvytysmahdollisuudet on tutkittu. Tavoitteen kannalta on johdonmukaista, että saneerausmenettelyn alkaminen johtaa välittömästi *konkurssin edellytysten kiristymiseen*. Toisaalta tällainen vaikutus voidaan myös kyseenalaistaa. Jos yritys todella on saneerauskelpoinen, on mahdollista väittää, ettei se tarvitse erityissuojaa konkurssia vastaan. Näin ainakin, jos saneerauslainsäädäntö toimii kuten sen pitäisi eli kannustaisi osapuolia ryhtymään toimenpiteisiin riittävän ajoissa. Kiistaton tosiasia silti on, että saneerauksen ja konkurssin edellytykset täyttyvät useinkin samanaikaisesti. Raja-tapauksissa tuomioistuin voitaneen myös saada vakuuttuneeksi kummasta tahansa, riippuen siitä, mitä näyttöä esitetään (ja *miten* sitä esitetään). Juuri näissä tilanteissa tarvitaan sääntelyä, joka turvaa saneerausmahdollisuuden selvittämisen konkurssin normaalien edellytysten täyttymisestä huolimatta.

Saneerausmenettelyn hakemisvaiheessa tavoitteeseen pyritään, kuten edellä on todettu, priorisoimalla saneeraushakemus niin, ettei konkurssihakemukseen oteta kantaa ennen kuin saneeraushakemus on ratkaistu. Konkurssin edellytykset voitaisiin periaatteessa jättää vaille kannanottoa myös saneerausmenettelyn aikana siihen saakka, kunnes nähdään, onnistuuko saneeraus vai ei. Meillä voimassa oleva järjestelmä, jossa konkurssin kiristetyt edellytykset voidaan

¹⁷² Voimassa oleva oikeus siis jättää muutoksenhaun reaalisen merkityksen turvaamisen saneerausasioita käsitteleville käräjäoikeuksille. Käräjäoikeuden on toisin sanoen itse huolehdittava siitä, että sen ratkaisusta tehtävällä valituksella voidaan saada todellista oikeussuojaa. Tästä syystä saneerausmenettelyn oikeusvaikutusten jatkumismääräyksen kynnystä ei pidä käräjäoikeuksissa asettaa kovin korkealle, vaikka YSL 28.2 §:n sanamuoto voidaan ehkä ymmärtää toisinkin. ”Erityinen syy” voinee useinkin täytyä jo siksi, että lakkaamispäätöksen perusteet eivät ole täysin ilmeisiä. Matalahko kynnys oikeusvaikutusten pysyttämiseen on perusteltu myös ehjän menettelykokonaisuuden kannalta; periodi, jossa saneerausmenettelyn ja konkurssin oikeusvaikutukset vuorottelevat lyhyen ajan sisällä, on omiaan aiheuttamaan sekaannusta sekä velallisen että velkojen oikeuksista ja toimintamahdollisuuksista.

aina saattaa tutkittaviksi menettelyn aikana, on kuitenkin täytäntöönpanointressin kannalta turvaavampi. Järjestelmä takaa, että *konkurssin uhka on voimassa myös saneerausmenettelyn aikana*. Ruotsissa normiston rakenne on toinen mahdollistaen nimenomaan sen, että saneerausmenettelyn aikana konkurssin edellytyksiin ei oteta kantaa. Saneerausmenettelyn aikana tehty konkurssihakemus jätetään lepäämään (förklarar vilande) *menettelyn päättymiseen saakka*. Edellytyksenä tosin on, että velallinen vaatii tätä (konkurslag 2:10a.1). Lepäämäänjättämisvaatimukseen ei estä hakemuksen tutkimista eikä konkurssiin asettamista, jos hakijavelkoja osoittaa oikeutensa olevan erityisessä vaarassa (konkurslag 2:10a.2).¹⁷³

Konkurssin erityisedellytykset YSL:ssa koskevat osin velkojaa konkurssin hakijana, osin velallista itseään. Kaikkiaan konkurssi on saneerausmenettelyn aikana mahdollinen kolmessa tapauksessa. *Velkojan* hakemus voidaan YSL 24.3 §:n mukaan hyväksyä, jos 1) velallinen oli menettelyn alkaessa maksukyvytön ja olosuhteet ovat sellaiset kuin 7.1 §:n 1 kohdassa mainitaan (maksukyvyttömyyttä ei saneerausohjelman avulla voida poistaa tai sen uusiutumista torjua muuten kuin lyhytaikaisesti) *tai* 2) velallinen on laiminlyönyt menettelyn alkamisen jälkeen syntyneen velan. Edellistä kriteeriä kutsutaan vakiintuneesti syväksi maksukyvyttömyydeksi, jälkimmäinen taas muodostaa osan uusien velkojen erityissuojasta. Saneerausvelallinen voidaan asettaa konkurssiin 3) *omasta hakemuksestaan*, jos selvittäjä antaa tähän suostumuksensa (YSL 29.2 § 8 kohta).

6.5.3.2 *Velkoja-aloitteisen konkurssin edellytykset saneerausvelan perusteella*

a) *Edellytysten rajoista ja soveltamisalasta*. Velkoja-aloitteisen konkurssin edellytykset on säännelty YSL 24.3 §:ssa tyhjentävästi. Muilla perusteilla velkoja ei saneerausmenettelyn aikana voi saada konkurssihakemustaan hyväksytyksi *saneerausvelan perusteella*.¹⁷⁴ Erityisesti on huomattava, että maksukieltopoikkeukset eivät laajenna konkurssin edellytyksiä; *poikkeusvelan laiminlyönti johtaa konkurssiin vain, jos syvän maksukyvyttömyyden edellytys täyttyy*. Esimerkiksi velallisen sopimuskumppani, jolla on YSL 27.2 §:n mukainen oikeus saada maksu tavanomaisesta suorituksestaan, ei ole konkurssin hakijana edullisemmassa asemassa kuin velkojat, joiden saatavat kuuluvat maksukiellon piiriin.

Konkurssin erityisedellytyksiä sovelletaan YSL 24.3 §:n mukaan ”menettelyn alettua”. Määritelmä on täsmälleen sama kuin maksu- ja vakuudenasetta-

¹⁷³ Ks. *Hellners – Mellqvist* s. 81, jossa todetaan, että ilman velallisen nimenomaista lepäämäänjättämisvaatimusta velkojan konkurssihakemus tutkitaan tavanomaisin edellytyksin.

¹⁷⁴ Ks. *Koskelo* s. 116.

miskiellon sekä perintäkiellon ajallisessa soveltamisalassa. Näin myös YSL 28 §:n 1 ja 2 momentin säännökset koskevat konkurssin erityisedellytysten voimassaoloa; muutoksenhaku saneerausmenettelyn aloittamispäätökseen *ei palautu konkurssin edellytyksiä ennalleen*. Normaali-edellytykset palautuvat vasta, jos aloittamispäätös kumotaan ja tämä ratkaisu saa lainvoiman taikka jos muutoksenhakutuomioistuimien määrää saneerausmenettelyn oikeusvaikutukset lakkaamaan jo tätä ennen.¹⁷⁵

b) Syvä maksukyvyttömyys ja taannehtiva maksukyvyttömyisedellytys. Korjauskelvoton eli syvä maksukyvyttömyys vakiintui suomalaiseen insolvenssioikeudelliseen terminologiaan 1990-luvun aikana. Sillä tarkoitetaan taloudellista tilaa, jossa velallinen on maksukyvytön ja on todennäköistä, että tätä ei saneerausohjelman avulla voida poistaa tai että sen uusiutumista ei voida torjua muuten kuin lyhytaikaisesti.¹⁷⁶ Määritelmä sisältyy saneerausmenettelyn este- ja keskeyttämisperusteita koskevaan YSL 7 §:ään (1 momentti 1 kohta), johon taas viitataan konkurssin edellytyksiä koskevassa YSL 24.3 §:ssa. Yrityksen syvä insolvenssitila voi siis tulla tutkittavaksi kolmessa eri vaiheessa: 1) saneerauksen aloittamisen esteenä, 2) menettelyn keskeyttämisperusteena ja 3) menettelyn aikana tehtävän konkurssihakemuksen perusteena.

Syvää maksukyvyttömyyttä koskevan normiston juuret ovat yhdysvaltalaisessa ”feasibility-test” -doktiirinnissa. Yhteistä on, että YSL 7.1 §:n 1 kohdan rekvisiitta vastaa pitkälti BC 1129(a)(11) §:ssä säädettyä tunnusmerkistöä. Erona on, että yhdysvaltalainen normi on ohjelman vahvistamisen kriteeri, suomalainen taas menettelyn aloittamisen este, keskeyttämisperuste ja menettelynaikaisen konkurssin edellytys. BC:n mukainen feasibility test (”toteutumiskelpoisuustesti”) sisältää vaatimuksen, että ohjelma on jätettävä vahvistamatta, jos velallinen todennäköisesti joutuisi vahvistamisen jälkeen uuteen saneeraukseen tai likvidaatiokonkurssiin. Vaikkei kriteeristö olekaan täysin yhtenevä, pitkälti samat seikat vaikuttanevat sekä yhdysvaltalaisen että suomalaisen normin soveltuvuuteen.¹⁷⁷

¹⁷⁵ Konkurssin erityisedellytysten ajallisesta soveltamisalasta näin myös *Koskela* s. 116.

¹⁷⁶ Ks. esim. *Koulu* Pääpiirteet s. 103.

¹⁷⁷ Feasibility-kriteeristä ks. *Warren – Bussell* s. 697–702 ja siinä selostettu ratkaisu *In re Orfa Corp. of Philadelphia* (United States Bankruptcy Court, E.D. Pennsylvania, 1991. 129 B.R. 404), jossa ohjelmaa pidettiin toteutumiskelpoisena mm. siksi, että sen kannattajilla oli vahva intressi jatkaa yhteistoimintaa velallisen kanssa ohjelman vahvistamisen jälkeen. Vaikka syvää maksukyvyttömyyttä ei meillä ole säädetty nimenomaisesti ohjelman vahvistamisen esteeksi, sama argumentti lienee epäilyksittä relevantti myös meikäläisessä vahvistamisharkinnassa. Säädettyistä vahvistamisen esteistä syvää maksukyvyttömyyttä lähinnä lienee YSL 53.1 §:n 2 kohta, jonka mukaan ohjelmaa ei voida vahvistaa, jos on perusteltuja syitä olettaa, ettei sen toteutumiselle ole edellytyksiä.

Konkurssin edellytys täytyy YSL 24.3 §:n mukaan, jos velallinen oli jo menettelyn alkaessa maksukyvytön ja konkurssihakemuksen tutkinnan yhteydessä saatetaan todennäköiseksi, että maksukyvyttömyys on korjauskelvotonta. Selvyyden vuoksi on korostettava, että konkurssin edellytys täyttyy sekä silloin, kun syvä maksukyvyttömyys vallitsi jo saneerausmenettelyn alkaessa että silloin, kun insolvenssi on pahentunut korjauskelvottomaksi vasta menettelyn aikana.¹⁷⁸ Sen sijaan vaikuttaa melko epäselvältä, miksi YSL 24.3 §:ssa on 'taannehtiva' maksukyvyttömyysedellytys, ts. miksi velallisen on oltava maksukyvytön jo menettelyn alkaessa. Säännös voi johtaa varsin erikoiseen lopputulokseen. Jos yritys ei menettelyn alkaessa ollut maksukyvytön, konkurssin edellytykset jäävät säännöksen mukaan täyttymättä, *vaikka korjauskelvoton insolvenssitila olisi sittemmin kiistatta toteutunut*. Jotta konkurssi olisi näissä tilanteissa mahdollinen, syvään maksukyvyttömyyteen on ensin vedottava menettelyn keskeytysperusteena (YSL 7.1 § 1 kohta ja 7.2 §). Menettelyn lakkaamisen jälkeen velallinen voidaan jälleen asettaa konkurssiin tavanomaisin edellytyksin.

Mitä tarkoitusta taannehtiva insolvenssiedellytys palvelee? Saneerausmenettelyähän ei pidä jatkaa, jos yritys on korjauskelvottomasti maksukyvytön. On vaikea nähdä, miksi konkurssin edellytykseksi pitäisi asettaa maksukyvyttömyys *jossain aiemmassa vaiheessa* – sääntönä pitäisi olla mieluummin, että syvä maksukyvyttömyys riittää konkurssihakemuksen hyväksymiseen ilman lisäedellytyksiä (varsinkaan menneisyyteen suuntautuvia).

Saneerausmenettelyn keskeytysperusteena syvä maksukyvyttömyys on aina käytettävissä ilman menneisyyteen suuntautuvaa tutkintaa. On huomattavan epäjohdonmukaista, että konkurssihakemus on eri asemassa. Normille ei ole löydettävissä myöskään painavaa oikeussuoja-argumenttia. Päinvastoin, maksukyvyttömyyden taannehtiva osoittaminen lienee yleensä vaikeaa ja kallista, eikä lisää minkään osapuolen oikeussuojaa. De lege lata lieneekin prosessi-ekonomisesti järkevintä vedota ensin syvään maksukyvyttömyyteen menettelyn keskeyttämisperusteena ja mahdollisimman pian tämän jälkeen hakea yritys konkurssiin tavanomaisin edellytyksin.¹⁷⁹ Tällöin ei jouduta vaikeisiin näyttöpulmiin siitä, oliko yritys tiettyinä historiallisena hetkenä – saneerausmenettelyn alkaessa – maksukyvytön vai ei. Rationaalista perustetta tällaiselle kaksivaiheiselle menettelylle on kuitenkin miltei mahdotonta löytää. Hakijavelkoja joutuu lisäksi operoimaan hakemuksineen kahdessa tuomioistuimessa, mikäli

¹⁷⁸ Näin siitä huolimatta, että YSL 24.3 §:n perustelut voidaan haluttaessa ymmärtää toisinkin, ks. HE 182/1992 s. 78.

¹⁷⁹ Ratkaisun KouHO 21.3.2002/309 (S 01/1349) taustalla näyttää olevan juuri tällainen menettely, tosin siten modifioituna, että saneerausmenettely määrättiin lakkaamaan, koska oli todennäköistä, ettei toteutumiskelpoista saneerausohjelmaa saataisi aikaan tai ainakaan vahvistettua.

saneeraustuomioistuin ei samalla ole velallisen konkurssiforum.¹⁸⁰ Painavat systemaattiset ja reaaliset argumentit puoltaisivat normia, jonka mukaan korjauskelvottomasti maksukyvytön yritys voitaisiin asettaa konkurssiin saneerausmenettelyn aikana *riippumatta siitä, oliko yritys menettelyn alkaessa maksukyvytön vai ei*. Lain sanamuoto on kuitenkin niin selvä, ettei sitä voida sivuuttaa vakuuttavilakaan reaalisilla argumenteilla. Tästä syystä on tyydyttävä ehdottamaan de lege ferenda, että taannehtiva maksukyvyttömyysedellytys poistettaisiin laista.

Taannehtiva maksukyvyttömyysedellytys ei nykymuodossakaan tarkoita, että saneerausmenettely olisi pitänyt aloittaa maksukyvyttömyyden perusteella. YSL 24.3 §:ssa vaaditaan vain, että velallinen *oli* menettelyn alkaessa maksukyvytön, olipa menettely aloitettu millä perusteella tahansa. Konkurssihakemus voidaan siis hyväksyä, vaikka saneerausmenettely olisi aikanaan aloitettu uhkaavan maksukyvyttömyyden tai yhteishakemuksen perusteella. Saneerauslakemuksen hyväksymispäätös ei sido tuomioistuinta, joka tutkii insolvenssiväitettä myöhemmän konkurssihakemuksen johdosta. Oikeusvoimaoppien perusteella sitovuus kaatuu jo siihen, että hakemuksissa vaaditaan eri oikeusseurauksia ja maksukyvyttömyys on vain vaaditun oikeusseurauksen peruste, jota ei vahvisteta sitovasti muihin oikeusseurauksiin nähden.¹⁸¹ Saneeraushakemuksen hyväksymispäätöksen todistusvaikutuskin riippuu pitkälti siitä, miten velallinen on suhtautunut insolvenssiväitteeseen. Velallisen vastustus johtaa periaatteessa täystutkintaan ja siten todistusvaikutukseltaan 'normaaliin' ratkaisuun; insolvenssiväitteen myöntäminen puolestaan keventää tutkintaa ja samalla luonnollisesti heikentää ratkaisun todistusvaikutusta myöhemmissä oikeudenkäynneissä.¹⁸² Oli todistusvaikutus yksittäistapauksessa mikä tahansa, YSL 24.3 §:iin perustuvan konkurssihakemuksen yhteydessä on tutkittava, oliko velallinen saneerausmenettelyn alkaessa maksukyvytön vai ei.¹⁸³

¹⁸⁰ Näin tapahtui äsken viitatussa KouHO:n ratkaisussa. Keskeytysmääräys annettiin 9.11.2001 Lahden kärjäoikeudessa, jonka jälkeen velallista oli haettava konkurssiin Kouvolan kärjäoikeudessa, joka hyväksyi hakemuksen 13.12.2001 normaalilla maksukyvyttömyysedellytyksellä (KS 6.1 § f kohta). Keskeytysvaatimuksen esitti selvittäjä, joten velkojan ei tässä tapauksessa tarvinnut itse asioida kahdessa kärjäoikeudessa.

¹⁸¹ Tästä klassisesta säännöstä *Lappalainen II* s. 432.

¹⁸² Ks. HE 182/1992 s. 66. Ks. myös *Koulu* Aloittaminen s. 249–251 ja 254–255.

¹⁸³ Jos haluttaisiin, että konkurssituomioistuin voisi (ja sen pitäisi) nojautua saneerausmenettelyn aloittamisperusteeksi vahvistettuun maksukyvyttömyyteen, tästä olisi oltava laissa erityissäännös. Tämän sisältöinen säännös on MKA 27 artiklassa, mutta se koskee vain sekundäärimenettelyn aloittamisperustetta; ks. *Koulu* Konkurssi EU:ssa s. 209 ja *Mellqvist* s. 124–127 (Mellqvist toteaa aivan oikein, että maksukyvyttömyyden tutkimiskielto korostaa sekundäärimenettelyn alisteisuutta päämenettelylle). – YSL 24.3 §:n soveltamisessa konkurssituomioistuin toki voi useimmiten todeta saneerausmenettelyn alkaessa vallinneen maksukyvyttömyyden vain viittaamalla samoihin seikkoihin ja päätelmiin (etenkin tilintarkastajan lausuntoon), joiden perusteella saneeraushakemus on aikanaan hyväksytty. Systemaattisesti on silti tärkeää, että saneerausmenettelyn aloittamispäätöstä ei käsitellä konkurssituomioistuinta sitovana; tällä on käytännössäkin merkitystä silloin, kun menettelyn alussa voinut maksukyvyttömyys kiistetään myöhemmän konkurssihakemuksen yhteydessä.

Velallisen maksukykyä ja sen korjauskelpoisuutta on konkurssihakemuksen yhteydessä kuitenkin arvioitava siinä mielessä samoin kuin saneerausmenettelyn aloittamisharkinnassa, että *maksu- ja perintäkiellon alaiset velvoitteet otetaan velkoina huomioon*. Muussa tapauksessa saneerausvelalliset olisivat miltei poikkeuksetta maksukykyisiä, mikä johtaisi siihen, että konkurssin mahdollisuus katoaisi kokonaan. Sen sijaan on aihetta kysyä, otetaanko syvän maksukyvyttömyyden arvioinnissa huomioon uudet, saneerausmenettelyn aikana syntyneet velat. Maksukyvyttömyyden korjauskelpoisuushan määräytyy YSL 7.1 §:n 1 kohdan mukaan sillä perusteella, onko todennäköistä, että maksukyvyttömyys voidaan saneerausohjelman avulla poistaa (tai ainakin estää uusiutumasta muuten kuin lyhytaikaisesti). Saneerauksen ydinkysymys on juuri, kykeneekö velallinen selviytymään ohjelman avulla *saneerausveloistaan*; ohjelmalla ei voida vaikuttaa uusiin velkoihin. Tällä perusteella olisi mahdollista katsoa, että myös YSL 24.3 §:n täyttymistä arvioitaessa tarkasteltaisiin ainoastaan saneerausvelkoja eli velallisen kykyä selvittää niistä saneerausohjelman avulla.

Tätä sinänsä johdonmukaista ajatuksenkulkua vastaan on kuitenkin esitettävä painavia systemaattisia ja reaalisia argumentteja. Ensinnäkin velallisen edellytetään selviytyvän uusista veloistaan täysimääräisesti, kuten YSL 7.1 §:n 3 kohdassa säädetään. Toiseksi konkurssin mahdollisuus saneerausmenettelyn aikana suojaa velkojia nimenomaan siltä, että velallisen maksukyky heikkenee saneerausmenettelyn kuluessa. Sillä, johtuuko maksukyvyyn heikkeneminen uusien velkojen määrästä vai jostain (mistä tahansa) muusta, ei pitäisi olla merkitystä konkurssin edellytysten täyttymiselle. Saneerausvelallinen on asetettava konkurssiin, jos se on muutoin kuin tilapäisesti kykenemätön maksamaan erääntyviä velkojaan, eikä tätä tilaa todennäköisesti¹⁸⁴ voida korjata saneerausohjelman avulla. Näillä perusteilla tässä tutkimuksessa katsotaan, että YSL 24.3 §:n mukaista konkurssin edellytystä arvioitaessa *otetaan huomioon myös menettelyn aikana syntyneet velat*.

6.5.3.3 Uuden velan laiminlyöntiin perustuva konkurssihakemus

a) *Konkurssin yleisten edellytysten tulkintaperusteista saneerausmenettelyn aikana*. Juuri tarkasteltu syvä maksukyvyttömyys koskee konkurssihakemusta, jonka perusteena on saneerausvelka. Saneerausvelka voidaan siten asettaa konkurssihakemuksen perusteeksi, kunhan hakemuksessa vedotaan menettelyn alkaessa vallinneeseen maksukyvyttömyyteen ja siihen, että insolvenssia ei todennäköisesti voida korjata saneerausohjelman avulla. Uusia, menettelyn aika-

¹⁸⁴ YSL 24.3 §:n mukaan olosuhteiden on oltava sellaiset kuin 7.1 §:n 1 kohdassa mainitaan. Konkurssinkin edellytyksenä on siten (vain) *todennäköisyys* siitä, että saneerausohjelma ei poista maksukyvyttömyyttä.

na syntyviä velkoja koskee oma konkurssiperusteensa. YSL 24.3 §:n mukaan velallinen voidaan asettaa konkurssiin, jos hakemuksen perusteena on menettelyn alkamisen jälkeen syntyneen velan laiminlyönti.

Säännöksen sanamuoto on niukka, eikä ilmaise läheskään kaikkea – ei välttämättä edes olennaisinta – konkurssin edellytyksistä. Esitöistä ilmeneekin selvästi, että säännös ei ole varsinainen konkurssinedellytysnormi. Uuden velan laiminlyönti ei nimittäin sellaisenaan johda konkurssiin, vaan *konkurssin yleisten edellytysten tutkimiseen*.¹⁸⁵

Uuden velan laiminlyöntitilanteissa konkurssin edellytykset eivät siis käy ilmi YSL 24.3 §:sta, eivätkä muualtakaan kirjoitetusta laista. Konkurssin yleisten edellytysten soveltaminen joudutaan päättelemään säännöksen rakenteesta, joka ilmaisee ensin saneerausvelkoja koskevat erityisedellytykset, joista sitten voidaan päätellä e contrario, että uusiin velkoihin sovelletaan yleisiä edellytyksiä. Tukea päätelmälle saadaan perintäkiellon ulottuvuudesta sekä säännöksen yksityiskohtaisista perusteluista. Vaikka vakavaa väärinkäsityksen uhkaa ei olekaan, säännös voisi olla avoimempi. Konkurssin edellytykset ovat siinä määrin merkittävä oikeudellisen sääntelyn kohde, että niitä ei pidä jättää tulkinnanvaraisiksi ainakaan silloin, kun epäselvyys on mahdollista poistaa kohtuullisin lainsäädäntötoimin. Varsinkaan konkurssin keskeiset edellytykset eivät ole esitöissä ratkaistava asia. Kaikkia tulkintamahdollisuuksia yksityiskohtineen ei tietenkään voida kattaa säännöksiin, mutta esimerkiksi juuri yleisten ja erityisten edellytysten soveltamisala kuuluu mieluummin lakitekstiin kuin perusteluihin. YSL 24.3 §:ssa voisikin olla lyhyt maininta, että kun hakemus perustuu uuden velan laiminlyöntiin, velallinen voidaan asettaa konkurssiin yleisten edellytysten perusteella.¹⁸⁶

Perustelujen viittaus konkurssin yleisiin edellytyksiin tarkoittaa ensinnäkin, että konkurssihakemuksen hyväksyttävyyys ratkeaa KonkL:ssa, erityisesti KonkL 2 luvussa, säädettyjen edellytysten perusteella. Toiseksi hakemuksen hyväksyttävyyteen vaikuttaa kaikki se tulkintamateriaali, joka konkurssin edellytysten ympärille on kertynyt. Tämä koskee myös KS:n aikaista materiaalia siltä osin kuin tarkasteltava kysymys on relevantti myös uuden lain aikana.

Oikeuslähteiden määräytyminen (KonkL ja KS esitöineen sekä muine tulkinta-aineistoinen) ei sinänsä ole ongelmallista. Epäselvempää ja lainopillisesti kiinnostavampaa on, millä tavoin saneerausmenettelyn vireilläolo ja moderni insolvenssioikeus kokonaisuutena ehkä vaikuttavat konkurssin edellytysten tulkintaan *saneerausmenettelyn aikana*. Peruskysymys on, tulkitaanko kon-

¹⁸⁵ HE 182/1992 s. 78.

¹⁸⁶ YSL 24.3 §:n puolustukseksi voidaan todeta, että samankaltainen ongelma – konkurssin edellytysten päätelmänvaraisuus – koskee Ruotsissa konkurslagen 2 luvun 10a §:ää. Jos velallinen ei vaadi konkurssihakemuksen lepäämäänjättämistä, hakemus voidaan hyväksyä tavanomaisin edellytyksin. Tällöin ei siis vaadita, että säännöksen 2 momentin erityisedellytys täyttyy; ks. *Hellners – Mellqvist* s. 81. Tämä ei käy selvästi ilmi lakitekstistä.

kurssin edellytyksiä saneerausmenettelyn aikana toisin kuin sen ulkopuolella. Onko saneerausmenettelyn aikana voimassa vaikkapa jonkinlainen *kiristetyn tulkinnan periaate*? Tätä voitaisiin perustella sillä, että konkurssin edellytysten kiristäminen on muutoinkin keskeinen saneerausintressin priorisointikeino. Toisaalta ajateltavissa on myös päinvastainen *väljemmän tulkinnan periaate*. Tämä tarkoittaisi, että koska uusien velkojen suorittamista pyritään saneerauslainsäädännöllä erityisesti turvaamaan, myös konkurssin edellytysten on oltava niiden osalta tavanomaista väljemmät. Kolmas vaihtoehto on jättää moderni järjestelmä kokonaan vaille merkitystä konkurssin edellytysten tulkinnassa.

Tulkintaperiaatteen valinnassa on nähdäkseni annettava painoa erityisesti sille, että uusien velkojen suoritusvelvollisuus on eräs saneerausvelallisen merkittävimmistä velvoitteista. Kyvyttömyys selviytyä uusista veloista on sekä menettelyn este että sen keskeyttämisperuste (YSL 7.1 § 3 kohta ja 7.2 §). Laissa (YSL 24.3 §:ssa) on myös nimenomaisesti säädetty, että uuden velan laiminlyönti voi johtaa konkurssiin saneerausmenettelyn aikana ilman niitä erityisedellytyksiä, jotka koskevat saneerausvelkoja. Nämä seikat tukevat mieluummin konkurssin edellytysten väljempää kuin tiukempaa tulkintaa. Konkurssin edellytysten kiristyminen on kylläkin modernin järjestelmän olennainen osa, mutta se koskee vain saneerausvelkoja; uudet velat jäävät tämän(kin) vaikutuksen ulkopuolelle. Näillä perusteilla tässä tutkimuksessa katsotaankin, että hakemuksen perustuessa uuden velan laiminlyöntiin konkurssin edellytyksiä ei tule tulkita ainakaan tavanomaista tiukemmin. Myös menettelykustannusten minimointi vaatii, että konkurssiin voidaan siirtyä uuden velan laiminlyönnin seurauksena vähintään samoilla edellytyksillä, joilla konkurssi oli mahdollinen ennen saneerausmenettelyä. Uusien velkojen laiminlyöntiä voidaan yleensä pitää osoituksena siitä, että saneeraus ei tule onnistumaan. Normaali-tulkintaa tai jopa jossain määrin väljempää tulkintaa tukee sekin, että velallisen käytettävissä olevien likvidien varojen määrä on maksu- ja perintäkiellon ansiosta huomattavasti suurempi kuin ennen menettelyn alkamista, ja nämä varat ovat käytettävissä uusien velkojen maksamiseen. Jos niitä jää tästä huolimatta maksamatta, yritys kuulunee yleensä mieluummin konkurssiin kuin saneeraukseen. Jos tulkintaperiaate halutaan tiivistää lyhyeksi ohjenuoraksi, se voisi kuulua siten, että konkurssin yleisiä edellytyksiä on saneerausmenettelyn aikana tulkittava samoin kuin menettelyn ulkopuolella ottaen erityisesti huomioon, että uuden velan laiminlyönti kyseenalaistaa vakavasti koko saneerausmenettelyn mielekkyyden.

b) Maksukyvyttömyys ja saneerausvelallisen disponointi konkurssihakemuksesta. Konkurssiin asettamisen yleisenä edellytyksenä on KonkL 2:1:n mukaan velallisen maksukyvyttömyys. Säännöksen toiseen momenttiin otetun vakiintuneen legaalimääritelmän mukaan maksukyvyttömyydellä tarkoitetaan sitä, että velallinen on muuten kuin tilapäisesti kykenemätön maksamaan velkojaan niiden

erääntyessä. Samoilla perusteilla kuin yllä on todettu syvän maksukyvyttömyyden yhteydessä, myös 'tavallista' maksukyvyttömyyttä arvioitaessa on saneerausvelallisen velkoina otettava huomioon sekä legaalisen maksunlakkautuksen (maksu- ja perintäkiellon) alaiset velat että uudet velat.

KonkL 2:3:ssä säädetään tosiseikoista, joiden vallitessa velallista on pidettävä maksukyvyttömänä. Heti ensimmäisen momentin mukainen oletama näyttää väistyvän tai ainakin muotoutuvan uudelleen saneerausmenettelyn johdosta. Säännöksen mukaan konkurssihakemus voidaan hyväksyä, jos velallinen ilmoittaa olevansa maksukyvytön, jollei ilmene erityisiä syitä olla hyväksymättä velallisen ilmoitusta. Säännöksellä on kaksoismerkitys siinä mielessä, että se yhtäältä osoittaa velallisen disponoinnin sitovan tuomioistuinta. Toisaalta erityinen syy purkaa sitovuuden; tuomioistuimen on tutkittava maksukyvyttömyysväite velallisen ilmoituksesta huolimatta.¹⁸⁷

Saneerausmenettelyn aikana KonkL 2:3.1:n mukaista oletamaa ei voitane soveltaa ainakaan samassa laajuudessa kuin menettelyn ulkopuolella. Muutoin päädyttäisiin tosiasiassa samaan lopputulokseen kuin jos velallinen olisi itse hakenut konkurssia saneerausmenettelyn aikana. Tämä taas olisi vastoin YSL 29.2 §:n 8 kohtaa, jonka mukaan saneerausvelallinen tarvitsee selvittäjän luvan voidakseen luovuttaa omaisuutensa konkurssiin. Vaikka YSL 29.2 §:n 8 kohta koskee nimenomaisesti velallisen asiavaltuutta oman konkurssihakemuksen tekemiseen,¹⁸⁸ olisi selvästi lainsäätäjän tarkoituksen vastaista, jos saneerausvelallisen disponointi velkojan konkurssihakemuksesta johtaisi hakemuksen hyväksymiseen ilman selvittäjän suostumusta. YSL:n tarkoituksena on estää juuri se, että velallinen saisi omalla disponoinnillaan aikaan konkurssihakemuksen hyväksymisen. On siten perusteltua katsoa, että *saneerausvelallinen ei saa antaa ilmoitusta maksukyvyttömyydestään ilman selvittäjän lupaa*, eikä ilmeisesti muutoinkaan myötäillä velkojan konkurssihakemusta tavalla, joka määräämisperiaatteen nojalla yleensä sitoisi konkurssituomioistuinta. Tässä tutkimuksessa suositellaankin, että *YSL 29.2 §:n 8 kohtaa sovelletaan analogisesti* saneerausvelallisen maksukyvyttömyysilmoitukseen ja muuhunkin sellaiseen disponointiin velkojan konkurssihakemuksesta, joka myötäilee hakemusta ja määräämisperiaatteen nojalla normaalisti sitoisi tuomioistuinta. Tulkinnan mukaan velallinen tarvitsee selvittäjän suostumuksen esimerkiksi itselleen vastaisen tosiseikan tunnustamiseen. Velkojan konkurssihakemus voidaan tämän

¹⁸⁷ Säännös toi Suomen oikeuteen sen uutuuden, että konkurssihakemuksen oikeaksi myöntäminen ei enää sido tuomioistuinta. Ks. HE 26/2003 s. 40–41. Säännös vastaa Ruotsin konkurssilagen 2:7:ää, josta ks. *Welamson* Konkurs s. 26–27 ja 33 sekä *Heuman* 172–173. Aiemmin konkurssihakemuksen myöntämisen katsottiin meillä poikkeuksesta sitovan tuomioistuinta, ks. *Havansi* Konkurssioikeus s. 80–81 ja *Lager* LM 1986 s. 751–754. Mahdollisesti toisin *Granfelt* s. 20–21, jossa esitettyä kantaa ei havaintojeni mukaan ole myöhemmässä kirjallisuudessa käsitelty.

¹⁸⁸ HE 182/1992 s. 82.

mukaan hyväksyä vain, jos velallisella on tällaiseen disponointiin joko selvittäjän etukäteinen suostumus tai jos selvittäjä disponoi asiasta samalla tavoin.¹⁸⁹ Tuomioistuimen on tutkittava selvittäjän kanta viran puolesta; asiavaltuushan on ehdoton prosessinedellytys jo prosessioikeuden yleisten periaatteiden nojalla.¹⁹⁰

6.5.3.4 *Velallisen oma konkurssihakemus ja selvittäjän suostumusharkinta*

Perinteisesti velallinen on voinut hakeutua konkurssiin ilman minkäänlaista edellytysharkintaa. Uusi konkurssilaki on tuonut tähän sen äsken todetun muutoksen, että tuomioistuin voi jättää hyväksymättä velallisen ilmoituksen maksukyvyttömydestään, jos tähän on erityisiä syitä (KonkL 2:3.1). Jo ennen uutta KonkL:a oikeutemme oli hyväksytty yllä todettu sääntö, jonka mukaan *saneerausmenettely rajoittaa velallisen oikeutta hakeutua konkurssiin*. YSL 29.2 §:n 8 kohdan mukaan velallinen ei saneerausmenettelyn aikana saa luovuttaa omaisuuttaan konkurssiin ilman selvittäjän suostumusta. Selvittäjän suostumus asetetaan esitöissä velallisen asialegitimaation edellytykseksi, jonka täytyminen tuomioistuimen on tutkittava viran puolesta.¹⁹¹ Suostumuksen puuttuminen on ensi vaiheessa pyrittävä korjaamaan tiedustelemalla selvittäjältä, suostuuko tämä velallisen hakemukseen. Jos selvittäjä ei ole antanut suostumustaan eikä anna sitä tiedustelun jälkeenkään, velallisen konkurssihakemus on jätettävä tutkimatta.¹⁹²

Tilanne, jossa velallinen haluaisi itse hakeutua konkurssiin selvittäjän vastustaessa, voi vaikuttaa ensi näkemältä hieman elämänvieraalta. Saneerauksen onnistuminen edellyttää tosiasiallisesti velalliselta saneerausvalmiutta ja -tahtoa, joiden puuttumista oma konkurssihakemus voimakkaasti indikoi; selvittäjän vastustuskaan tuskin sellaisenaan muuttaa velallisen asennetta saneerausmyönteisemmäksi. Tilanne voi kuitenkin olla toinen silloin, kun velallisyhtiön sisäinen kannanmuodostus on ristiriitaista.¹⁹³ Tällainen asetelma voi toteutua

¹⁸⁹ Velallisen ja selvittäjän välinen näkemysero ratkeaa siten jälkimmäisen hyväksi. Kuinka pitkälle selvittäjän etusija konkurssihakemusta koskevilla disponoinneissa ulottuu, on laaja kysymys. Tässä yhteydessä voidaan todeta vain, että viime kädessä selvittäjä voinee YSL 31.1 §:n nojalla siirtää asiaa koskevan puhevallan itselleen, ts. edustaa velallista konkurssihakemuksen käsittelyssä. Näin hän pääsee määrittelemään hakemuksesta velallisen puolesta. Se, mitä velallinen ehkä on asiassa aiemmin lausunut, jää huomioitavaksi osana vapaata todistusharkintaa.

¹⁹⁰ YSL:n kompetenssinrajoituksia on pidettävä erityissäännönsinä velallisen muutoin vapaaseen disponointivaltaan nähden. Lex specialis -säännön nojalla täytyykin katsoa, että selvittäjän suostumus maksukyvyttömyysilmoitukseen vaaditaan silloinkin, kun tuomioistuin ei katso olevan mitään muuta KonkL 2:3.1:ssä tarkoitettua syytä torjua velallisen ilmoitusta.

¹⁹¹ HE 182/1992 s. 82. Asiavaltuus olisi ehdottomana prosessinedellytyksenä toki muutoinkin tutkittava ex officio.

¹⁹² Ruotsissa saneerausvelallinen ei tarvitse selvittäjän suostumusta omaan konkurssihakemukseensa. Hakemus johtaa välittömästi konkurssiin ja saneerausmenettely lakkaa (LFR 4:7.2).

¹⁹³ Tämä edellä jo todettu tilanne on klassinen esimerkki perusteesta, jonka nojalla tuomioistuin on tutkittava velallisen oma ilmoitus maksukyvyttömydestään. Ks. jo *Welamson* Konkursrätt s. 29–30. Meillä siihen on viimeksi viitattu KonkL:n perusteluissa, ks. HE 26/2003 s. 41.

esim. siten, että yhtiön johdon enemmistöllä on kiinnostusta saneeraukseen, mutta saneerausohjelmalla tullaan todennäköisesti toteuttamaan muutoksia yrityksen johdossa tai muissa päätösvaltasuhteissa. Tällöin ne, jotka saneerauksen johdosta ovat vaarassa menettää asemiaan yrityksessä, saattavat pyrkiä sabotoimaan koko menettelyä hakemalla yritystä konkurssiin ennen ohjelman vahvistamista. Esimerkiksi osakeyhtiön hallituksen sisäinen valtataistelu voi johtaa tällaiseen tilanteeseen.¹⁹⁴

Selvittäjän suostumusharkintaa ei säännellä laissa. Sääntelyn puuttumisesta huolimatta on kiistatonta, että *suostumus ei ole pelkkä muodollisuus*. Selvittäjällä on todellista harkintavaltaa, jota hänen on myös käytettävä – kuten muissakin asioissa, joissa velallisen määräysvaltaa on siirretty hänelle. Hänen tulee ensinnäkin ottaa selvää konkurssiin hakeutumisen motiiveista ja torjua puhtaat sabotointihankkeet heti, kun siihen on mahdollisuus.¹⁹⁵ Teoreettisesti ja käytännössäkin vaikeampi kysymys on, millä *asiaedellytyksillä* selvittäjän olisi annettava suostumuksensa konkurssihakemukseen, milloin hänen taas tulisi kieltäytyä tästä.

Ratkaisua ei nähdäkseni pidä tehdä ainakaan sillä muodollisella (joskin loogisella) perusteella, että suostumusharkinnassaan selvittäjä käyttää velalliselta siirtynyttä määräysvaltaa yrityksessä. Selvittäjän ei siis tarvitse päätyä samaan tulokseen kuin mihin velallisyhtiön edustajat (tarvittava enemmistö heistä) todennäköisesti päätyisivät omassa harkinnassaan. Päinvastoin, suostumusedellytys mahdollistaa juuri sen, että selvittäjä ottaa itsenäisesti kantaa konkurssihakemuksen järkevyyteen ja huomioi harkinnassaan seikkoja, joihin yrityksen johdon on vaikeampi ottaa kantaa. Ehkä tärkein lisäarvo, jonka selvittäjä voi harkintaan tuoda, on *puolueeton ja muutoinkin ammattimainen arvio saneerauksen onnistumismahdollisuuksista*. Lisäksi selvittäjä voi tavallaan kolmantena osapuolena välittää informaatiota velallisyhtiön ja velkojien kesken ja näin osaltaan parantaa mahdollisuuksia jäsenytyneeseen päätöksentekoon. Selvittäjän suostumusharkinnalle on ratkaisevaa, voidaanko yritys saattaa saneerauksen avulla jälleen maksu- ja toimintakykyiseksi ja onko velkojilta odotettavissa riittävää kannatusta tämän mahdollisuuden konkretisointiin. Nämä ovat keskeisimpiä suostumusharkinnassa huomioitavia seikkoja; paljon keskeisempiä kuin vaikkapa se, täyttyvätkö konkurssin tavanomaiset edellytykset.

Toisaalta on huomattava, että selvittäjän rooliin ei kuulu velallisen pakottaminen saneeraukseen silloinkaan, kun saneerausennuste vaikuttaa objektiivisesti tarkastellen myönteiseltä. Liiketoiminta, jonka elvyttämisestä yrityksen

¹⁹⁴ Selvittäjän suostumus ei tietenkään korvaa yhtiölainsäädännön mukaisia konkurssiin hakeutumisen edellytyksiä. Esimerkiksi osakeyhtiön oma konkurssihakemus edellyttää OYL 13:19.1:n mukaan hallituksen päätöstä. Jos hallitus ei saa päätöstä aikaan, konkurssihakemusta ei voida jättää, eikä selvittäjän suostumusharkintakaan aktualisoidu.

¹⁹⁵ Tämän mahdollisuuden selvittäjä saa viimeistään silloin, kun tuomioistuimien tiedustele hänen suostumustaan velallisen nimissä jätettyyn konkurssihakemukseen. Käytännössä selvittäjän on tietenkin pyrittävä puuttumaan tilanteeseen paljon aikaisemmin.

johto ja omistajat eivät ole kiinnostuneita, on yleensä syytä lopettaa. Selvittäjän tulisi kuitenkin, mikäli mahdollista, neuvotella suurimpien velkojien tai velkojatoimikunnan kanssa ennen kuin hän suostuu vastahakoisenkaan velallisen konkurssihakemukseen. Jos relevantit velkojat ovat edelleen kiinnostuneita saneerauksesta, ja jos asiassa on mahdollista – esimerkiksi yritysjohdossa tehtävien henkilövaihdosten avulla – jatkaa saneerausmenettelyä, selvittäjän ei pidä suostua konkurssihakemukseen ennen kuin kaikki relevantit mielipiteet ja käytettävissä olevat mahdollisuudet on todella kartoitettu.

YSL:ssa ei nimenomaisesti edellytetä, että tuomioistuim kuulee selvittäjää tämän suostumusharkintaan vaikuttavista seikoista.¹⁹⁶ Kuulemista voidaan kuitenkin painokkaasti suositella ainakin silloin, kun velallinen ei hakemuksensa yhteydessä esitä selvittäjän perusteltua suostumusta hakemukseen. Itse asiassa voitaneen lähteä siitä, että vireillä oleva saneerausmenettely on KonkL 2:3.1:ssa tarkoitettu erityinen syy, jonka johdosta velallisen oman konkurssihakemuksen perusteita on aihetta tutkia lähemmin. Tällöin ensisijainen tietolähde on tietenkin selvittäjä, joka on kutsuttava asiassa kuultavaksi.¹⁹⁷

6.6 PAKKOTÄYTÄNTÖFUNKTIO II: PRIORISOINNIN PÄÄTTYMINEN JA KONKURSSIIN SIIRTYMINEN SANEERAUSOHJELMAN AIKANA

6.6.1 Välitön paluu konkurssin normaaliedellytyksiin

Saneerausintressin priorisointi lakkaa, kun saneerausohjelma vahvistetaan ja menettely tuomioistuimessa päättyy. Ohjelma toteutetaan normaalin konkurssi-

¹⁹⁶ Selvittäjälle on varattava tilaisuus kirjallisen lausuman antamiseen tai istunnossa kuultavaksi tulemiseen vain silloin, kun saneerausvelan velkoja hakee konkurssia (YSL 78.1 §). Säännös ei siis velvoita selvittäjän kuulemiseen, jos hakemus perustuu uuden velan laiminlyöntiin. Selityksenä saattaa olla, että vain syvän maksukyvyttömyyden tutkiminen edellyttää selvittäjän kuulemistä. Kuuleminen lienee silti yleensä suositeltavaa myös silloin, kun konkurssia haetaan uuden velan laiminlyönnin perusteella; se ei voi olla ainakaan kiellettyä.

¹⁹⁷ Jos saneerausmenettelyyn ei ole määrätty selvittäjää, velallisella on itsenäinen asiavaltuus konkurssihakemuksen vireillepanoon (YSL 90.4 § 7 kohta). Tällöinkin voidaan nähdäkseni lähteä siitä, että KonkL 2:3.1:n soveltaminen tulee vähintään harkittavaksi. Selvittäjän puuttuessa asiassa voidaan kuulla suurimpia tunnettuja velkojia sekä yrityksen johtoa. Näin voidaan saada tietoa mm. siitä, onko velkojien keskuudessa ja (tai) yhtiön johdossa erilaisia käsityksiä saneerauksen onnistumismahdollisuuksista. KonkL 2:3.1:n soveltamisen perusteena mainitaan esitöissä sekä mahdollisuus, että velallinen olisi erehtynyt yrityksen taloudellisesta tilanteesta (HE 26/2003 s. 41; tämäkin on klassinen esimerkki, ks. *Welamson* Konkursrätt s. 28–30). Näkemyserot tai virheelliset oletukset ovatkin hyvin mahdollisia juuri saneerausmenettelyn kaltaisessa tilanteessa, jossa ne voivat ilmetä ristiriitaisina käsityksinä yrityksen saneerausunkelpoisuudesta. Tarvittaessa ja tilanteen salliessa tuomioistuim voinee kutsua kuultavaksi myös YSA 1.1 §:n 8 kohdassa (ja 1.3 §:ssa) tarkoitetun tilintarkastajan.

uhan alaisena.¹⁹⁸ Välitön paluu konkurssin normaaliedellytyksiin tarkoittaa ennen kaikkea, että menettelyn aikana vallinnut *syvän maksukyvyttömyyden kriiteeri poistuu*. Tämä tapahtuu heti ohjelman vahvistamisen myötä. Mitään siirtymäaikaa, jolla pyrittäisiin turvaamaan saneerausohjelman etablointi osaksi yrityksen arkirutiineja, ei ole. Ääritapauksessa yritys on asetettavissa tavanomaisilla edellytyksillä konkurssiin välittömästi ohjelman vahvistamisen jälkeen. Tätä ei pyritä estämään erityissäätelyllä. Lainsäätäjä lähtee siitä, että yritys on – sen on oltava – heti ’kunnossa’ toteuttamaan uutta tulevaisuudensuunnitelmaansa. Tämä tarkoittaa muun ohella, että yrityksen on selvittävä sekä maksuohjelmasta että uusista velvoitteistaan.¹⁹⁹

Selostettua perusratkaisua vastaan ei voine olla vakavaa huomauttamista. Päinvastoin, *vastavuoroisuuden* ja koko järjestelmän tasapainon kannalta tämä on pikemminkin ainoa hyväksyttävä normi. Velkojat ovat jo tehneet melkoisia myönnytyksiä alistumalla ensin rauhoitus aikaan ja sittemmin myös oikeuksien sisällöllisiin heikennyksiin saneerausohjelmassa. Tämän jälkeen on oikeudenmukaista edellyttää, että velallinen täyttää oman panoksensa yhteisessä projektissa, ts. ryhtyy toteuttamaan vahvistettua ohjelmaa asianmukaisesti. Velallisen tilanne ei myöskään yleensä voine olla mitenkään kohtuuton. Sopeutumisesta uuteen tilanteeseen edistää vasta äskettäin päättyneen maksunlakkautustilan myönteinen vaikutus välittömään maksuvalmiuteen. Jos tämä vaikutus on ’onnistuttu’ jo hukkaamaan, nopea konkurssi on yleensä täysin oikea ratkaisu.

Toisaalta ei voida sulkea silmiä siltä tosiasialta, että käytännössä saneerausohjelman vahvistamisesta alkaa tietynlainen sopeutumiskausi. Yrityksen kriisi ei ole ohi, vaan muuttanut muotoaan; nyt on keskityttävä siihen, että saneerausohjelmalla luotu uusi toimintaympäristö otetaan tehokkaasti ja vakuuttavasti haltuun niin yrityksen johdossa kuin reaaliprosessia toteuttavalla tasollakin. On myös mahdollista, että ohjelman toteutuksen alkutaipaleella konkurssin uhka ei ainoastaan ole palannut normaaliksi, vaan on *jonkin aikaa jopa tavanomaista suurempi*. Ensinnäkin ohjelmaa vastustaneet, vähemmistöön jääneet velkojat saattavat jo psykologisista syistä tarttua vähäisiinkin laiminlyönteihin, jotka edes periaatteessa näyttävät riittävän konkurssihakemuksen perusteiksi. Ei myöskään voida jättää kokonaan huomiotta sitä mahdollisuutta, että menettelyn aikana syntyneiden saatavien etuoikeus alentaisi jonkin verran konkurssin hakemiskynnystä. Etuoikeudessa piilevä taloudellinen intressihän konkretisoituu vain konkurssissa (vaikka se kylläkin on otettava huomioon jo saneerausohjel-

¹⁹⁸ ”...saneerausohjelman vahvistamisen jälkeen velallisen tulee jatkuvan konkurssiuhan alaisena pystyä ’tekemään tulosta’ ohjelman mukaisesti” (*Havansi* Insolvenssioikeus s. 41).

¹⁹⁹ Osaltaan tätä vaatimusta korostaa myös OYL 13:2a.2:n säännös, jonka mukaan osakeyhtiön on saneerausohjelman vahvistamiseen mennessä korjattava pääomarakenteensa selvitystilapakon lakkaamiseksi.

man laadinnassa, YSL 43 §).²⁰⁰ Ja mitä aiemmin konkurssi saataisiin käyntiin, sitä enemmän yrityksellä vielä olisi kassassaan rahaa maksunlakkautustilan jäljiltä.

Velallisy yritykselle siirtymäkausi merkitsee uudenlaista haastetta. Maksupoliitikassa olisi voitava samanaikaisesti huolehtia ensinnäkin siitä, että saneerausvastaisimmat velkojat kyetään varmasti tyydyttämään, kuin siitäkin, että tämä ei johda muiden velkojen epäasialliseen syrjimiseen, jopa viivästyksiin. Kaikkiaan konkurssin edellytysten kontrollointiin tulisi ohjelman alussa kiinnittää ehkä tavanomaistakin enemmän huomiota.

Vaikka kirjoitetussa laissa ei olekaan nimenomaista siirtymäajan suojaa konkurssia vastaan, uusi konkurssilaki voi tarjota mahdollisuuden herkan tilanteen huomiointiin yksittäistapauksessa. KonkL 2:2.2:n mukaan konkurssihakemus on jätettävä tutkimatta, jos velkojan saatava on vähäinen ja konkurssiin asettamista olisi pidettävä konkurssimenettelyn kustannuksiin ja siitä saatavaan hyötyyn nähden ilmeisen epätarkoituksenmukaisena tai selvästi hyvän perintätavan vastaisena.²⁰¹ Varsinkin hyvän perintätavan vastaisuus täyttynee, jos konkurssihakemuksen motiiviksi osoittautuu etupäässä katkeruus äänestystappiosta tai vaikkapa pyrkimys uuden velan etuoikeuden nopeaan hyödyntämiseen. Konkurssin kustannuksia ja laajempaa tarkoituksenmukaisuutta on arvioitava – muun ohessa – sitä vasten, että yritykselle on juuri vahvistettu saneerausohjelma, eikä sen toteutumiskelpoisuudesta voida heti tehdä täysin varmoja päätelmiä kumpaankaan suuntaan. Tuomioistuimen tehtävä on epäilemättä vaikea; samallahan olisi huolehdittava siitä, ettei väistämätöntä konkurssia viivytetä pelkästään siirtymäajan toiveikkouden perusteella.

²⁰⁰ Ohjelmahan on YSL 43 §:n mukaan laadittava ”ottaen huomioon”, että menettelyn aikana syntyvät velat on maksettava vakuusvelkojen jälkeen ennen saneerausvelkoja. Huomioon ottamisen todellinen merkitys on jossain määrin epäselvä. Sillä voidaan viitata ainakin velkajärjestelyn jyrkkyyteen; tavallisia saneerausvelkoja on leikattava riittävästi ja niiden maksuaikataulua on pidennettävä niin paljon, että (vakuusvelat ja) uudet velat kyetään maksamaan ajallaan. Etuoikeuskysymyksillä ei kuitenkaan ole konkreettista merkitystä ennen kuin herää kysymys velallisen varojen riittävydestä kaikkien velkojen maksamiseen. Velallinen voi käytännössä maksaa velkojaan missä järjestyksessä tahansa, kunhan tämä ei johda etuoikeutettujen velkojen aseman todelliseen heikkenemiseen; ks. myös *Baird Elements* s. 2. Etuoikeutettu velkoja ei esimerkiksi voi hakea konkurssia pelkästään siksi, että velallinen on maksanut etuoikeusjärjestyksessä huonommalla sijalla olevaa velkaa. Velkojan on tällöinkin kyettävä osoittamaan, että velallinen on maksukyvytön. – Saneerausohjelman ohittavia maksuja tarkastellaan lähemmin jäljempänä konkurssin torjumiskeinojen yhteydessä.

²⁰¹ Velkojan intressiä konkurssin hakemiseen saneerausohjelman alkutaipaleella voi osaltaan vahvistaa sekin, että hänen saatavansa on tällöin suurimmillaan. Mitä pidemmälle maksuohjelma etenee, sitä mahdollisempaa on, että saatava katsotaan vähäiseksi ja KonkL 2:2.2:n soveltamisedellytys täyttyy. Tosin saatavan vähäisyyttä on arvioitava myös suhteessa velallisen kokonaisvelkamäärään, joka sekin on ohjelman alussa suurimmillaan (ks. HE 26/2003 s. 40, jossa todetaan, että vähäisenä pidettävä saatava ei välttämättä ole kaikille samansuuruinen, vaan ”jossakin määrin merkitystä voidaan antaa velallisen taloudelliselle asemalle”; sen sijaan velkojan taloudellisella asemalla ei perustelujen mukaan ole merkitystä). Puhtaasti taktiset konkurssihakemukset saneerausohjelman alkuaikoina kuulunevat kuitenkin enemmän pienempien kuin merkittävien velkojen keinovalikoimaan.

6.6.2 Saneerausohjelman noudattamisen merkitys konkurssin edellytyksille

Vahvistetun ohjelman noudattaminen on velallisyriityksen tärkein velvoite saneerausvelkojia kohtaan. Jos ohjelmaan perustuvat velvoitteet täytetään, velkojalla ei ole oikeutta eikä aiheuttakaan turvautua toteutusvaiheen sanktioihin. Toisaalta on huomattava, että ohjelman noudattaminen suojaa velallista vain YSL:n raukeamisseuraamuksilta sekä ulosotolta, sillä nämä edellyttävät *jo tapahtunutta* suoritusvelvollisuuden laiminlyöntiä. Konkurssi on eri asemassa. Konkurssin normaaliedellytyksiin palaaminen tarkoittaa muun ohella sitä, että yritys voidaan asettaa konkurssiin pelkästään maksukykyä koskevan *ennusteen* perusteella; tapahtunutta maksulaiminlyöntiä ei edellytetä. Tämä ilmenee selvästi korkeimman oikeuden ratkaisusta vuodelta 2001.

KKO 2001:18. Velallinen, jolle oli vahvistettu yrityksen saneerauksesta annetussa laissa tarkoitettu saneerausohjelma, oli tehnyt velkojalle saneerausohjelmassa määrätyt suoritukset. Saneerausvelkoja haki velallista konkurssiin konkurssisäännön 6 § 1 momentin f kohdan perusteella. Konkurssiin asettamisen edellytyksiä arvioitiin yksinomaan konkurssisäännön perusteella.

Otsikosta huolimatta ratkaisu ei koskenut sitä, millä tarkemmilla perusteilla konkurssin edellytysten täyttymistä tulee saneerausohjelman aikana arvioida. Tältä osin ratkaisuun ei liity juurikaan prejudikaattiarvoa, sillä yrityksen maksukyvvyttömyys oli selvä. Velallinen oli lopettanut saneerausmenettelyn kohteena olleen elinkeinotoiminnan ja luovuttanut siihen liittyneen varallisuutensa. Velat, joita oli yhteensä ainakin n. 84 000 € (n. 500 000 mk), olisi tämän jälkeen pitänyt kyetä maksamaan työttömyyskorvauksesta, joka oli hieman yli 400 € (n. 2 500 mk) kuukaudessa. Jo maksuohjelma edellytti n. 1 060 €:n (n. 6 300 mk:n) kuukausisuuorituksia, minkä lisäksi velallisen piti luonnollisesti suoriutua uusista veloistaan. Varallisuutta velallisella oli konkurssihakemusta jätettäessä n. 3 400 € (n. 20 000 mk). Näillä perusteilla kaikki oikeusasteet katsoivat maksukyvvyttömyyседellytyksen täyttyneen ja määräisivät omaisuuden luovutettavaksi konkurssiin.²⁰²

²⁰² KKO:n perustelujen mukaan saneerausohjelmaa toteuttavan velallisen ei yleensä ole katsottava olevan maksukyvvytön, ellei olosuhteista ”tule ilmi sellaisia uusia seikkoja, joiden perusteella hänen maksukyvysisyyttään olisi arvioitava toisin kuin saneerausmenettelyä aloitettaessa.” Liiketoiminnan lopettaminen, liikeomaisuuden luovutus, selvä ylivelkaisuus ja ilmeinen maksukyvvyttömyys olivat seikkoja, joiden perusteella velallisen olot tässä tapauksessa poikkesivat varmaankin hyvin olennaisesti saneerausmenettelyn alkuaajoista. Nähdäkseni siteeratusta perustelulausumasta ei kuitenkaan ole syytä tehdä ainakaan kovin pikaista johtopäätöstä siitä, millainen ohjausvaikutus saneerausmenettelyn aloituspäätöksellä on harkittaessa konkurssin edellytysten täyttymistä ohjelman aikana. Minkäänlaista res judicata -sitovuutta aloittamispäätöksellä ei tietenkään ole. Perustelulausumasta on kuitenkin mahdollista päätellä, että aloitusratkaisun todistusvaikutus olisi lähtökohtaisesti voimakas. Päätös on tietenkin otettava huomioon, mutta vähintään yhtä lailla on huolehdittava siitä, että samoja seikkoja tutkitaan tarvittaessa uudelleen, *nyt konkurssin edellytysten kannalta*. Tällöin

Prejudikaatin ydinsanoma on, että konkurssin edellytyksiä arvioidaan saneerausohjelman aikana ”yksinomaan konkurssisäännön perusteella”.²⁰³ Tämä tarkoittaa, että saneerainsäädäntöön perustuneita konkurssin esteitä ei enää ole. Selkeydestään huolimatta ratkaisu antaa aiheen täsmennyksiin ja rajauksiin. Ensinnäkin prejudikaatti korostaa sitä, että saneerausohjelman voimassaoloaikana konkurssin edellytykseksi riittää yrityksen maksukyvyttömyys *riippumatta siitä, voitaisiinko maksukyvyttömyys poistaa saneerausohjelman avulla*. Kuten todettu, syvän maksukyvyttömyyden edellytys on lakannut. ’Tavanomaisen’ maksukyvyttömyyden korjautumiskelpoisuus ei siten enää estä konkurssia; riittää, että velallinen on maksukyvytön. Tämä on olennainen ero saneerausmenettelyn aikana vallitseviin konkurssin edellytyksiin, joiden mukaan saneerausvelkojan konkurssihakemus tulee hylätä, jos maksukyky on palautettavissa saneerausohjelman avulla (arg. YSL 24.3 §). Jos saneerauskelpoinen yritys haluaa välttää konkurssin saneerausohjelmansa aikana, sen on oltava *jatkuvasti maksukykyinen*.²⁰⁴ Tältä(kin) osin saneerausohjelmaa toteuttavan velallisen asema on sama kuin minkä tahansa toimivan yrityksen.

Yllä selostettu vastaa kiistatta voimassa olevan oikeuden kantaa. Käytännössä on kuitenkin selvää, että väite yrityksen maksukykyisyydestä voidaan perustaa pitkälti samoihin seikkoihin kuin väite maksukyvyyn korjautumiskelpoisuudesta (=yrityksen saneeruskelpoisuudesta). Konkurssihakemusta käsittelevän tuomioistuimen²⁰⁵ onkin tarvittaessa *materiaalisella prosessinjohdolla erotettava* väitteet sekä niitä koskeva argumentointi toisistaan. Yleisestikin voi olla tarpeen korostaa osapuolille mahdollisimman aikaisessa vaiheessa, että konkurssihakemuksen tutkinnassa selvitetään vain yrityksen vallitseva maksukyky – ei maksukyvyyn palautusmahdollisuuksia, kuten ei saneeruskelpoisuutta muutoinkaan.

Tuomioistuimen tehtävä maksukyvyyn ja saneeruskelpoisuuden erottelussa ei luonnollisestikaan ole helppo. Molemmat edellyttävät *ennustetta* yrityksen taloudellisen tilan kehittymisestä. Huomioon otettavat seikat ovat kiinteässä yhteydessä toisiinsa, eikä välttämättä ole aina mahdollista sanoa, tarkoitetaanko ennusteella olemassa olevan maksukyvyyn hyödyntämistä vai menetetyin maksukyvyyn palauttamista. Ongelmakokonaisuutta on omiaan

esimerkiksi samoja seikkoja koskevan näytön arviointi saattaa poiketa olennaisesti saneerausmenettelyn aloitusharkinnasta. Konkurssin edellytyksiä ei siis välttämättä voida ratkaista vain tutkimalla, ovatko velallisen olosuhteet *muuttuneet* menettelyn aloittamisen jälkeen.

²⁰³ Konkurssisäännön tultua kumotuksi viittaus kohdistuu KonkL 2 lukuun. Tästä ei ole mitään epäilystä. Ratkaisu koski KS 6.1 §:n f kohtaa eli maksukyvyttömyydedellytystä, joka nykyään on KonkL 2:1:n mukaan konkurssiin asettamisen yleinen edellytys. KonkL:n voimaantulo ei muutoinkaan vaikuta ratkaisun prejudikaattiarvoon.

²⁰⁴ Ks. myös *Havansi* Insolvenssioikeus s. 41.

²⁰⁵ Kuten edellä on (kriittisesti) todettu, saneerausohjelman aikana tehtävän konkurssihakemuksen tutkii velallisen tavanomainen konkurssiforum (joka sattumalta joko on tai ei ole sama kuin saneeraustuomioistuin). YSL 67.3 §:n erityissäännös koskee vain saneerausmenettelyn aikana tehtävää hakemusta.

mutkistamaan vielä sekin, että tilapäinen maksukyvyttömyys ei riitä konkurssihakemuksen hyväksymiseen; insolvenssin on ts. oltava muuta kuin tilapäistä, so. pysyvää, mutta sen korjautumiskelpoisuus ei estä konkurssia.²⁰⁶ Tehtävän vaikeus ei kuitenkaan muuta sitä tosiasiaa, että erottelu maksukyvyttömyyden ja sen korjautumiskelpoisuuden välillä on insolvenssimenettelyjen järjestelmässä välttämätön ja kirjoitetussa laissakin edellytetty (YSL 7.1 § 1 kohta ja 24.3 §). Erottelu auttaa myös jäsentämään ohjelman aikana vireille pannun konkurssihakemuksen tutkintaa. Kun tiedostetaan, että saneerauskelpoisuus ei (enää) estä hakemuksen hyväksymistä, tarkastelun ulkopuolelle voidaan rajata ainakin sellaiset argumentit, jotka selvästi koskevat maksukyvyn palauttamista tai yrityksen saneerauskelpoisuutta muutoin.²⁰⁷

Ratkaisussa KKO 2001:18 konkurssihakemus hyväksyttiin, vaikka saneerausvelallinen ei ollut laiminlyönyt yhtäkään ohjelman mukaista maksuerää hakijavelkojalle. Tämä on siinä mielessä täysin voimassa olevan oikeuden sallima tilanne, että hakijasaatavan ei yleensäkään tarvitse olla erääntynyt konkurssia haettaessa (ks. ratkaisussa viitattu KKO 1997:28).²⁰⁸ Velallinen on saattanut suorittaa toistaiseksi jopa kaikki velkansa; konkurssihakemuksen hyväksymiseen riittää, että yritys on vastedes muuten kuin tilapäisesti kykenemätön maksamaan velkojaan niiden erääntyessä. Juuri yllä on myös korostettu, että yritys on asetettava konkurssiin riippumatta siitä, voitaisiinko sen maksukyky palauttaa saneerausohjelman avulla.

Näistä ”synkistä” totuuksista huolimatta ei ole syytä tehdä johtopäätöstä, jonka mukaan saneerausohjelman toteuttamisella ei olisi mitään merkitystä konkurssin edellytysten täyttymiselle. Ratkaisua KKO 2001:18 arvioitaessa on otettava huomioon tapauksen erityiset olosuhteet. Velallinen oli lopettanut saneerausmenettelyn kohteena olleen liiketoiminnan ja luovuttanut kaiken siihen kuuluneen varallisuutensa. Ratkaisusta ei voida juurikaan tehdä päätelmiä siitä, millä edellytyksillä *toimiva*, saneerausohjelmaa aktiivisesti toteuttava yritys on ohjelman aikana asetettavissa konkurssiin. Toimivan yrityksen kohdalla sanee-

²⁰⁶ Ks. HE 26/2003 s. 37–38.

²⁰⁷ Erottelun lähtökohdaksi voitaneen asettaa ainakin, että olemassa olevan maksukyvyn hyödyntämiseen kuuluu vähemmän aikaa kuin menetetyn maksukyvyn palauttamiseen. Samoin on selvää, että maksukyvyn hyödyntäminen ei edellytä sellaisia perusteellisia muutoksia yrityksen talouteen vaikuttavissa oloissa, jotka ovat välttämättömiä menetetyn maksukyvyn palauttamiseksi.

²⁰⁸ Viitattu ratkaisu koski KS 6.1 §:n f kohtaa eli maksukyvyttömyyedellytystä, joka nykyään siis on KonkL 2:1:ssä säädetty yleiseksi konkurssin edellytykseksi. KS 6.1 §:n kasuistiset maksukyvyttömyyden ilmentymät sen sijaan asettivat vaatimuksen hakijasaatavan erääntyneisyydestä (erääntyneisyyttä vaadittiin myös vanhassa KS 5 §:ssä). Kysymys velkojan oikeudesta (intressistä) konkurssin hakemiseen olikin KS:n perusteella usein tosiasiallisesti sama kuin kysymys velallisen konkurssikypsyydestä. Hakijasaatavan erääntyneisyyden ja erääntymättömyyden merkityksestä ks. *Palmgren* s. 121 ja *Havansi* Konkurssioikeus s. 79–81. Ks. myös HE 26/2003 s. 38, jossa todetaan, että KonkL:lla ei muutettu vallitsevaa kantaa.

rausohjelman toteuttamisen tulisi itse asiassa vaikuttaa hyvinkin keskeisesti siihen, voidaanko velallista pitää maksukykyisenä vai ei. Ennusteessa on otettava huomioon sekä toteutetut että ohjelman mukaan toteuttaviksi tulevat toimet, samoin kuin ohjelman kokonaisvaikutus yrityksen maksukykyyn. Nämä seikat on maksukykyennusteessa huomioitava kuten muutkin yrityksen maksukykyyn vaikuttavat olosuhteet.

6.6.3 Hakijan intressi, torjuntamaksu ja saneerausvelkojen yhdenvertaisuus

6.6.3.1 Torjuntamaksun takaisinsaantiriski perinteisen doktriinin *ongelmana*

Kuten yllä on useaan otteeseen todettu, insolvenssimenettelyjen järjestelmä lähtee siitä, että saneerausohjelman aikana velallinen voidaan asettaa konkurssiin yleisten edellytysten perusteella. Perinteisessä doktriinissa konkurssin edellytykset on erotettu hakijavelkojan oikeudellisesta intressistä (oikeussuojan tarpeesta). Velallisella on ollut oikeus torjua konkurssihakemus maksamalla hakijavelkojan saatavan tai asettamalla siitä turvaavan vakuuden; oikeudellisen intressin on tällöin katsottu lakkaavan.²⁰⁹

Hakijavelkojan oikeudellisen intressin ja konkurssin edellytysten erottelussa on ollut keskeistä juuri se, että hakijaintressiä on tarkasteltu *itsenäisenä juridisenä ongelmana*, jolla ei ole yhteyttä velallisen maksukyvyttömyyteen. Doktriinin muotoutuminen tällä tavoin on ymmärrettävää, koska erottelu ilmeni nimienomaisesti KS 6.2 §:sta, joka oli voimassa alkuperäisessä muodossaan uuden KonkL:n voimaantuloon saakka. Uudessa laissa asiasta ei ole erityissäännöstä, mutta esitöiden mukaan oikeustila haluttiin pitää ennallaan. Voimassa olevan oikeuden kanta lienee siten edelleen, että jos konkurssihakemuksen perusteena oleva saatava maksetaan tai siitä asetetaan säädetty edellytykset täyttävä vakuus, hakija oikeudellinen intressi konkurssihakemuksen tutkimiseen lakkaa.²¹⁰ Prosessuaalisesti intressin lakkaaminen tarkoittaa, että konkurssihakemus on viran puolesta jätettävä tutkimatta; velkojalla ei ole oikeutta saada lausuntoa konkurssin edellytysten täyttymisestä.²¹¹ Käytännössä maksu

²⁰⁹ Kysymys ei ollut vain oppijärjestelmästä, vaan KS 6.2 §:ssa säädettiin velalliselle oikeus torjuntamaksuun tai -vakuuteen. Normin kiinteä yhteys siviiliprosessioikeudelliseen doktriiniin oli siinä, että torjuntadisponoinnin katsotaan johtavan, kuten yllä todettiin, hakijan oikeussuojan tarpeen lakkaamiseen. Ks. *Havansi* Konkurssioikeus s. 73 ja 10–107 sekä *Palmgren* s. 123 (joka pohtii myös, voitaisiinko torjuntadisponoinnin katsoa johtavan konkurssin materiaallisen edellytyksen puutteeseen ja siten hakemuksen hylkäämiseen).

²¹⁰ HE 26/2003 s. 45–46.

²¹¹ Oikeudellisesta intressistä ehdottomana prosessinedellytyksenä *Lappalainen* II s. 15–16. Vrt. *Reinikainen* s. 125–127 ja *Tirkkonen* I s. 385–386.

tai vakuus johtaa kuitenkin useimmiten hakemuksen peruuttamiseen, jolloin hakemus jää sillensä (raukeaa).

Velallisen periaatteellinen oikeus torjuntamaksuun on KS 6.2 §:n perusteella ollut kiistaton. Tämä ei kuitenkaan ole tarkoittanut, että velkojan velvollisuus maksun vastaanottamiseen olisi kaikissa tilanteissa selvä. Torjuntamaksuun ja siten myös sen hyväksymisvelvollisuuteen liittyy aina *takaisinsaantiriski*. Velkojalla voi olla hyvinkin ymmärrettävä intressi pysyä konkurssihakemuksessaan, jos hän katsoo, että torjuntamaksu olisi kuitenkin lähitulevaisuudessa palautettava velallisen konkurssipesään.²¹² Näissä tilanteissa torjuntamaksu ainoastaan siirtäisi konkurssia, kun hakijavelkojalla kuitenkin voi olla perusteltu tarve saada konkurssi alkamaan mahdollisimman pian esimerkiksi velallisen lisävelkaantumisen tai omaisuuden (arvon) häviämisen estämiseksi. Kysymys velkojan oikeudesta pysyä hakemuksessaan on eräs konkurssioikeuden klassisia ongelmia, johon ei näytä tuovan tyydyttävää vastausta uusi konkurssilakimekaan.

Ongelma ei ole helppo. Perimmältään kysymys on siitä, miten oikeusjärjestys suhtautuu konkurssihakemukseen yksittäisen saatavan perimiskeinona ja erityisesti, kuinka pitkälle velkoja voidaan pakottaa hyväksymään riski siitä, että torjuntamaksun jälkeen velallisen varallisuustilanne heikkenee entisestään (osin ehkä juuri tämän maksun seurauksena). Pohjoismaisessa konkurssilainopissa, ja viime aikoina suomalaisessa lainvalmistelussa, on kysymyksestä esitetty ristiriitaisia mielipiteitä.²¹³ Perinteinen kanta ainakin Suomen ja Ruotsin lainopissa on joka tapauksessa ollut, että hakijavelkoja *ei ole velvollinen ottamaan vastaan takaisinsaantiriskin alaista maksua*. Tällaisen suorituksen tarjoaminen ei siis ole estänyt konkurssihakemuksen tutkimista.²¹⁴

KonkL 2:4:n perusteluissa omaksutaan vallitsevasta näkemyksestä selvästi poikkeava kanta. Perusteluissa nimittäin todetaan yksiselitteisesti, että velallisella on oltava oikeus torjua konkurssi *myös takaisinsaantiriskin alaisella maksulla*.²¹⁵ Tätä perustellaan sillä, että myöhempi konkurssi, sen yhteydessä esitet-

²¹² *Welamson*, Konkursrätt s. 40, toteaa, että velallisen oikeutta konkurssin torjumiseen maksulla tai vakuudella tulee arvioida ainoastaan takaisinsaantiriskin perusteella. Samaan tapaan *Brækhus Omsetning og kreditt* 1 s. 113, ks. myös NOU 1972:20 s. 127. Kuten pian ilmenee, moderni insolvenssioikeus sisältää laajemman problematiikan; takaisinsaantiriskin lisäksi harkinnassa on huomioitava saneerausohjelman noudattaminen ja saneerausvelkojien yhdenvertaisuus.

²¹³ Ristiriitaisia käsityksiä asiasta esitettiin tosin jo Ruotsin vuoden 1921 konkurssilain valmistelussa, ks. *Welamson* Konkursrätt s. 41.

²¹⁴ *Palmgren* s. 121–123, *Havansi* Insolvenssioikeus s. 146 (epäillen sama Konkurssoikeus s. 106), *Welamson* Konkursrätt s. 42, sama Konkurs s. 28, *Walin – Palmér* s. 59 ja viimeksi *Heuman* 179. Norjassa samalla kannalla *Brækhus Omsetning og kreditt* 1 s. 113–114 (ks. myös sama Konkursrett s. 52), mutta varsin selvästi toisin *Huser* 2 s. 49, jonka mukaan (viittaukset poistettu) ”Hvorvidt betalingen kan tenkes å bli omstøtt i en senere konkurs, kan ikke komme i betraktning. Dette er såvidt usikkert at det nærmest blir spekulativt.”

²¹⁵ HE 26/2003 s. 45–46.

tävä takaisinsaantivaatimus ja vaatimuksen hyväksyminen ovat tulevaisuutta koskevia epävarmuustekijöitä. Lisäksi todetaan, että takaisinsaannista seuraa joka tapauksessa vain maksun palautusvelvollisuus myöhemmässä konkurssissa, mikä ei välttämättä johda velkojan kannalta sen huonompaan tulokseen kuin mihin hänen oman konkurssihakemuksensa hyväksyminen olisi johtanut.²¹⁶

KonkL:n esitöistä ilmenevää kannanmuutosta ei nähdäkseni voida hyväksyä näin pelkistetyssä muodossa. Itse asiassa kysymykseen ei ehkä ole syytä ottaa kovin ehdotonta kantaa suuntaan eikä toiseen. Hakijan intressiä konkurssihakemuksen materiaaliseen tutkintaan on arvioitava eritellymmin, nimittäin *todennäköisyysanalyysin* perusteella. Sen sijasta, että kaikki tilanteet ratkaistaisiin epävarmuuden johdosta samalla tavoin, on kysyttävä, *kuinka todennäköisiä myöhempi konkurssi ja siinä ehkä toteutuva takaisinsaantiriski kulloinkin ovat*. KonkL:n esitöissä omaksuttu kanta perustuu ajatukselle, että myöhempi konkurssi ja siinä vaadittava takaisinsaanti olisivat *aina* epävarmoja. Tämä ei pidä paikkaansa, vaan myöhempi konkurssi ja siinä esitettävä takaisinsaantivaatimus ovat joskus varmempia, joskus epävarmempia. Etenkin konkurssiriskin toteutuminen voi yksittäistapauksessa olla jopa täysin varma tai ainakin niin todennäköinen, ettei siitä jää järkevästi ajattelevalle henkilölle relevanttia epäilystä. Näin varsinkin silloin, kun velallista vastaan on vireillä useampia konkurssihakemuksia, eikä maksukyvyttömyysedellytyksen täyttymisestääkään ole epäilystä. On nähdäkseni aivan kiistatonta, ettei hakijavelkojaa tällöin voida pakottaa torjuntamaksun vastaanottamiseen. Konkurssi on käynnistettävä hänen hakemuksestaan. Myös epävarmemmissa tilanteissa torjuntamaksun vastaanottamisvelvollisuuden tulee perustua konkurssin kulloisellekin *todennäköisyydelle*, ei ylimalkaisesti siihen, että tapahtumien kulkua ei voida ennustaa täydellä varmuudella. Todennäköisyyden arvioinnissa painava merkitys tulisi antaa sille, osoittaako velallisen kyky torjuntasuoritukseen yleisempääkin maksukykyä, vai tuleeko suoritus ”kassan pohjalta”. Näin kysymys torjuntamaksun vastaanottamisvelvollisuudesta kytkeytyy myös velallisen maksukyvyttömyyttä koskevaan arvioon.²¹⁷

²¹⁶ HE 26/2003 s. 46. Konkurssin ja takaisinsaannin epävarmuuteen viittaaminen vastaa Huserin juuri todettua kantaa.

²¹⁷ Ks. *Brækhus* Omsetning og kreditt 1 s. 113 (kurs. tässä): ”Debitors tilbud kan sammen med de opplysninger som for øvrig foreligger vise at han ikke er insolvent; en konkursbegjæring må i så fall forkastes av denne grund.” Siteeraus koskee siis tilannetta, jossa maksua ei ole vielä tapahtunut ja hakemus hylätään, koska jo maksutarjous yhdessä muiden seikkojen kanssa osoittaa velallisen olevan maksukykyinen. Jos velkoja on jo ottanut maksun vastaan, konkurssihakemus on jätettävä tutkimatta oikeudellisen intressin lakkaamisen johdosta; konkurssin materiaaliin edellytyksiin ei tällöin siis oteta kantaa. Sen sijaan päinvastaisessa tapauksessa – torjuntamaksu tulee velallisen viimeisistä varoista – juuri tämä seikka ilmentää osaltaan velallisen maksukyvyttömyyttä. Konkurssihakemus tulisi tällöin hyväksyä.

Juuri todennäköisyyden perusteella on arvioitava myös torjuntamaksun takaisinsaantiriskiä. Tulevaisuuden epävarmuustekijät nimittäin eivät ole kaikissa takaisinsaantiperusteissa samat, vaan joissain suuremmat, toisissa pienemmät. Lähtökohtana täytyy olla, että mitä varmemmin palautusvastuu toteutuu, sitä vähemmän on perusteita pakottaa hakijavelkoja hyväksymään torjuntasuoritus. Vastaavasti mitä epävarmemmalta palautusvastuu näyttää, sitä helpommin voidaan katsoa, että hakijalla ei ole intressiä saada asiaratkaisua konkurssihakemukseensa. Näistä lähtökohdista käsin huomio kiinnittyy erityisesti siihen, *minkä takaisinsaantiperusteen tarjottu maksu täyttäisi ja kuinka selvää (vast. epäselvää) perusteen täytyminen yksittäistapauksessa on.* Tämä arvio tulee luonnollisesti yhdistää juuri tarkasteltuun konkurssin todennäköisyyteen.

Kun takaisinsaantiriskiä arvioidaan lähemmin maksun takaisinsaantiperusteiden (TakSL 10 §)²¹⁸ valossa, havaitaan ensinnäkin, että konkurssihakemuksen torjumiseksi tarjottu maksu *ei koskaan ole tavanomainen*, eikä siten ainaakaan tällä perusteella suojattu takaisinsaannilta. Nähdäkseni velkojaa ei myöskään pidä kategorisesti pakottaa ottamaan vastaan ennen aikaista maksua, eikä erääntyneestäkään saatavastaan suoritusta, joka tehtäisiin epätavallisin maksuvälinein. Kun takaisinsaantiperusteen täytyminen on näissä tilanteissa yleensä todettavissa jo maksuhetkellä ja palautusvastuu useimmiten hyvin todennäköinen, tällaiset tarjoukset²¹⁹ *eivät lakkautta hakijan intressiä saada konkurssihakemustaan tutkituksi.* On erittäin vaikea nähdä syytä, jonka vuoksi velkojan olisi otettava vastaan selvästi takaisinsaantiriskin alainen suoritus oman konkurssihakemuksensa vireillä ollessa, kun takaisinsaantilainsäädäntö muutoin pyrkii ehkäisemään tällaisia maksuja. Näillä perusteilla tässä tutkimuksessa katsotaan, että velkojalla on oikeus pysyä konkurssihakemuksessaan, jos velallisen tarjoama torjuntamaksu olisi ennen aikainen tai täyttäisi epätavallisen maksuvälineen tunnusmerkit.

Jossain määrin ongelmallisempaa on, voiko velkoja torjua maksun silläkin perusteella, että se saattaa sittemmin alkavassa konkurssissa osoittautua määrältään huomattavaksi suhteessa pesän varoihin. Maksun huomattavuuteen liit-

²¹⁸ Konkurssilain esitöiden kannanottoakaan ei – yksioikoisuudesta huolimatta – voi tarkoittaa sitä, että hakijavelkojan oikeussuojan tarve lakkaisi TakSL 5 §:n täyttävän tarjouksen johdosta.

²¹⁹ Jos hakija hyväksyy tarjouksen ottamalla vastaan selvästikin takaisinsaantiperusteen täyttävän maksun, riski siirtyy tietenkin hänelle. Hakijallahan on muutoinkin oikeus jättää konkurssihakemuksen ajaminen sikseen ilmoittamatta tälle mitään perustetta. Takaisinsaantiperusteen täytyminen otetaan siten konkurssituomioistuimessa tutkittavaksi vain, jos hakija vastustaa velallisen tarjousta takaisinsaantiriskin perusteella. Ks. myös *Welamson* Konkursrätt s. 41: ”...ett förbehållslöst mottagande av betalning torde betaga borgenären rätt att fullfölja konkursansökan.” Welamson rajaakin tarkastelunsa vain siihen, mitkä velallisen tai sivullisen *yksipuoliset* toimet lakkauttavat hakijavelkojan intressin. Sama koskee tätä tutkimusta kuitenkin sillä jäljempänä tarkasteltavalla poikkeuksella, että tuomioistuimen on kontrolloitava viran puolesta, ettei torjuntamaksu loukkaa voimassaolevaa maksuohjelmaa.

tyy edellä tarkasteltuihin takaisinsaantiperusteisiin verrattuna enemmän konkurssilain esitöissä mainittuja ”tulevaisuutta koskevia epävarmuustekijöitä” alkaen siitä, voidaanko velallisen konkurssia pitää maksun jälkeen ylipäänsä todennäköisenä ja kauanko velallinen oletettavasti kykenee välttämään konkurssin. Nämä epävarmuudet koskevat kuitenkin kaikkia torjuntadisponointeja. Maksun huomattavuuskriteerin erottaa muista takaisinsaantiperusteista selvimmin *epävarmuus siitä, millaiseksi tarjotun maksun ja pesän varallisuuden välinen suhde kehittyy* ennen mahdollisen konkurssin alkua (mukaan lukien tarjotun maksun vaikutus velallisen taloudelliseen tilanteeseen).

Ongelmana maksuvälineen epätavallisuuteen ja ennenaikaisuuteen verrattuna on, että maksun huomattavuuskriteerin täyttymistä ei voida arvioida pelkästään velallisen tarjouksen perusteella. Tämä ratkeaa vasta sen varallisuustilanteen mukaan, joka vallitsee mahdollisen konkurssin alkaessa. Ongelman ratkaisu yhdistyy näin ollen kiinteästi konkurssin todennäköisyyteen maksun takaisinsaantiaikana, säännönmukaisesti siis kolmen kuukauden kuluessa. Mutta tämä ei vielä riitä. Lisäksi on muodostettava käsitys siitä, *millaiseksi velallisvarallisuuden määrän voidaan olettaa tuona aikana kehittyvän*. Jos uusi konkurssihakemus näyttää tuossa ajassa joka tapauksessa todennäköiseltä ja jos velallisen taloudellisen tilan odotettavissa oleva kehitys antaa perustellun aiheen pitää maksua huomattavana, en pidä oikeana pakottaa velkojaa vetäytymään konkurssihakemuksensa ajamisesta. Jos uusi konkurssihakemus takaisinsaantiajan kuluessa sitä vastoin on epätodennäköinen tai (ja) jos maksu ei ilmeisestikään tule täyttämään huomattavuuden rajaa (n. 10 % pesän varoista), velkojan voidaan helpommin edellyttää ottavan maksun vastaan eli jättävän konkurssihakemuksen ajamisen ainakin sillä kertaa sikseen.

On totta, että yllä esitelty konkurssin ja takaisinsaantiriskin todennäköisyysanalyysi ei tuota yhtä ennakoitavia eli muodollisesti oikeusvarmoja ratkaisuja kuin konkurssilain esitöiden ehdoton kanta. Huomattavasti tärkeämpää on kuitenkin, että todennäköisyysanalyysin avulla päästään materiaalisesti hyväksyttävämpiin tuloksiin.

6.6.3.2 *Saneerausmenettelyn aikana syntynyt velka konkurssihakemuksen perusteena*

Nykyinen etuoikeuslainsäädäntömme pitää huolen siitä, että maksun takaisinsaannin ja takaisinsaantiriskin arvioinnissa ei enää samassa määrin kuin ennen tarvitse pohtia ko. saatavan asemaa etuoikeusjärjestyksessä. Vakuudettomien velkojen MJL 2 §:ään perustuva yhdenvertaisuus tarkoittaa, että lähtökohtaisesti kaikki maksut ovat vahingollisia muille (vakuudettomille) velkojille. Etuoikeusproblematiikka on kuitenkin edelleen relevantti, jos konkurssivelallinen on ollut saneerauksessa ja menettelyn aikana on syntynyt uusia velkoja, koska

näillä on YSL 32.2 §:n (MJL 3 a §:n) mukainen etuoikeus. Jos konkurssihakemuksen perusteena on tällainen saatava, on ratkaistava, onko hakija velvollinen ottamaan torjuntamaksun vastaan vai voiko hän vaatia konkurssihakemuksensa materiaalista tutkintaa viittaamalla maksun takaisinsaantiriskiinkin.²²⁰

Selvää on, että saatavan etuoikeus ei sellaisenaan tee maksua vaarattomaksi kaikille konkurssivelkojille, eikä se siis yksinään suojaa maksua takaisinsaannilta. Vahinkoahan aiheutuu, jos velallisella on muita samassa tai paremmassa etuoikeusasemassa olevia velkoja, kuten ratkaisussa KKO 1994:130 todetaan. Tämä on lainopissamme kiistatonta.²²¹ Ratkaisussa KKO 1999:57 korkein oikeus myös nimenomaisesti vahvisti, että saneerausmenettelyn aikana syntyneen velan erityisasema ei sellaisenaan estä takaisinsaantia.²²²

Erimielisyyttä on kirjallisuudessa ilmennyt lähinnä siitä, minkä ajankohdan mukaan maksun vahingollisuutta tulisi arvioida. Leppäsen mukaan *maksuhetken* pitäisi olla ratkaiseva; jos suoritus oli maksuhetkellä objektiivisesti arvioiden vaaraton, sen ei pitäisi peräytyä, vaikka konkurssissa sittemmin ilmenisi, että maksuun käytettyjä varoja tarvittaisiin muiden samassa (tai paremmassa) etuoikeusasemassa olevien velkojen maksuun.²²³ Tuomisto katsoo puolestaan, että takaisinsaanti voidaan torjua vain, jos velkoja todella saa sittemmin alkaneessa konkurssissa etuoikeutensa perusteella täyden suorituksen. Sillä, olisivatko fiktiivisen pesän varat riittäneet tähän maksuhetkellä, ei ole merkitystä.²²⁴ Tuomiston kanta korostaa jo vahingon *mahdollisuutta* maksuhetkellä, kun taas Leppäsen mukaan vahingon pitäisi tuolloin olla myös konkreettisemmin ennakoitavissa. Sekä suomalainen lainvalmisteluaineisto että oikeuskäytäntö (KKO 1994:130) näyttävät puoltavan Tuomiston näkemystä.²²⁵ Voimassa olevan oikeuden kanta lieneekin, että etuoikeutetun velan maksun vahingollisuus arvioidaan sillä perusteella, saisiko maksun vastaanottaja, jos hän palauttaisi suorituksen konkurssipesään, etuoikeutensa perusteella täyden suorituksen. Jos vastaus on myöntävä, vahinkoa ei ole aiheutunut, eikä takaisinsaanti

²²⁰ Torjuntamaksun hyväksymisvelvollisuutta arvioidaan tässä vain siitä näkökulmasta, onko maksu vahingollinen konkurssivelkojille vai ei. Jos vastaus on myöntävä, takaisinsaantiriskiä on arvioitava lähtökohtaisesti samoin kuin muidenkin maksujen yhteydessä. Saatavan etuoikeudella voi kuitenkin olla erityismerkitystä etenkin arvioitaessa, onko maksua pidettävä TakSL 5 §:ssä tarkoitettuihin tavoin sopimattomana.

²²¹ Ks. Tuomisto s. 245 ja tekstissä mainitun ratkaisun johdosta Leppänen LM 1995 s. 310.

²²² Ratkaisussa sovellettiin vielä aiempaa lakia, jonka mukaan saneerausmenettelyn aikana syntyneet saatavat olivat konkurssissa massavelan asemassa. Massavelkastatuksen korvaaminen MJL 3 a §:n tasoisella etuoikeudella on vain lisännyt prejudikaatin merkitystä.

²²³ Leppänen Vahinkoedellytys s. 81.

²²⁴ Näin ymmärtääkseni Tuomisto s. 249, 251 ja 253.

²²⁵ Tuomiston kanta vastaa suomalaisia, Leppäsen enemmänkin ruotsalaisia lainvalmistelutöitä. Ks. HE 102/1990 s. 17–18 ja SOU 1970:75 s. 134, jossa maksuhetken ratkaiseva merkitys todetaan pariinkin otteeseen nimenomaisesti.

tule kyseeseen.²²⁶ Näin riippumatta siitä, riittivätkö velallisen varat maksuhetkellä kaikkien samassa (ja paremmassa) etuoikeusasemassa olevien velkojen maksuun.

Edellä todetun perusteella myös saneerausmenettelyn aikana syntyneen velan maksua on pidettävä muille konkurssivelkojille vahingollisena juuri sillä edellytyksellä, että kyseinen velkoja, palauttaessaan suorituksen konkurssipesään, ei enää saisi tälle saatavalleen täyttää suoritusta. Sillä, että tätä ei voitu vielä maksuhetkellä objektiivisesti todeta tai ennakoida, ei ole merkitystä; vahingon teoreettinen mahdollisuus riittää. Konkurssin torjumiseen tähtäävän maksun kannalta tämä tarkoittaa, että maksun vahingollisuutta ei voida todeta vielä maksua tarjottaessa, vaan asia ratkeaa vasta konkurssin sittemmin ehkä alkaessa. Kun velallisella yleensä on muitakin saneerausmenettelyn aikana syntyneitä velkoja, ja koska hakijavelkoja siten vain poikkeuksellisesti voi ennakoida suorituksen olevan vaaraton myöhemmässä konkurssissa, hakijaa tuskin voidaan pakottaa ottamaan torjuntamaksu vastaan viittaamalla saatavan etuoikeuteen. Silloinkin, kun muita samassa (tai paremmassa)²²⁷ etuoikeusasemassa olevia velkoja ei varmuudella enää ole, hakija ei kuitenkaan voi tietää, riittävätkö pesän varat myöhemmin ehkä alkavassa konkurssissa kattamaan hänen saatavansa kokonaan. Periaatteellinenkin epävarmuus tästä on relevantti, koska maksuhetkellä vallinneilla ennakkointimahdollisuuksilla ei ole merkitystä vahinkoedellytyksen täyttymiselle. Selostetuilla perusteilla tässä tutkimuksessa katsotaan, että velkoja, jonka konkurssihakemuksen perusteena on saneerausmenettelyn aikana syntynyt saatava, ei ole velvollinen hyväksymään torjuntamaksua *pelkästään sillä perusteella, että saatava on etuoikeutettu*, ei silloinkaan, kun maksu ei sitä tarjottaessa näytä loukkaavan muiden velkojien oikeutta.

Kun hakijasaatavan etuoikeutta on juuri todetuin perustein pidettävä takaisinsaantiriskin kannalta irrelevanttina, hakijan velvollisuus torjuntamaksun vastaanottamiseen ratkeaa sillä edellä todetulla perusteella, *kuinka selvästi tarjottu maksu täyttäisi jonkin takaisinsaantiperusteen*. Edellä on todettu, että hakijaa ei ole syytä pakottaa ottamaan vastaan ennen aikaista maksua, eikä eräntyneestäkään saatavastaan epätavallisin maksuvälinein tehtävää suoritus-

²²⁶ Ratkaisussa KKO 1994:130 lopputuloksena oli kuitenkin maksun peräytyminen, vaikka vastaaja ilmeisesti sai konkurssissa täyden suorituksen palautettuaan maksun pesään. Tämä johtui todennäköisesti siitä, että vastaaja oli maksun vastaanottamisen jälkeen itse maksanut muiden samassa etuoikeusasemassa olleiden velkojien saatavat, eikä korkein oikeus hyväksynyt tällaista jälkikäteistä vahingon korjaamista palautusvastuun estäväksi menettelyksi. Näin arvelee (varsin kriittisesti) *Leppänen LM 1995 s. 311*. On kuitenkin syytä huomata myös, että kun maksu määrittiin palautettavaksi, pesään yksinkertaisesti saatiin lisää varoja. Pidettiin tätä oikeana tai ei, peräytyvät varat vastaavat ensisijaisesti massaveloista. Tätä kautta päästään siihen, että konkurssivelkojen asema paranee.

²²⁷ Yleisistä etuoikeuksista hakijavelkojan edellä voivat olla vain selvittäjän ja valvojan palkkio ja korvaus korkoineen (YSL 32.2 § ja 87.5 §).

ta, koska takaisinsaantiriski on näissä tilanteissa huomattava ja todettavissa suoraan tarjouksen sisällön perusteella. Maksun huomattavuuden osalta taas pidettiin ratkaisevana, kuinka todennäköisesti velallinen joutuisi torjuntamaksua seuraavien kolmen kuukauden aikana konkurssiin ja kuinka todennäköisesti näyttää, että torjuntamaksua olisi konkurssin alkaessa pidettävä pesän varoihin nähden huomattavana. Se, että hakijasaatavana on YSL 32.2 §:n mukaisesti etuoikeutettu saatava, ei vaikuta näihin ratkaisuperusteisiin. Etuoikeutetunkin velan maksu peräytyy, jos se on tehty ennen aikaisesta, epätavallisin maksuvälinein tai pesän varoihin nähden huomattavalla määrällä. On korostettava erityisesti, että etuoikeudella ei ole merkitystä maksun huomattavuudelle. Ratkaisevaa on, miten maksu (vastaavasti sen peräyttäminen) vaikuttaa konkurssissa jaettavissa olevaan varallisuuteen ja siten koko täytäntöönpanon yhteensä tulokseen.²²⁸

6.6.3.3 Saneerausvelkojen yhdenvertaisuus modernin insolvenssioikeuden ongelmana

Yllä selostettu perinteinen konkurssintorjumisoikeus mutkistuu (entisestään), jos konkurssihakemuksen perusteena on saneerausvelka. Torjuntaoikeuden harjoittamisessa on tällöin otettava takaisinsaantiriskin lisäksi huomioon, miten torjuntadisponointi vaikuttaisi saneerausvelkojen yhdenvertaisuuteen.

Saneerausvelkojen yhdenvertaisuus konkurssihakemuksen tutkimuksessa nousi esiin ratkaisussa KKO 2001:18, tosin tavalla, jolla ei ollut merkitystä asian ratkaisemiselle korkeimmassa oikeudessa. Hovioikeuden erimielinen jäsen hylkäsi konkurssihakemuksen, koska velallinen oli saneerausohjelman aikana ”velvollinen maksamaan vain ohjelman mukaiset kuukausittain erääntyvät erät eikä hän voi saamisesta muuta maksaakaan”. Hän huomautti erityisesti, että velallinen ei voinut ”konkurssisäännön 6 §:n 2 momentin mukaisesti torjua konkurssihakemusta maksamalla hakijan velkajärjestellyn saatavan kokonaisuudessaan”. Kuten todettu, kysymystä ei pohdittu korkeimmassa oikeudessa, koska torjuntamaksua tai -vakuutta ei tarjottu, eikä velallinen ilmeisesti olisi tähän edes kyennyt. Erimielisen hovioikeuden neuvoksen lausuma osuu kuitenkin asian ytimeen: onko konkurssi torjuttavissa sellaisella maksulla (tai vakuudella), joka merkitsee saneerausohjelmasta poikkeamista?

Saneerausohjelman noudattaminen on ohjelman voimassaoloaikana velallisen keskeisin velvollisuus. Eri asia on, pidetäänkö saneerausvelan ennen aikaisesta maksua ohjelman rikkomisena yleisesti tai konkurssin torjumisen tarkoituksessa erityisesti. Ennen aikaisella maksulla velallinen ei varsinaisesti laiminlyö ohjelmaan perustuvia velvoitteitaan, vaan poikkeaa vahvistetusta maksuaika-

²²⁸ Ks. HE 102/1990 s. 55, Lennander s. 231 ja Tuomisto s. 197.

taulusta ('ohittaa' sen) hakijavelkojan hyväksi. Laissa ei ole nimenomaista säännöstä, joka kieltäisi maksamasta saneerausvelkaa ohi ohjelman. Toisaalta tämänsisältöisen kiellon voimassaolo voidaan vaikeuksitta perustaa kollektiivisen insolvenssioikeuden yleisiin periaatteisiin sekä useisiin YSL:n erityissäännöksiin. Ensinnäkin ohimaksu on lähtökohtaisesti velkojen yhdenvertaisuusperiaatteen vastainen. Vaikka suorituksen välittömänä seurauksena ei olisikaan maksukyvyttömyys tai ylivelkaisuus, muilla velkojilla on oikeus edellyttää, että velallinen noudattaa maksuohjelmassa vahvistettua aikataulua kaikkien saneerausvelkojien osalta. Maksuohjelman toteuttaminen on *yleistäytäntöönpanoa*, jossa velallisen on noudatettava velkojen yhdenvertaisuuden periaatetta.

Konkreettisempaa säännösten tukea ohimaksujen kiellolle saadaan YSL 59 §:n mukaisesta liitännäissitoumusten kiellosta, räikeämissä tapauksissa myös YSL 65.1 §:n 2 kohdasta, jonka mukaan saneerausvelkoja tai valvoja voi vaatia koko ohjelmaa raukeamaan, jos velallinen on rikkonut ohjelmaa suosiakseen jotakin velkojaa, eikä rikkomus ole vähäinen. Ohimaksujen kieltoa tukee edelleen YSL 46.1 § (yhdenvertaisuus velkajärjestelyssä) ja YSL 53.1 §:n 3 kohta (yhdenvertaisuuden loukkaus ohjelman vahvistamisen esteenä). Kaikkiaan yhdenvertaisuusperiaate ja juuri viitatu saneerailain säännökset ilmentävät *velallisen velvollisuutta pidättäytyä suorituksista ohi vahvistetun maksuohjelman*.²²⁹ Ohimaksujen kieltä tarkoittaa toiselta puolelta, että velkojalla ei ole oikeutta vaatia tällaista maksua.²³⁰

Kun ohimaksujen kieltä on juuri esitetyillä perusteilla voimassa yleisenä normina, ongelman ytimeksi kiteytyy, voidaanko kiellosta poiketa, jos maksun motiivina on konkurssin torjuminen. Tähän on nähdäkseni vastattava kieltävästi. Muussa tapauksessa konkurssihakemusta voitaisiin helposti käyttää ohimaksukiellon kiertämiseen, yksittäisen saneeraussaatavan perintään ohi ohjelman. Kun velkojat tietävät, että konkurssin torjuminen ei ole hyväksyttävä peruste ohimaksulle, konkurssihakemusta ei kannata panna vireille saneerausvelan enenaikaiseksi perimiseksi. Tulkinnasta seuraa toisaalta myös, että maksuohjelman ohittavan suorituksen tarjoaminen ei estä saneerausvelkojan konkurssihakemuksen tutkimista. Kanta ei nähdäkseni ole mitenkään ongelmallinen, vaan pikemminkin kollektiivisen insolvenssioikeuden keskeisten periaatteiden edellyttämä. Konkurssihan vaatii joka tapauksessa, että velallinen on maksukyvy-

²²⁹ Oikeuskirjallisuudessa enenaikaista maksua on tarkasteltu lähinnä ohjelman muuttamistilanteena, ks. *Koulu* Toteuttaminen s. 149–154. Ohjelman muutoksella maksua toki voitaneenkin aikaistaa, joko ennen tai jälkeen maksun, kunhan YSL 63 §:ssä säädetty muuttamisedellytykset täyttyvät. Yllä ei kuitenkaan ole kysymys ohjelman muuttamisen edellytyksistä, vaan nimenomaan vahvistetun maksuaikataulun ohittavasta maksusta ja siitä, miten tämä vaikuttaa konkurssihakemuksen tutkintaan.

²³⁰ Yhdenvertaisuusperiaate, liitännäissitoumusten kieltä ja muut yllä todetut perusteet estävät luonnollisesti myös saneerausohjelman perustamattoman vakuuden asettamisen.

tön. Jos yritys todella ajautuu saneerausohjelman aikana maksukyvyttömäksi, lainsäädännöltä ei enää voida edellyttää keinoja konkurssin torjumiseksi. Yritys on tällöin käyttänyt hyväkseen sen, mitä moderni insolvenssioikeus tarjoaa maksukyvyttömyyden korjaamiseksi. Konkurssin ei pidä estyä varsinkaan siksi, että velallinen ehkä kykenee maksamaan tai turvaamaan hakijana esiintyvän saneerausvelkojan saatavan.

Prosessuaalisesti nyt omaksuttu kanta tarkoittaa, että saneerausvelkojan oikeudellinen intressi *ei lakkaa* ja hän voi pysyä konkurssihakemuksessaan, vaikka velallinen tarjoaisi torjuntamaksua ohi ohjelman. Velkojien yhdenvertaisuus edellyttää lisäksi, että saneerausvelkojan konkurssihakemus tutkitaan siitä riippumatta, olisiko hakijavelkoja itse valmis hyväksymään ohimaksun ja peruuttamaan hakemuksensa. Merkitystä ei ole sillä, onko disponointi yllä esitetyin tavoin takaisinsaantiriskin alainen vai ei. Velkojien yhdenvertaisuus saneerausohjelman toteutuksessa edellyttää, että velallisen tarjouksesta ja velkojan hyväksynnästä huolimatta tuomioistuimien *viran puolesta* tutkii konkurssihakemuksen ja hyväksyy sen, jos velallinen on maksukyvytön.²³¹

6.6.3.4 Konkurssintorjuntaoikeuden kritiikkiä

Hakijan yksilöllisen täytöntöönpanointressin, torjuntamaksun takaisinsaantiriskin ja saneerausvelkojien yhdenvertaisuuden tarkastelu edellä osoittaa, kuinka huonosti konkurssin viime hetken torjuntakeinot sopivat yhteen konkurssin funktion ja tavoitteiden kanssa. Klassinen näkemys, jonka mukaan hakijavelkojan oikeudellinen intressi voidaan ja pitää erottaa konkurssin materiaalisista edellytyksistä, on syytä vakavasti kyseenalaistaa. Erottelu perustuu ajatukselle, että yksittäisen velkojan tyydyttämisellä voidaan ja tulee sivuuttaa konkurssihakemuksen varsinainen päämäärä, velallisen taloudellisten ongelmien ratkaiseminen *kaikkien* velkojien keskinäisessä menettelyssä. Ajatus on erityisen ongelmallinen silloin, kun torjuntamaksu loukkaisi saneerausvelkojien yhdenvertaisuutta ohjelman toteuttamisessa. Kuten yllä on suositeltu, konkurssihakemusta käsittelevän tuomioistuimen tulisi viran puolesta kontrolloida, ettei näin käy.

²³¹ Tämä muodostaa poikkeuksen siihen edellä todettuun pääsääntöön, että hakijavelkojan hyväksyessä torjuntamaksun konkurssihakemus jää sille, eikä tuomioistuimien puutu maksuun mitenkään. Käytännössä konkurssihakemuksen tutkiminen tekstissä todetuin tavoin edellyttää tietenkin, että tuomioistuimien saa tiedon maksun tai vakuuden tarjoamisesta. Jos hakija vain peruuttaa hakemuksensa, tuomioistuimella ei ole mahdollisuuksia selvittää, mistä peruuttaminen johtui. Maksuun tai vakuuteen reagoiminen jää tällöin muiden velkojien ja saneerausohjelman valvojan huoleksi. He saattavat vaatia saneerausohjelman raukeamista YSL 65.1 §:n 2 kohdan nojalla väittämällä, että velallinen on rikkonut ohjelmaa suosiakseen kyseistä velkojaa, eikä rikkomus ole vähäinen. Tämä tosin ei välttämättä johda tulokseen, jos velallinen on tehnyt maksun puhtaasti konkurssiuhan alaisena, ts. ilman epälojaalia suosimistarkoitusta. Tällöin ainoa mahdollisuus puuttua tapahtuneeseen maksuun (tai vakuuteen) on takaisinsaanti, jota varten velallinen on kuitenkin saatava asetetuksi konkurssiin kriittisen ajan kuluessa.

Problematiikan juuret ovat yleisprosessuaalisessa ongelmassa, oikeudellisen intressin ja vaatimuksen materiaalistien perusteiden erottelussa, joka sekin on – vakiintuneisuudesta huolimatta – ongelmallinen.²³² Konkurssihakemuksen yhteydessä oikeudellisen intressin ja vaatimuksen materiaallisen hyväksyttävyyden tiukka erilläänpito näyttää jopa tavallistakin huonommalta konstruktiolta. Konkurssin hakijan oikeudellisen intressin voidaan sanoa perustuvan juuri siihen, että velallinen ei kykene maksamaan *kaikkia* velkojaan niiden erääntyessä; konkurssin tarkoituksena on estää tilanteen paheneminen entisestään. Tältä kannalta on vailla merkitystä, kykeneekö velallinen ehkä maksamaan tai turvaamaan hakijan saatavan. Näin oikeudellinen intressi itse asiassa kohdistuu (samastuu) hakemuksen hyväksymisen edellytyksen eli maksukyvyttömyyden tutkimiseen.

Hakijan intressin ja konkurssin materiaalistien edellytysten erottelu ei ole vain kollektiivisen insolvenssioikeuden teorialle, vaan usein myös insolvenssi-asoiden käytännön hoidolle erittäin ongelmallinen lähtökohta. Jos velallinen on maksukyvytön, hakijavelkojan tyydyttäminen yleensä vain siirtää konkurssia, joka piakkoin alkaa muun velkojan tai velallisen omasta hakemuksesta. Jos hakija ei ole ottanut hakemuksensa perusteeksi kaikkia saataviaan (kuten ei tarkoituksenmukaisuussyistä aina ota), samakin velkoja saattaa lyhyen ajan sisällä esiintyä jälleen konkurssin hakijana.²³³

Yllä on pyritty osoittamaan eräitä tilanteita *de lege lata*, joissa viime hetken torjuntadisponointiin ei pidä ainakaan kategorisesti liittää oikeudellisen intressin lakkauttavaa vaikutusta (ja tästä seuraavaa hakemuksen tutkimatta jättämistä). Yksittäisten tilanteiden osoittaminen ja ratkaiseminen ei tietenkään ole pidemmällä aikavälillä riittävää. *De lege ferenda* olisi syytä pohtia perusteellisesti, missä tilanteissa – jos missään – hakijavelkojan tyydyttämisen on todella perusteltua johtaa konkurssin aineellisten edellytysten sivuuttamiseen. Ruotsin v. 1921 konkurssilain valmistelussa torjuntaoikeuden periaatteellista voimassaoloa puollettiin sillä, että jos hakijavelkojaa ei voitaisi koskaan ”maksaa ulos”, velkoja voisi konkurssihakemuksella aina kaataa vapaaehtoisin akordin tai ainakin vaatia lisämyönnytyksiä akordin hyväksymisen ehtona.²³⁴ Ongelma on oikein tunnistettu,²³⁵ mutta sille on löydettävissä muitakin ratkaisuja kuin dissi-

²³² Oikeudellisen intressin ja vaatimuksen materiaalistien perusteiden ongelmallisesta suhteesta yleisessä siviiliprosessioikeudessa ks. *Lappalainen II* s. 16.

²³³ Ratkaisussa NJA 1958 s. 2 katsottiin, että konkurssihakemuksen perusteena olleen saatavan tultua maksetuksi hakija ei voinut vedota muihin erääntyneisiin saataviinsa velalliselta. Ratkaisun johdosta ks. *Nyman SvJT* 1959 s. 613–618. Sama velkoja voi tietenkin esiintyä uudelleen hakijana myös siksi, että hänen ja velallisen välillä on jatkuvasti uusia velvoitteita aiheuttava oikeussuhde.

²³⁴ Ks. *Welamson Konkursrätt* s. 41.

²³⁵ Kyseessä on tyypillinen *hold out* -tilanne eli yksimielisyysvaatimuksen hyväksikäyttö oman edun lisäämiseksi.

dentin velkojan tyydyttäminen. Tällainen oman edun tavoittelu voitaisiin estää siten, että vireillä oleva vapaaehtoinen saneeraus lain mukaan estäisi konkurssin hakemisen tai ainakin hakemuksen hyväksymisen, kunhan vapaaehtoisjärjestely täyttäisi tietyt säädetty edellytykset – esim. velkojien enemmistön osallistumisen ja hankkeen yleisen realistisuuden.²³⁶

Erityisen kriittisesti on suhtauduttava ajatukseen, että hakijavelkojan tyydyttäminen on aina korjattavissa takaisinsaannilla konkurssin sittemmin alkaessa. Tulevan takaisinsaantiprosessin merkitystä ei ole syytä vähätellä etukäteen; jos vastaaja kiistää peräytysvaateen, tilanne johtaa vähintään sovintoneuvotteluihin, viime kädessä oikeudenkäyntiin kustannuksineen. Kaikki tämä on pois velkojilta ja muusta pesänhoidosta (myös mahdollisista muista takaisinsaantiasioista). Lisäksi on huomattava, että jos torjuntamaksua koskeva takaisinsaantiprosessi jostain syystä epäonnistuu, hakijalle luovutettu varallisuus jää lopullisesti muiden velkojien tavoittamattomiin. Onnistunutkaan takaisinsaanti ei sitä paitsi korvaa kaikkia haittoja – erityisesti täytäntöönpanotuloksen huononemista – joita konkurssin viivästymisestä aiheutuu. Velallisen taloudellinen tilannehan ei torjuntadisponoinnin ansiosta ainakaan parane.

Korostettakoon vielä, että yllä esitetty kritiikki perustuu kauttaaltaan oletukselle, että velallinen on torjuntadisponoinnin tehdessään maksukyvytön tai sen seurauksena ajautuu maksukyvyttömäksi. Jos kumpikaan näistä edellytyksistä ei täyty, konkurssia ei tietenkään pidä aloittaa. Mutta *juuri tämän kysymyksen tutkimiseen* hakijalla täytyy olla nykyistä laajempi oikeus, nimenomaan siitä huolimatta, että velallinen ehkä kykenisi suorittamaan hakemuksen perusteena olevan saatavan.²³⁷

²³⁶ Tanskan konkursloven 24 §:n mukaan tuomioistuin voi velallisen pyynnöstä lykätä konkurssihakemuksen käsittelyä, jos velallinen neuvottelee velkojensa uudelleenjärjestelystä ja tuomioistuin havaitsee, että neuvottelut voivat johtaa tulokseen. Lykkäyksen aikana on voimassa legaalinen maksunlakkautustila. Ks. *Munch* s. 227–233. Vastaavasta mahdollisuudesta Yhdysvaltain oikeudessa *Duberstein* Am. Bankr. Inst. L. Rev. 1993 s. 348–349.

²³⁷ Kun torjuntadisponoinnin ei katsota lakkauttavan hakijan oikeudellista intressiä, konkurssihakemuksen tutkinta on materiaalista tutkintaa, jonka lopputuloksena on kannanotto konkurssin edellytysten täytymiseen. Jos edellytykset eivät täyty (velallinen ei ole maksukyvytön) hakemus *hylätään*. Tällöin on hakijan ja velallisen välinen asia ratkaista, mitä luvatululle tai jo suoritettulle torjuntadisponoinnille tapahtuu. Lähtökohtana on yhtäältä, että tarjous sitoo sisältönsä mukaisena. Toisaalta tarjous voitaneen yleensä olettaa tehdyn juuri sillä ehdolla (sen ’sisältöisenä’), että velkoja antaa konkurssihakemuksen jäädä sillensä; hakemuksessa pysyminen ts. johtanee yleensä siihen, että velallinen ei ole enää sidottu tarjoamaansa maksuun tai vakuuteen.

7 Tutkimuksen tuloksista ja legaalisien saneerausmenettelyn vaihtoehtoista

7.1 KATSAUS KÄSITELTYIHIN AIHEISIIN JA KESKEISIIN VÄITTEISIIN

Tutkimuksessa esitettyjä johtopäätöksiä on edellä perusteltu ja arvioitu laajasti omissa asiayhteyksissään. Viimeisen luvun aluksi on kuitenkin syytä luoda yhteenvedonomainen katsaus eräisiin keskeisimpiin aiheisiin ja väitteisiin.

Velkojien oikeusaseman teoreettisten perusteiden tarkastelu osoitti konkreettisesti, kuinka monimutkaisen intressiasetelman kollektiivinen insolvenssinmenettely sisältää. Tämä koskee erityisesti saneerausmenettelyä, jossa pyritään toteuttamaan samanaikaisesti täysin vastakkaisia päämääriä. Kuten Elizabeth Warren ja Donald Korobkin ovat osoittaneet, tästä monimutkaisuudesta ei päästä eroon selittämällä saneerailainsäädännön ”olevan olemassa” vain tiettyjä intressejä varten. Jacksonin ja Bairdin tiukasti redusoidun ajattelutavan kestättömyys paljastuu, kun sen havaitaan perustuvan äärimmäisille yksinkertaistuksille, joille ei ole osoitettavissa enempää loogisesti pakottavia kuin oikeudenmukaisuudenkaan edellyttämiä perusteluja. Creditors’ bargain model on perimmältään oikeuspoliittinen ohjelma, jonka arvomaailma on ääriutilitaristinen, mutta joka pyritään esittelemään yhteiskuntasopimusteorian muodossa. Arvoperustainen malli ja etenkin Korobkinin valintateoria ovat rehellisempiä – ne eivät pyri osoittamaan mitään yksittäistä johtavaa arvoa, jonka varassa kollektiivinen insolvenssioikeus lepäisi. Sen sijaan ne myöntävät avoimesti, että insolvenssioikeus on komplisoitu oikeudenala, jossa useat ristiriitaiset odotukset vaativat samanaikaisesti oikeussuojaa. Vastaus, jonka kulloinkin voimassa oleva insolvenssioikeus antaa, voi olla ’vain’ entistä parempi vastaus näihin odotuksiin.

Tutkimuksen 3. luvussa todettiin se jo aiemmassa saneeraustutkimuksessa usein mainittu tosiasia, että YSL:n järjestelmä sisältää erillismenettelyjärjestelmän oletuksen yrityksen saneerauskelpoisuudesta. Rauhoitusaikaa ei meillä voida käynnistää ilman saneeraushakemuksen muodossa esitettyä kannanottoa yrityksen tilasta. Samalla kävi kuitenkin ilmi, että tästä järjestelmäratkaisusta huolimatta rauhoitus aika lieenee meilläkin käytettävissä selvitystarkoitukseen ja näin käytännössä ilmeisesti tehdäänkin. De lege ferenda voisi olla hyödyllistä selvittää, missä määrin rauhoitusajan selvitysfunktiota voitaisiin avoimestikin vahvistaa. Tämän suuntaista kehitystä ilmentää osaltaan myös aivan viimeaikainen oikeuskäytäntö, ratkaisupari KKO 2003:109 ja 110.

Tutkimuksen 4. luvussa muotoiltiin määräysvallan siirtymisen ja pysyvyyden periaatteet ja todettiin YSL:n perustuvan jälkimmäiseen. Velallinen säilyt-

tää määräysvaltaansa laissa säädetyin poikkeuksin – ei toisin päin eli niin, määräysvallasta pysyisivät vain tietyt laissa säädetyt elementit. Samassa luvussa kehiteltiin myös ideaa laillistetun maksunlakkautuksen järjestelmästä, jonka systemaattiset perusteet jäsentävät maksunlakkautusintressin nauttimaa oikeus-suojaa, lakkautuksen rajoja ja näin myös sen vaikutuspiirissä olevien velkojien oikeuksia. Normatiiviselta merkitykseltään maksunlakkautuksen systemaattiset perusteet ovat oikeusperiaatteita, joiden keskinäinen painoarvo voi vaihdella tulkintatilanteen edellyttämin tavoin. Pitkälti samaa teemaa – saneerausyritystä koskevan määräysvallan jakautumista – koski tutkimuksen 5. luku, jossa tarkasteltiin määräysvallan ylittämisen seuraamuksia. Tuolloin havaittiin muun ohella, että YSL:n seuraamushakuisuus on oikeusvertailevassa katsannossa pikemmin poikkeus kuin pääsääntö, mutta oikeusvarmuuden kannalta hyvinkin perusteltu lähtökohta. Lisäksi todettiin, että YSL:iin perustuvien kompetenssin-rajoitusten ylittämistä olisi sekä systemaattisin että oikeuspoliittisin argumen-tein käsiteltävä mieluummin takautuvana kuin etenevänä sivullissuhteena.

Viimeisessä varsinaisessa tutkimuskohdejaksossa eli 6. luvussa tulkittiin ja systematisoitiin meillä toistaiseksi hyvin epäselviksi jääneitä normistoja, konkurssivertailua sekä saneerausyrityksen uhkaa ajautua todelliseen konkurssiin. Niiden perusteella konkurssille osoitettiin modernissa insolvenssioikeudessa kaksoistehtävä, vertailufunktio ja pakkotäytäntöfunktio. Vertailufunktion tarkas-telu osoitti, että meikäläisessä saneeraustutkimuksessa aiemmin vallinnut käsitys vertailuinstituutiosta ei ole vastannut instituution todellista tarkoitusta. Tämä koskee erityisesti maksuajan pidentymisen huomiointia. Toisin kuin meillä on tähän saakka katsottu, *konkurssivertailu on nimenomaan reaaliarvovertailua*. Saneerausvelkojalla on oikeus vastustaa saneerausohjelmaa juuri sillä perusteel-la, että ohjelma todennäköisesti pidentää lopullisen suorituksen kertymisaikaa likvidaatiokonkurssiin verrattuna ja tarjoaa näin arvoltaan pienemmän suoritus-sen. YSL 53.1 §:n 5 kohdassa tarkoitettu suorituksen ”arvo” on siten juuri vertailtavien suoritusten reaaliarvo. On mahdollista ja hyvin toivottavaa, että vertailunormisto saa vastedes keskeisemmän aseman myös saneerauskäytännös-sä, kun aiemmasta käsityskannasta johtuneet ongelmat eivät enää estä relevant-tien vertailuväitteiden esittämistä ja niiden perusteellista tutkimista. Meillä vallin-nutta käsitystä kritisoitiin myös siitä, että konkurssivertailun on katsottu turvaa-van legaalisen etuoikeusjärjestyksen ylläpitoa, vaikka vertailu turvaa vain *abso-luuttisesti* samanarvoisen suorituksen kuin konkurssi. Velkojien ja velkojaryh-mien väliset kiistat saneerauslisän jakautumisesta on järjestetty toisin perustein.

Konkurssivertailun tarkastelussa ilmeni myös, että nykymuotoinen vertai-lunormisto mahdollistaa varsin pitkälle menevän spekulatiivisen fiktiivisen kon-kurssin ja saneerausohjelmaehdotuksen välisestä ”paremmuudesta”. Jatkossa voisi olla hyödyllistä pohtia, voitaisiinko YSL 53.1 §:n 5 kohdan sanamuotoa muuttaa niin, että vertailu kohdistuisi välittömämmin vain realisaatitulosta ja jako-osuuksia koskeviin kysymyksiin. Edelleen 6. luvussa perusteltiin laajasti,

miksi konkurssivertailussa olisi keskityttävä *vertailuhetken olosuhteisiin ja tulevaisuuteen*, ei menneisyyden mahdollisuuksilla spekulointiin. Rationaaliset saneerausvelkojat ovat kiinnostuneita siitä, millaisen jako-osuuden he saisivat konkurssissa, jossa sovelletaan uusien velkojen etuoikeutta – vain tällainen konkurssi on enää tarjolla. Sillä, olisiko konkurssi alun perin jollain todennäköisyydellä saattanut tuottaa paremman suorituksen, ei pitäisi olla ratkaisevaa merkitystä saneerausohjelman vahvistamisessa. Nykymuotoinen vertailu, joka sivuuttaa uusien velkojen etuoikeuden, sopisi paremmin esimerkiksi rikosoikeudellisen vastuun edellytykseksi kuin yrityksen ja sen velkojen yhteistä tulevaisuutta koskevan päätöksenteon perustaksi. On selvää, että tämä tavoite edellyttäisi lain muuttamista. Sitä kuitenkin suositellaan tässä tutkimuksessa painokkaasti, koska kysymys on olennaisen tärkeä niin saneerausvelkojille kuin -velallisellekin.

Edellä todetun lisäksi olisi tietenkin mahdollista kyseenalaistaa koko vertailuinstituutio: pitäisikö saneerausohjelman tuottama vähimmäissuoritus pyrkiä turvaamaan jollain aivan muulla tavoin, esimerkiksi Ruotsin oikeuden kaltaisella legaalaisella akordiprosentilla? Nähdäkseni tähän olisi syytä vain silloin, kun saneerausyritystä ei voitaisi asettaa konkurssiin in concreto. Näin lienee useinkin niissä tilanteissa, joissa menettely on aloitettu – lain tarkoituksen mukaisesti – jo uhkaavan maksukyvyttömyyden perusteella. Kuten 6. luvussa osoitettiin, vertailunormimme sanamuoto ei vaadi todellisen konkurssin edellytysten tutkimista, mutta toisaalta epäilemättä mahdollistaa sen. Konkurssin edellytykset olisi syytä tutkia etenkin silloin, kun menettely on aloitettu uhkaavan maksukyvyttömyyden nojalla ja velkoja vaatii yhtä laajaa kuittausoikeutta kuin konkurssissa. Jos todellisen konkurssin edellytykset eivät tällöin täyty, kuittauksen edellytyksetkään eivät voi olla yhtään sen laajemmat kuin ennen saneerausmenettelyn alkua. Insolvenssioikeudellisena instituutiona konkurssivertailu on kuitenkin perusteltu. Sillä on merkittävä asema saneerausmenettelyn legitimiisyyden turvaajana; jo psykologisista syistä on asianmukaista, että velkojille sallitaan vertailu insolvenssimenettelyjen välillä. Instituution olemassaolon oikeutusta ei siis ole tässä tutkimuksessa kyseenalaistettu, vaan riittävää on pyrkiä poistamaan nykymuotoisen vertailun ongelmia 6. luvussa esitellyin tavoin.

Saneerausvelkojen perimmäisenä oikeussuojakeinona on yrityksen hakeminen todelliseen konkurssiin, jonka edellytyksiä tarkasteltiin niin ikään 6. luvussa. Keskeinen väite oli tuolloin, että konkurssin hakijavelkojan oikeudellinen intressi *samastuu* konkurssin edellytyksiin. Konkurssihakemuksen vireillepanolla velkojalla on oikeus vaatia tuomioistuinta tutkimaan, kykeneekö velallinen maksamaan kaikki velkansa niiden erääntyessä. Se, että velallinen ehkä kykenee maksamaan hakemuksen perusteeksi esitetyn saatavan, ei yksinään lakkauta tätä hyväksyttävää oikeudellista intressiä. Ajatuksesta, jonka mukaan konkurssin hakijavelkojan oikeudellinen intressi voidaan ja pitää aina erottaa konkurssin edellytyksistä, on syytä luopua.

Hakijavelkojan velvollisuutta torjuntamaksun vastaanottamiseen on joka tapauksessa arvioitava tuohon maksuun kohdistuvan takaisinsaantiriskin *toden-*

näköisyyden perusteella. Tämä todennäköisyys on arvioitava sekä sillä perusteella, joutuisiko velallinen torjuntamaksun jälkeen kuitenkin konkurssiin ja voidaanko jo torjuntamaksua koskevasta tarjouksesta nähdä, että se tulee peräytymään. Mitä todennäköisemmin velallinen ajautuu konkurssiin maksun takaisinsaantiaikana, ja mitä selvemmin hänen tarjouksensa täyttää takaisinsaanti-perusteen, sitä vahvemmat perusteet velkojalla on pysyä konkurssihakemuksessaan. Saneerausohjelman aikana tuomioistuimen on myös viran puolesta kontrolloitava, että velallisen tarjoama torjuntamaksu ei loukkaa saneerausvelkojen yhdenvertaisuutta.

7.2 KESKUSTELU LEGAALISEN SANEERAUKSEN VAIHTOEHDOISTA JA SOPIMUSSANEERAUSTEN MAHDOLLISUUKSISTA

7.2.1 Saneerainsäädäntö pakotteena ja insentiivinä

Kun kollektiivisen insolvenssioikeuden tehtävistä, teoreettispoliittisesta syvärakenteesta ja olemassaolon oikeutuksesta on parin viime vuosikymmenen aikana väitely kiivaasti, on luonnollista, että vallitsevalle järjestelmälle on samalla etsitty vaihtoehtoja. Itse asiassa vaihtoehtojen järjestelmien konstruointi muodostui etenkin Yhdysvalloissa, mutta kansainvälisessä keskustelussa muutoinkin, oikeudenalan toiseksi pääteemaksi. Aihe kehittyi 1990-luvun aikana funktiokeskusteluun kytkeytyneenä ja yleensä taloudellistationaalisen ajattelun innoittamana. Tutkimuksen lopuksi luodaankin vielä katsaus kollektiivisen insolvenssioikeuden tulevaisuudennäkymiin, etenkin mahdollisuuteen kehittää vaihtoehtoja legaalille saneerausmenettelylle. Voitaaisiinko legaalisaneeraus korvata jollain vähemmän muodollisella menettelyllä, tai voitaaisiinko sitä ainakin täydentää sopimusvapauden puitteissa silloin, kun osapuolet näyttävät pääsevän järkevään lopputulokseen tuomioistuimen ulkopuolellakin?

Radikaaleimmat uudistusehdotukset ovat edellyttäneet *saneerainsäädännön kumoamista* ja järjestelmän korvaamista kokonaan uudenaikaisilla instituutioilla; maltillisemmat puheenvuorot ovat turvautuneet voimassa olevan järjestelmän *ohjausvaikutukseen*. Yhteistä vaihtoehtojen etsinnälle on ollut, että sopimusperusteisen saneerauksen (sopimussaneerauksen) edellytyksiä on voimakkaasti vaadittu parannettaviksi joko legaalisen menettelyn varjossa ("in the shadow of the law") tai niin, että puhtaasti markkinaehtoisella järjestelmällä voitaisiin todella korvata nykyinen lainsäädäntö.¹ Tutkimustehtävän mukaisesti

¹ Keskustelusta ja siinä esitetyistä malleista ks. *LoPucki* Mich. L. Rev. 1992 s. 79–82, *Dubenstein* Am. Bankr. Inst. L. Rev. 1993 s. 347–348, *Butler – Gilpatrick* Am. Bankr. Inst. L. Rev. 1994 s. 273–277 ja *Adler* Stan. L. Rev. 1993 s. 319–333. Aiheesta viime vuosilta *Block-Lieb* Am. Bankr. L.J. 2000 s. 77 ja *sama* Univ. Ill. L. Rev. 2001 s. 504–508.

tässä tutkimuksessa ei pyritä selvittämään, olisiko nykyjärjestelmän korvaaminen jollain uudella normistolla taikka puhtaasti sopimusvapaudelle perustuvalle mekanismilla mahdollista tai tarkoituksenmukaista. Tällaisten spekulatioiden sijasta tarkastellaan, miten nykyjärjestelmää voidaan käyttää järkevästi hyväksi, miten sen kanssa on elettävä. Kun olemassa olevaa järjestelmää ei pyritä kumoamaan eikä muuttamaan perusteiltaan, huomio kiinnittyy legaalisene saneerausmenettelyn ohjausvaikutukseen, ts. sopimussaneeraukseen 'lain varjossa'.

Vuoden 1993 uudistus Suomessa vastasi kansainvälistä trendiä tältä(kin) osin varsin hyvin. Sen lisäksi, että YSL muodostaa kokonaisuutena lainsäätäjän tarjoaman mallin sopimussaneeraukselle, lain 13 luku sisältää erityissäännöksiä, joiden avulla etukäteen neuvoteltu sopimus voidaan työstää loppuun legaaliprosessin suojissa tai sellaisenaankin vahvistaa saneerausohjelmaksi, jolla on normaalin ohjelman oikeusvaikutukset. Lain yleisperusteluissa sopimussaneerausten edistämistavoitetta selostettiin mm. seuraavasti:²

"On toivottavaa ja myös oletettavaa, että seikkaperäisen lainsäädännön aikaansaaminen edesauttaa tuomioistuinmenettelyn ulkopuolella tapahtuvia vapaaehtoisia saneeraus- ja velkajärjestelyjä. Kun asianosaiset voivat lain säännösten perusteella ennalta todeta, minkälaisiin järjestelyihin laki antaa mahdollisuuden, tarvittaessa myös vastoin asianomaisen tahtoa, neuvottelujen edellytykset selkeytyvät ja mahdollisuudet sovintojärjestelyjen aikaansaamiseen paranevat."

Saneerauslainsäädännölle siis selvästikin asetettiin ohjausfunktio, joka voidaan jakaa *yleiseen ja erityiseen*. Ensinnäkin lainsäätäjän tavoitteena näyttää olleen, että legaalinen menettely toimisi kannustimena ylipäänsä ryhtyä tuomioistuinten ulkopuolisiin järjestelyihin (yleinen ohjausfunktio).³ Toiseksi lainsäädännön on tarkoitus osoittaa tarkemmat saneerauskeinot, joihin jokaisen on viime kädessä sopeuduttava legaalisen menettelyn edellytysten täytyessä (erityinen ohjausfunktio).

Ohjaustehtävä ilmentää kollektiivisen insolvenssioikeuden kehitystä puhtaasta pakotesäätelystä kohti kannustinvaikutukselle rakentuvaa normistoa.

² HE 182/1992 s. 16. – BC 11 luvun vastaavasta tehtävästä Bankruptcy: The Next Twenty Years s. 309.

³ Yleisen ohjausfunktion oikeuspoliittiset perustelut ovat ilmeisiä, eikä niitä tässä tutkimuksessa käsitellä laajemmin. Sopimussaneerauksen etuina viitataan yleensä sekä suorien että välillisten kustannusten (konkreettisten kulujen ja erityisesti prosessiin käytetyn ajan) vähenemiseen, legaalisen menettelyn julkisuuden ja samalla konkurssistigman välttämiseen sekä konsensuaalisen prosessin yleiseen yhteistyöhönsä verrattuna julkiseen adversiaalimenettelyyn, jossa lainsäädännön "vahtikoirasäännöt" ("watchdog-like provisions") tulevat täysimittaisesti sovellettaviksi. Ks. *Dubenstein* Am. Bankr. Inst. L. Rev. 1993 s. 347 ja 350–351, *Finkelstein* Yale L.J. 1993 s. 2206. Velkojille kaikki tämä – varsinkin suorien kustannusten säästyminen – tarjoaa mahdollisuuden parempaan suoritukseen kuin legaalisessa prosessissa.

Samalla insolvenssioikeus ohjautuu yhä tiiviimpään yhteyteen yleisen siviili- ja siviiliprosessioikeuden kanssa; erityisesti sopimusvapauden ja oikeuden pakottavuuden välinen jännite konkretisoituu. Yhtäältä saneerauslainsäädännön toivotaan kannustavan (tietynsisältöisiin) sopimuksiin, toisaalta koko insolvenssioikeuden keskeisenä tehtävänä on edelleen toimia pakotteena. Kirjallisuudessa esiintyykin paikoin arveluja insolvenssioikeuden pakottavuudesta ja sopimusvapauden laajuudesta, mutta aiheen perusteellisempi analyysi puuttuu meikäläisestä lainopista. On hyvinkin mahdollista, että vasta insolvenssioikeuden pakottavuuden systemaattinen selvittäminen avaisi todellisen mahdollisuuden sopimusperusteisten yrityssaneerausten ekspansiolle, ts. ohjausfunktion laajemmalle toteutumiselle.

Ennen kuin saneerauslainsäädännön ohjausvaikutusta ja sopimusvapautta tarkastellaan lähemmin, on syytä korostaa merkittävää eroa 2. luvussa käsiteltyihin teemoihin, joissa sopimuksella oli niin ikään merkittävä asema. Sekä creditors' bargain -malli että Korobkinin valintateoria eivät pyri sanomaan mitään sopimusvapauden laajuudesta kollektiivisessa insolvenssioikeudessa. Niiden tarkoituksena on, kuten todettu, osoittaa, minkälaisesta järjestelmästä velkojat sopisivat keskenään, jos tämä olisi faktisesti mahdollista (Jackson, Baird) ja toisaalta, millaiset arvoperiaatteet valittaisiin insolvenssioikeudellisen järjestelmän perusteiksi, jos valinta suoritettaisiin tietämättömyyden verhon takana kaikkien niiden toimesta, joihin yrityksen taloudellinen ahdinko vaikuttaa (Korobkin). Kummassakaan teoriassa ei edellytetä, että todellista sopimusta koskaan tehtäisiin. Seuraavassa sen sijaan tarkastellaan juuri todellista sopimusta, jolla on tarkoitus korvata legaalinen saneeraus osittain tai kokonaan.

7.2.2 Sopimussaneeraukset ex ante ja ex post

Saneerauslainsäädännön insentiivivaikutus voi konkretisoitua yrityksen elinkaaren eri vaiheissa. Kunnianhimoisin tavoite on sopia saneerauksen menettelytavoista sekä osapuolten oikeuksista ja velvollisuuksista mahdollisimman aikaisin ennen kuin yrityksellä on mitään taloudellisia vaikeuksia (ex ante). Jos tässä ei onnistuta tai sitä ei ole edes yritetty, sopimukseen voidaan pyrkiä sitten, kun sopimuksen kohde on konkretisoitunut (ex post).⁴

Yhdysvaltain oikeustieteessä on esitetty ex ante -järjestelmää, jossa yritys voisi jo perustamisensa yhteydessä määrätä yhtiöjärjestyksessään tms. (corporate charter), mitä lain tuntemaa insolvenssinenettelyä yhtiötä kohtaan on tarvittaessa noudatettava, tai jopa luoda yhtiöjärjestyksessään uuden yksilöllisen insolvenssinormiston. Tätä normiston valintaa voitaisiin muuttaa yhtiö-

⁴ Ks. myös *Huelsdunk* KTS 1999 s. 295.

järjestyksen muuttamista koskevien edellytysten mukaisesti. Kunkin yhtiön valitsema insolvenssinormisto olisi nähtävissä julkisessa kauppa- tms. rekisterissä. Ajatuksena on, että kun insolvenssinormisto joka tapauksessa vaikuttaa ainakin implisiittisesti luottosuhteeseen jo perustamisvaiheesta lähtien, normiston sisällöstä tulisi voida sopia yksilöllisesti kuten muistakin luottosuhteen ehdoista.⁵

Selostettua ”menu approach” -mallia on kritisoitu monin perustein. Ehdotuksen toteutumiskelpoisuuden ohella on epäilty myös sen taloudellista tehokkuutta. LoPucki on huomauttanut transaktiokustannusten nousun vaarasta, koska luottosuhteen perustamisvaiheeseen, ts. luottoharkinnan osaksi, tulisi uusi elementti: sen selvittäminen, minkälaisen insolvenssinormiston juuri kyseinen velallinen on valinnut. Legaalisen järjestelmän vallitessa kaikki tietävät ilman erityisselvityksiäkin, miten insolvenssitilanteessa menetellään. Ex ante -näkökulman erityinen heikkous on siinä, että ennakkolliset sopimukset voivat koskea vain sopimusperusteisia velkasuhteita. Sopimuksen ulkopuolinen korvausvastuu, joka on käytännössä aivan yhtä merkittävä maksukyvyttömyyden aiheuttaja kuin luotot, jää ennalta sovittujen, yksityisten insolvenssinormien ulkopuolelle.⁶ Toisin kuin luottovelkoja, korvausvelkoja ei valitse velkoja-asemaansa eikä siten myöskään voi päättää, millä insolvenssioikeudellisilla ehdoilla velkasuhde syntyy. Selvää on, että luottosuhteiden yhteydessä tehdyt ex ante -sopimukset eivät sido korvausvelkoja ainakaan siltä osin kuin sopimukset heikentävät tällaisen velkojan asemaa voimassa olevaan oikeuteen verrattuna.⁷ Ennakkollisen sopimisen mahdollisuudet ovatkin käytännössä selvästi kapeammat kuin teoriassa. Näin ainakin, jos tavoitteena todella pidetään kattavaa normistonvalintaa jo luottosuhteen perustamisvaiheessa. Sen sijaan tietyt *ennakointikeinot*, joilla jo luottosuhdetta perustettaessa sitoudutaan (tietyin ehdoin) selvittämään vapaaehtoisen saneerauksen mahdollisuuksia, ovat käytännössä helpommin soveltamiskelpoisia.

⁵ Ks. Rasmussen s. 395–407.

⁶ Ks. LoPucki Yale L.J. 1999 s. 318.

⁷ Rasmussen, s. 398, katsoo, että korvausvelkojen ja muiden tahdonvastaisten velkojen asema voitaisiin turvata sääntelyllä, joka takaisi heille laissa säädetyn oikeusaseman riippumatta siitä, minkä insolvenssinormiston yritys on valinnut noudatettavaksi luottosuhteissaan. Ongelmaksi jää, että yrityksen insolvenssimenettely jakautuisi kahdeksi menettelyksi, luottovelkoja koskevaksi yhtiöjärjestysprosessiksi ja korvausvelkoja koskevaksi legaaliseksi menettelyksi. On vähintäänkin kyseenalaista, kuinka tehokasta kahden järjestelmän samanaikainen ylläpito olisi. Lisäksi on todennäköistä, että korvausvelkojen oikeusturva edellyttäisi etuoikeutta korvaussaatavalle (mihin Rasmussenkin viittaa). Tämä taas horjuttaisi yhdenvertaisuusperiaatteelle rakentuvan järjestelmän perusteita; monissa kuuluisissa saneerauksissa, kuten Johns Manvillen tapauksessa, koko menettely on alkanut juuri korvausvastuiden johdosta. Edelleen on syytä pelätä, että sopimusvelkojen tarve suojautua korvausvelkojen etuoikeuden aiheuttamalta riskiltä olisi omiaan entisestään kasvattamaan sekä suoria että välillisiä insolvenssikustannuksia.

Kuten koko rehabilitaatioparadigma, myös sopimussaneeraus on oikeudessamme toistaiseksi varsin uusi ilmiö. Sen juurtuminen osaksi meikäläistä insolvenssikulttuuria ei tapahtune aivan lähitulevaisuudessa, joskin yksittäisiä menestystarinoita saatetaan nähdä.⁸ Erityisesti kattavien ex ante -sopimusten omaksuminen osaksi luottomarkkinoiden käytänteitä vaikuttaa kehityksen tässä vaiheessa – juuri todetut ongelmat huomioon ottaen ilmeisesti tulevaisuudessakin – melko kaukaiselta visioltä. Onkin realistisempää olettaa, että saneerauslainsäädännön ohjausfunktio toteutuu pikemmin ex post -sopimuksina. Jälkikäteisnäkökulma tarkoittaa, että sopimussaneeraus otetaan varsinaiseksi neuvottelukohteeksi siinä vaiheessa, kun yrityksellä on taloudellisia vaikeuksia – käytännössä yleensä ilmeisesti sellaisia, että legaalinenkin menettely näyttäisi mahdolliselta ja sitä on ehkä jo haettukin. Kuten juuri todettiin, neuvotteluihin on saatettu myös varautua tietyillä ennakointilausekkeilla, joilla siis kuitenkin ei pyritä kattavaan, legaalisen menettelyn korvaavaan normistonvalintaan. Sen sijaan niiden tavoitteena on määritellä olosuhteet, jotka – lausekkeissa tarkemmin määrätyn ehdoin – käynnistävät legaalista rauhoitusaikaa vastaavan tilan, joka mahdollistaa yrityksen ja velkojien väliset koordinoitua toimet tuomioistuimen ulkopuolella.

Välttämätön edellytys saneerauslainsäädännön ohjausfunktion toteutumiselle onkin juuri *sopimusperusteinen rauhoitusaika*. Ilman sitä ei mikään vapaaehtoinen saneeraus voi onnistua. Jos rauhoitusaika tuottaa tavoitellun tuloksen eli sopimusperusteisen saneerausohjelman, on ratkaistava, vahvistetaanko sopimus legaaliseksi saneerausohjelmaksi, vai jätetäänkö sen toteuttaminen yleisen siviili- ja siviiliprosessioikeuden varaan. Sopimuksen sisältö puolestaan on – kuten legaalisessakin menettelyssä – niin puhtaasti neuvottelu- ja tarkoituksenmukaisuuskysymys, ettei siihen ole syytä puuttua syvemmalta kuin mitä laki yleensä edellyttää tutkittavaksi saneerausohjelmaa vahvistettaessa.⁹ Sopimus-

⁸ On mahdollista, että sopimussaneerausten todellinen ekspanso edellyttäisi jonkin vaikutusvaltaisen tahon myötävaikutusta nimenomaan velkojapuolella. Englannissa tällainen taho on ollut keskuspankki (Bank of England), jonka ohjauksessa on syntynyt vakiintuneiden käytänteiden kokoelma, The London Approach. Ks. *Finch* s. 219–229 ja *Kent JIBL* 1993 s. 81–84. Yhdysvalloissa SEC ei ole samalla tavoin raivannut tietä sopimussaneerauksille, vaikka sillä muutoin on ollut merkittävä rooli insolvenssikulttuurin muodostumisessa. – Ilmeinen kysymys on, miksei rahoitus- ja pääomamarkkinoiden valvonta- ja ohjausviranomaiset, Suomen Pankki ja Rahoitustarkastus sen alaisena, ole meillä omaksuneet tai voisi omaksua vastaavaa roolia kuin vaikkapa Bank of England. Yhtä ilmeinen vastaus on, että julkiset pääomamarkkinat ovat meillä näihin aikoihin saakka onnistuneet pysyttelemään insolvenssioikeuden ’ulkopuolella’. Julkisesti noteerattuja yrityksiä ei juurikaan saneerata eikä niitä ajaudu konkurssiin. Tämä on tietenkin myönteinen asiointila; mitä vähemmän julkisesti noteerattuja insolvenssivelallisia, sitä parempi. Eri asia on, missä määrin pankkisektori voisi sisäisillä toimillaan parantaa muiden kuin julkisesti noteerattujen velallistensa mahdollisuuksia sopimussaneerauksiin.

⁹ Toisaalta juuri tämä lienee tuomioistuintutkinnan vähimmäistaso. Sopimussaneeraukset ovat hyväksyttävissä vain, jos ne tarjoavat saman vähemmistösuojan ja muut sisällölliset oikeusturvan takeet kuin legaalinen menettely. Luonnollisesti on kontrolloitava myös, että itse sopimusmenettely on ollut aidosti vapaaehtoinen.

perusteiseen saneeraukseen liittyy kuitenkin kaksi olennaista sisältöongelmaa, jotka eivät nouse esiin legaalisessa menettelyssä. Ensinnäkin on kysyttävä, voivatko osapuolet tehokkaasti sitoutua pidättymään legaalisen menettelyn hakemisesta saneeraussopimuksen voimassa ollessa, tai ainakin disponoida hakemuksen hyväksymisen edellytyksistä niin, että menettelyä on tavanomaista vaikeampi käynnistää. Tällaiseen sopimusmääräykseen voi olla järkevä tarve, jotta osapuolet saadaan sitoutettua yhteiseen hankkeeseen. Lopuksi on vielä selvitettävä vapaaehtoisen (velka)järjestelyn kohtalo siinä tapauksessa, että yritys kaikesta huolimatta ajautuu legaaliseen insolvenssimenettelyyn. Kutakin luetelluista ongelmista – sopimusperusteista rauhoitusaikaa, legaalisesta menettelystä pidättymistä ja sopimusperusteisen saneerausohjelman kohtaloa myöhemmässä legaalisessa menettelyssä – käsitellään jäljempänä erikseen.

Tässä tutkimuksessa siis ei syvennytä niihin lukuisiin eri vaihtoehtomalleihin, joita USA:n yliopistojen oikeustieteellisissä julkaisusarjoissa ehdotettiin 1980- ja -90-luvuilla, usein korvaamaan, joskus vain täydentämään BC 11 lukua.¹⁰

Ennen kuin sopimusvapauden merkitystä siirrytään tarkastelemaan lähemmin, on syytä tehdä eräs yleinen rajoitus. Kaikkien jäljempänä käsiteltävien disponointien *oletetaan sisältyvän tai ainakin liittyvän läheisesti yrityksen vapaa-ehtoiseen elvytysyritykseen*. Disponointien oikeutus perustuu juuri siihen, että niillä pyritään edistämään pitkäjännitteistä kokonaisratkaisua, jolla yrityksen maksukyvyyttömyys tai sen uhka kyetään poistamaan tuomioistuineläytöstä rasittamatta tai ainakin selvästi kevyemmällä tuomioistuinkontrollilla kuin legaalisessa menettelyssä. Irrallisiin sitoumuksiin on syytä suhtautua selvästi kriittisemmin pitäen lähtökohtana, ettei insolvenssioikeuden tarjoamasta suojasta voida sopimuksin luopua. Sama koskee kestoaltaan täysin määräämättömiä sitoumuksia.

7.2.3 Sopimusperusteinen rauhoitus aika ja legaalisesta menettelystä pidättäminen

7.2.3.1 Rauhoitus aikalauseke ja sen ulottuvuus

Sopimussaneerausten edistämiseksi Claire Finkelstein on ehdottanut järjestelmää, jossa luottoinstrumentteihin sisältyisi jo alun perin lauseke, joka väliaikai-

¹⁰ Sopimussaneeraus ei Yhdysvalloissa todellakaan ole mikään uusi keskusteluaihe. *LoPucki* (Mich. L. Rev. 1992 s. 79) toteaa, että 1980- ja 1990-luvuilla sikäläisessä kirjoittelussa muodostui eräänlaiseksi akateemiseksi velvollisuudeksi esittää oma uusi malli, jolla BC 11 luku olisi voitu korvata markkinaehtoisemmalla prosessilla (tuolloista tutkimuksellista ilmapiiriä kuvaa osuvasti myös LoPuckin artikkelin otsikko "Strange Visions in a Strange World").

sesti estäisi velkojen yksittäiset perintätoimet (temporary suspension clause).¹¹ Lausekkeessa velkoja sitoutuisi pidättymään laissa säädettyjen perintäkeinojen käytöstä lyhyeksi ajaksi, Finkelsteinin ehdotuksen mukaan kuukaudeksi. Näin luottosuhteen osapuolet voisivat jo luottoharkintavaiheessa varautua elvytys-neuvottelujen tarpeeseen. Tällaista klausuulia kutsutaan jatkossa rauhoitusaikalausekkeeksi tai -sopimukseksi ja sillä tavoiteltavaa tilaa vastaavasti sopimusperusteiseksi (tai vapaaehtoiseksi) rauhoitusajaksi.

Finkelsteinin ehdotuksessa rauhoitusaika alkaisi, kun velallinen ilmoittaa velkojilleen taloudellisen tilanteensa heikkenemisestä. Ilmoitustapa, samoin kuin yrityksen taloudellista tilaa kuvaavat olosuhteet, joihin ilmoitusvelvollisuus perustuu, olisi yksilöitävä luottosopimuksessa. Lausekkeessa velallinen voitaisiin velvoittaa myös kutsumaan koolle velkojen kokouksen ja esittämään siellä tarkemman selvityksen taloudellisesta tilanteestaan sekä, jos tuossa vaiheessa olisi jo mahdollista, ainakin alustavan luonnoksen saneeraussopimukseksi. Edelleen lausekkeessa voitaisiin antaa valtuutus, jonka perusteella velkojilla olisi mahdollisuus joko yksimielisesti tai enemmistöpäätöksellä pidentää rauhoitusaikaa ehdotuksen harkitsemiseksi.¹²

Vapaaehtoista rauhoitusaikaa suositellaan myös INSOL Internationalin julkaisemissa periaatteissa, joissa se esitetään vapaaehtoisen saneerausjärjestelmän ensimmäisenä periaatteena (First Principle: a Standstill Period).¹³ Suosituksessa ei kuitenkaan kiinnitetä huomiota ex ante -näkökulmaan, joka on Finkelsteinin ehdotuksen ydin.¹⁴ INSOLin periaatteissa lähdetään siitä, että ainakin merkittävien velkojen olisi yksinkertaisesti oltava valmiita vapaaehtoiseen rauhoitus aikaan velallisen ongelmien tultua ilmi, ts. riippumatta siitä, onko tästä sovittu jo luottosuhteen perustamisvaiheessa. Periaatteissa myös suositellaan 'vapaaehtoisen määräpäivän' (a Standstill Commencement Date) asettamista; sen pitäisi olla päivä, jolloin velallisen rahoittajat velkojaryhmänä kutsutaan ensi kerran koolle käsittelemään velallisen tilannetta.¹⁵

Finkelsteinin ehdotus rakentuu oletukselle, että Yhdysvaltain oikeuden mukaan velkoja voi ennalta pätevästi luopua oikeudestaan *erityistäytäntöönpanoon*.¹⁶ Määräaikaisena tällainen sitoumus lienee enemmittä epäilyttä mahdollinen

¹¹ *Finkelstein* Yale L.J. 1993 s. 2215.

¹² *Finkelstein* Yale L.J. 1993 s. 2215.

¹³ INSOL s. 2 ja 6–11.

¹⁴ On ehkä paikallaan huomauttaa, että Finkelsteinin ehdottamassa järjestelmässä neuvottelut, joita käydään vapaaehtoisen rauhoitusajan kuluessa, ovat neuvotteluja ex post. Ex ante -näkökulmaa edustaa vain etukäteinen sitoumus pidettyä perintätoimista (suspension clause). Jos vapaaehtoisesta rauhoitusajasta kyettäisiin sopimaan sen jälkeen, kun velallisen taloudelliset vaikeudet ovat ilmenneet, tämäkin sopimus olisi ymmärrettävä jälkikäteiseksi. Ks. *Finkelstein* s. 2213–2214.

¹⁵ INSOL s. 9.

¹⁶ Ks. *Finkelstein* Yale L.J. 1993 s. 2215, jossa pidättymislauseke rajoitetaan nimenomaisesti koskemaan "creditors' collection rights under state law".

myös Suomen oikeudessa ja kattanee – yhteisen funktionensa perusteella – sekä ulosmittauksen että turvaamistoimet.¹⁷ Vaikeampi ongelma on, voivatko luottosuhteen osapuolet pätevästi jo ennalta pidättyä myös oikeudestaan hakea *kollektiivimenettelyä* vapaaehtoisien rauhoitusajan kuluessa. Tällainen oikeusvaikutus edellyttää ehdottomasti, että sopimuksessa on asiasta nimenomainen maininta; klausuulin, jolla velkoja *expressis verbis* pidättyy turvautumasta erityistäytännönpäanoon, ei nimittäin voitane edes sopimuksen tulkinnalla ”katsoa koskevan” myös kollektiivimenettelyä. Pikemminkin tällaista lauseketta on tulkittava *e contrario*, koska kyseessä ovat tavoitteiltaan syvällisesti erilaiset oikeussuojakeinot.

Sopimusvapauden ulottamista myös kollektiivimenettelyihin puoltaisi sopimussaneerausten edistämistavoite sinänsä. Jos osapuolet tietävät, että yritystä ei rauhoitusajana voida hakea legaaliseen kollektiivimenettelyyn, resurssit kannattaa – on itse asiassa pakkokin – keskittää vapaaehtoisjärjestelyyn. Tällöin myöskään neuvotteluja häiritseviä hakemuksia ei voitaisi tehdä, tai ainakin ne tulisivat hylätyiksi sopimuksen vastaisina. Toisaalta on aivan yhtä hyvin ajateltavissa, että vain riittävä legaalisen prosessin uhka takaa toivotun tuloksen. Neuvottelut lähtevät ehkä todella käyntiin vasta, kun saneeraus- tai konkurssihakemus on pantu vireille.¹⁸ Sopimusvapauden rajoittamista puoltaisi myös se, että kollektiivisen insolvenssioikeuden vaikeimpia ongelmia on juuri liian myöhäinen hakeutuminen legaaliseen menettelyyn. On mahdollista, että ongelma vain pahenisi sitomalla osapuolet *ex ante* -sopimuksiin, jotka siirtävät menettelyn alkamista nykyistäkin pidemmälle. Yhdysvalloissa kollektiivimenettelyn estäviä sopimuksia onkin pidetty julkisen intressin, vallitsevan insolvenssipolitiikan (”public policy”), vastaisina ja niihin on tästä syystä suhtauduttu torjuen.¹⁹

¹⁷ Dispositiivista asiaa koskevista prosessuaalisista oikeuksistahan voidaan meillä luopua paljon laajemmaltikin. Etukäteinen sitoumus pidättyä määräajaksi siviilitäytäntönpäanon hakemisesta ei kajoa velkojan oikeusasemaan läheskään niin syvällisesti kuin OK 25:2:ssä nimenomaisesti sallittu sitoumus luopua hakemasta muutosta käräjäoikeuden tuomioon. Ks. tästä HE 33/1997 s. 31 ja 50.

¹⁸ Ks. myös Warren – Westbrook s. 477.

¹⁹ Ks. Hebbeln Banking L.J. 1998 s. 135, Rasmussen – Skeel, Jr. Am. Bankr. Inst. L. Rev. 1995 s. 97 ja Baird Elements s. 198. Vrt. Duberstein Am. Bankr. Inst. L. Rev. 1993 s. 361, jonka mukaan tämän sisältöisiä lausekkeita kuitenkin otetaan *saneeraussopimuksiin* vakiintuneesti tarkoituksin estää sopimukseen osallistuvien velkojien konkurssi- ja saneeraushakemukset niin kauan kuin velallinen noudattaa saneeraussopimusta. – On huomattava, että oikeus konkurssin hakemiseen liittyy Yhdysvalloissa kiinteästi uuden alun politiikkaan ja yleensäkin velallisen ”konkurssisuojaan” (bankruptcy protection). Taustalla on julkista intressiä selvästi enemmän kuin meillä on totuttu insolvenssioikeudessa näkemään (ks. Block-Lieb Am. Bankr. L.J. 2000 s. 82 alav. 27, jonka mukaan vallitseva käsitys on, että velallinen ei voi etukäteen luopua konkurssilainsäädännön tarjoamasta suojasta ja tästä syystä ei myöskään voida edellyttää, että velallinen pyrkisi sopimukseen velkojiansa kanssa ennen legaalisen menettelyn hakemista). Sopimusvapauden laajuuden vertailussa on lisäksi otettava huomioon, että velallisen oman hakemuksen osalta BC 7 ja 11 luvut eivät sisällä insolvenssiedellytyistä. Ks. Tuula s. 106–108. Todettakoon, että National Bankruptcy Review Commission on ehdottanut vuoden 1997 mietinnössään nimenomaista säännöstä, jonka mukaan BC:n mukaisista oikeuksista ei olisi mahdollista luopua etukäteisin sopimuksin; ks. Bankruptcy: The Next Twenty Years s. 478–487.

Kysymys rauhoitusaikalausekkeen ulottumisesta kollektiiviprosesseihin lie-
nee Suomen oikeudessa tarkoituksenmukaista hajottaa täsmällisemmiksi osa-
ongelmiksi. Tavoitteeksi tulee asettaa, että sopimusvapauden laajuus palvelisi
mahdollisimman pitkälti sopimussaneerauksen yleisiä päämääriä. Näistä kes-
keisimpiä on juuri pyrkimys puuttua yrityksen vaikeuksiin nykyistä aiemmassa
vaiheessa, mieluiten silloin, kun yritys kykenee pääosin omin toimin suuntaa-
maan rakenteensa ja toimintansa uudelleen. Tällä perusteella olisi nähdäkseni
mahdollista rajata rauhoitusaikalausekkeen pätevyys siten, että se estää legaali-
sen kollektiivimenettelyn hakemisen *muulla kuin maksukyvyttömyysedellytyk-*
sellä. Sopimussaneerauksen hyödyt ovat suurimmillaan juuri silloin, kun myös
legaalisen saneerauksen edellytykset täyttyisivät, mutta yritys ei vielä ole
”konkurssikypsä”. Juuri tällöin yritys tarvitsee kipeimmin käyttöönsä sopimus-
perusteisen option, joka tehokkaasti estää ajautumisen legaaliseen menettelyyn
ja tarjoaa samalla mahdollisuuden välttää tilanteen pahenemisen maksukyvyt-
tömyyteen saakka. Tätä tavoitetta on syytä suojata sallimalla ennakollinen
sopimus, joka ei vielä vaarana velkojaintressejäkään kohtalokkaalla taval-
la. Samalla on luonnollisesti edellytettävä, että vapaaehtoisen rauhoitusajan
kuluessa ryhdytään tehokkaiisiin toimiin saneeraussopimuksen aikaansaami-
seksi.

Jos rauhoitusaikalausekkeen ulottuvuus rajattaisiin ehdotetuin tavoin, muut
kuin maksukyvyttömyystilanteet voitaisiin todennäköisesti hoitaa nykyistä
useammin tuomioistuinlaitoksen ulkopuolella. Tietoisuus sopimuksen pätevyy-
destä edistäisi puuttumista yrityksen vaikeuksiin riittävän ajoissa. Sopimusva-
pauden tarjoama suoja olisi tällöin maksimoitavissa sopimusperusteisen rau-
hoitusajan käynnistämisellä; viivytely, jonka aikana yritys ajautuisi maksuky-
vyttömäksi, puolestaan johtaisi sopimusvapauden tarjoamien etujen vaarantu-
miseen, usein niiden täydelliseen menettämiseen. Voimassa olevan oikeuden
kannalta suositus tarkoittaisi, että sopimusperusteisen rauhoitusajan kuluessa
yritystä ei voitaisi hakea legaaliseen saneeraukseen *muodollisella perusteella*
(YSL 6.1 §:n 1 kohdassa tarkoitettu yhteishakemus) eikä *uhkaavan maksuky-*
vyttömyyden perusteella (YSL 6.1 § 2 kohta).²⁰ Koska velallisyritys on itsekin
sitoutunut rauhoitusaikalausekkeeseen, rajoitus estää myös velallisaloitteisen
menettelyn mainituilla perusteilla.

Sen sijaan on huomattavasti kyseenalaisempaa, estääkö sopimusperusteinen
rauhoitusaika vetoamasta yrityksen *maksukyvyttömyyteen* kollektiivimenette-
lyn perusteena. Tällaista sopimusta tuskin tehtäisiinkään nimenomaisesti; kysy-
mys on lähinnä siitä, onko rauhoitusaikalausekkeen tulkittava koskevan myös
maksukyvyttömyysedellytystä. Voimassa olevan oikeuden sisältö on epäselvä,

²⁰ Edellytyksenä siis tietenkin on, että kollektiivimenettelyä koskevan hakemuksen kielto on selvästi ilmaistu osapuolia sitovassa sopimuksessa.

mutta luultavasti pikemmin sillä kannalla, että maksukyvyttömyysedellytyksestä ei voida luopua etukäteen – ei nimenomaisesti eikä rauhoitusaiaklausuulin tulkinnallakaan. Torjuvaa suhtautumista tällaisten sopimusten pätevyyyteen voidaan perustella sillä, että maksukyvyttömyyteen tosiasiallisena ilmiönä liittyy julkistakin intressiä. Yrityksen insolvenssitila vaarantaa sekä työntekijöiden julkisen vastuun piirissä olevat oikeudet (palkkaturvan kattamat saatavat) että julkisyhteisöjen intressit veronsaajina.²¹ Myös maksukyvyttömyyteen usein liittyvä rikosoikeudellisen vastuun mahdollisuus puoltaa sitä, että ilmiö pidetään riittävässä laajuudessa disponointivapauden ulkopuolella. Vaikka konkurs- si ja konkurssihallinnon toiminta onkin periaatteessa syytä erottaa poliis- in vastuulle kuuluvasta rikostutkinnasta, on konkurssihallinnon selvitystoi- mien, esitutinnan ja syyteharkinnan välillä kuitenkin usein vahva tosiasiallinen yhteys. Edelleen velkojien oikeutettu täytäntöönpanointressi edellyttää, että maksukyvytön yritys on haettavissa legaaliseen insolvenssimenettelyyn tilannetta edeltävistä sopimuksista riippumatta. Osapuolet eivät luottosuhteen perustamisvaiheessa ole välttämättä voineet ennakoita maksukyvyttömyyden vaikutuksia niin, että sidonnaisuutta voitaisiin pitää kohtuullisenakaan. Näillä perusteilla tässä tutkimuksessa katsotaan, että vapaaehtoista rauhoitusaiak- koskeva lauseke *ei estä saneeraus- tai konkurssihakemusta yrityksen maksu- kyvyttömyyden perusteella*.

Kysymys legaalisesta menettelystä pidättymisestä voi hyvinkin nousta esille uudelleen saneeraussopimuksen sisällöstä neuvoteltaessa. On mahdollista, että ainakin osa velkojista haluaa varmistua siitä, ettei sopimuksen toteutumista vaaranneta jokaisella perusteella, joka lain mukaan saattaisi riittää legaalisen menettelyn aloittamiseen.²² Nähdäkseni yllä esitetyt perusteet pätevät tässäkin. Toisin sanoen saneeraussopimukseen voitaneen pätevästi ottaa lauseke, jonka mukaan velallinen ja sopimukseen osallistuvat velkojat pidätyvät vetoamasta

²¹ Työllisyyden turvaamisella lieene meikäläisessä insolvenssipolitiikassa jossain määrin sama asema kuin uuden alun politiikalla Yhdysvalloissa. Kyse ei ole ainoastaan yksittäisen työntekijän suojasta, vaan myös julkisesta intressistä turvata ja edistää työllisyyttä.

²² Kuten todettu, Yhdysvalloissa saneeraussopimuksiin liitetään tavallisesti ehto, jonka mukaan velkojat pidätyvät hakemasta mitään BC:n alaista prosessia niin kauan kuin yritys noudattaa saneeraussopimusta; pidättymisvelvollisuus koskee myös toisen velkojan hakemukseen yhtymistä. Tällainen ehto on eräs velkojia sitovista, sopimusta vahvistavista kovenanteista (affirmative covenants of the creditors); ks. *Duberstein* Am. Bankr. Inst. L. Rev. 1993 s. 361. Toinen esimerkki tällaisista ehdoista on määräys, jonka mukaan sopimuksen osapuolina olevien velko- jien oletetaan antaneen hyväksyntänsä myös velallisen aloitteesta myöhemmin vahvistettavalle legaaliselle saneerausohjelmalle, jos tämä periaatteiltaan vastaa saneeraussopimusta. Tämän sisältöinen oletama tosin sisältyy jo lakiin (BC 1126(b)(2) §). Kun velallisen ei Yhdysvaltain oikeudessa katsota voivan luopua oikeudestaan hakea konkurssia tai saneerausta, velalliseen kohdistuvia pidättymisehtoja ei sikäläisessä sopimuskäytännössä ilmeisestikään kannata sisällyt- tää saneeraussopimuksiin. Kuten todettu, meillä tilanne on siinä mielessä toinen, että velallisen omakin hakemus voitaneen estää etukäteisellä sopimuksella, mutta sen sitovuus rajautuu muihin kuin maksukyvyttömyysedellytykseen.

uhkaavaan maksukyvyttömyyteen sopimuksen voimassaoloaikana. Samoin voidaan sopia, että hakemusta ei tehdä YSL:n tarkoittamana yhteishakemuksena (tällainen sopimus voidaan tehdä myös siinä muodossa, että yhteishakemuksen taakse vaaditaan laissa säädettyä suurempi osa velkojista). Edellä todetuilla perusteilla en sitä vastoin pitäisi pätevänä saneeraussopimuksen ehtoa, joka estää vetoamasta yrityksen maksukyvyttömyyteen legaalisen menettelyn perusteena.

7.2.3.2 Yksimielisyysehto rauhoitusaikalausekkeen tukena

Ennakollisen rauhoitusaikalausekkeen heikko kohta on, kuten edellä todettiin kaikkien ex ante -sopimusten osalta, että se voi koskea vain sopimusperusteisia velkojia. Sopimusvastuun ulkopuoliset korvausvelkojat eivät ole osaksikaan sen sitovuuspiirissä. He eivät ole voineet arvioida, kannattaako heidän ryhtyä velkasuhteeseen kyseisen velallisen kanssa, eivätkä näin myöskään sitä, kannattaako velkasuhteen ehtoihin ottaa rauhoitusaikalauseke. Sen lisäksi, että merkittävä velkojaryhmä jää näin ennakollisen rauhoitusaikalausekkeen ulkopuolelle, on luonnollista, että sopimusvelkojat ottavat tilanteen huomioon harjoitessaan rauhoitusaikalausekkeen tarkoituksenmukaisuutta omalta kannaltaan. Jos tulevien (tai piilevien) korvausvastuiden riski on liian suuri tai sen ennakointi liian vaikeaa, on mahdollista, että rauhoitusajasta ei kyetä lainkaan sopimaan ex ante. Sopimusvelkojillahan ei ole mitään takeita siitä, että mahdolliset korvausvelkojat tulevat vapaaehtoisesti suostumaan rauhoitusaikaan, vaan pyrkivät jopa hyötymään tilanteesta ryhtymällä perintätoimiin korvaussaataansa suoritukseksi sopimusvelkojien ollessa sidottuja luottoehtoihinsa kuuluvaa rauhoitusaikaan. Onko ennakollisella rauhoitusaikalausekkeella siis mitään todellisia menestymisen mahdollisuuksia?

Jättäytyipä yksittäinen velkoja rauhoitusajan ulkopuolelle korvausvastuiden aiheuttaman riskin vuoksi tai mistä muusta syystä tahansa, hänelle tarjoutuu mahdollisuus hyötyä muiden, sopimukseen sidottujen, velkojien kustannuksella. Kun rauhoitusaikalauseke estää siihen sitoutuneita velkojia ryhtymästä perintätoimiin, velallisvarallisuus jää lausekkeen sitovuuspiiriin ulkopuolisten velkojien hyödynnettäväksi (laista johtuvat rajoitukset luonnollisesti pois lukien).²³ Ja vaikkei ulkopuolelle jättäytynyt velkoja vielä rauhoitusaikana ryhtyisikään perintään, hänen saatavansa jää ulkopuolelle myös siitä velkajärjestelysopimuksesta, jonka muut velkojat ja velallinen mahdollisesti rauhoitusaikana tekevät. Ulkopuolelle jättäytymisestä koituvaa etua on usein pidetty eräänä merkittävimmistä esteistä sopimussaneerausten laajemmalle käytölle (hold out -problem).²⁴ Finkelstein

²³ Ks. *Duberstein* Am. Bankr. Inst. L. Rev. 1993 s. 349.

²⁴ Samalla hold out -ongelma on tietenkin eräs keskeisimmistä perusteista legaalisen järjestelmän olemassaololle; ks. *Finkelstein* Yale L.J. 1993 s. 2221 viittauksineen.

ehdottaa ongelman ratkaisuksi *yksimielisyysehtoa* (unanimous consent clause). Se tarkoittaa sopimuslauseketta, jonka mukaan velkoja on velvollinen osallistumaan tuomioistuimen ulkopuoliseen rauhoitusaikaan vain, *jos kaikki muutkin velkojat osallistuvat* siihen. Jos yksikin velkoja kieltäytyy rauhoitusajasta tai rikkoo sitä, jokainen yksimielisyysehdoin sitoutunut velkoja vapautuu suoraan tällä perusteella rauhoitusajasta.²⁵ Yksimielisyyysvaatimus koskee sekä korvausvelkojia, jotka eivät ole edes voineet ennalta sitoutua rauhoitusaikaan, että kaikkia sopimusvelkojia.

Etukäteinen sitoutuminen tuomioistuimen ulkopuoliseen rauhoitusaikaan olisi varmasti omiaan lisäämään sopimussaneerausten todennäköisyyttä. Yksimielisyysehto puolestaan takaisi sen, ettei kukaan hyötyisi rauhoitusajan ulkopuolelle jäämisestä tai sen rikkomisesta. Toisaalta voidaan tietenkin kysyä, eikö yksimielisyyysvaatimus ole de facto voimassa ilman luottoinstrumentteihin merkittyjä lausekkeitakin. Velkojathan voivat aina *jälkikäteen* yksimielisesti toteuttaa rauhoitusajan tuomioistuimen ulkopuolella. Näin toki onkin. Rauhoitusaikalausekkeen ja yksimielisyysehdon kirjoittamisella luottoinstrumentteihin tavoitellaan kuitenkin juuri sitä, että ehdollinen rauhoitusaika olisi osa alkupeäräistä luottosuhdetta. Tämä korostaa sellaisenaan rauhoitusajan asemaa; sen *odotetaan toteutuvan kuten luottosopimuksen muutoinkin*. Epävarmaksi jää näin ainoastaan yksimielisyysehdon täyttyminen, ei se, pidetäänkö rauhoitusaikaa ylipäänsä järkevänä sopimuskohteena. Kun yritys ajautuu rauhoitusaikalausekkeessa tarkoitettuihin taloudellisiin ongelmiin, ollaan tavallaan jo askeleen edellä verrattuna tilanteeseen, jossa sopimusperusteisen rauhoitusajan mahdollisuuteen ei vielä olisi lainkaan kiinnitetty huomiota.

7.2.4 Saneeraussopimuksen merkitys myöhemmässä insolvenssimenettelyssä

7.2.4.1 *Sopimus, jota ei ole vahvistettu legaaliseksi saneerausohjelmaksi*

Sopimussaneerauksella tavoitellaan kokonaisratkaisua, jolla velallinen välttää ainakin konkurssin, mieluiten myös legaalisen saneerausmenettelyn kustannuksineen, julkisuusvaikutuksineen ja julkisuuteen liittyvine 'stigmoineen'. Tämä kaikki mahdollistaa – muiden etujen ohella – paremman suorituksen velkojille, kunhan toimenpiteet aloitetaan riittävän ajoissa. Sopimustie ei sellaisenaan tuo yritykselle merkittävää lisäpääomaa, eikä yksinään korjaa pahoin heikentyneitä liiketoiminnan jatkamisedellytyksiä. Jos jatkamisedellytykset

²⁵ Ks. *Finkelstein* Yale L.J. 1993 s. 2221–2222 ja 2227–2230.

menetetään viivyttelämällä, sopimussaneeraus ei takaa niiden palautumista sen paremmin kuin legaalinenkaan menettely.

Sopimussaneerauksen tavoitteena on *sopimus*, joka sitoo osapuoliaan.²⁶ Saneeraussopimuksen noudattamiseen sovelletaan sellaisenaan sopimusoikeuden sitovuus- ja suoritussääntöjä, pääsääntöinään sopimuksen sitovuus (*pacta sunt servanda*) ja vaatimus oikeasta (sopimusvelvoitteen sisällön mukaisesta) suorituksesta. Jollei muuta ole sovittu, saneeraussopimus korvaa siihen otettujen velka- ja muiden oikeussuhteiden aiemman sisällön. Tätä on pidettävä saneeraussopimuksen lähtökohtaisena sisältönä; siitä poikkeava tarkoitus on sen erikseen osoitettava, joka väittää sopimuksen sisältöä muuksi. Alkuperäiset velkasuhteet toisin sanoen lakkaavat ja niiden tilalle tulevat sopimuksen mukaiset uudet oikeudet ja velvollisuudet. Velvoiteoikeuden yleisiin oppeihin sijoitettu saneeraussopimuksen mukainen velkajärjestely vastaa siten lähinnä velan uudistamista (novaatiota), joka lakkauttaa alkuperäisen velkasuhteen korvaten sen uudella; myös yleisvelvoiteoikeudelliseen novaatioon liittyy olennaisena osana velvoitteen lakkaaminen (joka merkitsee usein *de facto* velan anteeksiantoa ainakin osittain).²⁷ Vaikka saneeraussopimuksen tavanomaisena vaikutuksena siis on aiempien velkasuhteiden korvautuminen uusilla, saneeraussopimukseen on hyvä ottaa nimenomainen määräys, jonka mukaan velkajärjestely korvaa alkuperäiset velkasuhteet legaalisen saneerausohjelman tavoin (mahdollisesti myös viittauksin YSL 57.1 §:iin).

Siitä huolimatta, että saneeraussopimus on tarkoitus täyttää velvoite- ja sopimusoikeuden normien mukaisesti, osapuolten on syytä varautua erityisiin sopimusmääräyksiin myös mahdollisiin sopimusrikkomuksiin ja viime kädessä siihenkin, että velallinen myöhemmin joutuu legaaliseen saneeraukseen tai konkurssiin. Saneeraussopimus nimittäin *ei menetä merkitystään* pelkästään kollektiivisen insolvenssimenettelyn alkamisen seurauksena. Päinvastoin, tällaista sopimusta arvioidaan kollektiivimenettelyssä kuten muitakin velallisen kanssa tehtyjä sopimuksia. Jollei erityisestä perusteesta muuta johdu, sopimus pysyy voimassa ehtojensa mukaisena. Legaalisessa saneerauksessa on huomattava erityisesti, että saamisoikeuden määrä ja muut ehdot määräytyvät menettelyn alkaessa vallitsevan tilanteen, ts. saneeraussopimuksen, mukaan (YSL 3.1 § 4 kohta). Mitään oikeudellista perustetta, jonka nojalla saneeraussopimus raukeaisi välittömästi kollektiivimenettelyn alkaessa, ei ole.²⁸ Tämä tarkoittaa, että

²⁶ *Duberstein* Am. Bankr. L. Rev. 1993 s. 349 ja 359–360.

²⁷ Novaatiosta velvoitteen lakkaamismuotona ks. *Aurejärvi – Hemmo* s. 179–181.

²⁸ Vrt. *Koskelo* s. 266–267, jossa reaalisin argumentein arvellaan, että sopimusperusteinen muutos velkasuhteessa kumoutuu suoraan legaalisen saneerausmenettelyn alkamisen perusteella. Tällaista normia ei oikeuteemme kuitenkaan sisälly, niin tarkoituksenmukainen kuin se olisikin. Jos velkasuhdetta muuttava sopimus on siviilioikeudellisesti pätevä, osapuolten oikeudet ja velvollisuudet määräytyvät sopimuksen mukaisesti. Eri asia on, että haluttu lopputulos on tietenkin mahdollinen velallisen ja kaikkien velkojien välisen yksimielisyyden perusteella. Todettakoon myös, että Yhdysvalloissa LTV-teräskonsernin saneerauksessa tuomioistuimien nimenomaisesti totesi,

saneeraussopimukseen on aina syytä ottaa *raukeamiseksi* eli nimenomainen määräys, jonka mukaan velkajärjestely, kuten mahdolliset muutkin velkojen oikeuksia heikentävät ehdot, raukeavat velallisen joutuessa lailliseen saneeraukseen tai konkurssiin ennen kuin sopimus on täytetty.²⁹

Myöhemmässä insolvenssimenettelyssä ongelmaksi voi kuitenkin nousta raukeamiseksi sitovuus. On mahdollista, että velallisen myöhemmät sopimuskumppanit ovat toimineet raukeamiseksi tiedämättä; heidän perustellun käsityksensä mukaan velallisen taloudellinen tilanne on vakaa, tai ainakaan siihen ei sisälly raukeamiseksi kaltaista riskiä. Tällöin on ratkaistava, sitooko raukeamiseksi myös näitä velkoja. Kiistatonta sen sijaan on, että saneeraussopimuksen torjuneet velkojat, samoin kuin velkojat, jotka saatavansa syntyessään ovat muutoin tienneet raukeamiseksi, ovat ehdon sitomia.

Yksinkertainen esimerkki valaisee kysymyksenasettelua:

Saneeraussopimuksessa määrätään, että yhtiö Y:n velkoihin kohdistetaan 40 %:n akordi. Alennettu velkavastuu on sopimuksen mukaan suoritettava kahden vuoden kuluessa sopimuksen voimaantulopäivästä. Edelleen sopimuksessa määrätään, että jos Y tänä aikana joutuu lailliseen saneeraukseen tai konkurssiin, akordi purkautuu, ts. velkojen saatavat palaavat ennalleen (tieteenkin vähennettynä suorituksilla, jotka velallinen on ennen laillista menettelyä ehtinyt tehdä). Jo Y:n normaalista liiketoiminnasta johtuu, että sille kertyy uusia velkoja saneeraussopimuksen voimassaoloaikana. Suhdanteiden heikkenemisen, liiketaloudellisten virhearvioiden tai muiden syiden johdosta Y joutuu lailliseen saneeraukseen n. puolentoista vuoden kuluttua sopimuksen voimaantulosta. Sitooko akordin purkautumista koskeva ehto niitakin Y:n velkoja, jotka ovat tulleet velkojiksi vasta sopimuksen solmimisen jälkeen, raukeamiseksi tiedämättöminä?

Tarkastelun aluksi on syytä huomauttaa, että kollektiivinen insolvenssioikeus ei salline sitovuusongelman ratkaisemista velkoja- tai edes velkojaryhmäkohtaisesti. Oikeutemme nimittäin ei ilmeisestikään tunne mahdollisuutta ratkaista sopimuksen sitovuutta valikoiden. Insolvenssivelkojat muodostavat *kollektiivin*, jota velallisen varallisuuteen vaikuttavat sopimukset joko sitovat tai eivät sido. Ja koska edellä on päädytty siihen, että sopimussaneerauksesta nimenomaisesti kieltäytyneiden ja raukeamiseksi tietoisten velkojen on oltava

että saatavia, joihin oli kohdistettu sopimusperusteisia velkajärjestelyjä ennen laillisen menettelyn alkua, oli menettelyssä käsiteltävä sopimusjärjestelyn mukaisina. Saatavat siis eivät palautuneet ennalleen laillisen menettelyn alkamisen perusteella. Merkitystä ei ollut siltäkään, että kaikki velkojat eivät olleet sopimuksen osapuolia. Ks. *McConnell – Servaes* s. 324–325.

²⁹ Raukeamiseksi voi toki kytkeytyä muihinkin saneeraussopimuksessa määriteltyihin olosuhteisiin kuin laillisen menettelyn alkamiseen, ks. (koskien nimenomaisesti vain saksalaista sopimuskäytäntöä, mutta yleisestikin relevantisti) *Stengel – Kammel* s. 209. Tässä tutkimuksessa tarkastellaan kuitenkin vain ehtoa, joka kytkee velkajärjestelyn raukeamisen laillisen saneerauksen tai konkurssin alkamiseen.

ehtoon sidottuja, ongelma pelkistyy muiden velkojen sidonnaisuuden perustelemiseen (oikeuttamiseen).

Velkojakohtainen sitovuus ei kuitenkaan olisi – enempää periaatteessa kuin käytännössäkään – mikään mahdottomuus. Ainakin konkurssissa kysymys oli 'vain' siitä, että jako-osuuksien laskentaperusteet vaihtelisivat raukeamisehdon sitovuuden mukaan. Jos velkojen A ja B saatavat olisivat akordisopimuksen mukaan yhteensä 60 ja akordin rautessa 100, otettaisiin raukeamisehtoon sidottujen velkojen C ja D jako-osuuksia laskettaessa huomioon 100, ehdosta vapaiden velkojen E ja F jako-osuuksien laskennassa puolestaan 40 vähemmän. Vaikka tilanne on periaatteessa selkeä ja hoidettavissa puhtaalla matematiikalla, käytännölliset ongelmat kasvaisivat epäilemättä melkoisiksi ainakin suuremmassa pesässä, jossa sidottujen ja ei-sidottujen velkojen selvittäminen saattaisi vaatia huomattavia kustannuksia.³⁰ Myös epävarmuus täytäntönnäpän lopullisesta tuloksesta lisääntyisi. Toisaalta on huomattava, että jako-osuuksien laskeminen ja lopullisuus voivat nykyisinkin olla pitkään epäselvässä tilassa mm. pantin realisoimattomuuden, kuitausoikeutta koskevan epäselvyyden tai takaisinsaantiprosessin vireilläolon johdosta.³¹

Ensi näkemältä vaikuttaa myös ehkä itsestään selvältä, että vapaaehtoisen akordin purkautumisehdon on sidottava kaikkia insolvenssimenettelyn osapuolia. Ehkä tästä syystä sitovuutta ei ole problematisoitu enempää teoriassa kuin käytännössäkään.³² Lähemmin tarkasteltuna kuitenkin havaitaan, että perinteinen lähtökohta on päinvastainen: sopimuksella voidaan parantaa, mutta ei huonontaa sivullisen asemaa. Erityisesti ehdot, joiden täyttyminen kytketään kollektiivisen insolvenssimenettelyn alkamiseen, ovat sivullisiin nähden tehottomia, jollei sitovuudelle voida osoittaa jotain erityistä perustetta. Onkin todettava, että voimassa oleva oikeus ei tarjoa mitään yksiselitteistä perustetta, jonka nojalla sopimusperusteisen velkajärjestelyn raukeamisehto sitoisi ehdosta tietämättömiä velkojia.

Nähdäkseni voimakkain peruste, jolla voidaan puoltaa raukeamisehdon sitovuutta kaikkiin velkoihin nähden, on *sopimussaneerausten edistämistavoite*. Saneeraussopimuksen raukeamismääräys on täysin asianmukainen sopimusehto, jolla pyritään edistämään hyväksyttävää päämäärää, sopimussaneerauksia ja niistä koituvia myönteisiä vaikutuksia varallisuusosoikeudellisiin suhteisiin yleensä. YSL:n ohjausfunktion toteutuminen vähänkään merkittävässä määrin suorastaan edellyttää, että saneeraussopimus voidaan tehdä ehdollisena kaikkia

³⁰ Myös Tammi-Salminen (s. 156) pitää sinänsä mahdollisena, että ainakin julkivarmistamaton panttaus voisi sitoa siitä tietoisia konkurssivelkojia, jolloin kollisio siis ratkaistaisiin velkojakoh-taisesti. Hänkin kuitenkin torjuu ajatuksen.

³¹ Asiaa on viimeksi käsitellyt Tammi-Salminen, ks. s. 156–158 viittauksineen.

³² Sopimussaneerausten harvinaisuuden johdosta on tosin aihetta epäillä, onko ongelmaan tois-taiseksi edes törmätty käytännössä. Sama koskee oikeustieteellistä tutkimusta. Yllä viitattu Koskelon kanta ilmentänee yleistä prima facie -käsitystä, jonka mukaan legaalisen menettelyn alkamisen yksinkertaisesti täytyy johtaa vapaaehtoisjärjestelyjen raukeamiseen.

velkojia sitovin vaikutuksin. Muussa tapauksessa yrityksen maksukyvyttömyyden haitalliset vaikutukset kohdentuisivat raskaimmin juuri niihin velkoihin, jotka aktiivisesti pyrkivät edistämään velallisen rehabilitointia. Tämä ei tietenkään voi olla modernin insolvenssioikeuden tavoitteiden mukaista.

Juuri esitetyillä perusteilla tässä tutkimuksessa suositellaan, että voimassa oleva insolvenssioikeus tunnustaisi saneeraussopimuksen raukeamishdon *kaikkia velkojia sitovaksi* myöhemmässä maksukyvyttömyysmenettelyssä. Jos edellä esitetyt perusteet eivät riitä tähän de lege lata, asian järjestämistä lainsäädäntöteitse olisi ehkä syytä harkita de lege ferenda.

7.2.4.2 *Sopimus, joka on vahvistettu laగాലiseksi saneerausohjelmaksi (etukäteen neuvoteltu saneeraus)*

Sopimussaneerauksen ja laగాലisen menettelyn välimuodoksi on Yhdysvalloissa kehittynyt *etukäteen neuvoteltu saneeraus* (pre packaged-reorganization). Se tarkoittaa, että vapaamuotoisesti laadittu saneeraussopimus vahvistetaan tuomioistuimessa laగాലiseksi saneerausohjelmaksi ilman täysimittaista, tuomioistuimen valvonnassa tapahtuvaa saneerausprosessia.

Vastaava keino on käytettävissä myös meillä. YSL 92 §:n mukaan tuomioistuin voi vahvistaa yritykselle saneerausohjelman, jonka kaikki tunnetut velkojat ovat etukäteen kirjallisesti hyväksyneet ja josta velallinen toimittaa kirjallisen lausumansa. Kuten pian havaitaan, YSL 92 §:n mukainen vahvistamisprosessi tarjoaa saneeraussopimuksen osapuolille merkittäviä etuja, joita vahvistamattomalla sopimuksella ei ole.

Ensinnäkin vahvistamisprosessilla voidaan poistaa juuri tarkasteltu ongelma vapaaehtoisen velkajärjestelyn raukeamishdon sitovuudesta myöhemmässä konkurssissa. Kun sopimus vahvistetaan YSL:n mukaiseksi ohjelmaksi, sitä koskee *konkurssiraukeaminen ex lege*. YSL 66.1 §:n mukaan saneerausohjelma raukeaa, jos velallinen asetetaan konkurssiin ennen ohjelman päättymistä; velkojan oikeus konkurssissa määräytyy tällöin samoin kuin jos saneerausohjelmaa ei olisi vahvistettu. Raukeamissääntö koskee ilman muuta myös etukäteen neuvoteltua, YSL 92 §:n mukaisesti vahvistettua ohjelmaa. Näin vahvistamismenettely tekee saneeraussopimuksen konkurssia koskevan raukeamishdon tarpeettomaksi.

Avoimeksi sen sijaan jää, soveltuuko YSL 66.1 § analogisesti siinä tapauksessa, että yritys haetaan vahvistetun ohjelman toteutusaikana täysimittaiseen saneeraukseen. Näin voi hyvinkin käydä, jos sopimussaneeraus on ollut laajan konsensuksen tukema, nopea projekti, mutta ohjelman toteuttaminen ei sujukaan suunnitelmien mukaan ja konsensuskin ehkä heikentyy.

YSL 66.1 §:n analoginen soveltaminen laగాലisessa saneerauksessa olisi nähdäkseni perusteltua. Analogian torjuminen johtaisi siihen, että konkurssi tarjoaisi sellaisen merkittävän kannustimen, jota laగాലiseen saneeraukseen ei sisältyisi. Saneeraussopimuksen raukeamiselle vain konkurssissa ei ole

myöskään painavia systemaattisia perusteita; päinvastoin, on johdonmukaisista, että sopimusperusteista saneerausohjelmaa käsitellään yhdenmukaisesti myöhemmässä legaalaisessa menettelyssä, olipa tuo menettely saneeraus tai konkurssi. Tässä tutkimuksessa suositellaankin, että YSL 66.1 §:a sovelletaan analogisesti silloin, kun yritykselle on vahvistettu YSL 92 §:ssä tarkoitettu, etukäteen neuvoteltu saneerausohjelma, mutta ennen tuon ohjelman päättymistä yritys haetaan legaaliseen saneerausmenettelyyn.

Jos juuri suositeltua analogiaa ei kuitenkaan hyväksytä, raukeamisseuraamus on toteutettava sopimusteitse. Yksimieliset saneerausvelkojat toisin sanoen sopivat ohjelman (tai ainakin velkajärjestelyn) raukeamisesta legaalaisessa saneerauksessa. Kysymys sopimusperusteisen raukeamisedhdon sivullisittavuudesta ratkeaa tällöin samoilla argumenteilla, joiden nojalla sitovuu-teen päädyttiin edellä vahvistamattoman saneeraussopimuksen yhteydessä.³³

Vahvistamattoman saneeraussopimuksen ja legaalisen saneerausohjelman oikeusvaikutukset eroavat merkittäväällä tavalla toisistaan myös *takaajan aseman* erilaisuuden sekä saneerausohjelman *preklusiovaikutuksen* johdosta.

Päävelallisen sopimusperusteinen vapauttaminen velkavastuusta johtaa TakL 17.1 §:n mukaan takaajan vastuun lakkaamiseen vastaavassa määrin; sama koskee vierasvelkapantin antajan vastuuta (TakL 41 §).³⁴ Legaaliseen saneerausohjelmaan perustuva päävelan lakkaaminen sen sijaan ei vaikuta takausvastuuseen (YSL 48.2 § ja TakL 17.2 §).³⁵ Saneeraussopimuksen vahvistaminen legaaliseksi ohjelmaksi on siten välttämätöntä, jos velkoja haluaa edelleen pitää takausvastuun voimassa, eikä takaajaa saada sopimuksen osapuoleksi. Ja vaikka takaaja olisikin valmis hyväksymään oman vastuunsa jatkumisen saneeraus-sopimuksessa, saattaa tulevien epäselvyyksien – erityisesti niitä koskevien riitojen – välttämiseksi olla hyödyllistä turvautua YSL 92 §:n tarjoamaan mahdollisuuteen. Näin etenkin silloin, kun takaaja esittää suostumukselleen ehtoja, joiden sisältöä velkoja ei hyväksy tai joiden täyttyminen on epävarmaa. Itse asiassa vahvistamismenettelyn ’uhka’ tarjoaa velkojalle hyvin edullisen neuvotteluaseman suhteessa takaajaan; jos takausvastuun jatkumisen ehdoista ei päästä yksimielisyyteen, vastuu voidaan vahvistamismenettelyllä jättää voimaan täysimääräisenä ja muutoinkin entisin ehdoin.

³³ Kun raukeamissehtoon perustuvaa oikeutta pidetään yllä esitetyin perustein sivullisia sitovana, on samoilla perusteilla katsottava, että tuomioistuin voi vahvistaa ehdon YSL 92 §:n mukaisessa menettelyssä osaksi legaalista saneerausohjelmaa. Raukeamissehto ei siis ole YSL 53.1 §:n 1 kohdassa tarkoitettu tavoin sivullisen oikeutta tai oikeutettua etua loukkaava eikä tämän kan-nalta kohtuuton, vaan nimenomaan hyväksyttävää funktiota toteuttava, tarkoituksenmukainen oikeus. Tämä huomautus on tarpeen siksi, että YSL 92 §:ssä ohjelman vahvistamisen edellytyk-seksi säädetään, ettei ”estettä ole”.

³⁴ Seuraavassa käytetään vain takaaja-termiä, mutta sanottu koskee yhtä lailla vierasvelkapanttia ja sen antajaa.

³⁵ TakL:n esitöiden mukaan 17.2 § säädettiin selvyiden vuoksi, ks. HE 189/1998 s. 50. Säännös-tä muutettiin KonkL:n yhteydessä niin, että myöskään KonkL 21 luvussa säännelty sovinto ei vaikuta takaajan asemaan (HE 26/2003 s. 187 ja 198).

Saneeraussopimus ei luonnollisestikaan vaikuta tuntemattomien velkojen pysyvyyteen eikä toteutuskeinoin, legaalisen ohjelman vahvistaminen taas pääsääntöisesti vapauttaa yrityksen tuntemattomista vastuista (YSL 47.2 §, 57.1 § ja 71.1 § 3 kohta). Saatavan lakkaamisen perusteena on saneerausmenettelyssä – kuten preklusiojuridiikassa muutoinkin – nimenomaisen *valvontakehotuksen laiminlyönti*. Saneerausmenettelyssä valvontakehoitus sisältyy aloittamispäätökseen, jonka selvittäjä antaa tiedoksi YSL 71.3 §:ssa mainituille velkojille ja josta normaalisti julkaistaan myös kuulutus virallisessa lehdessä (YSL 71.1 §, 80 § ja YSA 4.1–2 §). Menettelyn hakijan pyynnöstä ja tunnettu- jen velkojen suostumuksella kuulutuksesta voidaan kuitenkin luopua, jollei tuomioistuin erityisestä syystä määrää kuulutusta tällöinkin tehtäväksi (YSL 91.1 §). Jos kuulutusta ei toimiteta eikä velkoja kuulu niihin, joille menettelyn aloittamis- päätös annetaan erikseen tiedoksi, saneerausmenettely ei vaikuta hänen saatavansa olemassaoloon eikä toteutuskeinoin, paitsi jos kyseisen velkojan täytyy olettaa muuten saaneen tiedon saneerausmenettelyn aloittamisesta (YSL 91.2 §).³⁶ Muu tietolähde voi olla esimerkiksi tuomioistuimen määräämä, selvittäjän toimittama kuulutus yhdessä tai useammassa päivälehdessä (YSA 4.2 §). Preklusio edellyttää kuitenkin kaikissa tapauksissa, että velka on tuntematon, jolla tarkoitetaan, että se ei ole tullut selvittäjän tietoon ennen saneeraus- ohjelman vahvistamista (YSL 47.2 §).

YSL:ssa ei ole erityisiä preklusiosäännöksiä etukäteen neuvoteltuja saneerauksia varten. Mikään lain esitöissä ei viittaa siihen, että preklusiomahdollisuus olisi haluttu sulkea näiden prosessien ulkopuolelle. Onkin perusteltua katsoa, että YSL 92 §:n mukaiseen vahvistamismenettelyyn liittyy *samanlaajuinen ja -sisältöinen preklusiouhka* kuin täysimittaiseenkin saneeraukseen. Näin ollen saneeraussopimuksen vahvistaminen legaaliseksi ohjelmaksi on sopimuksen osapuolille selvästi edullisempaa kuin vahvistamatta jättäminen. Vahvistamisella voidaan varmistaa, että ohjelman toteutusvaiheessa ei tarvitse varautua aiemmin tuntemattomiin velkoihin. Erityisesti on huomattava, että YSL 92 §:n mukaisessa vahvistamisprosessissa tuomioistuimella ei ole oikeutta jättää kuulutusta toimittamatta, vaikka yksittäistapauksessa olisikin mahdollista tai jopa todennäköistä, että yrityksellä on tuntemattomia velkojia, jotka – juuri tuntemattomuutensa vuoksi – eivät ole edes voineet tulla vapaamuotoisesti neuvotellun sopimuksen osapuoliksi. Kuulutuksen toimittamatta jättämisellä tällaiset velat jäisivät todennäköisemmin voimaan. Kuulutus on julkaistava suoraan lain nojalla, jolleivät hakija ja tunnetut velkojat toisin vaadi

³⁶ YSL 91.2 §:n sanamuoto on ehkä jossain määrin epäselvä. Tässä tutkimuksessa sitä kuitenkin tulkitaan ilmeisen tarkoituksensa mukaisesti niin, että tietämättömyys saneerausmenettelyn aloittamisesta suojaa velkojaa sekä preklusiolta että täytäntöönpanorajoituksilta.

(mitä luonnollisestikaan ei kannata vaatia, koska juuri kuulutuksen perusteella saavutetaan mahdollisimman laaja preklusiovaikutus).³⁷

Etukäteen neuvotellun saneerausohjelman vahvistamisprosessissa ei useinkaan liene tarvetta määrätä selvittäjää. Asiassa voidaan siten soveltaa YSL 90 §:n säännöksiä selvittäjän määräämättä jättämisestä. YSL:n preklusiosääntelyn tiukka noudattaminen johtaisi siihen, että tällöin kaikki ilmoittamatta jätetyt saatavat prekludoituisivat riippumatta siitä, olivatko ne (tai oliko niistä mikään) velallisen tiedossa. Velan tunnettuisuus ja siitä seuraava preklusiosuoja nimitäin määräytyvät YSL 47.2 §:n mukaan *selvittäjän* tietoisuuden perusteella. Jos selvittäjää ei ole määrätty, ei ole tahoa, jonka tietoisuus YSL:n sanamuodon mukaan suojaisi velkojaa preklusiolta. On perusteltua kysyä, onko tätä todella tarkoitettu ja voidaanko voimassa olevalle oikeudelle osoittaa tulkintateitse muu kuin lain sanamuodon mukainen sisältö.

Nähdäkseni YSL 92 §:n mukaisessa vahvistamisprosessissa ratkaisevaa tulisi olla *velallisen* tietoisuus omista veloistaan.³⁸ Muussa tapauksessa saneerausso-pimuksen vahvistamisprosessia olisi mahdollista käyttää räikeästikin väärin. Tämä ei tietenkään olisi omiaan vahvistamaan sopimussaneerauksen asemaa varteenotettavana insolvenssimenettelynä, päinvastoin. Velkojien mahdollisuudet osallistua vapaamuotoisiin saneerausneuvotteluihin voivat olla pitkältikin velallisen kontrollissa; velallinen voi kyetä sulkemaan ainakin vähemmän tärkeitä velkojia neuvottelujen ulkopuolelle ja – jos YSL 47.2 §:a tulkitaan tiukasti sanamuotonsa mukaisesti – täten aiheuttamaan näille velkojille merkittävän preklusiouhan. Juuri velallisen oma tietämättömyys kokonaisvelkatilanteestaan on koko preklusioinstituution perusta; YSL 47.2 §, jossa velallisen tietoisuus on korvattu selvittäjän tietoisuudella, on hyväksyttävissä vain sillä edellytyksellä, että selvittäjä on todella määrätty. Jos osapuolet käyttävät hyväkseen lainsäädännön tarjoamia mahdollisuuksia viedä saneeraus läpi ilman ulkopuolista selvittäjää, lienee jo preklusio-oikeuden yleisten periaatteiden nojalla katsottava, että saatavan lakkaaminen (vast. säilyminen) ratkeaa velallisen tie-

³⁷ YSL 92 §:n mukaan sopimus voidaan vahvistaa saneerausohjelmaksi ”72 ja 74–76 §:n säännöksiä noudattamatta”. Viitatuista säännöksistä 74 ja 75 §:t koskevat saatavien selvitysprosessin viimeistä osaa, ilmoitettuja saatavia koskevien väitteiden tekemistä ja ratkaisemista. YSL 92 §:stä ilmenee siten e contrario, että saatavien ilmoitusmenettely on pakollinen osa myös puhdasta vahvistussaneerausta. Tunteamattomien velkojien oikeusturva ilman muuta edellyttääkin valvontamahdollisuutta myös tällaisessa menettelyssä, eikä valvontatilaisuuden varaaminen siten voi olla harkinnanvaraista. Jos määräpäivään mennessä ilmoitetaan saatavia, jotka eivät ole mukana tuomioistuimelle toimitetussa saneerausso-pimuksessa, seurauksena lienee, että väite-mahdollisuuskin on pakko järjestää. Näin ollen YSL 92 §:n mukainen mahdollisuus väitemenet-telyn sivuuttamiseen koskee vain tilanteita, joissa julkinen valvontakehotus ei tuo tietoon yhtä-kään uutta velkojaa.

³⁸ De lege ferenda voisi olla hyödyllistä harkita, tulisiko velallisen tietoisuudelle antaa ainakin selvittäjän rinnalla merkitystä myös täysimittaisessa saneerauksessa.

toisuuden perusteella. Näillä argumenteilla tässä tutkimuksessa suositellaan, että etukäteen neuvotellun saneeraussopimuksen vahvistamisprosessissa, jossa ei määrätä selvittäjää, preklusiouhka kytkeytyy velallisen tietoisuuteen. Toisin sanoen ainoastaan sellaiset velat lakkaavat ohjelman vahvistamisella, jotka eivät viimeistään vahvistamispäätöksen antamishetkellä olleet velallisen tiedossa. Jos preklusiojuridiikan ration ja yleisten periaatteiden ei katsota riittävästi tukevan nyt suositeltua tulkintaa, tähän lopputulokseen olisi syytä pyrkiä *de lege ferenda*.

7.3 ITSENÄISEN LEGAALISANEERAUKSEN VÄLTÄMÄTTÖMYYS

Kehittyi sopimussaneerausinstituutio kuinka laajaksi tahansa, legaalinen saneerausmenettely on aina välttämätön osa oikeusjärjestystä. Kuten meillä on lainvalmistelussa todettu, sopimussaneeraus tarvitsee taustakseen jotain, joka asettaa neuvotteluille lähtökohdat. Tähän voidaan vielä lisätä, että myös sopimuksen *lopputulosta* eli onnistuneisuutta arvioitaneen usein juuri sillä perusteella, mitä sopimuksella voitetaan legaaliseen vaihtoehtoon verrattuna. Mikä kuitenkin ehkä tärkeintä, oikeusjärjestys ei tule toimeen ilman normistoa, jota sovelletaan, kun saneerauskelpoinen yritys ei syystä tai toisesta pääse tuomioistuimen ulkopuolella riittävään yhteisymmärrykseen velkojiensa (riittävän enemmistön) kanssa.³⁹

Kysymys itsenäisen legaalisanerauksen välttämättömyydestä tarkoittaa myös kysymystä siitä, onko saneerausmenettelyn oltava *sääntelykohteena ja prosessina* itsenäinen, vai tulisiko se jollain tavoin yhdistää likvidaatikonkursiin. Kysymystä on sivuttu edellä eri yhteyksissä, etenkin rauhoitusajan funktioiden tarkastelussa. Meillä voimassa olevien itsenäisten saneeraus- ja konkurssisäädösten, sekä niille perustuvan erillismenettelyjärjestelmän, vaihtoehtona on järjestelmä, jossa saneerausta ja konkurssia säänneltäisiin samassa säännöskodifikaatiossa (esim. ”Insolvenssilaki” tai ”Laki insolvenssimenettelyistä”). Valintaa saneerauksen ja konkurssin välillä ei tällaisessa järjestelmässä tehtäisi vielä menettelyä aloitettaessa, vaan vasta myöhemmässä vaiheessa, *kaikille yhteisen esiprosessin* jälkeen. Tässä tutkimuksessa ei kuitenkaan ole pyritty ottamaan mitään lopullista kantaa järjestelmien keskinäiseen paremmuuteen, eikä laajempaan argumentointiin ryhdytä työn lopuksiin. Eräs osavastaus on kuitenkin niin kiistaton, että se on välttämättä otettava esille.

³⁹ Ks. Warren Yale L.J. 1992 s. 478, joka toteaa, että vaikka BC 11 luku korvattaisiinkin jollain niistä lukuisista vaihtoehtoista, joita tutkijat ovat visioineet, ”There remains, however, a compelling need for some centralized procedure to deal with business failure.”

Legaalisen saneerausmenettelyn keskeisimpiä funktioita on toimia selkeänä vaihtoehtona likvidaatiokonkurssille. Mitä suuremmasta yrityksestä on kysymys ja erityisesti, kun velallisena on julkisesti noteerattu yhtiö, sitä tärkeämpää on, että yrityksen sidosryhmät voivat mahdollisimman ajoissa, selkeästi ja luotettavasti havaita, johtavatko yrityksen vaikeudet saneerausmenettelyyn vai konkurssiin. Niinpä insolvenssioikeudelliselle järjestelmälle on asetettava seuraava vaatimus: yritysvelallisille on tarjottava *ainakin* mahdollisuus hakeutua *suoraan saneerausmenettelyyn*, ilman epävarmuutta aiheuttavaa välitilaa.

Juuri asetettu vähimmäisvaatimus perustuu ajatukselle, että taloudellisissa vaikeuksissa olevat yritykset voidaan jakaa karkeasti kolmeen ryhmään, eli:

- 1) selvästi saneerauskelpoiisiin
- 2) selvästi saneerauskelvottomiin ja
- 3) epäselviin tapauksiin.

Oikeusjärjestyksellä ei yksinkertaisesti ole varaa siihen, että kaikki yritykset pakotettaisiin samaan muottiin, kuvaannollisesti yhteiseen odotushuoneeseen odottamaan juristien toimenpiteitä ja tätä myötä kohtaloaan. Ensimmäisen, kiistatta saneerauskelpoisten yritysten ryhmä menettäisi tällöin mahdollisuutensa erottua kahden muun ryhmän yrityksistä eli niistä, joiden saneerauskelpoisuus on epävarma tai jo selkeästi menetetty. Tähän ei ole mitään järkevää perustetta – eikä, kuten todettu, varaakaan – etenkin julkisesti noteerattujen, muttei nähdäkseni muidenkaan suuryritysten osalta. Päinvastoin, näillä on oltava mahdollisuus välttää se insolvenssistigma, joka yhteiseen esiprosessiin väistämättä liittyy. Vastaavasti toisen ryhmän yritykset – selvästi saneerauskelvottomat – kuuluvat mieluummin suoraan konkurssiin kuin yhteiseen odotushuoneeseen muiden kanssa.

Yhtenäismenettelyideologian todelliseksi soveltamisalaksi näyttäisivät siten jäävän vain kolmannen ryhmän yritykset eli ne, joiden saneerauskelpoisuus on (objektiivisesti) epäselvä. Toisaalta juuri näitä tapauksia varten todella saattaisikin olla hyödyllistä harkita erityisen selvitysprosessin käynnistämistä lainkäytökoneiston suojissa, ilman muodollistakaan etukäteiskantaa saneerauksen tai konkurssin puolesta. Muutos olisi kuitenkin toteutettava niin, että kahden muun ryhmän yritykset eivät joudu samaan insolvenssioikeudelliseen formaattiin. Kuten todettu, niillä on säilyttävä mahdollisuus ohjautua *suoraan* joko saneeraukseen tai konkurssiin. Insolvenssimenettelyjen järjestelmän optimaalista rakennetta arvioitaessa olisi muutoinkin syytä irtautua ajatuksesta, jonka mukaan kysymys olisi vain erillis- ja yhtenäismenettelyn välisestä paremmuudesta. Erillismenettelyjärjestelmä rakentuu oletukselle, että saneerauskelpoisuudeltaan epäselviä tapauksia ei ole (tai epäselvytykset ainakin ratkaistaan aloittamalla näennäisesti saneeraukseen tähtäävä prosessi). Yhtenäismenettelyssä oletama on päinvastainen – kaikki tapaukset ovat epäselviä, joten kaikki kuuluvat

yhteiseen selvitysvaiheeseen. Yhtenäismenettely ei siten edusta modernia insolvenssioikeudellista ajattelua yhtään sen paremmin kuin erillisjärjestelmäkään; päinvastoin, yhtenäinen insolvenssimenettely saattaa olla jopa voimakkaammin stigmatisoiva, koska se ei erottele edes kaikkein selvimmin saneerauskelpoisia yrityksiä kaikkein selvimmin saneerauskelvottomista. Ehkä olenaisinta on silti huomata, että kumpikin järjestelmä sivuuttaa kolmannen vaihtoehdon: järjestelmän, joka sisältäisi *sekä* itsenäiset menettelyt *että* selvitysprosessin.

Rationaalisin ratkaisu olisikin lisätä erillismenettelyjärjestelmään *puhdas selvitysrauhoutusaika* eli prosessi, johon yritys voisi hakeutua tai johon se voitaisiin velkojahakemuksesta asettaa nimenomaisin tarkoituksin selvittää juuri kyseiselle yritykselle paras vaihtoehto. Tämän rinnalla järjestelmän tulee siis edelleen tarjota mahdollisuus sekä suoraan saneeraukseen että suoraan konkurssiin niille yrityksille, joiden tulevaisuudenkuva on riittävän selkeä ilman oikeussuojakoneiston suojissa tapahtuvaa selvittelyäkin. Selvitysrauhoutusajan mahdollisuuksia olisi syytä kartoittaa lainvalmistelukoneistossa siitä huolimatta, että YSL:n mukainen rauhoitusaja, etenkin väliaikaiskieltoinstiututio, on de facto nykyiselläänkin käytettävissä selvitystarkoitukseen. Oikeudestamme nimittäin puuttuu mahdollisuus käynnistää *avoimesti* selvitysfunktiota palveleva periodi, jonka alkaessa yritykseen määrättäisiin ulkopuolinen valvoja, tehtävänään joko pelkästään kontrolloida velallisen toimintaa selvitysaikana (ja raportoida siitä tuomioistuimelle) tai tarvittaessa osallistua asiantuntijana myös itse selvitystyöhön.

Lainvalmistelun kannalta nopein ja yksinkertaisin tie juuri asetettuun tavoitteeseen olisi, että velkojille säädettäisiin oikeus vaatia *valvojan määräämistä jo väliaikaiskiellon perusteella*. Nykyäänhän velkojen ainoa mahdollisuus puuttua velallisen toimintaan väliaikaisen rauhoitusajan kestäessä on – siviiliprosessioikeuden yleisiin periaatteisiin nojautuva – oikeus vaatia väliaikaiskielto kumotavaksi. Tämä ei selvästikään ole riittävä oikeussuojakeino, ei materiaalisesti (kieltojen määrääminen ja kumoaminen lyhyen ajan sisällä heikentää menestyksekkään saneerauksen edellyttämää vakautta ja luottamusta) eikä prosessiekonomisesti (kieltoihin puuttuminen edellyttää kumoamisvaatimuksen esittämistä, tutkimista ja ratkaisemista tuomioistuimessa). Ulkopuolisen valvojan määrääminen jo väliaikaiskiellon yhteydessä olisi huomattavasti rationaalisempi järjestely. Velkojilla ei olisi enää samanlaista tarvetta vastustaa väliaikaiskieltoja niiden väärinkäytön pelossa, koska tuomioistuimen määräämä valvoja kontrolloisi velallisen toimintaa kieltojen voimassaoloaikana ja raportoiisi havaitsemistaan epäkohdista. Kaikki tämä olisi omiaan tehostamaan saneeraus hakemusten käsittelyä, jolloin aikaa ja resursseja jäisi olennaisimpaan – perustellun näkemyksen muodostamiseen yrityksen tulevaisuudesta.

Abstract

Tuomas Hupli

CREDITORS' INTERESTS IN BUSINESS REORGANIZATION

The thesis explores the nature and contents of the basic rights of creditors in business reorganization. The first premise is that the idea of the reorganization process, in itself, seems contrary to the most urgent needs of creditors. However, the reorganization may turn out to be of mutual advantage to both the creditors and the debtor company. This requires that the means of the law are investigated and applied properly.

The work is divided into seven chapters, the first of which includes the presentation of the topic and the fundamental problems, as well as an attempt to describe to the reader the structure of legal thought that forms the basis for later chapters. Chapter 2 deals with opposing views on the question of whether it is necessary to have a system of insolvency law at all, and in particular, one of reorganization law. This chapter includes an assessment of the discussion that has taken place in the U.S. around the search for "the deep structure" of collective insolvency law. Both the market-based economy and the notion of fairness require some kind of a rehabilitative system. Thus, the actual problem is no longer the basic justification for, but the fair contents of collective insolvency law, particularly the law of reorganization.

The following three chapters include a comprehensive analysis of Finnish reorganization law, which is governed by the Business Reorganization Act (25.1.1993/47). It is shown that the Finnish rules of the stay period are stricter – yet clearer, perhaps – than those of some other jurisdictions, such as those found in Denmark, Germany, Sweden and the United States. For example, Finnish law includes an explicit ban on payment of debts that were incurred prior to the commencement of the process. Attention is also drawn to the questions that are of the highest principal importance to the creditors, such as the removal or retention of the company directors, and the legal effects of actions that violate the stay.

Chapter 6 deals with the best interests of the creditors' test. This test, which protects the right of the creditor to receive at least an equal amount in reorganization as compared to the amount he would get in liquidation, was adopted to Finnish law from the Bankruptcy Code of the United States. The original purpose, as well as the original requirements of the test are presented and included in the analysis of Finnish law. This means, among other things, that

the best interest test is about the present value of the creditor's claim. I also wish to show that more actual, less fictional, conditions should be decisive to the test. For example, a rational creditor would surely want to know the actual amount of money he would get in a liquidation bankruptcy in which the legal order of priority would be applied in its entirety. This is the only *actual* alternative to the reorganization plan. Therefore the prevailing law, which ignores the priority of the company's new debts in the context of the best interest test, is contrary to the goal just described.

The best interest test is not the only way in which the liquidation alternative serves the interests of the creditors. A creditor can also file an actual ("real") liquidation bankruptcy, either before or after the reorganization plan is confirmed. Both kinds of filings are examined in chapter 6 in the light of the new Bankruptcy Act of Finland (25.2.2004/120).

Chapter 7 includes a summary of the central issues and propositions of the thesis. After that a short look at the alternatives of the present reorganization model is taken. The principal opportunities for developing a contract-based system in the shadow of the law are handled. In this context the rules of what is known as the pre-packaged reorganization are assessed as well. However, the work ends with the claim that no contract-based alternative can replace the legal reorganization system. Nor should the present reorganization model be united with the liquidation process, as long as we hope to protect vital but temporarily troubled businesses from the stigmatizing effect of bankruptcy.

Finnish Lawyers' Association 2004
ISBN 951-855-227-4

Oikeustapaushakemisto

KKO

1972 II 28 s. 243
 1977 I 1 s. 246
 1990:130 s. 329
 1994:130 s. 387, 388
 1994:132 s. 222
 1994:133 s. 222
 1995:127 s. 236
 1995:130 s. 175, 247
 1995:168 s. 32
 1997:28 s. 381
 1997:54 s. 236
 1997:89 s. 130, 144, 248
 1997:133 s. 236
 1997:176 s. 355
 1997:187 s. 175, 247
 1997:206 s. 236
 1999:38 s. 253
 1999:43 s. 236
 1999:57 s. 253, 258, 387
 1999:72 s. 32
 1999:80 s. 7
 2000:33 s. 197
 2000:80 s. 32
 2000:81 s. 331, 332
 2000:103 s. 236
 2001:18 s. 379, 381, 389
 2001:78 s. 137
 2001:106 s. 238
 2003:1 s. 330
 2003:10 s. 236
 2003:31 s. 236
 2003:41 s. 236
 2003:56 s. 32, 236
 2003:73 s. 324, 325
 2003:87 s. 236
 2003:109 s. 295, 395
 2003:110 s. 295, 395
 2003:120 s. 299, 301, 329
 2004:12 s. 202
 2004:31 s. 308

HHO

17.10.1995/5537 (S 95/1030)
 s. 248, 251
 4.1.1996/0077 (S 95/1994)
 s. 121
 19.2.1998/488 (S 97/1003)
 s. 311, 329, 330
 22.2.2000/422 (S 99/2692)
 s. 137
 6.3.2002/609 (S 01/3239)
 s. 294

KouHO

8.4.1994/510 (S 94/164)
 s. 123
 14.12.1994/2287 (S 94/552 ja S 94/570)
 s. 123
 7.2.1996/233 (S 95/618 ja S 95/ 676)
 s. 123
 7.10.1996/1516 (S 96/434)
 s. 121
 12.5.1999/1116 (S 98/118)
 s. 311, 315, 329, 330
 27.2.2002/203 (S 02/173)
 s. 111
 21.3.2002/309 (S 01/1349)
 s. 368

RHO

13.12.1995/1728 (S 95/436)
 s. 248
 17.1.2001/030 (S 00/571)
 s. 318

THO

16.6.1994/2210 (S 94/28)
 s. 111

4.8.1994/2527 (S 94/988)

s. 121

6.6.1996/2195 (S 96/730)

s. 129, 143, 363

3.10.1996/3291 (S 96/1069)

s. 308

4.12.1996/4123 (S 96/1421)

s. 111, 294

18.3.1997/990 (S 97/94)

s. 363

25.3.1997/1018 (S 97/29)

s. 111

9.4.1998/978 (S 97/1350)

s. 122

19.1.1999/107 (S 98/873)

s. 147

25.1.2002/176 (S 01/3042)

s. 122, 124

10.7.2002/1986 (S 02/1660) s. 363

VHO

21.6.1995/981 (S 95/344)

s. 315, 317

30.10.1995/1670 (S 95/710)

s. 129, 363

8.5.1996/677 (S 96/331)

s. 123

9.12.1996/1860 (S 96/634)

s. 311

9.8.2001/940 (S 01/941)

s. 121, 122

Helsingin KäO

5. osasto 27.4.1995/18997 (95/4004)

s. 248, 251

5. osasto 5.12.1995/47702 (95/30821)

s. 128

2. osasto 14.9.2001/22598 (01/13327)

s. 294, 296, 297

Kemijärven KäO

14.9.1995/ 1517 (95/127)

s. 248, 251

Porin KäO

28.8.1997/3660 (96/3068)

s. 147

Vaasan KäO

17.3.1995/738 (HS 94/1567)

s. 317

2.8.1996/1755 (HS 95/2152)

s. 311

Vantaan KäO

2/4 osasto 12.8.1994 (HS 93/24)

s. 147

Asiahakemisto

Hakemisto täydentää sisällysluetteloa.

absolute priority (rule), ks. ehdoton etuoikeus arvo-osuuspanntaus 262 ss.

arvopaperi- ja arvo-osuusoikeudellinen suoja 260–267

arvoperustainen malli 60–62

asiavaltuus (-legitimaatio) 175, 249–250

bankruptcy choice model, ks. insolvenssioikeudellinen valintamalli

best interest of creditors' (test)

- saatavan reaaliarvon takeena 30, 312–319
- tarkoitus, sisältö ja rajaukset 30, 299–302

common pool problem, ks. yhteisen edun ongelma

creditors' bargain model, ks. velkojien sopimusmalli

debtor in possession -periaate 152–158

dissimulaatio 261–262

ehdoton etuoikeus 299–300, 323 ss.

Eigenverwaltung, ks. velallishallinto

ekstinktio 231, 262 ss., 273 (ks. myös YSL:n sivullissuojasäännökset)

erillismenettely(järjestelmä) 107 ss., 358, 417–419

esteperuste 140–143, 292–298

etenevä sivullissuhde 230 ss., 262 ss., 396

etukäteen neuvoteltu saneeraus 413–417

etuoikeus

- konkurssin hakijasaatavan 386–389
- uuden velan 253, 258, 327, 343–348, 370–374, 386–389 (ks. myös uusi velka ja ylietuoikeus)

fiktiivinen konkurssi 292, 294–295, 304, 306, 309, 312 ss., 329, 332–333, 343, 387 (ks. myös vertailukonkurssi)

fiktioperiaate konkurssivertailussa 30, 334, ks. myös 326–333 ja 343–348

financial distress, ks. taloudellinen ahdinko

hakijan intressi 382–393

immateriaalioikeus, saneerausvelallisen 64, 169, 213, 258–259

inkluusion periaate 83–84

insolvenssioikeudellinen valintamalli 76 ss., 89–91

jako-osuusväite 320–322

julkivarmistus 152

justice as fairness, ks. oikeuden reiluus järkevän suunnittelun periaate 84–89

kollisio, ks. ekstinktio (ks. myös YSL:n sivullissuojasäännökset)

kompetenssinrajoitus, ks. vallinnanrajoitus

kompetenssitehottomuus, ks. kompetenssivirhe kompetenssivirhe 225 ss., 262 ss.

konkreettinen määräysvalta 170–171

konkurssihakemus

- ja hakijan oikeudellinen intressi 382 ss.
- käsittelyn jatkaminen 356 ss.
- lykkääminen saneeraushakemuksen tieltä 353–355
- raukeaminen saneerausmenettelyn alkaessa 355–356
- saneerausvelallisen disponointi siitä 372–374
- selvittäjän suostumusharkinta 213, 374–376

konkurssin edellytykset

- saneerausmenettelyn aikana 365 ss.
- saneerausohjelman aikana 376 ss.
- tutkiminen konkurssivertailussa 326–330, 397

konkurssin konstruominen 326 ss.

konkurssin toteutumiskelpoisuus, ks. konkurssin konstruominen

konkurssisovinto 300

kontradiktorinen periaate 125–127

kontraktarianismi 73 ss.

kuviteltu konkurssi, ks. fiktiivinen konkurssi (ks. myös vertailukonkurssi)

kvalifioitu rehabilitaatiokäsite 62, 67–68, 99

laillinen (legaalinen) edustus 173–176

laillistetun maksunlakkautuksen järjestelmä 106, 178 ss. (ks. myös maksunlakkautus)

maksukieltopoikkeus 188 ss.

– suoja velkajärjestelyltä 4–5, 98, 130–133, 202–205

maksukyvyyn palauttaminen 380–382 (ks. myös syvä maksukyvyttömyys)

maksunlakkautus 101–106 (ks. myös laillistetun maksunlakkautuksen järjestelmä)

manipuloidun vertailun kieltö 302–303

materiaalinen prosessinjohto 304, 380

menettelyvertailu 292

muutoksenhaku (ks. myös saneerauksen priorisointi muutoksenhaussa)

– saneerausmenettelyn aloittamispäätökseen 119–120, 138–140, 144

– saneerausohjelman vahvistamispäätökseen 134–138

muutoksenhakukieltö 126

määräysvallan pysyvyyden periaate 150 ss., 162–164

määräysvallan siirtymisen periaate 149–151, 158–159

new value exception 326

nimellisarvoperiaate 313

non-bankruptcy entitlement 48 ss.

non-bankruptcy problem 48 ss.

noudattamismääräys 134 ss.

nykyarvovertailu, ks. reaaliarvoperiaate

oikeudellinen intressi 382 ss.

oikeudellisen ajattelun selventäminen 14 ss.

oikeudellistuminen 36, 37–42, 54, 95, 106, 184, 211, 291

oikeuden reiluus 22 ss.

oikeuden väärinkäyttö 302–303

oikeudenmukainen oikeudenkäynti 37, 127, 311–312, 322

oikeussuojateoria 37

oikeussuojajavaade 37

oikeustositseikka 303–306

opportunity loss 319

pakkotäytäntöfunktio 291 ss., 348 ss., 376 ss.

pakkovahvistaminen 136, 324–325

palautusvastuu

– kompetenssihottomuuden yleisenä seuraamuksena 225–227

– maksukiellon perusteella 235 ss.

– perintäkiellon perusteella 271–277

– takaisinsaannin perusteella 252 ss.

– vakuudenasettamiskiellon perusteella 259 ss.

peitelty oikeustoimi, ks. dissimulaatio

perintäkieltopoikkeus 268–271

perintäkompetenssi, ks. realisointikompetenssi preklusio

– konkurssivertailuvaatimuksen 303, 308–312

– oikeusvoimaisen ratkaisun seurauksena 140–142, 298, 355–356

– vahvistetun saneerausohjelman vaikutuksena 415–417

– vertailu saneerauksen ja konkurssin välillä 338–340

puhdas kohtuusperiaate 85

puhevallan pysyvyyden periaate 172 ss.

puuttumattomuusperiaate 49

ratihabitio 239–240, 268, 286–288 (ks. myös tehottomuuden korjautuminen)

rauhotusaika

– alkaminen 118 ss.

– ja ekspansiivinen riskinotto 113 ss.

– laillistettuna maksunlakkautuksena 101 ss.

– päättyminen 133 ss.

– suunnittelu- ja selvittelyjaksona 111–112

– tehtävät erilaisissa insolvenssijärjestelmissä 99–101, 106 ss.

– väliaikainen, ks. väliaikaiskielto

rauhotusaikalauseke 403 ss.

raukeamiseksi 411–414

reaaliarvoperiaate 314 ss., 396–397

reaaliarvovertailu, ks. reaaliarvoperiaate

realisointikompetenssi 268 ss.

realistisen vertailun periaate 30, 328, 334, 337

rinnakkainen sivullissuhde 230

ryhmäenemmistöt 325

saantosuoja 230 ss., 273–274 (ks. myös YSL:n sivullissuojasäännökset)

saneerauksen priorisointi 351 ss.

– muutoksenhaussa 362–365

saneerauslisä 324 ss.

saneerausmenettelyn väärinkäyttö 109, 119, 132, 296–297

saneerausohjelma

– hylkääminen (vahvistamatta jättäminen) 144–148

– noudattaminen 379–382, 389 ss.

– vahvistamiskelvottomuus 292–296

– valmistelu 112–117, 301 ss.

saneerausopimus, ks. sopimussaneeraus

selvittäjän lupaan sidottu määräysvalta 177, 212 ss.

selvitysauhoitusaike 109 ss., 419

siviiliprosessuaalinen puhevalta 171–176

– ero materiaaliseen määräysvaltaan 176–177

sopimussaneeraus 398–417

sopimusten jatkuvuuden periaate 191 ss.

suojattu käyttövalta 166–169

suoritus ja suorituksen arvo konkurssivertailussa 312 ss.

suorituspakko 28, 106, 182–183, 200 ss.

super priority, ks. yllietuoikeus

surrogaatti(periaate) 276–277

syvä maksukyvyttömyys 366–370, 377 ss. (ks. myös maksukyvyyn palauttaminen)

taannehtiva maksukyvyttömyyседелlytys 367–370

takaisinsaanti

– asiavaltuus kanteeseen 175, 341

– konkurssin torjuntasuorituksen 382 ss.

– sallitun ja pakollisen maksun 252 ss.

– seuraamusten sovittelu 254–258

takautuva sivullissuhde 230 ss., 262 ss., 396

taloudellinen ahdinko 60, 99

tarkastaja 157 ss.

tavoitteiden maksimoinnin strategia 86

tehokkaan rauhoitusajan periaate 113 ss.

tehtömuuden korjautuminen (ks. myös rati-habitio)

– kiellonvastaisen vakuuden 260 ss.

– YSL:n vastaisen muun oikeustoimen 277–288

temporary suspension clause, ks. rauhoitusai-kalauseke

tietämättömyyden verho 77, 79 ss.

todistusvaikutus 356, 369, 379

torjuntamaksu 382 ss.

täystutkinta 312

unanimous consent clause, ks. yksimielisyys-ehdo

uusi velka 189 ss. (ks. myös etuoikeus ja yli-etuoikeus)

vaatimistaakka 303–304

vaatimisvaltuus 306 ss.

vaihdantasuoja 152, 230 ss.

vakuusvelka

– ja koron erillisperintä 207 ss.

– ja koron maksuvelvollisuus 189, 206, 314

– ja reaaliarvoperiaate 314 ss.

vallinnanrajoitus

– lakiin perustuva 225, 229 ss.

– ylimääräinen 177–178, 218 ss., 277 ss.

value-based account, ks. arvoperustainen mal-li

vanhentuminen 185–186, 251–252

vastaavuusperiaate 106, 182–183, 205 ss.

veil of ignorance, ks. tietämättömyyden verho

velallishallinto 158 ss.

velkojen sopimusmalli 50 ss., 70 ss., 91 ss.

vertailufunktio 291 ss.

vertailukonkurssi 312 ss., 326 ss., 345 ss.

vertailuväite

– esittäminen 303 ss.

– jako-osuusväitteenä 320–322

viivästysseuraamus 184, 186 ss., 207–208

väittämistaakka 303–306

väliaikaiskielto 118 ss.

väliintulija 175

yhdenvertaisuus 389 ss.

yhteisen edun ongelma 46 ss.

yhtenäismenettely(järjestelmä) 107 ss., 417–419

yksimielisyyssehto 408–409

yllietuoikeus 345, 348

YSL:n sivullissuojasäännökset 277–286

Yrityssaneerauksen ensisijaisena tavoitteena on turvata ja toteuttaa velallisyrittäjien elvytysmahdollisuudet. Lakiin perustuvan rauhoitusajan kestäessä velkojat eivät voi toteuttaa oikeuksiaan. Samalla näiden oikeuksien sisältökin on epävarma. Näin saneerauslainsäädännön oikeuspoliittinen kärki suuntautuu velkojien välitöntä täytäntöönpanointressiä vastaan.

Saneerauslainsäädännön hyväksyttävyyden edellyttää kuitenkin riittävää suojaa myös täytäntöönpanointressille. Hyväksyttävyyden perusedellytyksiin kuuluu, että velallisen toimintavapautta rajoitetaan velkojien suojan edellyttämässä laajuudessa. Myös saneerauksen lopputulokselle on asetettava velkojia suojaavat vähimmäisvaatimukset. Tutkimuksessa tarkastellaan rauhoitusajan alkamista ja päättymistä sekä määräysvallan jakautumista rauhoitusajana. Erityistä huomiota kiinnitetään maksukiellon vastaiseen suoritukseen. Lisäksi teoksessa käsitellään konkurssivertailua sekä konkurssiin siirtymistä saneerausvelkojen oikeussuojan takeina. Konkurssia koskeva tarkastelu perustuu uuteen konkurssilakiimme, jonka valmisteluun kirjoittaja osallistui. Teos on ensimmäinen rauhoitusajaa ja konkurssivertailua koskeva perustutkimus Suomessa.

Saneerausmenettely on runsaassa vuosikymmenessä osoittanut tarpeellisuutensa ja vakiinnuttanut paikkansa konkurssin rinnalla. Kehityksen taustalla on vahva taloudelliskäytännöllinen näkemys, jonka mukaan konkurssille on oltava vaihtoehto. Sen sijaan meillä ei ole käyty keskustelua niistä oikeudellisen ajattelun arvosidonnaisista lähtökohdista, jotka väistämättä vaikuttavat insolvenssioikeudellisiin perusnäkemysiin ja jotka siten myös selittävät saneerauslainsäädännön nopeaa vakiintumista osaksi oikeusjärjestelmäämme. Modernin insolvenssioikeuden kotimaassa, Yhdysvalloissa, keskustelu insolvenssioikeuden syvemmistä perusteista on sitä vastoin ollut vilkasta. Tutkimus pyrkii avaamaan peruskysymyksiä koskevan keskustelun myös Suomessa.

