

Takaisinsaannin  
toteutuminen  
eurooppalaisessa  
konkurssissa



# Takaisinsaannin toteutuminen eurooppalaisessa konkurssissa

*Kiira Björkroth*



2014

2014

University of Helsinki Conflict Management Instituten julkaisu

Tilaukset puh. (09) 191 23866 tai [comi@comi.fi](mailto:comi@comi.fi)

© Tekijät ja COMI

ISBN: 978-952-10-7837-8

Helsinki 2014

Kiira Björkrothin tutkimus on teemaltaan poikkeuksellisen ajankohtainen: rajat ylittävän takaisinsaannin toteutus on käytännössä merkittävä ongelma, ja sitä koskeva oikeustila on epätavallisen epäselvä. Epäselvyys johtuu paitsi aukollisesta sääntelystä ja kansallisten tuomioistuinten vaihtelevasta soveltamiskäytännöstä, myös ehkä jossain määrin aidoista näkemyseroista.

Tutkimuksessa nostetaan esiin kaksi pääkysymystä: yhtäältä niin sanotun torjuntastatuutin tulkinta ja toisaalta takaisinsaannin asema konkurssin liitännäisasiana. Jälkimmäinen kysymys ratkaisee tuomioistuinten kansainvälisen toimivallan ja takaisinsaantituomion rajat ylittävän täytäntöönpanon. Niinpä tutkimuksen pääluvut ovat torjuntastatuutin ja liitännäistuomioiden mukaan nimetyt luvut. Lisäksi tärkeää yksittäiskysymystä, takaisinsaantiforumin valinnaisuutta vai yksinomaisuutta käsitellään omassa, laajahkossa luvussaan. Brjörkrothin tutkimus on asiantunteva selvitys aiheesta, jossa tiedon tarve on ilmeinen.

Tutkimus liittyy Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan prosessi- ja insolvenssioikeuden syventävien opintojen projektissa ”Rajat ylittävä maksukyvyttömyys” hyväksytyyn tutkielmaan. Projektin opettajana toimi professori Risto Koulu.

Porthaniassa tammikuussa 2014

*Santtu Turunen*



# Sisällys

7

ESIPUHE	5
SISÄLLYS	7
LÄHTEET	10
LYHENTEET	19
1 JOHDANTO	21
2 TUTKIMUSTEHTÄVÄ	24
2.1 Tutkimuskohde	24
2.2 Tutkimusmenetelmä	26
3 MAKSUKYVYTTÖMYYSASETUS JA YHDEN PÄÄMENETTELYN PERIAATE	30
3.1 Päämenettely ja pääintressien keskus	31
3.2 MKA:n mukainen sekundäärikonkurssi	34
3.3 Selvittäjän toimivaltuudet	36
3.3.1 Toimivaltuuksien jako	38
3.3.2 Oikeuskäytäntöä selvittäjän toimivaltuuksien osalta	40
3.3.3 Toimiminen toisessa jäsenvaltiossa	42
3.3.4 Ei oikeutta pakkokeinoihin tai toimivaltaa ratkaista riitaa	44
4 TAKAISINSAANTI EUROOPPALAISISSA KONKURSSISSA	46
4.1 Takaisinsaanti instituutiona Suomen näkökulmasta	46
4.2 Lainvalintakysymys	48
4.3 Sovellettava laki takaisinsaannin suhteen	50
4.4 Erityisesti takaisinsaantiin liittyvistä määräajoista	52
5 MKA 13 ARTIKLAN MUKAINEN TORJUNTASTATUUTTI	57
5.1 Mitä torjuntastatuutilla tarkoitetaan?	57
5.2 Torjuntastatuutin prosessuaalisesta toteuttamisesta	60
5.2.1 Lainvalintatodistelu ja moitteettomuustodistelu	60

8	5.2.2	Prosessuaalisesti ”järkevin” valinta	63
	5.3	Onko MKA 13 artikla tarpeellinen?	65
	5.3.1	Epäselvä ja vaikeasti sovellettava	66
	5.3.2	Vastaajan asemasta	68
	5.3.3	Muiden jäsenvaltioiden oikeuskäytäntöä torjunta- statuutin osalta	71
	5.3.4	Yhteenveto ja de lege ferenda	77
6		LIITÄNNÄISTUOMIOT	80
6.1		Liitännäistuomio käsitteenä yleisesti	80
6.2		Miten liitännäisasiä määritellään?	82
6.3		MKA:n mukaisen liitännäisasiän merkitys TakSL:n suhteen	85
6.4		Tapaukset Gourdain v. Nadler ja F-Tex Sia v. Lietuvos-Anglijos UAB „JadecLOUD-Vilma	89
6.5		Tuomioistuimen toimivaltakysymys	94
6.5.1		Liitännäisasiä koskeva tuomioistuimen toimivalta ennen Seagon v. Deko Marty -tapausta ja MKA:n muutosehdotusta	94
6.5.2		Seagon v. Deko Marty	98
6.5.3		Liitännäisasiä koskeva tuomioistuimen toimivalta Seagon v. Deko Marty -tapauksen ja MKA:n muutosehdotuksen jälkeen	102
7		TAKAISINSAANNIN VAATIMINEN – VOISIKO TUOMIOISTUIN OLLA VALINNAINEN?	106
7.1		Mitä Seagon v. Deko Marty -tapauksen perusteluista seuraa?	106
7.1.1		Forum shopping -ongelma	108
7.1.2		Vis attractiva concursus	110
7.2		Muiden jäsenvaltioiden kannanottoja tuomioistuimen toimi- valtakysymykseen	113
7.3		Tulisiko tuomioistuimen valinta kuulua selvittäjälle?	117
7.3.1		Valintavallan puolesta puhuvia seikkoja	117
7.3.2		Valintavaltaa vastaan puhuvat seikat	125



7.3.3	Yhteenveto ja huomioita	132	9
7.3.4	De lege ferenda -kannanotto	136	
8	TUTKIMUSTULOKSET	140	
8.1	Huomiot ja ehdotetut muutokset	140	
	ASIAHAKEMISTO	145	

# Lähteet

## KIRJALLISUUS:

*Allen & Overy LLP; Jennifer Marshall: Overview of the Regulation.* Teoksessa *European Cross Border Insolvency*, s. 1-1 - 1-78. Sweet & Maxwell, 2010.

*Allen & Overy LLP; Jennifer Marshall: Case Law.* Teoksessa *European Cross Border Insolvency*, s. 2-1 - 2-314. Sweet & Maxwell, 2010a.

Bariatti, Stefania: *Recent Case-Law Concerning Jurisdiction and the Recognition of Judgments under the European Insolvency Regulation.* *Rabels Zeitschrift fuer auslaendisches und internationales Privatrecht*, Volume 73, Number 3, July 2009, s. 629-659.

*Bogdan, Michael: Sveriges och EU:s internationella insolvensrätt.* Norstedts juridik, Stockholm 1997.

*Dammann, Reinhard: Country Reports - France.* Teoksessa *European Insolvency Regulation (toim. Klaus Pannen)*, s. 603-634. De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, Berlin 2007.

*Di Rattalma, Marco Frigessi Avoidance Actions under Article 13 EC Insolvency Regulation: An Italian View.* *European Company Law* 6, no. 1 (2009), s. 27-33.

*Hirvonen, Ari: Mitkä metodit?: opas oikeustieteen metodologiaan. Yleisen oikeustieteen julkaisuja 17,* Helsinki 2011. Saatavilla [http://www.helsinki.fi/oikeustiede/tutkimus\\_ja\\_julkaisut/julkaisut/yleinen\\_oikeustiede/hirvonen\\_mitka\\_metodit.pdf](http://www.helsinki.fi/oikeustiede/tutkimus_ja_julkaisut/julkaisut/yleinen_oikeustiede/hirvonen_mitka_metodit.pdf). 30.8.2013.

*Hupli, Tuomas: Konkurssitakaisinsaanti oikeudenkäyntinä.* WSOYpro, Helsinki 2006.

*Kaisto, Janne: Oikeustoimen peräyttämistä konkurssitakaisinsaannissa: takaisinsaannin perusteista erityisesti lahjan ja maksun peräyttämistä silmällä pitäen.* Comi, Helsinki 2006.

*Koulu, Risto: KKO 2006:108 Takaisinsaantiin sovellettava laki toisessa valtiossa tapahtuneen varallisuudensiirron peräyttämässä.* Teoksessa *KKO:n ratkaisut kommentein 2006:II (toim. Pekka Timonen)*. Talentum, Helsinki 2007. Saatavilla [www-muodossa: http://haku.suomenlaki.com](http://haku.suomenlaki.com).

libproxy.helsinki.fi. 5.5.2012.

*Koulu Risto*: Kansainvälinen konkurssi. Teoksessa *Insolvenssioikeus* (toim. Risto Koulu), s. 1021-41184. WSOY, Juva 2009.

*Koulu, Risto*: Kansainvälinen konkurssi. Teoksessa *Insolvenssioikeus* (toim. Risto Koulu). WSOY, Juva 2009. Saatavilla [www-muodossa: http://onlinepalvelu.sanomapro.fi.libproxy.helsinki.fi](http://onlinepalvelu.sanomapro.fi.libproxy.helsinki.fi). 13.9.2013.

*Koulu, Risto*: Konkurssoikeus. WSOYpro, Helsinki 2009a.

*Koulu, Risto*: Konkurssipesän omaisuusselvitys. Teoksessa *Insolvenssioikeus* (toim. Risto Koulu), s. 227-337. WSOY, Juva 2009b.

*Koulu, Risto*: Kansainvälinen ulosotto. Teoksessa *Insolvenssioikeus* (toim. Risto Koulu), s. 977-1020. WSOY, Juva 2009c.

*Koulu, Risto*: Konkurssoikeus. Teoksessa *Insolvenssioikeus* (toim. Risto Koulu), s. 97-430. WSOY, Juva 2009d.

*Koulu, Risto*: Kansainvälinen prosessioikeus pääpiirteittäin. WSOY Lakitieto, Helsinki 2003.

*Koulu, Risto*: Johdatus kansainväliseen prosessi- ja insolvenssioikeuteen. Yliopistopaino, Helsinki 2001.

*Koulu, Risto*: Konkurssi Euroopan unionissa. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 2000.

*Lappalainen, Juha*: Tuomioistuimen toimivalta siviiliasioissa. Teoksessa *Prosessioikeus* (toim. Dan Frände), s. 293-385. Sanoma Pro, Helsinki 2012.

*Lappalainen, Juha*: Kanne ja vastine siviiliprosessissa. Teoksessa *Prosessioikeus* (toim. Dan Frände), s. 497-553. Sanoma Pro, Helsinki 2012a.

*Lennarts, Loes*: EU Corporate Insolvency Law in the Wake of the ECJ's *Deko Marty* Judgment. *European Company Law* 7, no. 3 (2010), s. 106-112.

*Lindfors, Heidi*: Eurooppalaiset ulosottooperusteet: eurooppalaisen prosessioikeuden uudet instrumentit. CC Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 2011.

*Linna, Tuula & Könkkölä, Tuomas*: Konkurssoikeus. Talentum, Helsinki 2013.

*Linna, Tuula*: EY-tuomioistuimen tuomio 12.2.2009 asiassa *Seagon v Deko Marty* (C-339/07) - maksukyvyttömyysmenettelyn aloitusvaltion

tuomioistuimilla on kansainvälinen toimivalta tutkia takaisinsaantikanne. *Lakimies* 5/2009, s. 840-865.

*Marks, David*: EC Insolvency Regulation: Is it Reform Time? *International Corporate Rescue* Volume 9, Issue 4, s. 227-235. Chase Cambria Publishing, 2012.

*Morgel, Nils*: EU:s insolvensförordning - svensk domstolpraxis. *Juridisk Tidskrift* nr 2 2010/11, s. 436-448.

*Moss, Gabriel, Fletcher F. Ian & Isaacs, Stuart*: The EC Regulation on Insolvency Proceedings - A Commentary and Annotated Guide. Oxford University Press Inc., New York 2009.

*Pineiro, Carballo Laura*: *Vis attractiva concursus* in the European Union: its development by the European Court of Justice. InDret.com, July 2010. Saatavilla [www-muodossa: http://www.indret.com/pdf/750\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/750_es.pdf). 14.9.2013.

*Ojanen, Tuomas*: EU-oikeuden perusteita. Edita, Helsinki 2006.

*Omar, Paul J.*: *European Insolvency Law*. Ashgate Publishing Limited, Aldershot 2004.

*Raitio, Juha*: Eurooppaoikeus ja sisämarkkinat. Talentum, Helsinki 2010.

*Raitio, Juha*: Teleologia eurooppaoikeudessa. *Oikeus* 2005/3, s. 276-297.

*Riedermann, Susanne*: Recognition and Enforceability of Other Judgments. Teoksessa *European Insolvency Regulation* (toim. Klaus Pannan), s. 371-384. De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, Berlin 2007.

*Siltala, Raimo*: Oikeustieteen tutkijan itseymmärryksestä. *Lakimies* 1/2002, s. 95-100.

*Sundström, Zacharias O.G.*: Oikeudenmukainen tuomio - Tuomarin harkinta rikosasiassa. Väitöskirja, julkaistu Edilexissä 13.6.2012.

*Tuomisto, Jarmo*: Takaisinsaanti. Talentum Media Oy, Helsinki 2012.

*Tuomisto, Jarmo*: Takaisinsaannista erityisesti maksun ja vakuuden peräyttämisestä konkurssissa. Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2002.

*Virgós, Miguel & Garcimartín, Francisco*: The European Insolvency Regulation: Law and Practice. Kluwer Law International, The Hague 2004.

*Welamson, Lars & Mellqvist, Mikael*: Konkurs. Norstedts Juridik Ab, Stockholm 2003.

Virallislähteet:

HE 86/2012 vp *Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi konkurssilain sekä takaisinsaannista konkurssipesään annetun lain 24 §:n muuttamisesta.*

HE 70/2008 vp *Hallituksen esitys Eduskunnalle riita-asioiden oikeuspaikkaa koskevien säännösten muuttamiseksi.*

HE 26/2003 vp *Hallituksen esitys Eduskunnalle konkurssilainsäädännön uudistamiseksi.*

HE 102/1990 vp *Hallituksen esitys Eduskunnalle takaisinsaantia konkurssipesään koskevaksi lainsäädännöksi.*

KANSALLINEN OIKEUSKÄYTÄNTÖ:

Korkeimman oikeuden antama tuomio 2012:63

Korkeimman oikeuden antama tuomio 2011:25

Korkeimman oikeuden antama tuomio 2011:21

Korkeimman oikeuden antama tuomio 2006:108

Korkeimman oikeuden antama tuomio 1998:141

Korkeimman oikeuden antama tuomio 1988:111

KANSAINVÄLINEN OIKEUSKÄYTÄNTÖ:

*Yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö:*

Unionin tuomioistuimen 19.4.2012 antama tuomio asiassa *F-Tex SIA v Lietuvos-Anglijos UAB „Jadecloud-Vilma“* (C-213/10).

Unionin tuomioistuimen 21.1.2010 antama tuomio asiassa *MG Probud Gdynia sp. z o.o.* (C-444/07).

Yhteisöjen tuomioistuimen 2.7.2009 antama tuomio asiassa *SCT Industri AB, selvitystilassa v Alpenblume AB* (C-111/08).

Yhteisöjen tuomioistuimen 23.4.2009 antama tuomio asiassa *Draka NK Cables and others* (C-167/08).

Yhteisöjen tuomioistuimen 12.2.2009 antama tuomio asiassa *Seagon v. Deko Marty* (C-339/07).

Yhteisöjen tuomioistuimen 2.5.2006 antama tuomio asiassa *Eurofood*

(C-341/04).

Yhteisöjen tuomioistuimen 17.1.2006 antama tuomio asiassa *Staubitz-Schreiber*, (C-1/04).

Yhteisöjen tuomioistuimen 19.11.1998 antama tuomio asiassa *Nilsson* (C-162/1997).

Yhteisöjen tuomioistuimen 22.2.1979 antama tuomio asiassa *Henri Gourdain v Franz Nadler* (133/7).

*Muiden valtioiden kansallinen oikeuskäytäntö:*

Ruotsin korkeimman oikeuden, Högsta domstol, 31.1.2013 antama tuomio Ö 743-11 asiassa *Siv Ing Benum AS v. Kinovox-Benum AB i likvidations konkursbo*.

Hollantilaisen tuomioistuimen, Rechtbank's-Hertogenbosch, 21.2.2012 antama tuomio asiassa *E.G.M. van den Houwel v. Anonymous natural person Z* (LJN: BV6710).

Unkarin korkeimman oikeuden, Legfelsöbb Bíróság, 21.4.2011 antama tuomio asiassa X.21.978/2010/5.

Saksalaisen tuomioistuimen, Higher Regional Court (OLG) Naumburg, 6.10.2010 antama tuomio.

Hollantilaisen tuomioistuimen, Rechtbank Amsterdam, 17.2.2010 antama tuomio asiassa *Liersch v. Subway International B.V* (LJN: BH3636).

Hollantilaisen muutoksenhakutuomioistuimen, Gerechtshof Amsterdam, 3.11.2009 antama tuomio asiassa *Conrads v. Groet Houdstermaatschappij B.V* (LJN: BL8405).

Hollantilaisen tuomioistuimen, Gerechtshof's Hertogenbosch, 1.9.2009 antama tuomio asiassa *Börlind Gesellschaft für Kosmetische Erzeugnisse mbH v. H. Weinans (Börlind Benelux B.V.)* (JOR 2010/27).

Italialaisen tuomioistuimen, Court of Busto Arsizio, 21.1.2009 antama tuomio asiassa *Soc. Volare Airlines v Compania De Petroleos SA* (N. 594).

Italialaisen tuomioistuimen, Court of Busto Arsizio, 27.6.2008 antama tuomio asiassa *Soc. Volare Airlines v Tramp Oil Aviation Ltd* (N. 594).

Ruotsalaisen hovioikeuden, Hovrätt, 15.1.2008 antama tuomio asiassa *Däck-k Svenska AB konkursbo v. Pirelli Tyres SpA* (Ö 749-07).

Saksalaisen tuomioistuimen, Amtsgericht Hamburg, 19.7.2007 antama

tuomio asiassa nro 67a IE 2/07.

Italialaisen tuomioistuimen, Corte di Cassazione, 4.8.2006 antama tuomio asiassa *Grandis Grandi Magazzini Discount Srl v Allgauland Kaserine gmbh* (N. 17706/2006).

Belgialaisen tuomioistuimen, Tribunal de Commerce de Charleroi, 14.9.2004 antama tuomio asiassa *SARL Bati France v Alongi et al.*

Englantilaisen tuomioistuimen, High Court, 16.5.2003 antama tuomio asiassa *Daisytek* (Daisytek B.C.C. 562, (2004) B.P.I.R. 30.).

Saksalaisen tuomioistuimen, Bundesgerichtshof, 27.5.2003 antama tuomio asiassa IX ZR 203/02.

Hollannin korkeimman oikeuden 7.3.2003 antama tuomio asiassa *Gustafen, Dutch decision.*

Yhdysvaltojen korkeimman oikeuden 10.12.1883 antama tuomio asiassa *Canada Southern Railroad v. Gebhard*, 109 US 527 (1883).

#### MUUT LÄHTEET:

*COM(2012) 744 final*

Euroopan komission 12.12.2012 antama ehdotus Euroopan neuvoston asetuksen nro 1346/2000 muuttamisesta, *COM(2012) 744 final.*

*COM(2012) 743 final*

Euroopan komission kertomus Euroopan parlamentille, neuvostolle ja Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle maksukyvyttömyysmenettelyistä 29.5.2000 annetun asetuksen (EY) N:o 1346/2000 soveltamisesta, *COM(2012) 743 final.*

*Ec.europa.eu: Saksa*

Tietoa kansallisista menettelyistä maksukyvyttömyyden suhteen. Osoite: [http://ec.europa.eu/civiljustice/bankruptcy/bankruptcy\\_ger\\_fi.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/bankruptcy/bankruptcy_ger_fi.htm). Sivulla vierailtu 12.9.2013.

*CLLS Consultation*

Euroopan komission: "The Interactive Policy Making' (IPM)" teettämä kysely *Euroopan neuvoston asetuksen nro 1346/2000* kehittämisestä. The City of London Law Society'n vastaus. Osoite: <http://www.citysolicitors.org.uk/FileServer.aspx?oID=1205&lID=0>. Sivulla vierailtu 6.2.2013.

*External evaluation of Regulation /EC on Insolvency proceedings, annexes I & II*

*Hess, Burkhard; Oberhammer, Paul; Pfeiffer, Thomas; Piekenbrock, Andreas; Seagon, Christofer*: External evaluation of Regulation N°1346/2000/EC on Insolvency proceedings, annexes I & II, JUST/2011/JCIV/PR/0049/A4. 2011.

Osoite: [http://ec.europa.eu/justice/civil/document/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/civil/document/index_en.htm). Si-  
vuilla vierailtu 13.3.2013.

*External evaluation of Regulation on Insolvency proceedings, National Reports*

*Hess, Burkhard; Oberhammer, Paul; Pfeiffer, Thomas; Piekenbrock, Andreas; Seagon, Christofer*: External evaluation of Regulation N°1346/2000/EC on Insolvency proceedings, National Reports, JUST/2011/JCIV/PR/0049/A4. 2011.

Osoite: [http://ec.europa.eu/justice/civil/document/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/civil/document/index_en.htm). Si-  
vuilla vierailtu 13.3.2013.

*External evaluation of Regulation on Insolvency proceedings, Report*

*Hess, Burkhard; Oberhammer, Paul; Pfeiffer, Thomas; Piekenbrock, Andreas; Seagon, Christofer*: External evaluation of Regulation N°1346/2000/EC on Insolvency proceedings, Report, JUST/2011/JCIV/PR/0049/A4. 2011.

Osoite: [http://ec.europa.eu/justice/civil/document/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/civil/document/index_en.htm). Si-  
vuilla vierailtu 13.3.2013.

*Haastattelut*

Asianajotoimisto Borenus Oy, asianajaja Mika Salonen, 20.2.2013.

Asianajotoimisto Castrén & Snellman Oy, asianajajat Pauliina Tenhunen ja Anna-Kaisa Remes, 5.4.2013.

Asianajotoimisto Krogerus Oy, asianajajat Mikko Tiilikka ja Robert Peldán, 9.4.2013.

*Harmonisation of Insolvency Law at the EU level 2010*

*Giorgio Cherubini, Neil Cooper, Daniel Fritz, Emmanuelle Inacio, Katarzyna Ingielewicz, Guy Lofalk, Miriam Mailly, David Marks Q.C., Anna Maria Puksztó, Barbara F.H. Rumora Scheltema, Robert Van Galen,*



*Miguel Virgos, Bob Wessels, Nora Wouters*: Note on Harmonisation of Insolvency Law at the EU level. European Parliament Policy Department C - Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2010, 162 p.

Osoite: <http://www.europarl.europa.eu/studies>. Sivulla vierailtu 20.7.2013.

*INSOL Europe, Revision*

*Robert van Galen, Marc André, Daniel Fritz, Vincent Gladel, Frans van Koppen, David Marks, Nora Wouters*: Revision of the European Insolvency Regulation, Proposals by INSOL Europe, 2012.

Osoite: <http://www.insol-europe.org>. Sivulla vierailtu 20.7.2013.

*Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus 16.10.2008*

Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa C-339/07, *Seagon v. Deko Marty*, annettu 16.10.2008.

*KOM(2010) 748 final*

Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi tuomioistuimen toimivallasta sekä tuomioiden tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta siviili- ja kauppaoikeuden alalla. Bryssel, KOM(2010) 748.

*Konkurssiasian neuvottelukunnan suositus 13/2004*

Konkurssiasian neuvottelukunnan 10.1.2008 (viimeksi muutettu) antama suositus nro 13/2004 pesähoitajan palkkiosta.

*Konkurssiasian neuvottelukunnan suositus 9/2004*

Konkurssiasian neuvottelukunnan 28.9.2004 (viimeksi muutettu 5.3.2013) antama suositus nro 9/2004 takaisinsaannista konkurssissa.

*Report 1996*

Report on the Convention on Insolvency Proceedings by Miguel Virgós and Etienne Schmit, DRS 8 (CFC) 6500/96, The Council of the European Union.

*SEC(2010) 1548*

Komission yksiköiden valmisteluasiakirja. Tiivistelmä vaikutusten arvioinnista. Oheiskirja ehdotukseen Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi tuomioistuimen toimivallasta sekä tuomioiden tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta siviili- ja kauppaoikeuden alalla. SEC(2010) 1548 lopullinen, Bryssel 14.12.2010.

Komission yksiköiden valmisteluasiakirja. Tiivistelmä vaikutusten arvioinnista. Oheiskirja ehdotukseen Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi tuomioistuimen toimivallasta sekä tuomioiden tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta siviili- ja kauppaoikeuden alalla. SEC(2010) 1547 lopullinen, Bryssel 14.12.2010.

# Lyhenteet

Bryssel I -asetus	neuvoston asetus tuomioistuimen toimivallasta sekä tuomioiden tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta siviili- ja kauppaoikeuden alalla (44/2001 EY)
EU	Euroopan unioni
EY	Euroopan yhteisö
HD	Högsta domstolen, Ruotsin korkein oikeus
HE	hallituksen esitys
InsO	Saksan laki insolvenssimenettelystä (Die Insolvenzordnung, 5.10.1994)
INSOL Europe	The professional association for European restructuring and insolvency specialists
KKO	korkein oikeus
KonkL	konkurssilaki (20.2.2004/120)
MKA	neuvoston asetus (EY) N:o 1346/2000 maksukyvyttömyysmenettelyistä (maksukyvyttömyysasetus)
OK	oikeudenkäymiskaari (1.1.1734/4)
RKonkL	Ruotsin konkurssilaki (konkurslag 1987:672)
RB	Ruotsin oikeudenkäymiskaari (rättegångsbalk 18.7.1942)
Rooma I -asetus	Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus N:o 593/2008, annettu 17.6.2008 sopimusvelvoiteteisiin sovellettavasta laista (Rooma I)
UK	ulosottokaari (15.6.2007/705)
TakSL	laki takaisinsaannista konkurssipesään (758/1991)
ZPO	Saksan prosessilainsäädäntö riita-asioissa (Zivilprozessordnung)



# 1. Johdanto

Yritysten kansainvälisen ja rajat ylittävän toiminnan luonteesta johtuen myös konkurssit ja maksukyvyttömyysmenettelyt ovat yhä harvemmin enää pelkästään kansallisia. Euroopan unionin keskeisiä tavoitteita onkin ollut sisämarkkinoiden moitteettoman toiminnan turvaaminen, mikä taas edellyttää mm. rajat ylittävien maksukyvyttömyysmenettelyjen tehokasta ja tehollista toimintaa. Unionissa katsottiin, ettei tavoitteita voitaisi saavuttaa riittävästi kansallisella tasolla, minkä vuoksi yhteisön tasolla toteutettava toiminta on ollut perusteltua. Tästä syystä neuvoston antaman maksukyvyttömyysasetuksen (EY N:o 1346/2000, annettu 29 päivänä toukokuuta 2000, MKA) myötä unionin alueella on yhtenäistetty jäsenvaltioiden rajat ylittävän konkurssin sääntely. EU:lla on vahva toimivalta kansainvälisen konkurssioikeuden alalla ja unionin antaman lainsäädännön avulla säännellään jossakin jäsenvaltiossa alkaneen konkurssin oikeusvaikutuksia toisten jäsenvaltioiden alueilla.<sup>1</sup>

Yleisesti ottaen rajat ylittävä konkurssi voidaan rakentaa kahden mallin mukaisesti. Näitä malleja kutsutaan universaaliperiaatteeksi ja territoriaaliperiaatteeksi. Universaaliperiaatteella tarkoitetaan tilannetta, jossa aktualisoituva konkurssi kattaa kaiken velallisen varallisuuden sen sijaintipaikasta riippumatta. Laajentavasti tulkiten voidaan sanoa, että universaaliin konkurssiin kuuluu kaikki velallisen omaisuus kaikkialla maailmassa. Tästä muodostuukin periaate, että universaaleja konkurssimenettelyjä voi olla vain yksi vireillä, mitä voidaan kutsua yhden konkurssivarallisuuden periaatteeksi, jossa pesää hallinnoi yksi yhteinen konkurssihallinto. Territoriaaliperiaate on puolestaan universaalisuuden vastakohta. Tällaisen konkurssimenettelyn vaikutukset rajoittuvat vain siihen maahan, jossa menettely on vireillä. Kyseisessä valtiossa sijaitsevat velallisen varat muodostavat konkurssin varallisuuden. Territoriaaliperiaate sallii useiden konkurssimenettelyjen samanaikaisen vireilläolon, mistä seuraa, että periaatteesta käytetään nimitystä rinnakkaisten konkurssien periaate. Konkurssit etenevät riippumatta siitä, mitä rinnakkaisessa konkurssissa tapahtuu.<sup>2</sup>

1. Koulun 2009, s.1021-1023.

2. Koulun 2009, s. 1046-1047.

Eurooppalaisen konkurssimenettelyn vaikutuksia sääntelevä MKA tuli voimaan 31.5.2002. Sen tarkoituksena oli vahvistaa yhteiset säännöt maksukyvyttömyysmenettelyille EU:ssa. Asetus sitookin ainoastaan unionin jäsenvaltioita ja sitä sovelletaan kaikkiin menettelyihin riippumatta siitä, onko velallinen luonnollinen henkilö vai oikeushenkilö, elinkeinonharjoittaja vai yksityishenkilö. MKA:ta ei kuitenkaan sovelleta maksukyvyttömyysmenettelyihin, jotka koskevat vakuutusyhtiöitä, luottolaitoksia, sijoituspalveluyrityksiä, joiden tarjoamiin palveluihin liittyy kolmansien osapuolten varojen tai arvopaperien hallintaa tai yhteisjoitusyrityksiä.<sup>3</sup> Asetusta noudatetaan maksukyvyttömyysmenettelyissä, jotka on aloitettu sen jälkeen kun asetus tuli voimaan ja se korvaa kahden- ja monenväliset sopimukset tiettyjen EU-maiden välillä. Kollektiivisen maksukyvyttömyysmenettelyn tulkinnat vaihtelevat eri maissa ja konkurssi voidaan ymmärtää laajasti koskevan kaikkia likvidaatio- ja rehabilitaatiomenettelyitä. MKA:ssa on määritelty asetuksen koskevan Suomen osalta konkurssi- ja yrityssaneerausmenettelyjä. MKA:n tarkoituksena on ollut sovittaa yhteen maksukyvyttömän velallisen omaisuutta koskevat toimenpiteet eri jäsenvaltioissa konkurssimenettelyn aikana.

Asetuksen takaamia menettelyitä ovat päämenettely ja sekundäärimenettely, joista päämenettelyn voidaan katsoa edustavan edellä kuvattua universaaliperiaatetta ja sekundäärimenettelyn puolestaan territoriaaliperiaatetta. Päämenettely voidaan aloittaa siinä jäsenvaltiossa, jossa velallisen pääintressien keskus (centre of main interests) sijaitsee. Eri intressien, kuten mm. paikallisten velkojien suojaamiseksi asetuksessa on taattu mahdollisuus aloittaa rajoitettuja sekundäärimenettelyjä asianomaisissa EU-maissa. Sekundäärimenettely voidaan aloittaa siinä jäsenvaltiossa, jossa velallisella on toimipaikka ja se tapahtuukin rinnakkain päämenettelyn kanssa rajoittaen sen vaikutukset ainoastaan sekundäärimenettelyn aloitusvaltioon.

MKA:sta huolimatta jokaisella jäsenvaltiolla säilyy oikeus määrätä omasta konkurssilainsäädännöstään. Asetus ei siten harmonisoi jäsenvaltioiden konkurssilakeja, eikä se perusta mitään erillistä ylikansallista konkurssimenettelyä. Asetuksen tarkoituksena on pelkästään säännellä

3. Koulu 2000, s.320-325, Koulu 2009, s. 1064.

rajat ylittävän konkurssimenettelyn vaikutuksista unionin alueella, ja MKA antaakin jäsenvaltioille mahdollisuuden soveltaa konkurssimenettelyyn sen jäsenvaltion lakia, jossa kyseinen menettely on aloitettu. Pyrkimyksenä on antaa suuntaviivat jäsenvaltioille rajat ylittävän kansainvälisen konkurssin pesänselvitykseen<sup>4</sup>. Maksukyvyttömyysmenettelyn edellytyksistä säädetään menettelyn aloittaneen jäsenvaltion laissa (*lex concursus*), ja kyseisen maan säännökset määrittävät mm. menettelyn aloittamista, kulkua ja päättämistä koskevia edellytyksiä ja myös käytännön kysymyksiä, kuten velallisen omaisuuden määrittelemistä, velallisen ja selvittäjän toimivaltasuhteita sekä menettelyn vaikutuksia sopimuksiin. Kansainvälisessä konkurssissa myös muiden jäsenvaltioiden lainsäädännöllä saattaa luonnollisesti olla painoarvoa. MKA:n erinäisillä artikloilla turvataan myös perustellun luottamuksen suoja ja oikeusvarmuuden säilyminen muissakin jäsenvaltioissa kuin menettelyn aloitusvaltiossa. Esim. oikeustoimen peräyttämisen suhteen *lex concursus* ei välttämättä aina tule sovellettavaksi. Kuitenkin menettelyn aloittaneen jäsenvaltion lainsäädäntö määrittää periaatteessa hyvin pitkälle rajat ylittävän konkurssin sisällön. Huomata voi, että kyseessä on loppujen lopuksi aivan tavallinen kansallinen konkurssimenettely, jolla sattuu olemaan myös rajat ylittäviä vaikutuksia.

4. Koulou 2009, s. 1048-1058.

## 2. Tutkimustehtävä

### 2.1 TUTKIMUSKOHDDE

Rajat ylittävän konkurssin (cross-border insolvency) tutkimisen merkitystä ei voi liiaksi korostaa nykypäivänä. Euroopan unionin takaaman vapaan liikkuvuuden nojalla sekä luonnolliset henkilöt että yritykset ovat kansainvälistyneet. Yritykset käyvät kauppaa muiden jäsenvaltioiden yritysten kanssa ja niillä saattaa olla myös omaisuutta ulkomailla. Sama pätee myös luonnollisiin henkilöihin, eikä kansainvälinen näkökulma jääkään ainoastaan yritysten päänvaivaksi. Tällä kaikella on tietenkin selvä vaikutuksensa myös konkurssin suhteen. Kansainväliseksi konkurssiksi voidaan mieltää aivan tavallinen konkurssi, jolla on kansainvälinen ulottuvuus. Tällainen tilanne on käsillä, kun velallisella on varallisuutta kahdessa tai useammassa vieraassa valtiossa tai kun hänellä on velkojia, joilla on kotipaikka eri valtiossa kuin velallisella itsellään. Useimmiten nämä aktualisoituvat samanaikaisesti.

Tutkielman aiheena on eurooppalaisessa konkurssissa tapahtuva takaisinsaanti, minkä johdosta käsittelyn keskipisteeksi nousee neuvoston asetus maksukyvttömyysmenettelyistä (N:o 1346/2000, annettu 29.5.2000, MKA). EU:n jäsenvaltioiden välillä rajat ylittävän konkurssin sääntely onkin yhtenäistetty MKA:n myötä. Ainoastaan Euroopan unionin jäsenvaltiot voivat kuulua asetuksen sääntelyn piiriin, eli kyseessä on sääntelyltään suljettu sopimus<sup>5</sup>.<sup>6</sup> Universaali- ja territoriaaliperiaate<sup>7</sup>

5. Mistä seuraa, että MKA:ta ei sovelleta suhteessa unionin ulkopuolella olevaan varallisuuteen tai velkoihin, vaikka velallisella olisi pääintressien keskus jäsenvaltiossa (pääintressien keskuksesta lisää kappaleessa 2.1). Pannen 2007, s. 611.

6. Muita kansainvälisen konkurssin tyyppejä ovat autonominen konkurssi ja pohjoismaisen konkurssisopimus. Autonominen konkurssioikeuden vaikutusalue on verrattain laaja. Sen alaisuuteen kuuluvat kaikki ne alueet, jotka jäävät MKA:n yhtenäistetyin konkurssioikeuden soveltamisalan ulkopuolelle. Näin suurin osa maailmasta kuuluu autonomisen järjestelyn piiriin. Pohjoismaisen sopimuksen sääntelyn kohteena on puolestaan yhdessä pohjoismaassa alkaneen konkurssin oikeusvaikutukset muissa Pohjoismaissa. Sopimukseen kuuluu Suomi, Ruotsi, Tanska, Norja ja Islanti. Sopimus korvautui unionin jäsenvaltioiden välisissä suhteissa MKA:n tullessa voimaan. Sitä sovelletaan edelleen ainoastaan esim. Suomen ja Tanskan välisiin suhteisiin (Koulu 2009, s. 1025.).

7. Koulu 2000 s. 5-9.



ilmenevät MKA:n järjestelmässä pää- ja sekundäärimenettelynä, joista päämenettely edustaa universaaliperiaatetta ja sekundäärimenettely puolestaan territoriaaliperiaatetta. MKA ei muodosta mitään ylikansallista konkurssia, vaan sen tarkoituksena on säännellä rajat ylittävän konkurssimenettelyn vaikutuksia. MKA tarjoaa siten oikeudelliset puitteet konkurssin pesänselvitykseen, jolla on kansainvälinen liityntä. Tutkimuksen kohteen ollessa MKA asiassa tulee huomioida, että asetuksia ohjaavat eurooppaoikeuden tulkintaperiaatteet<sup>8</sup>, mistä seuraa, että EU-oikeudella on kansalliseen oikeuteen nähden etusija ristiriitatilanteissa. EY:n perustamissopimuksen mukaisesti asetus pätee yleisesti ja on kaikilta osiltaan velvoittava. Jäsenvaltiot ovat veloitettuja soveltamaan asetuksia sellaisenaan, eikä niiden soveltaminen siis edellytä valtiosäisiä toimenpiteitä tullakseen jäsenvaltioissa voimaan.<sup>9</sup>

Takaisinsaantiin liittyy eurooppalaisessa konkurssissa monia kysymyksiä: mitä lakia sovelletaan peräyttämiseen, kuka on oikeutettu nostamaan takaisinsaantikanteen, mikä tuomioistuin on toimivaltainen tutkimaan kanteen ja millä edellytyksillä omaisuutta voidaan peräyttää konkurssipesään? Nämä kysymykset vaativat lähempää tarkastelua, jotta niihin voidaan vastata kattavasti. Siitä huolimatta, että unionin alueella on saatu aikaiseksi yhtenäinen konkurssijärjestelmä, asetuksessa ei luonnollisesti ole vahvistettu takaisinsaannille yhtä yhteisön hyväksymää takaisinsaantimuotoa, vaan eri peräyttämiskeinojen määrittäminen jää edelleen jokaisen jäsenvaltion lainsäädäntövallan piiriin. Takaisinsaannin käsite ei missään nimessä muutoinkaan ole yhtenäisen käsitteen alla Euroopassa. Se juontaa juurensa *actio pauliana* -kanteeseen, joka on yksityisoikeudellinen suojamekanismi, jolla suojataan velkojia velallisen petollisessa tarkoituksessa tekemiltä omaisuudensiirroilta<sup>10</sup>. Erilaisista kannetyypeistä huolimatta takaisinsaantikanteet kuuluvat vahvasti maksukyvyttömyysmenettelyn piiriin konkurssiliitännäisinä asioina, eivätkä ne siten jää Bryssel I -asetuksen (neuvoston asetus N:o 44/2001, annettu 22.12.2000) soveltamisalaan, joka koskee tuomioistuimen toimivaltaa sekä tuomioiden tunnustamista ja täytäntöönpa-

8. Koulu 2009, s. 1026-1027.

9. Ojanen 2006 s. 54 ja 93

10. Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus 16.10.2008, kohta 5.

noa siviili- ja kauppaoikeuden alalla. Konkurssiyhteyden olemassaolon määrittämisessä huomioidaan kunkin kannetyypin luonne niin kuin se on kyseisessä kansallisessa lainsäädännössä määritelty. Kuten tutkielmassa tullaan myöhemmin esittämään, MKA 25 artiklan 1 kohdan 2 alakohdan mukaan takaisinsaannilta edellytetään kuitenkin, että se on maksukyvyttömyysmenettelystä välittömästi johtuva ja siihen läheisesti liittyvä päätös. Mikäli jokin peräyttämiskeino ei täytä tätä edellytystä, ei kyseessä ole MKA:n mukainen konkurssin liitännäisasia.

Tutkielman rajauksen vuoksi muut kansainvälisen konkurssin tyypit, eli autonominen ja pohjoismainen konkurssi, eivät tule tarkastelun kohteeksi. Autonominen konkurssi saa enemmän painoarvoa esitellessäni KKO:n päätöksiä, jotka liittyvät takaisinsaantiin autonomisessa konkurssissa. Työ on jaettu osiin niin, että ensin selvennetään sitä MKA:n tarjoamaa järjestelmää, jossa eurooppalaista takaisinsaantia voidaan toteuttaa. Toisessa kappaleessa perehdytään mm. päämenettelyyn ja sekundäärikonkurssin vaikutuksiin sekä selvittäjän toimenkuvaan. Työ jatkuu tarkastelemalla takaisinsaannin tarkoitusta ja periaatteita Suomen näkökulmasta ja viimeiset kappaleet liittyvät itse tutkielman pääaiheeseen eli takaisinsaantiin eurooppalaisessa konkurssissa. Käsiteltäväksi tulevat lainvalinta, torjuntastatuutin asema, liitännäistuomioiden merkitys ja toimivaltainen tuomioistuin. Lähestymisnäkökulma on yleinen, mutta olen pyrkinyt niveltämään Suomen konkurssi- ja takaisinsaantioikeuden periaatteet osaksi työtä. Suomen oikeuden niveltäminen helpottaa asiakokonaisuuden tarkastelemista, hallitsemista ja erityisesti sen kriittistä arvioimista.

## 2.2 TUTKIMUSMENETELMÄ

Tutkielman aihepiiri vaatii todella lähempää tutkimusta, koska sitä ei ole ollenkaan käsitelty itsenäisenä kokonaisuutena. Kansainvälistä takaisinsaantia on kylläkin sivuttu sekä kansallisissa että kansainvälisissä teoksissa, mutta ainoastaan omana pienenä osa-alueenaan. Siksi tutkielman tarkoituksena on erityisesti tuoda esiin rajat ylittävän peräyttämisen yleistä teoriaa, minkä lisäksi tarkoituksena on käsitellä aihepiiriin liittyviä ongelmia ja tulkita, miten ja kuinka takaisinsaantia voidaan

toteuttaa Euroopan unionin alueella. Oikeustapaukset olen päättänyt avata ja esitellä kattavasti jo pelkästään siitä syystä, että aihepiiriin liittyen on ollut varsin vaikeaa löytää relevantteja eri jäsenvaltioiden kansallisia tuomioita. Pääasiallisesti voidaankin todeta, että tapauksia ei ole olemassa kovinkaan paljon, minkä vuoksi olen katsonut olennaiseksi esitellä erikseen ne muutamat tapaukset, jotka liittyvät aiheeseen. Tuon työssäni esiin muiden jäsenvaltioiden oikeuskäytännön ohella myös eri valtioiden konkurssilainsäädäntöä, mutta muutamien spesifien ja tutkimuskohteen yksittäisiin kohtiin liittyvien pykälien esiintuomista ei voida arvostaa oikeusvertailevan metodin tasolle. Tästä syystä lähestymistapaa voi lähinnä kutsua lainopillisen tutkimuksen vertailevan tulkinnan metodiksi. Tutkielman yleisen luonteen vuoksi pyrkimyksenäni on tuoda esiin myös paljon käytännöllisiä seikkoja, jotta tutkielma ei jää täysin oikeuskirjallisuuden ja -tapauksen referoinniksi. Pelkkä muiden kirjoittajien toistaminen ei myöskään missään nimessä täytä tutkimuksellisen omaehtoisuuden kriteeriä<sup>11</sup>. Tutkimusmenetelmä on siten pääosin lainopillinen, koska perimmäisenä lähtökohtanani on selvittää voimassaolevien oikeusnormien sisältöä ja sitä, mikä merkitys muista oikeuslähteistä löytyvällä materiaalilla on suhteessa eurooppalaiseen takaisinsaantiin<sup>12</sup>. Koska kyseessä on EU-oikeuteen liittyvä tutkimus, tulee teleologinen eli tarkoituseräopillinen tulkinta<sup>13</sup> saamaan huomiota tutkielman Seagon v. Deko Marty<sup>14</sup> tapausta ja sen seurauksia käsittelevässä osiossa.

Kuten Siltala on todennut, kriittis-normatiivinen näkökulma merkitsee, että tällaisen lähestymistavan valinnut tutkija ei ole sidoksissa vallitsevan doktriiniin ja sen mukaiseen tuomarien ja lainsäätäjien määrittämään oikeuteen, vaan tutkija voi perustella mielestään parhaiten yhteiskunnallista oikeudenmukaisuutta toteuttavan tulkinnan. Myös *de lege ferenda* -tutkimus edellyttää kriittistä näkökulmaa voimassa olevaan oikeuteen.<sup>15</sup> Pyrin työssäni edustamaan kriittis-normatiivista

11. Siltala 2002, s. 99.

12. Hirvonen 2011, s. 23.

13. Hirvonen 2011, s. 40.

14. Yhteisöjen tuomioistuimen 12.2.2009 antama tuomio asiassa Seagon v. Deko Marty (C-339/07).

15. Esimerkiksi heikomman sopijapuolen suojeleminen, yleisen tasa-arvon edistäminen tai

näkökulmaa ja aion tutkia vallitsevaa oikeustilaa unionin sisällä tapahtuvan peräyttämisen suhteen kriittisesti silmäillen ja samalla tarkastelellen, olisiko mahdollisesti esiin nousevien ongelmien ratkaisuun tarjolla muita, toimivampia keinoja. Tosin analyttis-deskriptiivisen tulokannan välttäminen ei luonnollisestikaan ole mahdollista, koska työssä on pyrittävä myös aika ajoin kuvaamaan voimassa olevaa oikeutta mahdollisimman kohde- ja arvoneutraalilla tavalla<sup>16</sup>, jotta näiden kautta pystytään havainnoimaan tarpeellisia muutoksia. Tutkielman keskeisenä tavoitteena onkin tarjota de lege ferenda -kannanotto kahteen eurooppalaisen takaisinsaannin keskeisimpään seikkaan. Ensimmäinen kannanotto koskee torjuntastatuuttia (13 artikla), joka takaa vastaajalle ns. veto-oikeuden. Veto-oikeuden mukaisesti vastaaja voi vedota oikeustoimeen sovellettavaan lakiin ja väittää, ettei sen nojalla oikeustoimen peräyttäminen ole millään keinoilla mahdollista ja näin ollen aloittamisvaltion<sup>17</sup> konkurssilaki (lex concursus) joutuisi väistymään. Kannanotto koskee sitä, onko 13 artikla nykyisessä muodossaan kuinka toimiva ja onko sen säilyttäminen asetuksessa edelleen ajankohtaista, koska juuri tämän artiklan osalta on esitetty ankaraa kritiikkiä koko sen perusideaan vastaan.

Toinen de lege ferenda -näkökulma on tarkoitus tarjota suhteessa liitännäistuomioihin liittyvään forumkysymykseen, joka on jo ennen Seagon v. Deko Marty tapausta ja erityisesti sen jälkeen ollut myös laajan keskustelun kohteena. Tuomiossa vahvistettiin, että aloitusvaltion tuomioistuimella on toimivalta tutkia konkurssiliitännäisasiä. Päällimmäisenä kysymyksenä forumin osalta eri jäsenvaltioissa on ollut esillä se, onko yhteisöjen tuomioistuin tarkoittanut, että aloitusvaltion tuomioistuimen toimivalta on valinnainen vai yksinomaisen. Liitännäisforumin osalta tutkielmassa otetaan myös huomioon komission laatima muutosehdotus<sup>18</sup> MKA:sta. Ehdotuksessa on nimenomaisesti huomioitu se seikka, että MKA on yli kymmenen vuotta vanha ja kaipaa jossain kohdin selventämistä toimiakseen paremmin. Kyseinen ehdotus omalta osaltaan yhdessä Seagon v. Deko Marty tapauksen kanssa tukee aloitus-

taloudellisen kustannustehokkuuden näkökulma voivat olla tutkijan painatuksen kohteena. Siltala 2002 s. 96.

16. Siltala 2002, s. 96.

17. Käytän työssä aloitusvaltio ja aloittamisvaltio -käsitteitä rinnakkaisesti.

18. COM(2012) 744 final.

valtion toimivallan yksinomaisuutta. Pysin kappaleessa kuusi tuomaan esiin juuri de lege ferenda -kannanottoni siitä, minkälaiseksi liitännäisforumia koskeva artikla tulisi oman näkemykseni mukaan muotoilla pitäen silmällä komission ehdottamaa uutta artiklaa ja jäsenvaltioiden näkemyksiä. Tämä kannanotto on tarkoitus esitellä punnitsemalla valinnaisuutta vastaan ja puolesta puhuvia seikkoja, mistä seuraa, että toteutan tutkielmassa myös arvoperusteista tulkintaa.

Käytännölliseksi puoleksi työssä olen valinnut insolvenssikysymysten parissa työskentelevien pesänhoitajien haastatteleminen. Haastattavat olivat Mika Salonen (Asianajotoimisto Borenius Oy), Pauliina Tenhunen ja Anna-Kaisa Remes (Asianajotoimisto Castrén & Snellman Oy) sekä Mikko Tiilikka ja Robert Peldán (Asianajotoimisto Krogerus Oy). Esitin asianajajille kysymyksiä siitä, kuinka usein pesänhoitajat edes lähtevät ajamaan takaisinsaantikannetta ja mitä seikkoja he huomioivat kanteen nostamisessa. Lisäksi kysyin heiltä, mikä on heidän näkemyksensä 13 artiklasta ja tuomioistuimen toimivaltakysymyksestä liitännäsasioissa. Esitän haastatteluissa esiin tuotuja näkökulmia muutamassa tutkielman kohdassa. Koska haastattelut rajoittuivat ainoastaan muutamaankotimaiseen asianajajaan, ei saaduista kannanotoista voimissään nimessä muodostaa kovin kattavia tai tarkkoja tutkimustuloksia. Haastatteluiden kautta esiin nousseilla näkemyksillä on kuitenkin siltä näkökannalta hyötyä, että ne auttoivat muodostamaan käsityksen siitä, onko MKA:n käyttäminen Suomessa yleistä tai tapahtuuko sitä juuri lainkaan. Tällä hetkellä on tiedossa, että autonomisen konkurssioikeuden osalta Suomessa on käsitelty kansainvälisiä takaisinsaantikanteita. Käsitellyt kanteet ovat olleet esillä lähinnä siitä näkökulmasta, onko suomalaisella tuomioistuimella toimivalta käsitellä niitä. KKO ei ole antanut yhtäkään tuomiota MKA:n mukaisesta takaisinsaantiastasiasta, eikä käräjäoikeudessa käsiteltyjä kanteita ole tullut ainakaan missään oikeuskirjallisuudessa erikseen mainituksi.

### 3. Maksukyvyttömyysasetus ja yhden päämenettelyn periaate

MKA:n ensimmäisessä artiklassa todetaan asetuksen soveltamisalasta, että *”tätä asetusta sovelletaan sellaiseen velallisen kaikkia velkoja koskevaan maksukyvyttömyysmenettelyyn, jossa velallinen menettää osittain tai kokonaan määräsvallan omaisuuteensa ja jossa määrätään selvittäjä”*.

Asetuksessa noudatetaan *automaattisen tunnustamisen* periaatetta, josta johtuu, että yhdessä jäsenvaltiossa aloitetun pää- tai sekundäärimenettelyn oikeusvaikutuksia ei tarvitse erikseen vahvistaa toisessa jäsenvaltiossa. Aloittamispäätös on näin ollen automaattisesti voimassa myös toisessa jäsenvaltiossa. Tämä käy ilmi asetuksen 16 artiklasta: *”Maksukyvyttömyysmenettelyn aloittamista koskeva päätös, jonka on tehnyt 3 artiklan mukaan toimivaltainen jäsenvaltion tuomioistuin, on tunnustettava kaikissa muissa jäsenvaltioissa siitä alkaen, kun päätöstä on noudatettava menettelyn aloitusvaltiossa”*. Toisen jäsenvaltion viranomaisten on annettava tälle aloittamispäätökselle ne oikeusvaikutukset, jotka *lex concursus* sille asettaa. Tämä puolestaan vahvistetaan 17 artiklassa. Asetus kieltää vaatimasta mitään erityisiä muodollisuuksia tunnustamiselle.

Automaattisesta tunnustamisesta seuraa, että päätökset voidaan myös panna täytäntöön. Täytäntöönpano ei kuitenkaan ole automaattista, vaan se edellyttää *eksekvatuuria*<sup>19</sup>, rekisteröintiä tai muuta verrannollista menettelyä.<sup>20</sup> Asetus myös pitää erillään aloittamispäätöksen tunnustamisen ja muiden päätösten tunnustamisen ja täytäntöönpanon (artiklat 16 ja 25). Aloittamispäätöksen tunnustaminen on ennakkoehto näiden muiden tuomioiden tunnustamiselle, mikä onkin järkeenkäypää sillä, jos koko menettelyn aloittamista ei ole tunnustettu, ei myöskään

19. Eksekvatuurilla tarkoitetaan, että täytäntöönpanomaan tuomioistuin julistaa tuomion täytäntöönpanokelpoiseksi kyseisessä valtiossa.

20. Virgós & Garcimartín 2004, s. 187.

muiden tuomioiden tunnustaminen käy päinsä.<sup>21</sup> MKA:n 25 artiklan 1 kohta koskee maksukyvyttömyysmenettelyn kulkua tai päättämistä taikka tuomioistuimen hyväksymää sovintoa. 25 artiklan 1 kohdan toisessa alakohdassa säännellään maksukyvyttömyysmenettelystä välittömästi johtuvista ja siihen läheisesti liittyvistä päätöksistä, jotka on myös pantava täytäntöön<sup>22</sup>.

MKA:ssa on viittauksia täytäntöönpanomenettelyn osalta Bryssel I -asetukseen<sup>23</sup>, vaikka kyseisen asetuksen 1.2 b kohta nimenomaisesti sulkee konkurssit sen soveltamisalan ulkopuolelle. Viittaus Bryssel I -asetukseen on kuitenkin tarpeellinen, sillä MKA:ssa ei ole omia säännöksiä täytäntöönpanomenettelystä, mistä johtuukin, että esim. takaisinsaanti-tuomion täytäntöönpanossa sovellettavaksi tulevat Bryssel I -asetuksen 38 - 58 artiklat. Tällä vältetään turhat aukkotilanteet näiden kahden lain välillä. Bryssel I -asetuksen 40 artiklan mukaan täytäntöönpanoon sovelletaan sen jäsenvaltion lakia, jossa täytäntöönpanoa haetaan. Suomen osalta hakemus jätetään oikeudenkäymiskaaren mukaisesti vastaajan tuomioistuimelle. Eksekvatuuripäätöksen saamisen jälkeen täytäntöönpanoa tulee vielä hakea erikseen vastaajan kotipaikan ulosottoviranomaiselta. Muissa maissa täytäntöönpanosta saattaa vastata tuomioistuin tai yksityinen asiamies. Ainoana mahdollisena poikkeuksena täytäntöönpanoon sallitaan MKA 26 artiklassa *ordre public* -periaate.<sup>24</sup> Tutkin täytäntöönpanoa tarkemmin kappaleessa kuusi.

### 3.1 PÄÄMENETTELY JA PÄÄINTRESSIEN KESKUS

Päämenettely on tyypiltään universaalia<sup>25</sup> ja se on samalla myös pakol-

21. Virgós & Garcimartín 2004, s. 205.

22. Näitä kutsutaan konkurssiliittämissä tuomioiksi, joista enemmän kappaleessa 5.

23. Kyseinen asetus korvasi vuoden 1968 Brysselin yleissopimuksen ja vaikka MKA:n 25 artiklassa viitataankin Brysselin yleissopimukseen sillä tarkoitetaan nykyään neuvoston asetusta 44/2001, mikä käy ilmi sen 68 artiklan 2 kohdasta, jossa todetaan: ”Siltä osin kuin tämä asetus korvaa jäsenvaltioiden välillä Brysselin yleissopimuksen määräykset, viittauksia yleissopimukseen pidetään viittauksina tähän asetukseen.”

24. Koulu 2009, s. 1053.

25. Tosin lievennetyssä muodossa, koska asetus sallii myös sekundäärikonkurssin, joka muodostaa poikkeuksen universaali vaikutukselle. Sekundäärikonkurssi katkaisee yhtey-

linen. Asetuksen 3 artiklan 1 kohdan mukaan menettely voidaan aloittaa jäsenvaltiossa, jossa velallisella on pääintressien keskus. Pääintressien keskuksella on yleisesti tarkoitettu englanninkielistä termiä COMI (*centre of main interests of a debtor*)<sup>26</sup>. Yhteisön osalta artiklassa todetaan, että pääintressien keskus sijaitsee siinä valtiossa, jossa oikeushenkilöllä on sääntömääräinen kotipaikka<sup>27</sup>, jollei muuta näytetä. Tämä presumptio on katsottu vahvaksi eli se väistyy ainoastaan, jos joku osoittaa, että velallisena olevaa oikeushenkilöä hallitaan muualla kuin sääntömääräisessä kotipaikassa.<sup>28</sup> Pääintressien keskusta koskeva käsite on ollut suuren kritiikin kohteena juuri sen epämääräisyyden vuoksi.

Kuten jo edellä on todettu, juuri nyt on vireillä koko MKA:n muuttamista koskeva hanke, jonka osalta komissio antoi ehdotuksensa 12.12.2012. Pääintressien keskusta koskeva käsite haluttiin säilyttää siinä, mutta sitä haluttiin myös selventää ja täydentää. Uuden 3 artiklan 1 kohta kuuluukin seuraavalla tavalla: *”Sen jäsenvaltion tuomioistuin, jossa velallisella on pääintressien keskus, on toimivaltainen aloittamaan maksukyvyyttömyysmenettely (päämenettely). Pääintressien keskus on paikka, jossa velallinen hallinnoi säännöllisesti intressejään ja joka on kolmansien osapuolten tiedettävissä.”* Samalla ehdotuksessa määriteltiin myös luonnollisia henkilöitä koskeva velallisen pääintressien keskus. Edelleen uudessa johdanto-osan 13 a kohdassa selkiytetään olosuhteita, joissa voidaan kumota oletus, että oikeushenkilön pääintressien keskuk-

den päämenettelyyn.

26. Koulu 2009, s. 1050. Pääintressien keskus -käsitettä ei ole määritelty sen tarkemmin asetuksessa. Tällä hetkellä voimassa olevan johdanto-osan 13 kohdassa (jossa ei saisi olla normatiivista ainesta) todetaan, että käsitteellä tarkoitetaan ”paikkaa, jossa velallinen hallinnoi säännöllisesti intressejään ja joka on näin ollen kolmansien osapuolten tiedettävissä”. Ks. alaviite 25, jossa on esitelty kyseisen johdanto-osan muutos.

27. Kotipaikka -käsitteestäkin on käyty kädenvääntöä kansainvälisessä prosessioikeudessa. Vaihtoehtoisia määritelmiä ovat sääntömääräinen kotipaikka (*statutory seat*), pääasiallisen hallinnon paikka (*central administration*) ja pääasiallinen liiketoiminnan paikka (*principal place of business*). Koulu 2009, s. 1069.

28. Koulu 2009, s. 1071.



sen katsotaan sijaitsevan tämän sääntömääräisessä kotipaikassa<sup>29</sup>.<sup>30</sup> En kuitenkaan nyt käsittele pääintressien keskusta koskevaa muutosehdotusta sen tarkemmin tutkielmassani.

Pääintressien keskusta koskevalla määräyksellä on tärkeä merkitys, sillä a.) se ratkaisee yhtenäistetyn sääntelyn soveltamisalan ja b.) perustaa tietyn jäsenvaltion tuomioistuimille toimivallan aloittaa päämenettely sekä c.) sitä käytetään myös sijoittamaan velallisen varallisuutta eri jäsenvaltioihin.<sup>31</sup> Päämenettely on aloitettu, kun aloittamispäätöstä on aloitusvaltion mukaan noudatettava. Päämenettely on aloitettavassa jäsenvaltiossa *tavallinen konkurssimenettely*. Mikäli velallisen pääintressien keskus on Suomessa, täällä aloitetaan KonKL:n mukainen konkurssimenettely.

Toisessa jäsenvaltiossa aloitettu insolvenssimenettely muodostaa täytäntöönpanoa estävän vaikutuksen. Tämä seuraa automaattisen tunnustamisen periaatteesta, jota käsiteltiin aiemmin. Velkojat eivät saa käynnistää ulosottoa, vaan heidät on pakotettu alistumaan kollektiivimenettelyyn. Tästä taas seuraa, ettei velkojalla ole mahdollisuuksia saada suoritusta muilla keinoin.<sup>32</sup> Sekundäärikonkurssi muodostaa kuitenkin poikkeuksen, sillä MKA sallii sen aloittamisen toisessa

29. 13 a kappale kuuluu seuraavalla tavalla: "Yrityksen tai muun oikeushenkilön 'pääintressien keskuksen' katsotaan sijaitsevan paikassa, jossa on sen sääntömääräinen kotipaikka. Tämä oletus pitäisi voida kumota, jos yrityksen keskushallinto sijaitsee eri jäsenvaltiossa kuin sen sääntömääräinen kotipaikka ja kaikkien tekijöiden kattavassa arvioinnissa käy ilmi tavalla, joka on kolmansien osapuolten tiedettävissä, että yrityksen johdon ja valvonnan tosiasiallinen keskus sijaitsee ja sen intressejä hallinnoidaan kyseisessä muussa jäsenvaltiossa. Sen sijaan oletusta ei pitäisi voida kumota, jos yrityksen hallinnosta ja valvonnasta vastaavat elimet ovat samassa paikassa kuin sen sääntömääräinen kotipaikka ja sen hallintoa koskevat päätökset tehdään siellä tavalla, joka on kolmansien osapuolten tiedettävissä." COM(2012) 744 final, s. 16.

30. COM(2012) 744 final, s. 7.

31. Koulou 2009, s. 1066.

32. Esimerkkinä tästä toimii unionin tuomioistuimen 21.1.2010 antama tuomio asiassa *MG Probud Gdynia sp. z o.o.* (C-444/07), jossa oli kyse siitä, että jäsenvaltion viranomaiset olivat ulosmitanneet yrityksen pankkitilillä olevia varoja sen jälkeen, kun toisessa jäsenvaltiossa oli aloitettu tuon yrityksen omaisuutta koskeva maksukyvyyttömyysmenettely. Ulosmittaus oli tapahtunut vastoin menettelyn aloitusvaltion kansallisia säännöksiä. Kyse oli siten sellaisesta jäsenvaltiosta, jossa ei ollut aloitettu sekundäärikonkurssia ja joka kieltäytyi tunnustamasta toisen jäsenvaltion aloittamaa päämenettelyä. Unionin tuomioistuin totesi, että sellaisella jäsenvaltiolla, jossa ei ole aloitettu sekundäärimenettelyä, on velvollisuus tunnustaa ja panna täytäntöön kaikki päämenettelyyn liittyvät päätökset, mikäli asetuksen 25 artiklan 3 kohdasta tai 26 artiklasta ei muuta johdu.

34 jäsenvaltiossa, vaikka päämenettely on jo käynnissä. Tällehen periaatteelle koko eurooppalainen konkurssi rakentuu ja sillä on paikallisia velkojia suosiva vaikutus. Huomattavaa on kuitenkin, ettei MKA aseta täytäntöönpanokieltoa, vaan se tulee lukea aloitusvaltion konkurssilaisista.<sup>33</sup> Automaattisesta tunnustamisesta seuraa myös, että yhtenäistetty järjestelmä suosii nopeaa konkurssin hakijaa ja ripeää tuomioistuinta: esim. ranskalainen tuomioistuin määrää, että Ranskassa on alkanut yhtenäistetyn järjestelmän mukainen päämenettely. Tämän jälkeen muut jäsenvaltiot eivät voi aloittaa enää päämenettelyä, vaan niiden tulee tyytyä ainoastaan sekundäärikonkurssin aloittamiseen<sup>34</sup>. Tuomioistuimen tulee varta vasten määrätä alkaneen menettelyn status. Sen tulee siten ilmoittaa, onko aloitettu menettely päämenettely vai sekundäärikonkurssi.

### 3.2 MKA:N MUKAINEN SEKUNDÄÄRIKONKURSSI

Sekundäärikonkurssille<sup>35</sup> ei ole asetettu mitään aineellisia tai materiaalisia aloittamisedellytyksiä. Sekundäärikonkurssi on valinnainen ja siten toissijainen päämenettelyyn nähden. Sekundäärikonkurseja voi myös olla vireillä useita samanaikaisesti, mikä sekun muodostaa poikkeaman verratessa sitä päämenettelyyn. Käytännössä ainoana välillisenä rajoituksena sekundäärikonkurssille asetetaan toimipaikkavaatimus. MKA 3 artiklan 2 kohdassa säädetäänkin, että territoriaalikonkurssi voi alkaa ainoastaan jäsenvaltio(i)ssa, jossa velallisella on toimipaikka (*establishment*).<sup>36</sup> Käsitteellä voidaan nähdä tarkoitettavan: ”*Sellaisista taloudellisen toiminnan paikkaa, jossa velallinen harjoittaa muuten kuin tilapäisesti taloudellista toimintaa inhimillisin ja aineellisin voimavaroin.*”<sup>37</sup> Toimipaikkaa koskevalla vaatimuksella on huomatta-

33. Koulu on kuitenkin todennut, että kaikki eurooppalaiset konkurssilait ovat yhtenäisellä kannalla erityisen täytäntöönpanon suhteen. Koulu 2009, s. 1087.

34. Mikäli kyseinen maa täyttää MKA:n asettamat edellytykset toimipaikasta, MKA art. 3 artiklan 2 kohta.

35. Työssä käytetään territoriaalikonkurssia sekundäärikonkurssin synonyymina.

36. Koulu 2009, s. 1104-1105.

37. Koulu 2009, s. 1121-1123. Toimipaikka liitetään siten aina velallisen liiketoimintaan, eikä esim. kulutukseen, mikä voi perustaa COMI-tosiseikaston.

va merkitys paikallisille velkojille. Mikäli katsotaan, ettei velallisella ole toimipaikkaa tietyssä valtiossa, kaikki siellä oleva varallisuus kuuluu päämenettelyn ja sen konkurssilain piiriin. Paikalliset velkojat joutuvat näin ollen alistumaan päämenettelyn universaalivaikutukselle.

Kun päämenettely on aloitettu ja selvittäjä valittu, selvittäjälle muodostuu automaattinen sekundäärikonkurssin vireillepano-oikeus. Tämä selvittäjän oikeus seuraa MKA 29 artiklasta. Muilla intressitahoilla puolestaan on oikeus hakea sekundäärikonkurssin aloittamista kyseisen maan konkurssilain mukaisesti<sup>38</sup>. Sekundäärikonkurssin vaikutukset rajoittuvat vain siihen omaisuuteen, joka sijaitsee kyseisessä jäsenvaltiossa (MKA 27 artikla). Mikäli Suomessa alkaa sekundäärikonkurssi, se käsittää kaiken sen velalliselle kuuluvan omaisuuden, joka aloittamishetkellä sijaitsee Suomessa. MKA 28 artiklan mukaan sekundäärimenettelyyn sovelletaan sen jäsenvaltion lakia, jossa sekundäärimenettely on aloitettu. Suomessa aloitetussa menettelyssä takaisinsaanti määräytyy siten TakSL:n mukaisesti. Edellytyksenä on tosin, että peräytettävän määräämistöimen negatiiviset vaikutukset myös kohdistuvat juuri tähän menettelyyn. Tällä voidaan katsoa tarkoitettavan, että määräämistöimellä on vähennetty menettelyn piiriin kuuluvia varoja, jotka kuuluvat toimipaikan sijaintivaltioon.<sup>39</sup>

Aloitettava konkurssimenettely muodostaa oman itsenäisen varallisuuspiirin ja katkaisee siteet päämenettelyyn ja sen universaalivaikutukseen. Päämenettelyn varallisuuspiiriä määrittäviä sääntöjä ei sovelleta edes toissijaisesti. Esimerkiksi laadittavaan pesäluetteloon ei oteta velallisen ulkomailla sijaitsevaa omaisuutta. Territoriaalikonkurssin aloittaminen ikään kuin jäädyttää velallisen varallisuuden siihen valtioon, jossa menettely aloitetaan. Sen jälkeen päämenettelyn selvittäjällä ei ole toimivaltuuksia siirtää omaisuutta kyseisestä valtiosta pois. Ennen menettelyn aloittamista päämenettelyn selvittäjä on saattanut varsin aktiivisesti siirtää velallisen omaisuutta esim. aloitusvaltioon. Tällaisiin päämenettelyn selvittäjän toimiin ei auta edes peräyttämiskeinot, koska

38. Suomessa tämä merkitsee sitä, että myös ulkomaalainen velkoja voi hakea sekundäärikonkurssia. Velkojien intressinä saada territoriaalikonkurssi vireille saattaa olla, että oman maan laki suosii paikallisia velkojia enemmän kuin päämenettelyn maan laki.

39. Tuominen 2012, s. 69.

36 kyse ei ole velallisen tekemistä siirroista.<sup>40</sup> Automaattinen tunnustaminen pätee myös territoriaalikonkurssiin, mikä tarkoittaa, että menettely on tunnustettava muissa jäsenvaltioissa samalla tavoin automaattisesti kuten päämenettelyinkin aloittaminen. Tosin tunnustaminen ei aktualisoidu kovinkaan usein, sillä tämän tyyppinen konkurssi vaikuttaa ainoastaan territoriaalisesti. MKA 25 artiklan mukaan sekä päämenettelyn että sekundäärikonkurssin liitännäistuomiot on pantavissa täytäntöön muissa maissa, mistä seuraa, että esim. sekundäärikonkurssissa annettu takaisinsaantituomio on eksekvatuurin jälkeen täytäntöön pantavissa myös toisessa jäsenvaltiossa.<sup>41</sup>

### 3.3 SELVITTÄJÄN TOIMIVALTUUDET

MKA 2 b artiklassa todetaan, että ”selvittäjällä” (*liquidator*) tarkoitetaan sellaista henkilöä tai toimielintä, jonka tehtävänä on hallinnoida tai muuttaa rahaksi menettelyn piiriin kuuluvaa omaisuutta taikka valvoa velallisen liiketoimintaa. Asetuksen liitteessä C on luettelo eri maiden selvittäjiksi kelpaavista henkilöistä ja toimielimistä. Suomessa tällaisia ovat tietenkin pesänhoitaja ja yrityssaneerausmenettelyn selvittäjä. Asetuksen 18 artiklassa säännellään selvittäjän toimivaltuuksista sekä päämenettelyssä että sekundäärimenettelyssä. Päämenettelyn osalta MKA 18 artiklan 1 kohdassa todetaan:

*”Selvittäjä, jonka 3 artiklan 1 kohdan mukaan toimivaltainen tuomioistuin on määrännyt, voi käyttää toisessa jäsenvaltiossa kaikkia niitä toimivaltuuksia, joita hänellä on menettelyn aloitusvaltion lain mukaan, niin kauan kuin siellä ei ole aloitettu toista maksukyvyttömyysmenettelyä tai annettu toista maksukyvyttömyysmenettelyä koskevan hakemuksen perusteella toimivaltuuksien käytön estävää turvaamista koskevaa toimenpidettä. Hän voi erityisesti siirtää velallisen omaisuutta sen sijaintivaltiota, jollei 5 tai 7 artiklasta muuta johdu.”*

40. Koulu 2009, s. 1131-1132. Velkojilla on kuitenkin rajoittamaton valvontaoikeus. He voivat valvoa saatavansa päämenettelyssäkin.

41. Koulu 2009, s. 1131.

Artikla määrittää siten selvittäjän toimivaltuudet ja hänen velvollisuutensa. Onkin syytä huomata, että erityisesti selvittäjälle on annettu oikeus ottaa velallisen omaisuus haltuun ja siirtää se pois toisesta jäsenvaltiosta. Tämä selvittäjälle taattu oikeus saattaa vaikuttaa itseselvittäjäselvitydeltä ja lienee kaikista yleisin toimivallan muoto, jota selvittäjä pyrkii hyödyntämään toisissa jäsenvaltioissa<sup>42</sup>. Omaisuutta siirtäessään selvittäjän tulee kuitenkin huomioida sivullisen esineoikeudet ja mahdollinen omistuksenpidätysehto, sillä nämä kaksi sivullisille taatua oikeutta rajaavat selvittäjän siirtovaltaa. Selvittäjän haltuunotto- ja siirtovallan laajuus puolestaan määräytyy MKA 4 artiklan 2 kohdan b alakohdan mukaisesti, eli aloitusvaltion *lex concursus* määrittää, mitä maksukyvyttömyysmenettelyn varallisuuden piiriin kuuluu<sup>43</sup>. Kuten artiklan sanamuodosta ilmenee, poikkeukset selvittäjän toimivaltuuksiin muodostavat aloitettu sekundäärikonkurssi ja sitä tarkoittavan hakemuksen johdosta annettu turvaamistoimenpide<sup>44</sup>. Näiden kahden poikkeuksen lisäksi selvää lienee, että myös 26 artiklan takaama *ordre public* on oma poikkeuksensa, joka saattaa estää varojen siirtämisen toisesta jäsenvaltiosta menettelyn aloitusvaltioon<sup>45</sup>.

Automaattisen tunnustamisen periaatteesta ja päämenettelyn universaalista vaikutuksesta seuraa, että selvittäjän asianosaisasema, asialegitimaatio ja hänen toimivaltuutensa on tunnustettava myös muissa jäsenvaltioissa. Koulu on katsonut, että, päämenettelyn selvittäjällä on jokaisessa jäsenvaltiossa samat toimivaltuudet kuin kyseisen jäsenvaltion selvittäjän asemassa olevalla henkilöllä. Tätä kutsutaan *rinnastumisperiaatteeksi*<sup>46</sup>. Periaatteesta johtuikin, että esim. ruotsalaisen päämen-

42. Samalla se lienee myös yleisin syy, joka herättää konflikteja paikallisten intressien kanssa.

43. Toisinaan tämä saattaa olla velallisen kannalta erittäin edullistakin, koska joidenkin jäsenvaltioiden säädösten mukaan velallisen konkurssin alkamisen jälkeen saama uusi omaisuus ei kuulu konkurssimenettelyn piiriin.

44. Turvaamistoimen tulee kuitenkin olla seurausta maksukyvyttömyysmenettelyyn tähtäävästä hakemuksesta. Koulu 2000, s. 146.

45. On kuitenkin pidettävä mielessä, että *ordre public* ei realisoitu kovinkaan usein, sillä sen soveltaminen edellyttää, että kyseessä on oikeusjärjestelmän perustavien arvojen loukkaaminen, mikä edellyttää vahvaa näyttöä. Sitä voidaanankin käyttää äärimmäisissä poikkeustilanteissa liittymäsääntöjen korjaamiseksi. Koulu 2002, s. 85.

46. Käsitteen englanninkielinen termi on "*model of extension of powers.*" Kuten Virgós ja Garcimartín toteavat: "*The foreign liquidator is not equated with a domestic liquidator, but*

ettelyn selvittäjällä (*förvaltare*) on valtuudet toimia Suomessa samalla tavoin kuin suomalaisella pesänhoitajalla.<sup>47</sup> Ulkomainen selvittäjä saa siten KonkL 14 luvussa määritellyt toimivaltuudet. Lisäksi ulkomainen selvittäjä voi myös saada virka-apua poliisilta, mikäli velallinen ei suostu antamaan omaisuuttaan selvittäjän haltuun. Ilman tällaisten toimivaltuuksien suomista jäisi koko asetuksen tarkoitus tyhjäksi lupaukseksi. Rajat ylittävä konkurssi ei voisi toimia kovinkaan tehokkaasti, ellei päämenettelyn selvittäjällä olisi tosiasiallisia mahdollisuuksia ryhtyä erilaisiin toimenpiteisiin esim. omaisuuden takaisinsaamiseksi.

### 3.3.1 TOIMIVALTUUKSIEN JAKO

Selvittäjän toimivaltuudet jaetaan *suoraan toimintaan ja toimintaan aloitetussa sekundäärikonkurssissa*. Viimeistä kutsutaan epäsuoraksi toimivaltuudeksi, joka käsittää vain MKA:n takaamat erityiset valtuudet, kuten oikeus varmistavaan valvontaan, oikeus olla läsnä päätöksenteossa, oikeus sekundäärikonkurssin keskeyttämiseen ja oikeus esittää sekundäärikonkurssin päättämistä vaihtoehtoisesti. Suora toiminta on yleensä sitä, että selvittäjä ottaa haltuunsa toisessa jäsenvaltiossa sijaitsevan varallisuuden ja muuttaa sen rahaksi. Nämä valtuudet selvittäjä saa kansallisesta konkurssilaista. Suoran toimivallan käyttämiseen selvittäjällä on niin kauan oikeus, kunnes toisessa jäsenvaltiossa on aloitettu sekundäärikonkurssi. Tämän jälkeen hänellä on oikeus käyttää ainoastaan MKA:n takaamia erityisiä valtuuksia.<sup>48</sup> Selvittäjän toimivaltuuksien rajoittaminen sen vuoksi, että toisessa jäsenvaltiossa on alkanut sekundäärikonkurssi, johtuu suoraan asetuksen koko tarkoituksesta.

*recognised as having the same functions and powers as in the State of opening.*" Virgós & Garcimartín 2004, s. 196. He eivät siten suoranaisesti rinnasta ulkomaista selvittäjää kansalliseen selvittäjään samalla tavoin kuin Koulu tekee. Tämänkaltaisen tulkinta vaikuttaisikin olevan yhdenmukainen myös edellä esitetyn artiklan sanamuodon kanssa, jossa todetaan, että selvittäjä voi käyttää toisessa jäsenvaltiossa kaikkia niitä toimivaltuuksia, joita hänellä on *menettelyn aloitusvaltion lain* mukaan. Tulkinnan mukaan aloitusvaltion laki määrittäisi toimivaltuudet. Eli kääntäen, mikäli kyse olisi suomalaisesta päämenettelystä, määrittäisi KonkL 14 luku pesänhoitajan toimivaltuudet, jotka muiden jäsenvaltioiden tulisi tunnustaa. Ks. alaviite 54.

47. Koulu 2009, s. 1050.

48. Koulu 2009, s. 1089.

Kun MKA takaa mahdollisuuden kahdelle samaan aikaan vireillä olevalle menettelylle, eivät velallisen varat luonnollisesti voi samanaikaisesti kuulua kahden eri menettelyn piiriin, eivätkä siten kahden eri selvittäjän toimivaltuuksien piiriin. Sekundäärikonkurssin aloittamisella paikalliset velkojat voivat estää päämenettelyn selvittäjän toimet siirtää velallisen varallisuutta pois sen sijaintimaasta.<sup>49</sup>

Sekundäärikonkurssin selvittäjälle suodut toimivallat ovat huomattavasti rajoitetumpia kuin päämenettelyn selvittäjälle annetut. Selvittäjä on lähtökohtaisesti toimivaltainen ainoastaan sekundäärikonkurssin aloitusvaltiossa, eikä hänellä ole yleisvaltuutta toimia muissa jäsenvaltioissa<sup>50</sup>. Selvittäjän kansainvälinen toimivaltuus voidaan nähdä olevan lähinnä *palautusvaltaa*, jonka mukaisesti hänellä on oikeus vaatia omaisuuden palautusta, mikäli se on siirretty toiseen jäsenvaltioon sekundäärimenettelyn aloittamisen jälkeen. Hänellä on myös oikeus esittää peräytysvaatimus eli vaatia takaisinsaantia.<sup>51</sup> Takaisinsaannin vaatimisen lisäksi ymmärrettävää lienee, että selvittäjällä on myös muunlainen omaisuuden palautusta koskeva kanneoikeus, koska hänellä ei, päämenettelyn selvittäjän toimivaltuuksien mukaisesti, ole oikeutta käyttää voimakeinoja eikä ratkaista riitaa.<sup>52</sup> Hän voi siten nostaa hallinnanpalautuskanteen omaisuuden uuden sijaintimaan tuomioistuimessa. Rajoitettu toimivalta käy ilmi erikseen MKA 18 artiklan 2 kohdasta, jossa todetaan, että selvittäjä ”*voi esittää toisessa jäsenvaltiossa vaatimuksia oikeudenkäynnistä tai muutoin sillä perusteella, että irtainta omaisuutta on siirretty maksukyvyttömyysmenettelyn alkamisen jälkeen menettelyn aloitusvaltiosta tähän toiseen jäsenvaltioon. Hän voi myös vaatia oikeustoimen peräyttämistä, milloin se on velkojien edun mukaista*”.

49. Virgós & Garcimartín, 2004, s. 197.

50. Tämä käy ilmi jo sekundäärikonkurssin tarkoituksesta, koska kyse on territoriaalisesta konkurssista, jossa velallisen ulkomailla sijaitseva varallisuus ei kuulu sen piiriin. Toisinaan selvittäjällä saattaa kuitenkin olla oikeus käyttää toimivaltuuksiaan muissa jäsenvaltioissa. Esimerkiksi, kun velallisen varallisuutta on siirretty toiseen jäsenvaltioon menettelyn aloittamisen jälkeen, selvittäjällä on oikeus esittää vaatimuksia toisessa jäsenvaltiossa. Tämä käy ilmi myös MKA:n kyseisen artiklan sanamuodosta. Toisenlainen ongelma kuitenkin realisoituu tässä yhteydessä: nimittäin, minkä nojalla omaisuuden sijainti voidaan määrittää.

51. Koulu 2009, s. 1134.

52. Koulu 2000, s. 154.

### 3.3.2 OIKEUSKÄYTÄNTÖÄ SELVITTÄJÄN TOIMIVALTUUKSIEN OSALTA

Selvittäjän toimivaltuuksien tunnustamisesta esittelen seuraavaksi kaksi eri ratkaisua, jotka ovat antaneet belgialainen ja saksalainen tuomioistuim. Molemmat tapaukset vaikuttavat ainoastaan ilmaisevan sen, mikä MKA:n artikloista jo suoraan ilmenee. Kuitenkin nämä molemmat ovat päätyneet tuomioistuimeen asti, koska selvittäjän toimivaltuudet ja niiden tunnustaminen eivät ole olleet riittävän selviä tapausten eri osapuolille.

#### *Belgialainen tapaus*

Belgialaisessa tapauksessa<sup>53</sup> yrityksen maksukyvyttömyysmenettely oli aloitettu Ranskassa ja sekundääriprosessi oli aloitettu Belgiassa, koska yrityksen toimipaikka oli siellä. Sekundääriprosessin selvittäjä pyrki peräyttämään tietyt oikeustoimet, ja sen johdosta hän nosti kanteen maksukyvyttömän yrityksen vastuuhenkilöitä vastaan. Vastuuhenkilöt kuitenkin kiistivät selvittäjän toimivallan ja katsoivat, että päämenettelyn selvittäjän tuli olla osallisena kyseiseen kanteeseen. Belgialaista tuomioistuinta pyydettiin selvittämään, oliko selvittäjällä hänen roolinsa mukaisesti toimivalta vaatia kyseistä peräyttämistä.

Tuomioistuin totesi, että Belgiassa aloitettu menettely oli sekundääriprosessi, jonka piiriin kuuluu ainoastaan varat, jotka sijaitsevat Belgiassa. Tuomioistuin katsoi, että sekundäärimenettelyn selvittäjällä oli oikeus toimia itsenäisesti niin, ettei hän ollut velvoitettu pyytämään päämenettelyn selvittäjältä minkäänlaista apua tai puuttumista. Tuomioistuin kiinnitti myös huomiota MKA 17 artiklaan, jonka mukaisesti aloitettu sekundäärimenettely rajoittaa päämenettelyn vaikutuksia sillä tavalla, ettei päämenettelyn selvittäjä voi enää käyttää hänen toimivaltuuksiaan (suoria sellaisia) kyseisessä jäsenvaltiossa. Tuomioistuin totesi, että sekundääriprosessi toimii itsenäisesti, eikä menettelyn selvittäjä ole velvoitettu erikseen pyytämään päämenettelyn selvittäjältä lupaa tai apua johonkin toimenpiteeseen.

Omaisuuuden sijainnin osalta tuomioistuin totesi vielä erikseen, että

53. Belgialaisen tuomioistuimen, Tribunal de Commerce de Charleroi, 14.9.2004 antama tuomio asiassa *SARL Bati France v Alongi et al.*



yhtiön vastuuhenkilöillä, joihin selvittäjä oli kohdistanut vaateensa, oli kotipaikka Belgiassa, kuten myös yrityksillä, jotka olivat ennen maksukyvyttömyyttä tehneet oikeustoimia ranskalaisen yrityksen kanssa. MKA 2 artiklan g-kohdan nojalla tuomioistuin katsoi, että myös selvittäjän esittämä vaatimus kuului sekundäärimenettelyn piiriin ja sovellettavaksi tuli siten MKA 28 artiklan mukaan Belgian laki.<sup>54</sup>

### *Saksalainen tapaus*

Saksalaisessa tapauksessa<sup>55</sup> hampurilainen tuomioistuin määräsi yritykselle väliaikaisen selvittäjän (preliminary insolvency administrator) vastaamaan yrityksen varoista. Velallisen kotipaikka oli Saksassa. Kaksi kalastuslaivuetta lomautettiin Espanjassa. Kysymys oli siitä, oliko tällaisella väliaikaisella selvittäjällä MKA 3 artiklan 1 kohdan mukaisesti samat toimivaltuudet muissa jäsenvaltioissa kuin mitä hänellä oli Saksassa.

MKA tuli sovellettavaksi, koska tapauksessa velallisella oli varoja myös muussa jäsenvaltiossa kuin Saksassa. Saksalla oli toimivalta MKA 3 artiklan 1 kohdan mukaisesti, koska velallisen pääintressien keskus sijaitsi siellä. Jokainen saksalaisen tuomioistuimen antama tuomio, jolla turvataan velallisen tuleva konkurssipesä ja sen varallisuus, tulee automaattisesti tunnustaa muissa jäsenvaltioissa ilman minkäänlaista erillistä täytäntöönpanoa tai muuta tunnustamismenettelyä. Jokaisen turvaamistoimenpiteen tulee myös saada välitön vaikutus ja laajentua muiden jäsenvaltioiden alueille. Väliaikaisen selvittäjän määrääminen voidaan nähdä tällaiseksi tuomioistuimen antamaksi päätökseksi. Tuomioistuin vetosi MKA 2 artiklan b kohtaan ja asetuksen liitteeseen C, jossa väliaikainen selvittäjä oli erikseen nimetty, mistä johtuen myös tällaisen selvittäjän toimivaltuudet laajenivat automaattisesti muihin jäsenvaltioihin, kun menettely on aloitettu. Tuomioistuin vahvisti tämän vielä vetoamalla MKA 18 artiklan 1 kohtaan. Myös asetuksen 38 artikla, joka oi-

54. Kyseisestä tapauksesta ei ollut saatavilla kuin ainoastaan erittäin suppea selostus ja olisikin ollut mielenkiintoista nähdä syvempää tulkintaa juuri omaisuuden sijaintiin liittyvästä tulkinnasta.

55. Saksalaisen tuomioistuimen, Amtsgericht Hamburg, 19.7.2007 antama tuomio asiassa nro 67a IE 2/07. Vaikka tapaus vaikuttaa itsestäänselvyydeltä, on sen osalta juuri syytä todeta, että se on kuitenkin käsitelty tuomioistuimessa asti, mikä osaltaan on jo huomattavasti enemmän kuin mitä Suomessa on MKA:n soveltamisen osalta tapahtunut.

42 keuttaa selvittäjän pyytämään toisen jäsenvaltion tuomioistuimelta sen sallimia turvaamistoimenpiteitä, tuki tätä tuomioistuimen näkemystä.

### 3.3.3 TOIMIMINEN TOISESSA JÄSENVALTIOSSA

Selvittäjän toimivaltuuksien määrittely kuuluu *lex concursus*en piiriin. Sen mukaan määräytyy mm. menettely selvittäjän nimittämisen suhteen, selvittäjän tehtävät ja velvollisuudet sekä toimenpiteet hänen erottamiseksi.<sup>56</sup> MKA:ssa on säännelty hieman ristiriitaisesti selvittäjän toimivaltuuksiin sovellettavasta laista. Kuten edellä todettiin, asetuksen 18 artiklan 1 kohdassa todetaan, että selvittäjällä on muissa jäsenvaltioissa samat toimivaltuudet kuin aloitusvaltion lain mukaan, mutta toisaalta artiklan 3 kohdassa rajataan toimivaltuudet mm. rahaksimuuton osalta toimintamaan lakiin.

*”Toimivaltuuksiaan käyttäessään selvittäjän on noudatettava sen jäsenvaltion lakia, jossa hän aikoo toimia, erityisesti menettelyn piiriin kuuluvan omaisuuden rahaksimuuttoa koskevia säännöksiä. Näihin toimivaltuuksiin ei voi sisältyä pakkokeinojen käyttöä eikä oikeutta ratkaista riitaa.”*

Artiklan 1 kohdan ja 3 kohdan ristiriidan ratkaisemiseksi on yhtenä keinona ehdotettu, että itse menettely, jolla selvittäjä käyttää toimivaltuuksiaan määrittäisi toimintamaan lain mukaan, ja että aloitusvaltion laki puolestaan määrittäisi toimivaltuuksien luonteen ja laajuuden. Toinen ehdotus on, että toimintamaan laki määrittäisi selvittäjän toimivaltuuksien laajuudet siinä suhteessa, että mikäli jokin toimenpide olisi toimintamaan lain mukaan kielletty, ei selvittäjä olisi oikeutettu ryhtymään siihen lainkaan.<sup>57</sup> Koulu on nähnyt ongelmana sen, että mikäli asiaa tulkittaisiin 18 artiklan 1 kohdan mukaisesti, saattaisi ulkomaisella selvittäjällä olla laajempi toimivalta kuin esimerkiksi vastaavalla kansalli-

56. Virgós & Garcimartín 2004, s. 196.

57. Paremmaksi vaihtoehdoksi on kuitenkin katsottu, että toimintamaan laki määrittäisi ainoastaan sen menettelyn (*manner*), jolla selvittäjä voi hyödyntää toimivaltuuksiaan. Moss et al. 2009, s. 310.

sella selvittäjällä.<sup>58</sup>

Suomessa tämä ristiriita on ratkaistu niin, että toimintamaan laki syrjäyttää kaikissa 3 kohdan tarkoittamissa käytännön tilanteissa aloitusvaltion lain. Artiklan kohdan mukaisesti voidaan sanoa, että selvittäjän on käyttäessään toimivaltuuksia toisessa jäsenvaltiossa toimittava maassa maan tavalla. Selvittäjän toimet toisessa jäsenvaltiossa voidaan aina nähdä toimivaltuuksien käyttämiseksi.<sup>59</sup> Selvittäjällä on siten toimintamaan lainsäädännön mukaisesti esim. ilmoitusvelvollisuus viranomaisille, eikä selvittäjä voi viedä kulttuurisesti merkittäviä esineitä pois maasta, jos maan lainsäädäntö kieltää tällaisten esineiden siirtämisen.<sup>60</sup>

Selvittäjän suorittaessa omaisuuden myyntiä koskevia toimenpiteitä aloitusvaltion laki määrittää sen itse tavan, jolla omaisuus tulee myydä. Päämenettelyn ollessa esim. suomalainen tulee noudattaa UK 5 luvun säännöksiä omaisuuden myyntitavoista<sup>61</sup>. Suomessa omaisuuden myynti tapahtuu UK 5 luvun 1 §:n mukaan: *"Ulosmitattu omaisuus myydään tässä luvussa säädettyssä järjestyksessä ulosottomiehen toimitamalla julkisella huutokaupalla (huutokauppa) taikka muulla tavalla, kuten toimeksiannolla tai vähittäin (vapaa myynti)." Kuten pykälästä ilmenee, sovellettavaksi tulee julkinen huutokauppa tai muu vapaa*

58. Koulu 2000, s. 148-149. Koulu onkin yhtenä ratkaisuna tuonut esiin sen, että päämenettelyn selvittäjä saisi jokaisessa toimintamaassa vain sen toimivallan, jonka toimintamaan laki suo kyseisen maan kansalliselle selvittäjälle. Mikäli tulkinta olisi tämän mukainen, tarkoittaisi se sitä, että selvittäjällä olisi jokaisessa eri jäsenvaltiossa sen valtion selvittäjälle takaama toimivalta, eli selvittäjällä saattaisi laajimmillaan olla 27 eri jäsenvaltion selvittäjän mukaiset toimivaltuudet. Tätä on vaikea nähdä asetuksen tarkoitukseksi ja itse en käytännöllisellä tasolla näe artiklan sanamuodon valinnassa ristiriitaa. Vaikuttaisi olevan suhteellisen tärkeää, että selvittäjän tulee noudattaa omaisuuden sijaintimaan asettamia menettelyllisiä sääntöjä silloin, kun hän haluaa realisoida velallisen omaisuutta toisessa jäsenvaltiossa, mutta toisaalta selvältä tuntuu, että nimenomaan aloitusvaltion lainsäädännön on määritettävä selvittäjän toimivaltuuksien piiri. Eihän selvittäjällä ole etukäteen tietoa siitä, mitä toimintamaan laki sääntelee hänelle suoduista toimivaltuuksista. Tämä edellyttäisi jälleen paikallisen asianajajan palkkaamista avustamaan selvittäjää ja lisäksi ainoastaan konkurssipesän menoja.

59. Koulu 2009, s. 1088.

60. Virgós & Garcimartín, 2004, s. 198.

61. On myös syytä muistaa pantinsaajan erillinen asema. KonkL:n mukaan pantinsaajalla on oikeus myydä panttiomaisuus ennen konkurssipesää, noudattaen kuitenkin tiettyjä lain asettamia edellytyksiä. Pantinsaajan tulee valvoa saatavansa normaalilla tavalla ja ilmoittaa konkurssipesälle hyvissä ajoin omaisuuden myynnistä ja sen myyntitavasta, jotta pesä voi ottaa osaa itse realisaatiotoimenpiteeseen.

44 *myyntitapa*. Omaisuuden sijaintimaan laki puolestaan määrittää sen itse menettelyn, jolla tietty omaisuus voidaan myydä. Tällöin selvittäjän tulee noudattaa omaisuuden sijaintimaan asettamia edellytyksiä kyseiselle myyntitavalle. Aloitusvaltion laki siten kertoo myyntitavan (huutokauppa, yksityinen myynti jne.) ja sijaintimaan laki noudatettavan menettelyn (tarvitaanko paikalle valvoja, millä tavalla huutokauppa tulee järjestää ja millä tavalla siitä tulee tiedottaa yms.).<sup>62</sup> Tätä tulkin-  
taa on helppo puoltaa jo siitä syystä, että toimintamaassa olisi vaikeaa suorittaa omaisuuden myyntiä, jos itse menettely tulisi perustaa jonkin toisen jäsenvaltion lakiin ja sen asettamiin edellytyksiin. Toimintamaan viranomaisilla tai niillä, joilla on yleensä oikeus suorittaa omaisuuden realisaatiota koskevia toimenpiteitä, ei varmasti lähtökohtaisesti ole tietoa aloitusvaltion lainsäädännön sisällöstä ja edellytyksistä. Koko omaisuuden myyntiä koskeva prosessi muodostuisi periaatteessa selvittäjän vastuulle kuuluvaksi tehtäväksi. Artikla asettaakin päämenettelyjen selvittäjille lähinnä velvollisuuden kunnioittaa muiden jäsenvaltioiden lainsäädäntöä, kun he etsivät velallisen omaisuutta niissä.<sup>63</sup>

### 3.3.4 EI OIKEUTTA PAKKOKEINOIHIN TAI TOIMIVALTAA RATKAISTA RIITAA

Artiklan viimeisestä kohdasta käy myös ilmi periaate, ettei selvittäjällä ole oikeuksia käyttää pakkokeinoja eikä ratkaista riitaa. Selvittäjän oma toiminen omaisuuden haltuunotto-oikeus edellyttää velallisen taikka muun tämän omaisuutta hallussaan pitävän suostumusta. Mikäli kyse on esim. tilanteista, joissa velallinen ei suostu luovuttamaan omaisuutta tai velkoja ei suostu palauttamaan hänelle siirrettyä velallisen omaisuutta, selvittäjän tulee kääntyä kyseisen maan tuomioistuimen tai muiden viranomaisten puoleen – edellyttäen siis, että toimintamaan laki myös sallii tällaisen oikeuden selvittäjälle.<sup>64</sup> Tämä selvittäjän oikeus seuraa siitä, että hänelle annetaan sekä asianosaiskelpoisuus että asialegiti-

62. Ehkä omana kysymyksenä herääkin, saattaisiko jossain tapauksessa realisoitua sellainen tilanne, jossa toimintamaan laki ei tunnekaan jotain myyntitapaa, jonka aloitusvaltion laki puolestaan tunnistaa ja sallii.

63. Virgós & Garcimartín, 2004, s. 199.

64. Virgós & Garcimartín, 2004, s. 198.

maatio.<sup>65</sup> Viimeinen lause on myös ollut tarpeellinen ottaa asetukseen, koska joidenkin jäsenvaltioiden lainsäädäntö saattaa antaa selvittäjälle myös oikeuden ratkaista riita-asioita, jotka realisoituvat maksukyvyttömyysmenettelyn yhteydessä. Ennen asetuksen voimaan tulemista Ranskassa maksukyvyttömyysmenettelyn selvittäjä (administrator) saattoi toimia sekä selvittäjän roolissa että tuomarin roolissa. Selvittäjän tekemät päätökset olivat myös valituskelpoisia niin, että niistä saattoi valittaa tuomioistuimeen.<sup>66</sup> Tämä on selvästi sekä Suomen KonkL:n että oikeusperiaatteiden vastaista, koska pesänselvitys on Suomessa yksityistä ja ainoastaan julkiselle vallalle on taattu monopoli ratkoa riita-asioita.

Michael Bogdan on vielä erikseen nostanut esiin huomaautuksen, että valitukset siitä, että selvittäjä toimii MKA 18 artiklan 3 kohdan vastaisesti ja rikkoo siten hänelle suotuja toimivaltuuksia<sup>67</sup>, tulisi ohjata aloitusvaltion viranomaisille, eikä toimintamaan viranomaisille.<sup>68</sup> Bogdanin näkemykseen voi yhtyä, koska vain aloitusvaltion viranomaisilla on toimivalta ja keinot puuttua selvittäjän toimenpiteisiin. Bogdan viittaa sanaan *supervising authorities*, josta ei välttämättä tulisi tehdä suoria johtopäätelmiä, mutta Suomen osalta tällä voitaisiin katsoa tarkoitettavan Konkurssiasiamiehen toimistoa, jolle on Suomessa annettu tehtäväksi valvoa suomalaisten pesänhoitajien toimia ja sitä, että he noudattavat hyvää pesänhoitotapaa konkurssipesiä hoitaessaan<sup>69</sup>. Eri asia taas lienee se, osaavatko esim. espanjalaiset velkojat kääntyä Konkurssiasiamiehen toimiston puoleen ja pyytää siellä työskenteleviltä neuvoa, toimiiko suomalainen selvittäjä Suomen KonkL:n mukaisesti<sup>70</sup>.

65. Report 1996 s. 102, Virgós & Garcimartín 2004 s. 198.

66. Moss et all. 2009, s. 311.

67. Esimerkkinä voisi nähdä tilanteen, jossa selvittäjä yrittää viedä omistuksenpidätysehdon alaista omaisuutta pois omaisuuden sijaintivaltiosta.

68. Moss et all. 2009, s. 311.

69. Kansainvälistä pesänhoitotapaa ei ole erikseen määritelty. Toisaalta tarvetta tällaiselle ei taida edes olla, koska päämenettelyn ollessa suomalainen, kyse on kuitenkin aivan tavanomaisesta konkurssimenettelystä, jolla on kansainvälisiä liittymöitä.

70. Tältä osin voin omana empiirisenä kokemuksena työssööloajaltani Konkurssiasiamiehen toimistossa todeta, että toimistoon tulee ajoittain muutamia yhteydenottoja ulkomaisilta velkojilta, jotka tiedustelivat mm. sitä, ovatko jotkin suomalaiset yritykset asetettu konkurssiin tai yrityssaneeraukseen ja kuinka heidän tulisi menetellä yrityksen konkurssitilanteessa. Tämä ehkä osoittaa omana seikkanaan sen, että tiedonvaihto selvittäjän ja ulkomaisten velkojien välillä ei tunnu aina toimivan riittävän tehokkaasti.

## 4. Takaisinsaanti eurooppalaisessa konkurssissa

### 4.1 TAKAISINSAANTI INSTITUUTIONA SUOMEN NÄKÖKULMASTA

Suomessa takaisinsaannista säännellään omassa lainsäädännössä, TakSL:ssa. Nimestä huolimatta takaisinsaantisäännökset tulevat sovellettavaksi valitusta insolvenssimenettelystä huolimatta. Näin ollen TakSL:n säännöksiä voidaan soveltaa sekä yrityssaneerausmenettelyyn että yksityishenkilön velkajärjestelyyn<sup>71</sup>. Takaisinsaannin voidaan katsoa kuuluvan konkurssioikeuden ytimeen. Sillä pyritään velkavastuun toteutukseen ja turvaamaan velkojien yhdenvertainen kohtelu, mikä on yleistäytäntöönpanolle<sup>72</sup> ominaista.

Takaisinsaanti-instituution ansiosta konkurssipesään voidaan peräyttää omaisuutta, jota konkurssivelallinen on siirtänyt pois juuri ennen konkurssiin asettamista. Velallisen tarkoituksena on voinut olla suosia jotain tiettyä velkojaa tai siirtää omaisuutta puhtaasti oman lähipiiriinsä käyttöön. Tästä seuraa, että omaisuuden vastaanottajan tulee joko palauttaa kyseinen omaisuus tai suorittaa siitä korvaus konkurssipesälle<sup>73</sup>. Hupli onkin todennut, että takaisinsaanti *laajentaa konkurssin oikeusvaikutuksia menneisyyteen*, kun sillä voidaan konkurssiin asettamisen jälkeen taannehtivasti puuttua velallisen tekemiin tehokkaisiin oikeustoimiin.<sup>74</sup> Takaisinsaanti merkitsee poikkeusta *pacta sunt servanda* -periaatteeseen. Ennen velallisen konkurssia, hänellä on ollut omai-

71. Koulu 2009b, s. 307.

72. Koko konkurssin ideahan on velallisen kaikkia velkojia koskeva maksukyvyttömyysmenettely, jossa velallisen omaisuus siirtyy velkojien määräysvaltaan konkurssin alkaessa. Tämä käy selvästi ilmi KonkL 1:1.2 kohdasta.

73. Peräyttämisellä oikeustoimi menettää vaikutuksensa, vaikei sen voidakaan sanoa mitätöityvän pysyvästi. Kaisto 2006, s. 36.

74. Hupli 2005, s. 1.

suutensa suhteen luovutusvalta, mutta konkurssin asettamisen jälkeen hänen tekemiensä luovutustoimien tehokkuus jää riippumaan siitä, tapahtuiko luovutustoimi takaisinsaannille asetetun määräajan aikana ja ryhtyykö pesänhoitaja (tai joku konkurssivelkojista) ajamaan takaisinsaantikannetta. Tehottomuus on siten jälkipäristä ja tästä johtuen osapuolten välillä vallitsee epävarmuus oikeustoimen pysyvyydestä.<sup>75</sup> Takaisinsaannilla peräytetään oikeustoimet ja samalla estetään myös epälojaaleihin toimenpiteisiin ryhtymistä<sup>76</sup>.

Takaisinsaannin tavoitteena on palauttaa jaettavaksi tulevan varallisuuden koskemattomuus. Tilanne palautetaan sellaiseksi, joka se oli ennen kuin epälojaaliin oikeustoimeen ryhdyttiin. Puhutaan konkurssi-oikeudellisesta alkutilasta<sup>77</sup>. Tällä pidetään maksunsaantijärjestystäkin yllä. Takaisinsaannin perustuessa velkojen yhdenvertaisen kohtelun toteuttamiseen turvaa se myös sitä, etteivät yksittäiset velkojat ryhdy aggressiivisiin perintätoimiin ja näin pakota velallista luovuttamaan omaisuuttaan velan maksuksi. Voidaan huomata, että takaisinsaanti ei suojaa ainoastaan vain velkojia, vaan myös joissakin tilanteissa velallista itseään.<sup>78</sup> Olennaista takaisinsaannissa ovat takaisinsaantiperusteet ja kielto niiden laajentavasta tulkinnasta. Takaisinsaannissa vaihdannan joustavuus- ja varmuusperiaatteet ovat ikään kuin kollisiona takaisinsaannilla saavutettavien etujen kanssa. Tämän vuoksi takaisinsaantiperusteita ei saa tulkita laajentavasti. Takaisinsaantiperusteet voidaan jaotella yleisiin ja erityisiin perusteisiin.<sup>79</sup> Kanteen nostamiseen ovat TakSL 23 §:n nojalla oikeutettuja sekä pesänhoitaja että velkoja, joka on valvonut saatavansa konkurssimenettelyssä. Velkojan ajaessa kannetta hän toimii omista nimissään, mutta kanteesta saatava hyöty koituu kui-

75. Kaisto 2006, s. 32. Zitting on käyttänyt termiä *sekundäärioikeus*, jolla hän on viitannut velkojien takaisinsaantioikeuteen.

76. Koulu 2009a, s. 265. Reparatiivisella funktiolla tarkoitetaan sekä velkojia loukkaavalla tavalla siirretyn omaisuuden hankkimista takaisin että velkojien välisen tasa-arvon palauttamista. Tuomisto 2002, s. 1.

77. Kaisto 2006, s. 61.

78. Koulu 2009, s. 305.

79. Jaotteluna voidaan käyttää myös *subjektiivista* ja *objektiivista* perustetta. Subjektiviivisella perusteella tarkoitetaan, että velallisen vastapuolella on tullut olla vilpillinen mieli kun taas objektiivisen perusteen osalta vilpillistä mieltä ei edellytetä, vaan ratkaistavaksi jää pelkkä oikeuskysymys. Koulu 2009b, s. 309.

48 tenkin konkurssipesälle. Velkojan kanneoikeuden itsenäisyydestä seuraa, ettei konkurssipesä voi kieltää velkojaa nostamasta kannetta eikä muutoinkaan määrätä sen sisällöstä tai tavasta ajaa asiaa. Myöskin kuluvastuu säilyy yksin velkojalla, ellei samaa kannetta ole ajanut sekä pesä että velkoja (tai useampi velkoja), jolloin vastuu on yhteisvastuuta.<sup>80</sup>

## 4.2 LAINVALINTAKYSYMYS

Ominaista eurooppalaiselle konkurssille on, että se ilmoittaa sovellettavan lain. Näin ollen voidaan puhua yhtenäistetyn lainvalinnan<sup>81</sup> roolista. MKA:n 4-15 artikla käsittää yhtenäistettyä lainvalintaa koskevat säännöt eurooppalaisessa konkurssissa. Ne korvaavat sopimus- tai jäsenvaltioiden kansalliset liittymäsäännöt, ja MKA onkin *lex specialis* -asemassa esim. Rooman sopimuksessa mainittujen yleisten lainvalintasääntöjen suhteen. Pääasiallisesti voidaan sanoa, että MKA kattaa kaiken eurooppalaisen konkurssin lainvalinnan, sillä siinä on päädytty kiinteisiin lainvalintasääntöihin, mistä puolestaan johtuu, ettei kansallisella tuomioistuimella ole harkinnanvara sovellettavan lain suhteen.<sup>82</sup> Näin taataan ennustettava lainvalinta, joka on praktista ja käytännössä toimivaa, ja jolla turvataan velkojien yhdenvertainen kohtelu. Seuraahan tämä jo pelkästään automaattisen tunnustamisen periaatteesta, joka tekee kiinteistä lainvalintasäännöistä välttämättömyyden.<sup>83</sup> Ajuduttaisiin vääristyneeseen tilanteeseen, jos lainkäyttäjille annettaisiin mahdollisuus omavaltaiseen laintulkintaan. Tällöin syntyisi riski siitä, että selvässä tilanteessa päädyttäisiin täysin eri ratkaisuihin lainvalinnan suhteen. Yleinen lainvalintasääntö ilmenee MKA:n 4 artiklan 1 kohdasta:

*“Jollei tässä asetuksessa toisin säädetä, maksukyvttömyysmenet-*

80. TakSL:ssa ei myöskään erikseen säännellä siitä, että takaisinsaantikanteen voittanut velkoja saisi korvauksen oikeudenkäyntikuluilleen pesään palautetusta omaisuudesta. Riidan voittaneen velkojan on näin ollen perittävä kulunsa normaaliin tapaan vastaajalta. Ruotsin oikeudessa puolestaan on mahdollistettu tilanne, jossa velkoja saa palautuvasta omaisuudesta suorituksen kulusaatavalleen (RKonL 4:20.2). Hupli 2009, s. 49-50, Welamson & Mellqvist 2003, s. 130.

81. Lainvalinta- eli liittymäsääntö osoittaa sovellettavan lain.

82. Koulu 2009, s. 1153.

83. Koulu 2009, s. 1154.



*telyyn ja sen vaikutuksiin sovelletaan sen jäsenvaltion lakia, jossa menettely on alkanut, jäljempänä 'menettelyn aloitusvaltio'."*

Artikla jatkuu täsmentämällä 13 asiaryhmää, joissa aloitusvaltion laki tulee sovellettavaksi. *Lex concursus* muodostavat siten lainvalintaa koskevan pääsäännön ja 5-15 artikla muodostaa poikkeuksen tälle pääsäännölle, mistä johtuukin, että poikkeuksia kutsutaan erityisiksi lainvalintasäännöiksi. Erityiset lainvalintasäännöt on päädytty ottamaan asetukseen, koska joissakin tilanteissa on katsottu, että tiukka *lex concursuksen* soveltaminen ei ole tarkoituksenmukaista. Poikkeukset pääsääntöön koskevat tiettyntyyppisiä oikeuksia (MKA 8 artikla: kiinteä omaisuus) tai oikeussuhteita (MKA 13 artikla: oikeustoimeen sovellettava laki) ja tiettyntyyppisiä osallistujia (MKA 10 artikla: työntekijät).<sup>84</sup> Erityisillä lainvalintasäännöillä tähdätään saavutettujen oikeuksien pysyvyyteen (*saavutettujen oikeuksien pysyvyyden periaate*)<sup>85</sup>. *Lex concursusta* takaisinsaannin osalta tarkastellaan seuraavassa kappaleessa tarkemmin. Tässä kohtaa on hyvä todeta, että *lex concursus* ratkaisee mm. konkurssimenettelyn ulkonaisen kulun, mitä omaisuutta konkurssiin kuuluu, miten konkurssi vaikuttaa velallisen sopimussuhteisiin ja millainen etuoikeus velkojalla on.<sup>86</sup>

Virgós on esittänyt kolme tapaa määritellä sovellettava laki. Voidaan soveltaa i) lakia, joka sääntelee riitautettua oikeustointa, ii) *lex concursusta* tai iii) käyttäen a-b -yhdistelmää. Oikeustoimen peräyttämisen suhteen (ja muidenkin asetuksen kohtien) MKA:ssa voidaan katsoa sovellettavan viimeisintä mallia, sillä 4 artiklan 2 kohdan m-kohta alkaa esittämällä pääperiaatteen, eli *lex concursus* -säännön, minkä jälkeen asetus mahdollistaa 13 artiklan mukaisesti myös sopimussuhteeseen sovellettavan lain käyttämisen.<sup>87</sup> MKA 13 artiklaa käsittelemme enemmän kappaleessa neljä.

84. Omar 2004, s. 110.

85. Koulu 2002, s. 203.

86. Koulu 2009, s. 1156.

87. Virgós & Garcimartín 2004, s. 134.

### 4.3 SOVELLETTAVA LAKI TAKAISINSAANNIN SUHTEEN

Jäsenvaltioiden kansallisia konkurssilakeja ei ole harmonisoitu, mistä johtuen MKA 4 artiklaan on otettu sovellettavaa lakia koskevat säännökset liittyen tilanteisiin, jotka tyypillisesti nousevat esiin konkurssimenettelyn yhteydessä. Tämä on erityisen tärkeää, jotta menettelyn vaikutusten piiriin kuuluvat osapuolet pystyisivät ennakoimaan riskit, joita liiketoimintasuhde ulkomaisen velallisen kanssa tuo mukanaan.<sup>88</sup> MKA 4 artiklan 2 kohdassa säädetään sovellettavasta laista menettelyn aloittamisen edellytysten, menettelyn kulun sekä päättämisen osalta. Artiklassa todetaan seuraavaa:

*"4 artikla Sovellettava laki*

*2. Menettelyn aloittamisen edellytykset, menettelyn kulku sekä menettelyn päättäminen määräytyvät menettelyn aloitusvaltion lain mukaan. Sen mukaan määräytyy erityisesti:*

*m) velkojia vahingoittavien oikeustointen mitättömyys, pätemättömyys ja peräytyminen<sup>89</sup>."*

Takaisinsaannin<sup>90</sup> voidaan katsoa kuuluvan m-kohdan piiriin ja se määräytyy siten pääsääntöisesti *lex concursuksen* mukaan. Aloitusvaltion *lex concursus* käsittää kaikki unionin jäsenvaltiot ja selvittäjällä on oikeus hakea, aloitusvaltion lainsäädännön<sup>91</sup> takaamiin takaisinsaantiperusteisiin vedoten, peräyttämistä täysin riippumatta siitä, mihin jäsenvaltioon takaisinsaantivastaaaja sijoittuu. Aloitusvaltion lain mukaisesti määräytyy takaisinsaannin edellytykset, oikeusseuraukset ja tapa, jolla

88. Moss et al. 2009, s. 55-56.

89. Komission 12.12.2012 tekemässä asetuksen muutosehdotuksessa kyseinen artikla kuuluu seuraavalla tavalla: "(m) the rules relating to the voidness, voidability or unenforceability of legal acts detrimental to the general body of creditors." COM(2012) 744, s. 22.

90. Jonka englanninkielinen käännös on mm. "eve-of-insolvency-transfers". Virgós & Garcimartín 2004, s. 134.

91. Kappaleessa 4 käsiteltävä torjuntastatuutti puolestaan edellyttää, että lakiviittauksen perusteella sovellettavaksi tulevan lainsäädännön mukaan peräyttämiseen ei ole *mitään keinoja*. Tämä tarkoittaa, ettei mikään yksityisoikeudellinen tai hallinnollinen säännös saa mahdollistaa peräyttämistä.

takaisinsaanti tullaan toteuttamaan<sup>92</sup>. Kun menettely on esim. aloitettu Suomessa, suomalaisen pesänhoitajan tehtävänä on valita, millä kanneperusteella hän päättää nostaa takaisinsaantikanteen: perustaako hän kanteen TakSL 5 §:ään, vai sisällyttääkö hän kanneperusteeksi myös muita TakSL:n mahdollistamia perusteita<sup>93</sup>.

Hollantilaisessa tapauksessa tuomioistuimen selvitettäväksi jäi, tuliko tapaukseen soveltaa selvittäjän vaatimuksen mukaisesti Hollannin lakia. Tapauksessa Y:tä vastaan oli aloitettu konkurssimenettely Hollannissa. Y oli kuitenkin maksukyvyttömyysmenettelyn aloittamisen jälkeen siirtänyt itävaltalaiselta pankkitililtään varoja Z:n hollantilaiselle tilille. Selvittäjä vaati varoja takaisin vedoten Hollannin siviilioikeuden säännöksiin. Ensimmäinen oikeusaste katsoi, että sovellettavaksi tuli Hollannin laki. Z valitti päätöksestä vedoten siihen, että tapaukseen tuli soveltaa Itävallan lainsäädäntöä. Ylempi oikeusaste tulkitsi, että Z:lle tehty maksu oli MKA 4 artiklan 2 kohdan m-alakohdan mukaisesti haitallinen koko Y:n velkojakollektiiville, mistä johtuen tapaukseen tuli selvästi soveltaa Hollannin lakia siitä huolimatta, että selvittäjä oli vedonnut siviilioikeudellisiin säännöksiin.<sup>94</sup>

92. Suomen tilanteessa esim. vaaditaanko varallisuuden palauttamista vai sen korvaamista. Koulu 2002, s. 179.

93. Yleisesti ottaen Suomen konkurssioikeudessa takaisinsaantiperusteiden yhdisteleminen on varsin tavanomaista. Pesälle on edullista vedota sekä objektiiviseen että subjektiiviseen perusteeseen. Mikäli konkurssipesän kannalta edullisemmän objektiivisen perusteen edellytykset eivät täytykään, on pesänhoitajalla vielä mahdollisuus vedota subjektiiviseen perusteeseen (toisin sanoen TakSL 5 §:ään). Koulu on todennut, että perusteiden sisällöllisestä jakautumisesta ei ole tilastoja, mutta velan maksun peräyttämistä koskeva objektiivinen peruste (TakSL 10 §) lienee yleisin peruste. Koulu 2009b, s. 307.

94. Hollantilaisen tuomioistuimen, *Rechtbank's-Hertogenbosch*, 21.2.2012 antama tuomio asiassa *E.G.M. van den Houwel v. Anonymous natural person Z* (LJN: BV6710). Kyseisessä tapauksessa ei siten ollut kyse peräyttämisestä, vaan siitä, että velallinen oli disponoinut omaisuudestaan konkurssimenettelyn alkamisen *jälkeen*. Tapauksessa on hieman kyseenalaista se, että selvittäjä joutui perustamaan kanteen siviilioikeuteen, eikä konkurssioikeuteen. Mikäli vastaavanlainen tilanne olisi tapahtunut suomalaisessa konkurssimenettelyssä, olisi selvittäjä ollut oikeutettu vaatimaan omaisuuden palauttamista konkurssilainsäädännön nojalla. KonKL 3:1:n mukaisesti velallinen menettää konkurssin alettua määräysvallan konkurssipesään kuuluvasta omaisuudestaan. KonKL 3:2:ssa todetaan, että oikeustoimi, jonka velallinen on tehnyt konkurssipesään kuuluvasta omaisuudesta ei sido konkurssipesää. Siten suomalaisessa konkurssissa pesänhoitaja voi vedota KonKL:n säännöksiin, ei-

Sekundäärikonkurssin osalta on hyvä muistaa, että vaikka selvittäjälle on annettu oikeus hakea omaisuuden peräyttämistä ulkomaista vastaajaa vastaan, edellytyksenä on, että omaisuuden tulisi myös kuulua sen piiriin.<sup>95</sup> Omaisuushan kuuluu muussa tilanteessa päämenettelyn piiriin, jolloin sekundäärimenettelyn selvittäjällä ei ole oikeutta nostaa takaisinsaantikannetta, vaan oikeus omaisuuden peräyttämiseen siirtyy päämenettelyn selvittäjän tehtäväksi.

#### 4.4 ERITYISESTI TAKAISINSAANTIIN LIITTYVISTÄ MÄÄRÄAJOISTA

##### *Kriittinen aika*

*Lex concursus* määrittää myös takaisinsaantiin sovellettavan määräajan ja sen, onko takaisinsaantivaatimus esine- vai arvokohtainen, mitkä tuntuvat olevan itsestään selviä seikkoja. Määräaikaa koskeva kysymys onkin yksi ehdottomasti keskeisin seikka takaisinsaannin suhteen. Suomen kohdalla takaisinsaannin kriittinen aika vaihtelee kolmesta kuukaudesta viiteen vuoteen, kun taas muissa jäsenvaltioissa on erittäin poikkeaviakin määräaikoja. Esimerkkinä voidaan mainita, että Saksan konkurssilainsäädäntö mahdollistaa peräyttämisen yhdestä kolmeen kuukauteen ja jopa yhdestä kymmeneen vuoteen oikeustoimien suhteen, jotka on tehty ennen konkurssihakemuksen jättämistä<sup>96</sup>. Kymmenen vuoden kriittisestä ajasta säädetään *Insolvenzanfechtung*'n 133 §:ssä, jossa todetaan, että oikeustoimet, joita velallinen on tehnyt viimeisen *kymmenen vuoden* aikana ennen konkurssimenettelyn aloittamisen hakemista ja joiden tarkoituksena on ollut velkojien vahingoittaminen, josta oikeustoimesta hyötynyt osapuoli on ollut tietoinen, voidaan peräyttää konkurssipesään. Sovellettavaksi voi myös tulla rikosoikeudellinen vastuu ja tämä koskee sekä velallista että takaisinsaannin alaisesta oikeustoimesta hyötynyttä velkojaa.<sup>97</sup>

kä kannetta tarvitse perustaa siviilioikeuden säännöksiin. Hollantilaisessa tapauksessa oli kuitenkin selvästi kyse velkojakollektiivia loukkaavasta toimesta, joten kanteella oli suora yhteys konkurssiin.

95. Koulu 2002, s. 182.

96. Harmonisation of Insolvency Law at the EU level 2010, s. 19.

97. Ec.europa.eu: Saksa.

Saksan ja Suomen konkurssilainsäädäntöjen asettamat kriittiset ajat ovat selvästi pisimpiä unionin alueella ja ne takaavat siten laajemman peräyttämismahdollisuuden konkurssipesälle. Esimerkiksi Puolassa kriittinen aika on, takaisinsaantiperusteesta riippuen, vain yhdestä vuodesta kahteen tai kuuteen kuukauteen. Italiassa puolestaan kriittinen aika on määritelty kuudesta kuukaudesta yhteen vuoteen. Ranskassa vastaava aika on kuusi kuukautta ennen konkurssiin asettamispäivää.<sup>98</sup> Useimmissa valtioissa peräyttäminen edellyttää lisäksi, että takaisinsaantivastaajan vilpillistä mieltä, toisin sanoen, että hän tiesi velallisen heikosta maksukyvyistä ja uhkaavasta konkurssista<sup>99</sup>. Myös sen suhteen eroja, kuka on oikeutettu nostamaan takaisinsaantikanteen. Esimerkiksi Ranskassa selvittäjän lisäksi jopa syyttäjä on oikeutettu nostamaan takaisinsaantikanteen<sup>100</sup>, kun taas monissa muissa jäsenvaltioissa lähdetään siitä lähtökohdasta, että vain selvittäjä on oikeutettu ajamaan kannetta. Ruotsin konkurssioikeudessa vallitsee vastaavanlainen tilanne kuin Suomessakin (TakSL 23.2 §) eli myös konkurssivelkoja on oikeutettu nostamaan takaisinsaantikanteen. Toisaalta Ruotsissa velkojan kanneoikeus on toissijainen suhteessa pesänhoitajan (förvaltare) kanneoikeuteen, mikä tarkoittaa, että velkojan kanneoikeus on riippuvainen siitä, mikäli pesänhoitaja ei päätäkään nostaa kannetta tai muutoin sovitella takaisinsaantiasiaa vastaajan kanssa.<sup>101</sup> Kuten edellä todettiin, Suomessa velkojan kanneoikeus on kuitenkin itsenäinen eikä velkojan legitimaatio takaisinsaantikanteeseen ole riippuvainen pesästä tai muista velkojista.<sup>102</sup>

98. Harmonisation of Insolvency Law at the EU level 2010, s. 19.

99. Italian konkurssilainsäädäntö esimerkiksi edellyttää sen näyttämistä, että vastaajalla oli tällainen tietotaso. Di Rattalma 2009, s. 30. Samoin myös Suomen TakSL, mikäli pesänhoitaja on perustanut kanteen TakSL 5 §:ään. Myöskin Itävallan konkurssia koskevan lainsäädännön (Insolvency Code) kohdassa 31 yhtenä peräyttämisperusteena on velallisen sopimuskumppanin tietoisuus velallisen maksukyvyttömyydestä. External Evaluation on Insolvency Proceedings, National Reports, s. 26.

100. Harmonisation of Insolvency Law at the EU level 2010, s. 20.

101. Konkurssivelkojan on myös saatava pesänhoitajalta kirjallinen ilmoitus siitä, että pesänhoitaja ei aio käyttää oikeutta nostaa takaisinsaantikanne. Velkoja puolestaan voi käyttää tätä ilmoitusta todistaakseen asianosaiskelpoisuutensa kanteen nostamisen osalta. Welamson & Mellqvist 2003, s. 129.

102. Perusteluiksi velkojan kanneoikeudelle on esitetty ensinnäkin se, että se oikeuttaa velkojan nostamaan kanteen silloin kun pesänhoitaja ei sitä tee. HE 102/1990, s. 26. Toiseksi näkökannaksi Hupli on esittänyt, että velkojan kanneoikeus seuraa siitä, että pesänhoitaja

Suomen kannalta jo pelkästään kymmenen vuoden takaisinsaanti-aika vaikuttaa kohtuuttoman pitkältä ja voidaankin pohtia, voisiko *ordre public* realisoitua. Pystyvätkö velallisen liikekumppanit tosiasiallisesti varautumaan mahdolliseen konkurssiin jo kymmenen vuotta ennen sen hakemista? Kyseisestä Saksan lainsäädännön pykälästä käy kuitenkin ilmi lähes samat edellytykset kuin TakSL 5 §:stä, ja silti TakSL:ssa kriittinen aika on, jopa läheisen ollessa kyseessä, määritelty lyhyemmäksi (viisi vuotta).

### *Kanteen vireillepano*

Myös takaisinsaantikanteen ajamista koskeva määräaika määräytyy *lex concursuksen* mukaisesti. Tämä saattaa aiheuttaa vaikeuksia selvittäjälle, koska kansainvälisen konkurssipesän selvitykseen voi kulua huomattavan paljonkin aikaa, eikä selvittäjä aina välittömästi tule tietoiseksi jonkin takaisinsaantiperusteen olemassaolosta. Jo kansallisessa konkurssissa takaisinsaantiperusteen selvittäminen ja osoittaminen ei suinkaan käy ongelmitta ja nopeasti. Perusteen toteaminen edellyttääkin usein erityistilintarkastusta, jonka kautta pystytään määrittelemään, onko velallinen mahdollisesti syyllistynyt johonkin velallisen rikokseen<sup>103</sup> tai aktualisoituuko jokin tai jotkin TakSL:n peräyttämisperusteet. Erityistilintarkastuksiin puolestaan kuuluu oma aikansa, jonka kesto vaihtelee täysin riippuen pesän laajuudesta.

Suomen TakSL:n 24 §:ssä takaisinsaantikannetta koskeva määräaika oli ennen maaliskuussa 2013 voimaan tullutta lainmuutosta säädetty kuudeksi kuukaudeksi paikalletulopäivästä, eli valvontapäivästä. Nykyisen pykälän mukaan kanne on nostettava vuoden kuluessa *konkurssin alkamisesta*. Uuden säännöksen nojalla kanteen vireillepanoaikaa pidennettiin, mutta samalla kannemääräajan laskemisajankohtaa aikaisutettiin. Kanteen määräaika on kaikkien takaisinsaantiperusteiden osalta sama, mistä seuraa, että oikeudellisesti tai näytöllisesti työlääät perusteet ja selkeät tapaukset ovat saman kannemääräajan piirissä<sup>104</sup>.

kylläkin on nostanut kanteen, mutta hän ajaa kannetta esim. eri perusteilla tai eri tavalla kuin mitä velkoja haluaisi. Hupli 2006, s. 48-49.

103. Ks. velallisen rikokset rikoslain (19.12.1889/39) 39 luku, jossa määritetään velallisen rikoksia.

104. Hupli 2006, s. 99.

*”24 § Kanteen vireillepano*

*Takaisinsaantikanne on pantava vireille vuoden kuluessa konkurssin alkamisesta. Kanne voidaan kuitenkin panna vireille vielä kolmen kuukauden kuluessa siitä, kun konkurssipesä havaitsi takaisinsaannin perusteen tai sen olisi pitänyt se havaita.<sup>105</sup>”*

Hallituksen esityksen mukaan muutostarve johtui siitä, että esimerkiksi julkisselvityksissä kaikissa tapauksissa valvontapäivää ei määrätä. Myös tilanteissa, joissa valvontapäivä määrätään, sen ajankohta saattaa vaihdella paljon ja olla hyvinkin tapauskohtaista. Tästä johtuen takaisinsaantivastaajien oikeusturva edellytti, että kanneaika alkaa kiinteästä ajankohdasta täysin riippumatta velkojille määrättävästä valvontapäivästä.<sup>106</sup>

Lain muutoksesta huolimatta suomalaisen pesänhoitajan on kuitenkin todella kiirehdittävä konkurssipesän selvityksessä, jotta hänelle jää riittävä aika myös reagoida ja nostaa takaisinsaantikanne. Kuten myös Mikko Tiilikka (Asianajotoimisto Krogerus Oy) totesi, aikaisempi lainsäädäntö oli pesänhoitajan kannalta hieman joustavampi kuin nykyinen. Valvontapäivän määräämiselle ei KonkL:ssa ole nimittäin asetettu mitään kiinteää määrääpäivää. Toisaalta voisi kuvitella, että vuosi riittäisi pesän selvitykseen ja sen selvittämiseen, onko pesässä tarvetta nostaa takaisinsaantikanteita. Lisäksi on huomioitava, että uudessa pykälässä on säilytetty kolmen kuukauden optio<sup>107</sup>. Periaatteessa vaikut-

105. Pykälän toisessa lauseessa käsiteltävä toissijainen määräaika on tarkoitettu tilanteisiin, joissa takaisinsaantiperuste paljastuu vasta myöhemmin. Huomattavaa on kuitenkin, että konkurssivelkojalle ei ole myönnetty vastaavanlaista toissijaista määräaika, vaan hänen velvollisuutenaan on nostaa kanne vuoden määräajan kuluessa. Hupli on todennut tämän osalta, että lainsäätäjän tarkoitus on ilmeisesti ollut ainoastaan keventää pesänhoitajalle kuuluvaa selonottovelvoitetta. Tarkoituksena ei ole ollut varata myös velkojille lisäaikaa takaisinsaantikanteiden nostamiseen. Hupli onkin nostanut myös vastaajan ja tuomioistuimen näkökulman tässä arvioinnissa esiin: *”Tulkinta olisi kohtuullinen vastaajiin nähden ja rationaalinen tuomioistuinlaitoksen kannalta: kun valvontapäivästä on kulunut kuusi kuukautta, takaisinsaantikanteita tosin voi vielä tulla vireille, mutta vain pesän toimesta. Velkojien itsenäinen legitimaatio takaisinsaantikanteeseen on muutoinkin poikkeuksellinen asiavaltuisjärjestely, jota ei pidä laajentaa epävarmoille alueille.”* Hupli 2006, s. 102.

106. HE 86/2012 vp, s. 15. Lisäksi perusteluissa katsottiin, että kanneajan alkamiskohdan määrittely ei ollut onnistunut.

107. Vuoden määräaika ja kolmen kuukauden määräaika ovat molemmat itsenäisiä ja rin-

56      taisi kuitenkin olevan melkein välttämätöntä laittaa kanne vireille joka tapauksessa, vaikka pesänhoitaja haluaisi ensin sovinnollisesti pyrkiä selvittämään asiaa. Mikäli kyseiset sovinnolliset neuvottelut eivät etene pesänhoitajan haluamaan suuntaan, menettää hän myös kanneoi-keutensa.

Esimerkkinä voi mainita Mika Salosen (Asianajotoimisto Borenius Oy) vastaaman Air Finland Oy:n konkurssipesä, jonka hän kertoi olevan laaja ja erityisen epäselvä konkurssipesä. Hän sai kuitenkin määrättyä valvontapäivän noin seitsemän kuukauden kuluessa konkurssin alkamisesta, eli takaisinsaantikanteen vireillepano olisi uuden lainsäädännön mukaisesti ylittynyt ainoastaan yhdellä kuukaudella. Myös Pauliina Tenhunen (Asianajotoimisto Castrén & Snellman Oy) katsoi, että muutos ei vaikuta normaaleihin pesiin, joissa on varallisuutta, vaan se tulee koskemaan lähinnä raukeavia ja julkisselvityksen piiriin kuuluvia konkurssipesiä. Hän totesi, että yleensä noin neljän kuukauden päästä pesäluettelon ja velallisselvityksen laatimisesta voidaan määrätä velkojille valvontapäivä. Näin ollen vanhan lain mukainen kuuden kuukauden määräaika ei ylittyisi. Puollan myös itse tätä näkemystä ja kansainväliset pesät varmasti usein ovat sellaisia, joissa riittää varallisuutta täysimit-aiseen konkurssimenettelyyn.



# 5. MKA 13 artiklan mukainen torjuntastatuutti

## 5.1 MITÄ TORJUNTASTATUUTILLA TARKOITETAAN?

Siitä huolimatta, että *lex concursus* pääsääntöisesti määrittää takaisinsaantiin sovellettavan lain ja muutkin sen edellytykset, vastaajalle on MKA:ssa annettu keino torjua häneen kohdistettu takaisinsaantivaatimus. Vastaajan mahdollisuudeksi jää vedota oikeustoimeen sovellettavaan lakiin (*lex contractus*<sup>108</sup>). Tällä puolestaan edellytetään, että osapuolet ovat sopimusta tehdessään tehneet lakiviittauksen. Mikäli osapuolet eivät ole tehneet lakiviittausta, sovellettavaksi voi tulla Rooma I -asetuksen 4 artikla.<sup>109</sup> Todistustaakka on asetettu kokonaisuudessaan takaisinsaantivastaajalle, ja hänelle jää näytettäväksi, että i) oikeustoimeen sovelletaan muun maan lakia kuin aloitusvaltion lakia, ja että ii) tämän lain mukaan ei ole mitään mahdollisuutta peräyttää kyseistä oikeustointa. Tämä mahdollisuus vastaajalle on taattu MKA:n 13 artiklassa, joka on otsikoitu oikeustoimen peräyttämiseksi. MKA 13 artikla mahdollistaa ikään kuin veto-oikeuden<sup>110</sup> ja Koulu onkin käyttänyt tästä nimitystä *torjuntastatuutti*<sup>111</sup>, jota myös käytän tämän työn yhteydessä. Torjuntastatuuttia ei oteta automaattisesti *iura novit curia* -periaatteen nojalla tutkittavaksi, vaan se edellyttää vastaajan oma-aloitteisuutta. Vastaajan on itse tehtävä väite torjuntastatuutista.<sup>112</sup> On myös hyvä pi-

108. Di Rattalma 2009, s. 31. Käytän työssä oikeustoimeen sovellettavaa lakia ja *lex contractus* -käsitteitä päällekkäin.

109. Tämä asetus korvasi Rooman yleissopimuksen ja muutti sen yhteisön säädökseksi uudistaen sitä samalla.

110. Virgós & Garcimartín ovatkin käyttäneet 13 artiklasta: *“Article 13 permits the party concerned to enforce a kind of “veto” against the invalidity or unenforceability of the act decreed by the law of the State of opening”* (Virgós & Garcimartín 2004, s. 137).

111. Koulu 2009, s. 1164. Torjuntastatuutilla hän viittaa juuri osapuolten tekemään lakiviittaukseen.

112. Di Rattalma 2009, s. 30. Mikäli torjuntaväite tehtäisiin suomalaisessa prosessissa, olisi suomalaisella tuomioistuimella kuitenkin aktiivisen prosessin johdon nojalla oikeus informoida vastaajaa tekemään torjuntaväite. Saksalaisessa menettelyssä tällaista mahdollisuut-

tää mielessä, että 13 artiklaa sovelletaan ainoastaan ennen konkurssia tapahtuneisiin oikeustoimiin. Kuten edellä esitetystä hollantilaisesta tapauksesta kävi ilmi, maksukyvyttömyysmenettelyn aloittaminen aiheuttaa velallisen disponoimisoikeuden menetyksen. Oikeustoimet, jotka velallinen on tehnyt menettelyn aloittamisen jälkeen kuuluvat *lex concursuksen* sääntelyn piiriin. Näin ollen velallisen sopimuskumppani ei voi vedota oikeustoimeen sovellettavaan lakiin, mikäli jokin sopimuksen mukainen suoritus on tehty menettelyn aloittamisen jälkeen.<sup>113</sup>

Torjuntastatuutin tarkoituksena on suojata velkojien ja kolmansien osapuolten laillisia odotuksia osapuolten välisen alkuperäisen sopimuksen pätevydestä ja siihen sovellettavasta laista<sup>114</sup>. Selittävästä raportista käy ilmi myös sama funktio: tarkoituksena on antaa mahdolliselle takaisinsaantivastaajalle suojaa vierasta konkurssilakia vastaan<sup>115</sup>. Olennaista on, että vastaaja kykenee näyttämään, että sovellettavan lain mukaan ei ole olemassa *mitään keinoja* peräyttää kyseistä oikeustointa. Ei mitään keinoja -viittauksella tarkoitetaan, että oikeustointa ei ole mahdollista peräyttää maksukyvyttömyyteen liittyvän lainsäädännön eikä myöskään minkään muunkaan lainsäädännön nojalla. Tämä jättää avoimeksi varsin laajan soveltamisalan ja käytännössä siis muutkin siviilioikeudelliset lait ja säännökset voivat tulla sovellettaviksi, jos ne vain soveltuvat kyseisen tapauksen relevantteihin faktoihin.<sup>116</sup> Itävaltalaisessa kirjallisuudessa onkin huomautettu, että takaisinsaantivastaaja

ta puolestaan ei ole lainkaan. Koulu 2002, s. 318-319.

113. Moss et al. 2009, s. 297.

114. Allen & Overy LLP 2010, s. 1-62. MKA:n johdanto-osan kohdassa 24 todetaan myös samainen seikka: "Se, että maksukyvyttömyysmenettely, johon sovelletaan pääsääntöisesti menettelyn aloitusvaltion lakia, tunnustetaan ilman eri toimenpiteitä, saattaa olla ristiriidassa niiden sääntöjen kanssa, joiden mukaisesti oikeustoimia toteutetaan muissa jäsenvaltioissa. Perustellun luottamuksen ja oikeustoimien varmuuden turvaamiseksi muissa kuin menettelyn aloitusvaltiossa olisi säädettävä useita poikkeuksia pääsäännöstä." Omar 2004, s. 110, 112.

115. "The aim of Article 13 is to uphold legitimate expectations of creditors or third parties of the validity of the act in accordance to the normally applicable national law, against interference from a different 'lex concursus.'" Report 1996, s. 89.

116. Huomionarvoinen seikka on, että artiklan englanninkielisessä käännöksessä käytetään viimeisestä edellytyksestä seuraavaa sanamuotoa: " ..that law does not allow any means of challenging that act in the relevant case." Suomenkielisestä käännöksestä puuttuu kyseinen jälkimmäinen viittaus "relevant case". Tällä on katsottu tarkoittavan sitä, että oikeustoimen tulee myös tosiasiallisesti olla kyseisessä tilanteessa peräytettävissä, eikä sen mahdollisuus saa olla ainoastaan teoreettisella tasolla (Moss et al. 2009, s. 296.).

ei ole veloitettu puolustautumaan jokaista teoreettista pätemättömyyden tai raukeamisen mahdollisuutta vastaan, vaan ainoastaan niitä, jotka selvittäjä on esittänyt tai jotka ovat ilmeisiä<sup>117</sup>.

MKA:n 26 artiklan mahdollistama *ordre public* -periaate voi tulla myös sovellettavaksi 13 artiklaa koskevassa tilanteessa. Vastaaajan on siten mahdollista vedota siihen, että sovellettava ulkomainen takaisinsaantiperuste on vastaaajan oman valtion (tai sovellettavan lakiviittauksen mukaisen valtion) oikeusjärjestyksen (*ordre public* -periaatteen) vastainen. Koulu on kuitenkin katsonut, että *ordre public* -periaatteen vetoamiseen liittyvät tilanteet ovat hyvin epätavallisia. Takaisinsaantisäännösten normaalia vaihtelua kansallisten konkurssilakien välillä ei nimittäin saa pitää oman oikeusjärjestyksen perusteiden vastaisena. Siten erot subjektiivisen/objektiivisen tosiseikaston ja todistustaakan/käännetyn todistustaakan välillä eivät oikeuta vastaajaa vetoamaan *ordre public* -periaatteeseen.<sup>118</sup>

Mikäli takaisinsaantivastaaaja onnistuu näyttämään toteen, että oikeustoimeen sovellettavan lain mukaan takaisinsaanti ei ole mahdollista, aloitusvaltion lakia ei sovelleta ja näin ollen oikeustoimi jää voimaan, vaikka takaisinsaanti olisikin mahdollista aloitusvaltion lain mukaan. Tilanteessa, jossa takaisinsaantivastaaaja ei täytä todistustaakkaansa, *lex concursus* tulee sovellettavaksi normaaliin tapaan ja oikeustoimen peräytyminen määräytyy aloitusvaltion lain mukaisesti. Tilanne on sama, mikäli oikeustoimeen sovellettavan lain mukaan on selvää, että peräyttäminen onkin mahdollista, eli tällöinkin sovelletaan *lex concursusta*.

On myös pidettävä mielessä, että 13 artikla tulee sovellettavaksi ainoastaan, mikäli oikeustoimeen sovellettaisiin toisen *jäsenvaltion* lakia. Jäsenvaltiolla ei tarvitse olla mitään nimenomaista yhteyttä kyseessä olevaan sopimukseen<sup>119</sup>. Mikäli sovellettavaksi tulisi kolmannen val-

117. External evaluation of Regulation on Insolvency proceedings, National Reports, s. 29. Tulen käsittelemään mm. tätä näkökulmaa hieman jäljempänä torjuntastatuutin prosessuaalista toteuttamista koskevassa osiossa.

118. Koulu 2002, s. 312.

119. Mikä onkin juuri lakiviittauksen funktio: osapuolet saavat vapaasti päättää, minkä valtion lainsäädäntöä heidän väliseen oikeussuhteeseensa sovelletaan. Sovellettava laki voi olla vaikkapa täysin vieraan valtion laki, mikäli osapuolet ovat katsoneet sen soveliaimaksi.

60 tion laki, sovelletaan kansainvälisen yksityisoikeuden sääntöjä.<sup>120</sup> Koulu onkin katsonut, että takaisinsaannilla on aina oltava perustansa siinä konkurssissa, johon omaisuutta vaaditaan peräytettäväksi. Selvittäjä tai velkojat eivät voi vaatia takaisinsaantia, jos se on mahdollista vain esim. sijaintimaan tai muun maan lainsäädännön nojalla, mutta ei konkurssistatuutin nojalla.<sup>121</sup>

## 5.2 TORJUNTASTATUUTIN PROSESSUAALISESTA TOTEUTTAMISESTA

### 5.2.1 LAINVALINTATODISTELU JA MOITTEETTOMUUSTODISTELU

MKA 13 artiklan muotoilusta ilmenee heti muutama prosessuaalinen ongelmakohta. Missä järjestyksessä nimittäin tulee käsitellä vastaajan tekemä torjuntaväite? Käsitelläänkö se prosessin alkuvaiheessa vai vasta jälkeenpäin<sup>122</sup>? Koulu on käyttänyt vastaajan torjuntatodistelun vaiheista nimityksiä *lainvalintatodistelu* ja *moitteettomuustodistelu*<sup>123</sup>. Ensimmä-

120. Virgós & Garcimartín 2004, s. 137.

121. Koulu 2007, <http://haku.suomenlaki.com.libproxy.helsinki.fi>.

122. Oma mielenkiintoinen kysymyksensä on, tulisiko torjuntaväitettä arvioida vastaajan oikeudenkäynnissä tekemänä prosessiväitteenä vai asiaväitteenä? Prosessiväitteellä tarkoitetaan, että kanne tulee *jättää tutkimatta* jonkin prosessinedellytyksen (väärä forum, asia on jo ratkaistu lainvoimaisella tuomiolla) puuttumisen vuoksi. Prosessinedellytyksillä tarkoitetaan siten pääasian aineellisoikeudellisen tutkimisen edellytyksiä. Asiaväitteellä, MKA 13 artiklan mukaisessa tilanteessa luultavimmin vastafaktaväitteellä, puolestaan tarkoitetaan, että vastaaja vetoaa oikeustositseikkana johonkin vastatosiseikkaan, joka poistaa kanneperusteen oikeusvaikutuksen ja kanne tulee näin ollen *hylätä*. Itse kallistuisin siihen suuntaan, että torjuntaväitteen tekemistä tulisi arvioida enemmänkin asiaväitteenä (ja juuri vastafaktaväitteenä) kuin prosessiväitteenä. Vastaaja pyrki näyttämään toteen, että takaisinsaantikanne tulee hylätä perusteettomana siitä syystä, ettei selvittäjän vetoamaa *lex concursusta* voida soveltaa käsillä olevaan tilanteeseen ja, että tosiasiallisesti sovellettavan lain mukaan peräyttäminen taas ei ole lainkaan mahdollista. Mikäli hänen velvollisuuteenaan olisi ainoastaan näyttää toteen, että tapaukseen ei voida soveltaa selvittäjän vetoamaa lakia, voisi kyseessä olla prosessiväite. Torjuntaväitteellä vastaaja pyrki kuitenkin kanteen hylkäämiseen, eikä vain sen tutkimatta jättämiseen, millä on oma selvä prosessuaalinen vaikutuksensa. Vastaamattomaksi kysymykseksi jääkin, millä tavoin torjuntaväitettä arvioidaan muiden jäsenvaltioiden prosessilakien nojalla.

123. Koulu 2002, s. 315.

mäisellä tarkoitetaan nimensä mukaisesti sen seikan todistamista, että oikeustoimeen ei sovelleta aloittamisvaltion lainsäädäntöä ja jälkimmäisellä puolestaan todistelua sen suhteen, ettei torjuntastatuutin mukaan oikeustointa voida peräyttää. Mikäli vastaaja tekee torjuntaväitteen, uhkana on koko prosessin paisuminen<sup>124</sup>. Takaisinsaantioikeudenkäynnit eivät kansallisellakaan tasolla etene missään nimessä ripeään tahtiin, joten lienee selvää, että edellä mainitun kaltaisen tilanteen selvittämisessä saattaa kulua jopa vuosia.<sup>125</sup>

*Lainvalintatodistelu:* Näistä kahdesta lainvalintatodistelu lienee selvän vastaajan on osoitettava, että osapuolet ovat joko tehneet lakiviittauksen, jonka mukaan jonkin muun maan laki kuin *lex concursus* tulee sovellettavaksi tai Rooma I -asetuksen 4 artiklan mukainen objektiivinen liittymä soveltuu tilanteeseen. Rooma I -asetuksen 4 artikla koskee nimenomaisesti tilanteita, joissa lakiviittausta ei ole tehty. Ei pidä myöskään unohtaa *lex rei sitae* -sääntöä siitä, että esineen sijaintipaikka määrittää sovellettavan lain. Vastaajan on siten näytettävä, että osapuolten sopimuksella on sellainen selvä liittymä jonkin muun valtion lainsäädäntöön, joka syrjäyttää *lex concursuksen*<sup>126</sup>. Vedotessaan torjuntastatuuttiin vastaajan on samalla yksilöitävä sen mukainen laki. Hänellä on suoraan 13 artiklan sanamuodon mukaisesti sekä väittämistä todistustaakka edellä mainittujen tosiseikkojen (liittymäperusteen luovat seikat: lakiviittaus, suorituksen luonteenomaisuus jne.) olemassaolosta<sup>127, 128</sup>.

*Moitteettomuustodistelu:* Mikäli vastaaja onnistuu lainvalintatodistelussa ja hän saa näytetyksi, että osapuolten väliseen oikeussuhteeseen ei sovelleta *lex concursusta*, seuraava vaihe oikeudenkäynnissä on

124. Koulu 2002, s. 311.

125. Koulu onkin todennut, että torjuntaväitteen sisältävä oikeudenkäynti paisuu eräänlaiseksi *oikeustoimen yleiskatselmukseksi*, jossa vastaajan oikeustoimen kaikinpuolinen moitteettomuus. Koulu 2002, s. 313.

126. Di Rattalma 2009, s. 30.

127. Suomen prosessioikeudessa väittämistaakka merkitsee, ettei tuomioistuin voi kanneperusteina ottaa huomioon seikkoja, joihin kantaja ei ole haastehakemuksen yhteydessä tai oikeudenkäynnin aikana vedonnut. Väittämistaakka määrittää siten tuomioistuimen tutkimisvallan rajoja ja se kohdistuu oikeustositseikkoihin. Todistustaakka puolestaan määrittää sitä, onko oikeustositseikka tullut toteennäytetyksi. Lappalainen 2012a, s. 505.

128. Koulu 2002, s. 321.

62 oikeustoimen moitteettomuuden osoittaminen. Moitteettomuustodistelun voidaan nähdä muodostavan takaisinsaantioikeudenkäynnin ongelmakohdan, jonka on myös katsottu olevan vastaajalle varsin ankara asettaen hänelle prosessuaaliselta näkökulmalta vaikean tehtävän<sup>129</sup>. Vastaajan on osoitettava 13 artiklan tiukan sanamuodon tulkinnan mukaisesti, että oikeustoimi ei ole torjuntastatuutin mukaan millään keinolla peräytettävissä. Vastaajalla on kyseisessä tilanteessa sekä väittämisen- että todistustaakka edellä mainittujen seikkojen suhteen. *Lex forin* oikeudenkäyntiä koskevat säännökset luonnollisesti määrittävät prosessin kulkua. Esimerkiksi se, milloin vastaajan on tehtävä torjuntastatuutia koskeva väite ja kuinka laajaksi vastaajan näyttökynnys muodostuu, määräytyvät *lex forin* mukaan. Suomalaisessa prosessissa tämä merkitsee sitä, että vastaajan tulee tehdä väite torjuntastatuutista OK 6:9:n mukaisesti valmistelussa.<sup>130</sup>

Erityisesti vastaajalle jää näytettäväksi, että oikeustoimi on moitteeton kaikkien mahdollisten peräyttämisen- ja tehottomuusperusteiden kannalta. Vastaajan on siten näytettävä itse torjuntastatuutin sisältö. 13 artiklan sanamuotoa tulkiten näyttövelvollisuus torjuntastatuutista on vastaajalla siitä huolimatta, vaikka prosessilain mukaisesti selvitysvastuu olisi tuomioistuimella tai jakautuisi asianosaisten kesken<sup>131</sup>. Vastaajan todistustaakan sisältö jää riippumaan siitä, mitä 13 artiklan mukaan sovellettava laki edellyttää. Mikäli sovellettavaksi voisi tulla subjektiivinen takaisinsaantiperuste, on vastaajan esim. näytettävä, että hänellä ei ole ollut vilpillistä tarkoitusta.<sup>132</sup> Oma kysymyksensä on, kuinka laajaksi vastaajan väittämistaakka 13 artiklan nojalla loppujen lopuksi muodostuu. Riittääkö, että vastaaja ainoastaan tekee väitteen, jossa hän toteaa, että oikeustoimeen sovellettavan lain mukaan oikeustoimi ei peräydy vai, tuleeko hänen spesifioida ne yksittäiset tosiseikat, joiden nojalla oikeustoimi tosiasiallisesti on moitteeton. Artiklan tarkkaa sanamuotoa

129. Di Rattalma 2009, s. 31.

130. Koulu 2002, s. 319-320.

131. Koulu 2002, s. 320. Kuten edellä todettiin, mikäli torjuntaväite tehtäisiin suomalaisen takaisinsaantiprosessin yhteydessä, on tuomioistuimella kuitenkin aktiivinen prosessinjohtovelvollisuus, jonka nojalla tuomioistuin voi informoida vastaajaa tekemään torjuntaväitteen.

132. Koulu 2002, s. 316.

tulkiten väittämistaakan voisi nähdä niin, että vastaajan on ensin vedottava kaikkiin oikeustoimen kannalta relevantteihin faktoihin, minkä jälkeen hänen tulee näyttää, että *lex contractuksen* takaama oikeusjärjestelmä ei tarjoa mitään keinoja peräyttää oikeustointa. Koulu on puolestaan katsonut, että vastaajan torjuntaväite konkretisoituu aktuaaliin tosiseikastoon, minkä mukaisesti tosiseikaston toteennäyttäminen jää tosiasiaassa kantajan vastuulle. Vastaajan tehtävänä olisi tällaisen tulkinnan mukaan näyttää ainoastaan oikeustoimen moitteettomuus kantajan esittämän tosiseikaston puitteissa<sup>133</sup>. Torjuntaväite olisi ikään kuin kantajan kanneperusteiden kääntöpuoli.

Di Rattalman tulkinnan mukaan 13 artiklaa ei saisi sen sanamuodon ja tarkoituksen vuoksi tulkita kyseisellä tavalla. Se, että vastaaja voisi rajoittaa käsiteltävän kysymyksen ainoastaan kantajan *lex concursuksen* nojalla vetoamiin perusteisiin, tarkoittaisi vastaajan täysimääräistä vapauttamista ”ei mitään keinoja” koskevasta väittämis- ja todistustaakasta, joka suoraan käy ilmi artiklan sanamuodosta.<sup>134</sup> Koulu on korostanut takaisinsaantioikeudenkäynnin optimaalista toteuttamista näkökannallaan. Oikeudenkäynti muodostuu kustannustehokkaaksi ja samalla myös reiluksi vastaajalle.<sup>135</sup> Kuitenkin itse kallistun myös sille näkökannalle, että mikäli artiklan sanamuodossa ja sen tarkoituksessa halutaan pysyä, artiklaa ei voi tulkita ainoastaan kantajan kanneperusteiden kääntöpuoleksi. Itse näkisin, että artiklalla on nimenomaisesti tarkoitettu asettaa vastaajalle vaativat väittämis- ja todistustaakat, jotka hänen tulee täyttää, mikäli hän haluaa välttää peräyttämisen.

### 5.2.2 PROSESSUAALISESTI ”JÄRKEVIN” VALINTA

Mikä sitten katsotaan ”järkevimmäksi” tavaksi järjestää oikeudenkäynti, jossa vastaaja esittää torjuntaväitteen? Koulu on ehdottanut välituumioiden antamista<sup>136</sup> siten, että ensin ratkaistaan selvittäjän peräyttämiskaavatuksen edellytykset *lex concursuksen* mukaisesti ja annetaan

133. Koulu 2002, s. 315.

134. Di Rattalma 2009, s. 31.

135. Koulu 2002, s. 316.

136. Välituumio tarkoittaa ratkaisua kannevaatimuksesta tai lopullisen vaatimuksen perusteesta, josta jutun lopullinen ratkaiseminen on riippuvainen (OK 24:6).

tästä ratkaisusta välituomio. Mikäli peräytyminen on sovellettavan lain mukaan mahdollista, seuraava vaihe on torjuntaväitteen käsittely, tarkemmin sanottuna, lainvalintakysymyksen ratkominen<sup>137</sup>. Tästäkin oikeudenkäynnin osasta voidaan antaa oma välituomionsa eli torjuntastatuutti on joko olemassa tai ei. Mikäli torjuntastatuutti ei ole olemassa, selvittäjän kanne hyväksytään ja peräytyminen toteutuu annetun välituomion mukaisesti. Jos vastaaja onnistuu torjuntastatuutin näyttämässä, vastaajan seuraava näyttötaakka koskee, jo edellisestä osiosta käsiteltäviä, oikeustoimen moitteettomuuden osoittamista.<sup>138</sup>

Koulun ehdotus vaikuttaa järkeenkäyvältä. Kun jo prosessin ensimmäisessä vaiheessa ratkotaan koko takaisinsaantikanteen perimmäinen edellytys, eli onko selvittäjän esittämä takaisinsaantivaatimus edes toteutettavissa *lex concursuksen* mukaan, vältytään turhalta selvittelyltä ja saadaan prosessi suhteellisen ripeästi käyntiin. Mikäli torjuntaväite käsiteltäisiin ensimmäisenä, edellyttäisi se vieraan valtion lainsäädäntöön tutustumista ja sen arvioimista. Tähän kuluisi heti prosessin alkuvaiheessa erittäin paljon aikaa. Erityisen epäedullinen olisi tilanne, jossa ensin käy ilmi, ettei vastaaja onnistunut torjuntaväitteensä jommassakummassa osiassa (lainvalintatodistelussa tai moitteettomuustodistelussa), ja sen jälkeen kävisi vielä ilmi, että selvittäjän esittämä alkuperäinen kanneperustekaan ei sovellu tapaukseen, mistä seuraisi kanteen hylkääminen. Oikeudenkäynti päättyisi tavallaan tuloksettoon tilanteeseen, jossa olisi hukattu erittäin paljon aikaa ja aiheutettu huomattavia kustannuksia. Koulun ehdottamassa mallissa koko torjuntaväitteen käsittelyä ei tarvitse käydä lainkaan läpi, mikäli selvittäjän esittämä takaisinsaantivaatimus on perusteeton.

Toisaalta tällaisessa järjestelyssä ulkomaiselle vastaajalle lienee vaikeaa toimia prosessin osapuolena ja tehokkaasti kiistää kantajan vaatimukset. Hänenhän tulee reagoida selvittäjän esittämiin vaatimuksiin, jotka pohjautuvat muuhun oikeusjärjestelmään kuin hänen omaansa. Lisäksi jo pelkästään oikeudenkäynnin kieli on mitä todennäköisimmin muu kuin vastaajan oma äidinkieli. Vastaajan näkökulmasta saattaisikin olla helpompaa aloittaa torjuntaväitteen käsittely ensin, jolloin vastaaja

137. Ja mikäli peräytyminen ei ole mahdollista, kanne hylätään.

138. Koulu 2002, s. 323-324.



pääsisi esittämään oman tulkintansa osapuolten välisestä oikeussuh-  
teesta ja siihen sovellettavasta laista.

Taitaa kuitenkin olla käytännön edellyttämää, että vastaaja ei mis-  
sään nimessä yritä itse prosessata oikeudenkäynnissä, vaan hän lienee  
pakotettu palkkaamaan aloitusvaltiossa toimivan paikallisen asian-  
ajajan. Paikallinen asianajaja kuitenkin tuntee mm. Suomen tilantees-  
sa TakSL:iin liittyvät säännökset, joten hänellä on edellytykset kiistää  
selvittäjän kanne mahdollisimman tehokkaasti niin, että torjuntaväit-  
teen käsittelylle ei olisi lainkaan tarvetta. Tällainen tilanne realisoitui  
myös jäljempänä esiteltävässä *Seagon v. Deko Marty* tapauksessa, jos-  
sa Deko Marty Belgium NV oli hollantilainen yhtiö. Deko Marty palk-  
kasi saksalaisen asiamiehen hoitamaan kyseistä prosessia, koska en-  
nen kuin asia eteni EY-tuomioistuimeen, asiaa oli käsitelty saksalaisissa  
alioikeuksissa (Bundesgerichtshof teki ennakkoratkaisupyynnön EY-  
tuomioistuimelle).<sup>139</sup> Näin ollen kannattavinta lienee aloittaa koko ta-  
kaisinsaantiprosessi selvittäjän kanneperusteen tutkimisella.

### 5.3 ONKO MKA 13 ARTIKLA TARPEELLINEN?

Hyvänä kysymyksenä voidaan esittää, onko MKA 13 artiklan ottaminen  
asetukseen ollut hyvä valinta? Artikla on herättänyt aikamoista kritiik-  
kiä eikä sen toteuttamisesta vieläkään ole sen enempää jäsenvaltioiden  
kansallista oikeuskäytäntöä<sup>140</sup> kuin EY- tai EU-tuomioistuimen antamaa  
ennakkoratkaisupäätöstäkään. Torjuntastatuutin todellinen käyttöarvo  
on siten edelleen auttamattoman tuntematon.

Wienin yliopiston ja Ruprecht-Karls-Universität Heidelbergin äsket-  
tään jäsenvaltioille teettämässä kyselyssä MKA:n soveltamisesta kävi il-  
mi, että kaiken kaikkiaan MKA 13 artiklasta ei ole juurikaan käytännön  
kokemuksia. Sen sijaan osa jäsenvaltioista esitti varsin laajoja teoreet-

139. Tässä tutkielmassa ei kuitenkaan ole tarkoituksenmukaista käsitellä niinkin laajaa  
aihepiiriä kuin oikeudenkäyntiasiamiesten käyttäminen kansainvälisissä oikeudenkäyn-  
neissä. Kyseisen aiheen käsittelystä saisi varsin hyvin tehtyä oman erillisen tutkimuksen,  
jossa tulisi juuri esitellyksi mm. kieli- ja asiamiehen kelpoisuusedellytykset. Tähän yhtey-  
teen asia oli vain hyvä nostaa esiin omana huomionaan ideaalisen takaisinsaantiprosessin  
etenemisestä.

140. Kappaleessa 4.3.3 tulen esittelemään muiden jäsenvaltioiden kansallista oikeuskäy-  
töntä torjuntastatuutin osalta.

66 tisia kannanottoja siitä sekä niistä ongelmista, joita sen soveltaminen aiheuttaa. Artiklan osalta kyselyssä esitettiin numerolla 24 kysymys, joka muodostui kolmesta alakohdasta:

1. Ensimmäisessä kysymyksessä kysyttiin, onko 13 artiklan soveltaminen aiheuttanut jäsenvaltioissa vakavia juridisia ongelmia. Lisäksi pyydettiin vastausta siihen, antaako jäsenvaltioiden oikeuskäytäntö tai oikeuskirjallisuus aihetta arvioida artiklan soveltavuutta? Jos kyllä, asiassa tuli antaa esimerkkejä.
2. Toisessa kysymyksessä pyydettiin esittelemään ne kansalliset maksukyvyyttömyyslait, joita sovelletaan peräyttämiseen ja oikeustointen pätemättömyyteen ja aiheutuuko näistä jotain ongelmia.
3. Miten kukin jäsenvaltio tulkitsee ”ei mitään keinoja peräyttää”.

Esittelen seuraavaksi alakohdittain muutamia näkemyksiä liittyen 13 artiklan soveltamiseen ja toteutettavuuteen, joiden osalta olen kiinnittänyt huomiota myös eri jäsenvaltioiden antamiin vastauksiin ja eri tahojen tekemiin MKA:n muutosehdotuksiin. Pysin lopussa tarjoamaan *de lege ferenda* -kannanottoni sen suhteen, tulisiko kyseistä artiklaa muuttaa jollain tavalla vai tulisiko se jopa kokonaan poistaa asetuksesta.

### 5.3.1 EPÄSELVÄ JA VAIKEASTI SOVELLETTAVA

Lähtökohtaisesti artiklaa on pidetty epäjohdonmukaisena ja huonosti harkittuna. Pääasiallinen kritiikki on koskenut nimenomaan praktisia seikkoja ja 13 artiklan vaikeaa toteuttamista. Lisäksi hämmennystä on herättänyt, kattaako artikla vain tietyt eri jäsenvaltioiden insolvenssilainsäädännön mahdollistamat mitättömyydet ja peräyttämiset vai koskeeko se kaikkia tilanteita, joissa voi olla kyse mitättömyydestä tai peräyttämisestä, myös siis yleisen siviilioikeuden mahdollistamat perusteet, kuten virheperusteeseen vetoamisen yms.<sup>141</sup>

141. External evaluation of Regulation on Insolvency proceedings, Report, s. 310. Raportin samalla sivulla kuitenkin todetaan, että nämä kysymykset eivät kuitenkaan vaikuta herättävän sen suurempia ongelmia tai vaateita artiklan uudistamiselle. Lisäksi useat aihetta

Engelmaksi on myös nähty, että artikla vaikeuttaa selvittäjän toimimista, koska hänen on huomattavasti hankalampi arvioida ja määrittää oikeustoimen peräyttämisen mahdollisuuksia osapuolten keskenään sopiman lain kuin *lex concursuksen* mukaan. Fakta on, että selvittäjän olisi tosiasiallisesti helpompaa toimia peräyttämisen suhteen, mikäli hänen tarvitsisi ainoastaan ottaa huomioon *lex concursuksen* asettamat edellytykset. Toiselta näkökannalta katsottuna tämä näkökulma vaikuttaa omalta osaltaan hieman turhamaiselta. Kansainvälisissä tilanteissa ei nimittäin ole lainkaan epätavanomaista, että sovellettavaksi tai harkittavaksi saattaa tulla useamman kuin vain yhden valtion lainsäädäntö. Wienin yliopiston ja Ruprecht-Karls-Universität Heidelbergin teettämässä raportissa todetaankin, että MKA 13 artiklassa ei ole kyse mistään muusta kuin tavanomaisesta kansainvälisestä tilanteesta, jossa tulee ottaa huomioon myös muiden jäsenvaltioiden lainsäädäntö.<sup>142</sup>

Kritiikkiä on esitetty myös mm. sen puolesta, että se sotii koko takaisinsaannin perimmäistä tarkoitusta eli velkojien suojaamista vastaan. On katsottu, ettei ole kohtuullista antaa konkurssivelallisen ja hänen sopimuskumppaninsa sopimalle *lainvalinnalle* näin suurta merkitystä suhteessa muihin konkurssivelallisen velkoihin<sup>143</sup>. Myös Bogdan on katsonut, että artikla johtaa epätydyttävään tilanteeseen, jossa osapuolten lakiviittaus toimii koko muun velkojakollektiivin kustannuksella<sup>144</sup>. Tähän ajatukseen on toisaalta helppo yhtyä, koska konkurssioikeudessa velkojien yhdenmukainen kohtelu ja heidän oikeuksiensa suojaaminen on asetettu arvojärjestyksessä korkealle. Siksi jonkin toisen arvon, kuten sopimussuhteen osapuolten tekemän lakiviittauksen korostaminen ohi tämän seikan vaikuttaa ensi katsomalta erikoiselta.

käsittelevät tieteilijät näyttävät selvästi puoltavan sitä tulkintaa, että viittauksella *ei mitään keinoja* on haluttu tarkoittaa, että sovellettavaksi voivat myös tulla muut siviilioikeudelliset perusteet, ei ainoastaan maksukyvyttömyyslain mahdollistamat. Aihetta on käsitelty enemmän sivulla 29. (Moss et al. 2009, s. 296, Virgós & Garcimartín 2004, s. 137.).

142. External evaluation of Regulation on Insolvency proceedings, Report, s. 311-312.

143. Bogdan 1992, s. 50. Myös Hollannin antamassa vastauksessa yliopistojen teettämään kyselyyn nostettiin sama seikka esiin. Vastauksessa todettiin, että velallisen pääintressien keskuksen mahdollistamia peräyttämismahdollisuuksia, jotka suojaavat velallisen kaikkia velkojia, ei voida kiertää ainoastaan kahden sopimuskumppanin tekemällä lakiviittauksella (External evaluation of Regulation on Insolvency proceedings, National Reports, s. 752.).

144. Moss et al. 2009, s. 297.

## 5.3.2 VASTAAJAN ASEMESTA

Jotkin tieteilijät ovat jopa pitäneet takaisinsaantivastaaajan saamaa suojaa liiallisena<sup>145</sup>. Mikäli artiklan funktio on suojata vastaajan oikeutettuja odotuksia, eikä hänelle nyt joka tapauksessa anneta tämä suojakeino, vaikka hän on voinut huomioida sopimuskumppaninsa mahdollisen ulkomaisen konkurssin ja siihen sovellettavan lain? Hollannin antamassa vastauksessa kiinnitettiin huomiota siihen, että MKA 3 ja 4 artiklan mukaisesti pääintressien keskus määrittää velallisen maksukyvyttömyysmenettelyyn sovellettavan lain, joka on velallisen sopimuskumppanien ennakoitavissa oleva tekijä, jonka he ovat voineet ottaa huomioon sopimussuhteeseen liittyvässä riskiarvioinnissaan. Velallinen voi kuitenkin täysin laillisesti muuttaa pääintressiensä keskuksen paikkaa, mikä saattaa olla sopimuskumppanille erittäin yllättävä tekijä, josta hän ei välttämättä ennen velallisen konkurssia tule lainkaan tietoiseksi. Eli Hollannin kannanoton mukaisesti velallisen sopimuskumppanille tuli antaa suojaa ainoastaan tilanteessa, jossa velallinen vaihtaa pääintressien keskustaan.<sup>146</sup> Myös INSOL Europe laati oman ehdotuksensa MKA:n

145. Koulu 2002, s. 314, alaviite nro 146.

146. External evaluation of Regulation on Insolvency proceedings, National Reports, s. 752. Tällöin Hollannin esityksen mukaan vastaajan tulisi jatkossa 13 artiklaan vedotessaan näyttää, että hän ei ole ollut tietoinen velallisen tekemästä pääintressien keskuksen vaihdoksesta. Lisäksi itse peräytyminen edellytykset määräytyisivät kyseisessä tilanteessa vastaajan ennakoiman, velallisen aikaisemman pääintressien keskuksen, lainsäädännön nojalla. Velallisen sopimuskumppanin teki sopimusta ja velallisen konkurssia koskevan riskiarvioinnin juuri tämän valtion lainsäädännön nojalla. Hollannin antamasta vastauksesta ei kuitenkaan ilmene, tarkoittaako ehdotus sitä, että osapuolten tekemä lakiviittaus kumoutuisi aina automaattisesti maksukyvyttömyysmenettelyn ollessa kyseessä ja velallisen vaihdettua hänen pääintressien keskuksaan sopimuksen solmimisen jälkeen. Heidän ehdotuksestaan nimittäin jää ensivaikutelma tällaisesta automaattisesta kumoutumisesta, jonka suhteen annettaisiin ainoastaan merkitystä sille, minne velallisen sopimuskumppani oli sopimusta tehtäessä tiennyt velallisen pääintressien keskuksen sijoittuvan. Toisaalta Hollannin ehdotuksessa lienee ollut tarkoitus, että oikeustoimeen sovellettavaa lakia ei enää lainkaan mainittaisi asetuksessa peräyttämisen estävänä keinona. Hollannin ehdotus voisi tietenkin olla yksi tapa järjestää MKA 13 artikla, mutta tällöin kumottaisiin kansainvälisen yksityisoikeuden yksi merkittävä periaate, joka takaa sopimussuhteen osapuolille mahdollisuuden valita heidän sopimukseen sovellettava laki. Pelkälle maksukyvyttömyysmenettelyn aloittamiselle ei mielestäni tulisi antaa näin laajaa vaikutusta suhteessa muihin kansainvälisen oikeuden periaatteisiin. Maksukyvyttömyysmenettelyn vaikutuksia ja kansainvälisen yksityisoikeuden muita periaatteita tulisi pystyä tulkitsemaan rinnakkain. Tällä hetkellä voimassa oleva 13 artikla vastaa tähän näkemykseen ja antaa myös osapuolten solmimalle lainvalinnalle oman sijansa maksukyvyttömyysmenettelyn yhteydessä.

muuttamisesta. Kyseisessä muutosehdotuksessa oli kiinnitetty huomiota mm. MKA 13 artiklaan, jonka osalta ehdotus oli vastaava Hollannin esiin tuoman kannan kanssa. INSOL Europe'n asiantuntijat katsoivat myös, että artiklaa tulisi muuttaa niin, että 4 artiklan 2 kohdan m -kohdasta ei sovellettu, mikäli sen jäsenvaltion laki, johon velallisen pääintressien keskus sijoittui sopimuksentekohetkellä ei salli mitään keinoja peräyttää kyseistä oikeustointa.<sup>147</sup> INSOL Euroopan ehdotus uudeksi 13 artiklaksi olikin seuraava:

*“Article 4 (2) (m) shall not apply if the law of the Member State where the centre of main interests of the debtor was situated at the time of the legal act does not allow any means of challenging that legal act in the relevant case”<sup>148</sup>.*

Wienin yliopiston ja Ruprecht-Karls-Universität Heidelbergin yliopistojen raportissa todetaan, että vaikka pääintressien keskuksen käsitettä täsmennettäisiinkin muutosehdotusta koskevalla tavalla, ei sitä koskeva uusi artikla kuitenkaan pystyisi kattavalla tavalla vastaamaan Hollannin asettamaan ennakoitavuusvaatimukseen<sup>149</sup>.

Edelleen lakiviittauksen osalta on katsottu, että osapuolet olisivat ennen sopimuksen solmimista tehneet arviointia sen suhteen, minkä maan maksukyvyttömyyslainsäädäntö olisi heille kaikkein suotuisin<sup>150</sup>. Artikla saattaisi näin ollen jättää takaisinsaantivastaaajalle tilaa taktikoimiselle<sup>151</sup>. INSOL Euroopan asiantuntijat perustivat näkemyksensä sen varaan, etteivät he nähneet mitään syytä sille, miksi velallisen sopimus-kumppanin tulisi olla oikeutettu edellyttämään, että oikeustoimi on peräytettävissä vain ja ainoastaan, mikäli sopimukseen sovellettava laki sallii tällaisen peräyttämisen<sup>152</sup>. Sopimukseen on voitu kirjata esimer-

147. Marks 2012, s. 232.

148. INSOL Europe Revision, s. 12.

149. External evaluation of Regulation on Insolvency proceedings, Report, s. 311.

150. Toisaalta, eikö tämä juuri ole koko lakiviittauksen perimmäinen funktio? Osapuolet tekevät arviointia ja valitsevat lopulta sen maan lainsäädännön heidän sopimukseen sovellettavaksi laiksi, joka parhaiten vastaa molempien sopijakumppanien intressejä.

151. Linna 2009, s. 848.

152. Marks 2012, a. 232. INSOL Euroopan laatimassa muutosehdotuksessa myös vedottiin Yhdysvaltojen korkeimman oikeuden vuonna 1883 antamaan päätökseen asiassa *Canada*

70 kiksi lakiviittaus toisen sopijapuolen mahdollisen konkurssin varalta.<sup>153</sup> Tosin tulisiko tällaisessa tilanteessa aina erottaa pelkät lakiviittaukset nimenomaisesti konkurssin varalta tehdyistä viittauksista?

Osapuolethan ovat voineet ottaa sopimukseen täysin ”yleisen” lakiviittauksen, joka kattaisi kaikenlaisten osapuolten väliseen oikeussuhteeseen liittyvien riitaisuuksien selvittämisen. Tämä voisi omalta osaltaan puoltaa sitä näkemystä, että lakiviittausta ei ole tehty suoranaisesti ajatellen toisen osapuolen konkurssia. Myös Koulu on katsonut, että lakiviittausta koskevassa tilanteessa olisi vaikeaa erottaa yllättävää lainsoveltamista piilevästä varautumisesta<sup>154</sup>. On myös syytä pitää mielessä, että kyseinen tulkinta ei ole Rooma I -asetuksen mukainen. Rooma I -asetuksen 3 artikla antaa sopimuskumppaneille valinnanvapauden heidän sopimussuhteeseen sovellettavan lain suhteen. Lakiviittausta ei voi siten suoralta kädeltä tulkita vilpillisessä mielessä tai taktikoimisen varalta tehdyksi vain sen takia, että se viittaa lainsäädäntöön, joka saattaa haitata tai vaikeuttaa peräyttämisen mahdollisuuksia.<sup>155</sup>

Velallisen sopimuskumppanin oikeuksien kannalta katsottuna artiklaa voi kuitenkin pitää tarpeellisenä. Sopimuskumppani ei ole välttämättä pystynyt lainkaan arvioimaan velallisen mahdollista konkurssia, joka samalla käänteellä ei ainoastaan varsin todennäköisesti lakkauta heidän sopimusta<sup>156</sup>, mutta myös muuttaa heidän sopimussuhteeseensa ja sen toteuttamiseen sovellettavan lain. Tätä voidaan pitää varsin yllättävänä tekijänä, minkä johdosta hänen oikeutetuille odotuksille on annettava jonkinasteista suojaa. Jotkin vastanneista jäsenvaltioista perustelivat artiklan tarkoitusta juuri tähän vedoten. Muun muassa Belgian ja Espan-

*Southern Railroad v. Gebhard*, jossa tuomioistuim katsoi, että jokainen, joka on tekemisissä ulkomaisen yrityksen kanssa, vapaaehtoisesti alistaa itsensä kyseisen ulkomaisen yrityksen valtion lainsäädännölle: “Every person who deals with a foreign corporation impliedly subjects himself to such laws of the foreign government affecting the powers and obligations of the corporation with which he voluntarily contracts, as the known and established policy (of) that government authorizes.” Supreme Court of the United States, 109 US 527 (1883).

153. Koulu 2002, s. 314 alaviite nro 147.

154. Koulu 2002, s. 314.

155. External evaluation of Regulation on Insolvency proceedings, Report, s. 312.

156. KonKL:n 3 luvun 8 §:n mukaan konkurssipesällä on kuitenkin ensisijaisesti oikeus sitoutua velallisen sopimukseen. Näin ollen sopimussuhde saattaa konkurssista huolimatta pysyä voimassa, mikäli pesänhoitaja katsoo, että siitä on enemmän hyötyä kuin haittaa konkurssipesälle.

jan antamissa vastauksissa todettiin, että se takaa tarkoituksensa mukaisesti suojaa kolmansien osapuolten oikeutetuille odotuksille<sup>157</sup>. Tämä tarkoitus mielessä pitäen artiklaa on pidetty onnistuneena valintana.

Edelleen velallisen sopimuskumppanin kannalta katsottuna artiklaa voidaan arvioida hänelle erittäin epäedullisena. Mikäli vastaaja päättää vedota artiklaan, se asettaa hänelle kohtuuttoman korkean väittämisen- ja todistustaakan. Vastaaja saattaa olla myös velvollinen näyttämään toteen negatiivisen seikan<sup>158</sup>. Hyvänä esimerkkinä negatiivisen seikan toteen näyttämisestä on Suomen TakSL 5 §, jossa yhtenä edellytyksenä on, että vastaajan olisi pitänyt tietää velallisen maksukyvyttömyydestä tai ylivelkaisuudesta taikka oikeustoimen merkityksestä velallisen taloudellisille oloille sekä seikoista, joiden vuoksi oikeustoimi oli sopimaton. Takaisinsaantitilanteessa pesänhoitaja on velvollinen näyttämään vastaajan tietoisuuden, ts. hänen vilpillisen mielensä, mikäli pesänhoitaja on nostanut kanteen TakSL 5 §:ään vedoten<sup>159</sup>. Puolestaan, mikäli vastaaja haluaisi esittää torjuntaväitteen Suomen laista, kääntyisi edellä esitetty todistustaakka<sup>160</sup>: pesänhoitajan todistustaakan sijasta vastaajan onkin näytettävä, ettei hän ole ollut tietoinen edellä kuvatuista seikoista<sup>161</sup>.

### 5.3.3 MUIDEN JÄSENVALTIOIDEN OIKEUSKÄYTÄNTÖÄ TORJUNTASTATUUTIN OSALTA

#### *Hollantilaisen tuomioistuimen ratkaisu*

Hyvänä esimerkkinä *torjuntastatuutista* on hollantilaisen tuomioistui-

157. External evaluation of Regulation on Insolvency proceedings, National Reports, s. 499.

158. Moss et al. 2009, s. 297.

159. Todistustaakka on siten normaali. Normaalisti pesänhoitaja osoittaa vain käsillä olevat olosuhteet ja väittää, että huolellisen sopimuskumppanin olisi vastaavissa olosuhteissa tullut ymmärtää oikeustoimeen liittyvä takaisinsaantiriski. Koulou 2009b, s. 317.

160. Di Rattalma on kiinnittänyt samanlaista huomiota Italiassa vallitsevaan tilanteeseen, jossa selvittäjän on näytettävä vastaajan vilpillinen mieli. Hän toteaa seuraavalla tavalla “... *the burden of proof is reversed...*”. Di Rattalma 2009, s. 30.

161. Tosin lähtökohtaisesti itse näkisin, että Suomen takaisinsaantilakiin ei ole kannattavaa vedota. Takaisinsaantiperusteet on määritelty kattavasti ja pesän ajamat kanteet Suomessa menestyvät suhteellisen usein. Kääntäen, pesän ei yleensä ole kannattavaa perustaa kannetta ainoastaan TakSL 5 §:ään, koska näyttötaakka vastaajan tietoisuudesta kuuluu tällaisessa tilanteessa pesälle. Pesän on huomattavasti helpompaa ajaa kannetta objektiiviseen perusteeseen nojaten, koska tällöin näytettäväksi ei jää muuta kuin tapauksen faktat.

men antama tuomio *Gustafen, Dutch decision*<sup>162</sup>. Tuomio on tosin annettu ennen MKA:n voimaantuloa, mutta sitä on tulkittu niin, että jos asetus olisi ollut voimassa, 13 artiklaa olisi sovellettu samalla tavoin ja tapauksen lopputulos olisi ollut sama.

Tapauksessa saksalainen yhtiö oli maksanut hollantilaiselle yhtiölle sen erääntyneen saatavan. Kaksi viikkoa myöhemmin saksalainen yhtiö meni konkurssiin ja yhtiön selvittäjä haki maksun peräyttämistä hollantilaisessa tuomioistuimessa<sup>163</sup> Saksan lakiin vedoten. Edelleen selvittäjä esitti, että hollantilainen yhtiö oli maksun vastaanottaessaan tiennyt konkurssiyhtiön maksuvaikeuksista. Ensisijaisesti tuomioistuin totesi, että sen maan laki, jossa insolvenssimenettely oli vireillä, tuli sovellettavaksi kyseiseen vaatimukseen. Tapauksen perusteluissa todetaan kuitenkin, että oikeusvarmuus edellytti tuomioistuimen ottavan huomioon, ettei hollantilainen yhtiö voinut olla varautunut siihen, että maksuun sovellettaisiin jonkin muun maan kuin Hollannin lakia. Saksan säädökset kyseisen maksun peräyttämiseen liittyen olivat myös huomattavasti tiukemmat kuin Hollannin säädökset. Edelleen tuomion perusteluissa katsotaan, että aloitusvaltion lakia tuli soveltaa ainoastaan, jos se on yhteensopiva sen valtion lain mukaan, joka sääntelee maksua. Tämän johdosta tuomioistuin katsoi, että maksuun tuli soveltaa Hollannin lakia Saksan lain sijaan<sup>164, 165</sup>.

162. Hollannin korkeimman oikeuden 7.3.2003 antama tuomio asiassa *Gustafen, Dutch decision*.

163. Tapauksesta huomaa hyvin ennen MKA:n voimaantuloa ja ennen *Seagon v. Deko Marty* tapauksen selventävää päätöstä vallinneen tilan. Saksassa takaisinsaantikanteet nostettiin vastaajan kotipaikan mukaisessa tuomioistuimessa täysin riippumatta siitä, oliko kyse kansallisesta vai kansainvälisestä vastaajasta. Saksassa ei noudateta *vis attractiva concursus* periaatetta. Kyseisestä periaatteesta enemmän kappaleessa kuusi. Tässä vaiheessa toten ainoastaan, että MKA:een ei otettu tällaista mallia. Virgós & Garcimártin 2004, s. 58.

164. Allen & Overy LLP 2010, s. 2-242.

165. Toinen hollantilainen tapaus oli Börlind Benelux ("Benelux") ja Börlind Germanyn ("Germany") välinen tapaus. Tapauksessa osapuolten välillä oli alun perin ollut jakelusopimus, jonka mukaisesti Germany toimitti Beneluxille kosmetiikkatuotteita. Jakelusopimus muutettiin myöhemmin komissiosopimukseksi. Beneluxin asiakkaat jatkoivat normaaliin tapaan tuotteiden tilaamista yhtiön kautta, mutta uusissa asiakkaille toimitetuissa laskuissa oli sekä Germanyn että Beneluxin tilitiedot. Laskuissa ei myöskään erikseen sanottu, kummalle tileistä maksut tuli suorittaa, joten osa Beneluxille tarkoitetuista suoritteista meni Germanylle. Myöhemmin Benelux asetettiin konkurssiin Hollannissa. Menettelyn selvittäjä nosti takaisinsaantikanteen Germanya vastaan vaatien Germanylle väärin suoritettuja maksuja peräyttäväksi konkurssipesään. Ensimmäinen oikeusaste hyväksyi selvittäjän kan-



*Italialaisten tuomioistuinten ratkaisuja*

Italialaiset tuomioistuimet puolestaan ovat päätyneet 13 artiklan soveltamisessa hieman erikoiseen tulkintaan, mistä johtuen torjuntastatuutti vetoaminen tuntuu olevan käytännössä mahdotonta. Italialaisessa tapauksessa *Soc. Volare Airlines v. Tramp Oil Aviation Ltd*<sup>166</sup> oli kyse tilanteesta, jossa Italiassa rekisteröitynyt yhtiö oli mennyt konkurssiin. Yhtiö oli ennen konkurssiaan suorittanut maksun englantilaiselle yhtiölle. Konkurssivelallisen selvittäjä haki kyseisen suorituksen peräyttämistä. Tapauksessa oli kyse siitä, pystyikö englantilainen yhtiö puolustautumaan takaisinsaantia vastaan vedoten 13 artiklaan. Italialainen tuomioistuin<sup>167</sup> katsoi, ettei artikla voinut tulla sovellettavaksi, koska selvittäjä oli nostanut takaisinsaantikanteen. Maksu oli tehty yhtiöiden välisen alkuperäisen sopimuksen nojalla ja selvittäjä puolestaan ei ollut kyseisen sopimuksen osapuoli. Näin ollen sopimukseen sovellettava laki ei myöskään voinut tulla sovellettavaksi nyt takaisinsaantia koskevassa tilanteessa. Tuomioistuin jatkoi perusteluita toteamalla, mikäli englantilainen yhtiö olisi voinut hyötyä 13 artiklasta, ei sopimukseen sovellettava laki olisi saanut sisältää mitään keinoja, joilla kyseinen oikeustoimi voitaisiin peräyttää. Perustelu vaikuttaakin olevan tuomion ainoa 13 artiklan mukainen perustelu.

Italialainen tuomioistuin oli jo aiemmin antanut samanlaisen tuomion tapauksessa *Grandis Grandi Magazzini Discount Srl v. Allgauland Kasereine gmbh*<sup>168</sup>, jossa se oli vahvistanut, että Italian laki tuli sovellettavaksi ohi sopimukseen sovellettavan lain takaisinsaantiasiassa. *Soc.*

teen. Germany valitti kyseisestä tuomiosta ylempään oikeusasteeseen. Ylempi oikeusaste katsoi, että peräyttämiseen sovellettiin MKA 4 artiklan 2 kohdan m-alakohdan mukaisesti *lex concursus*, eli Hollannin lakia. Tästä johtuen tuomioistuin katsoi, että asiassa ei ollut relevanttia, mitä lakia sovellettiin itse kommissiosopimukseen. Tapauksessa ei kuitenkaan käynyt ilmi, vetosiko vastaaja riittävällä tavalla juuri MKA 13 artiklaan tapauksessa. Mikäli näin olisi tapahtunut, olisi kommissiosopimukseen sovellettavalla lailla ollut huomattavastikin merkitystä peräyttämisen mahdollisuutta arvioitaessa. Hollantilainen tuomioistuin, *Gerechthof's Hertogenbosch*, 1.9.2009 antama tuomio, JOR 2010/27.

166. Italialaisen tuomioistuimen, Court of Busto Arsizio, 27.6.2008 antama tuomio asiassa *Soc. Volare Airlines v Tramp Oil Aviation Ltd* (N. 594).

167. Tästä tapauksesta taas voidaan huomata, että Italiassa noudatetaan *vis attractiva concursus*, kun selvittäjä on nostanut takaisinsaantikanteen konkurssivelallisen kotimaan tuomioistuimessa.

168. Italialaisen tuomioistuimen, Corte di Cassazione, 4.8.2006 antama tuomio asiassa *Grandis Grandi Magazzini Discount Srl v Allgauland Kasereine gmbh* (N. 17706/2006).

74 *Volare Airlinesilla* oli myös toinen takaisinsaantiasia, joka oli espanjalaista yhtiötä vastaan. Tässäkin tapauksessa italialainen tuomioistuin jatkoi samaa linjaansa ja totesi, että Italian laki tuli sovellettavaksi oikeustoimeen edellä esitetyin perustein, vaikka osapuolet olivat sopineet, että oikeustoimeen sovelletaan Espanjan lakia<sup>169</sup>.

#### *Saksalaisen tuomioistuimen ratkaisu*

Saksalainen tuomioistuin on myös antanut 13 artiklaan viittaavan ratkaisun, jossa itävaltalainen yritys A takasi saksalaiselle yritykselle H lainan. A oli samalla myös H:n osakkeenomistaja. Seuraavana päivänä A kumosi lainapäätöksen ja pyysi, että H siirtäisi rahat takaisin sen tilille. H toimikin tällä tavoin ja se palautti lainan nojalla saadut varat takaisin A:lle. Pian H ajautui konkurssiin ja sen konkurssimenettely aloitettiin Saksassa. H:n selvittäjä vaati, että lainapäätöksen kumoaminen oli perusteeton ja, että se voitaisiin peräyttää Saksan konkurssilain nojalla. A puolestaan vetosi, että 13 artiklan mukaan Itävallan laki tulisi ottaa asiassa huomioon. A katsoi, että Itävallan lain mukaan lainan peräyttäminen ei olisi mahdollista. Naumburgin tuomioistuin totesi, että Saksan yksityisoikeuden mukaan osakkeenomistajien antamat lainat yhtiöille olivat tulkittavissa joko yhtiöoikeuden alaan kuuluviksi tai insolvenssioikeuden alaan kuuluviksi, mutta kummassakaan tilanteessa Itävallan laki ei tulisi sovellettavaksi. Näin ollen A ei voinut vedota 13 artiklan myötä Itävallan lain soveltamiseen, koska sitä ei voitu soveltaa, mikäli oikeustoimeen sovellettava laki ja *lex concursus* olisivat ristiriitaisia.<sup>170</sup>

#### *Yhteenvetoa tapauksista*

Italialaisten tuomioistuinten valitsemaa linjaa on vaikea sovittaa yhteen 13 artiklan sanamuodon kanssa. Oli artiklasta esitetty kritiikki sitten minikälaista tahansa, sen tarkoitus on tarjota suojaa aloitusvaltion lakia vas-

169. Italialaisen tuomioistuimen, Courte di Busto Arsizio, 21.1.2008 antama tuomio asiassa *Soc. Volare Airlines v Compania De Petroleos SA*. (N. 594).

170. Saksalaisen tuomioistuimen, Higher Regional Court (OLG) Naumburg, 6.10.2010 antama tuomio. Tuomiossa todettiin seuraavalla tavalla: "Therefore A could not claim protection by the presumably more lenient Austrian rules under Article 13 EIR, since this provision did not apply if the law applicable to the challenged act (*lex causae*) and the *lex fori concursus* coincide."

taan antamalla takaisinsaantikanteen vastapuolelle mahdollisuus vedota sopimukseen sovellettavaan lakiin. Mikäli italialaiset tuomioistuimet jatkavat valitsemaansa linjaa, on vaikea hahmotella yhtäkään tilannetta, jossa vastaajalla olisi mahdollisuus suojautua takaisinsaantikanteelta 13 artiklaan vedoten.<sup>171</sup> On nimittäin erittäin epätodennäköistä, että selvittäjä tulisi missään tilanteessa olemaan osapuolten alkuperäisen sopimuksen tai peräytettäväksi vaaditun oikeustoimen osapuoli, mitä italialaiset tuomioistuimet nyt näyttävät edellyttävän.<sup>172</sup> Tähän ongelmaan on myös kiinnittänyt huomiota *The City of London Law Society* (CLLS) antaessaan vastauksen komission esittämään kyselyyn MKA:n kehittämisestä. Vastauksessaan CLLS tuo esiin huolensa siitä, että vastaavanlainen käytäntö ei jätä takaisinsaantivastaajalle mahdollisuutta vedota 13 artiklaan.<sup>173</sup>

Kuten *Soc. Volare Airlines v. Tramp Oil Aviation Ltd* tapauksen perusteluista voidaan huomata, siinä oli kuitenkin otettu yhtenä hyvänä seikkana huomioon se, ettei sopimukseen sovellettava laki olisi saanut sisältää mitään keinoja, joilla kyseinen oikeustoimi voitaisiin peräyttää. Tapauksesta ei ollut mahdollista saada tarkempaa kuvausta, mutta rohkenen olettaa, että Englannin laki mahdollisti jonkin peräyttämiskeinon, minkä vuoksi aloitusvaltion laki sai etusijan suhteessa lakiviittaukseen. Selvittäjän kannalta näyttäisi olevan erittäin edullista aina nostaa takaisinsaantikanne Italiassa, koska jos tuomioistuinten noudattama käytäntö tulee edelleen jatkumaan, ei selvittäjän koskaan tarvitse etukäteen edes puntaroida torjuntaväitteen mahdollisuutta.

Sen sijaan hollantilaisen tuomioistuimen antama päätös, vaikkakin annettu ennen MKA:n voimaantuloa, vaikuttaa juuri siltä, mitä 13 artik-

171. Italian oikeuskäytännössä on myös vakiinnutettu kanta, että sopimuksen yhteydessä tehtäviä maksuja tulee arvioida täysin irrallisina kokonaisuuksina itse sopimuksesta. Tämän näkökannan johdosta sopimuksen nojalla tehtyjen maksujen peräyttäminen tulee käsitellä erillään sopimuksesta. Tästä näyttäisi seuraavan se, että vastaaja ei voisi vedota 13 artiklaan tilanteessa, jossa peräytettävänä on sopimuksen yhteydessä tehty maksu. Di Rattalma 2009, s. 32. Kyseistä näkökantaa on vaikea hyväksyä, koska selvittäjän pyrkimyksenä lienee varmasti peräyttää sopimuksen nojalla tehty maksu ja vastaajan tavoitteena lienee osoittaa, että *lex contractuksen* nojalla maksun peräyttäminen ei onnistu. Kyseisellä tulkinnalla kierrettäisiin jälleen 13 artiklan tosiasiallista soveltamista.

172. Allen & Overy LLP 2010, 2-243.

173. CLLS Consultation, s. 18.

lalla on tarkoitettu. Tapauksessa osapuolet ovat mitä ilmeisimmin menelleet sopimuksen mukaisella tavalla, eli saksalainen yhtiö on maksanut sen sopimuskumppanin erääntyneen saatavan. Esimerkiksi, mikäli suomalainen konkurssivelallinen olisi tehnyt vastaavanlaisen suorituksen, ei maksua välttämättä olisi myöskään voitu peräyttää jo sillä perusteella, että se on saattanut olla TakSL 10 §:n mukainen tavanomainen, sopimussuhteen mukainen suoritus. TakSL 10 §:ssä mahdollistetaan, ettei maksu peräydy, jos sitä voidaan pitää *olosuhteet huomioon ottaen* tavanomaisena. Tavanomaisiksi maksuiksi arvioidaan pääsääntöisesti juoksevat maksut, kuten vuokrat ja palkat sekä verot ja julkiset maksut, jotka mahdollistavat liiketoiminnan harjoittamisen. Erityisesti maksuihin, jotka on suoritettu liiketoiminnan lopettamisen yhteydessä, on suhtauduttu hyvin epäluuloisesti.<sup>174</sup> Tapauksessa KKO 2011:24 toimialan yleisen maksukäytännön merkitys on ilmeisestikin vähentynyt arviotaessa maksun tavanomaisuutta. Yleinen maksukäytäntö huomioidaan vain, kun osapuolet ovat erikseen sitoutuneet toimimaan sen mukaisesti, toisin sanoen yleinen käytäntö ja osapuolten käytäntö sulautuvat yhteen. Ratkaisussa on myös tuotu vahvasti esiin se, ettei toimialoille saa kehittyä sellaisia omia maksu- ja toimituskäytäntöjä, jotka mahdollistaisivat takaisinsaannin periaatteiden syrjäytymisen.<sup>175</sup>

Valitettavaa hollantilaisessa tapauksessa on se, ettei siitä myöskään käy ilmi se mielenkiintoinen seikka, millä tavalla takaisinsaantioikeudenkäynti eteni prosessuaalisesta näkökulmasta. Missä vaiheessa torjuntaväite käsiteltiin, annettiin siitä välituomio ja miten korkealle

174. Koulu 2009b, s. 324.

175. Koulu 2009, konkurssioikeus> konkurssipesän omaisuusselvitys> takaisinsaanti> velan maksun peräytyminen> tavanomainen maksu. Osoite: <http://onlinepalvelu.sanomapro.fi/libproxy.helsinki>. KKO 1998:141 on taas erittäin hyvä esimerkki siitä, että hyvinkin suuret suoritukset saatetaan arvioida tavanomaisiksi, mikäli käytäntö on pitkään jatkunut samana. Huolintayhtiö oli maksanut takaisinsaantiaikana tullilaitokselle tullimaksuja yhteensä 5,3 miljoonaa markkaa. Tullimaksut olivat kuuluneet yhtiön toimeksiantajien maksettaviksi ja yhtiö oli laskuttanut toimeksiantajiltaan niiden määrän edelleen tullilaitokselle maksettavaksi. Yhtiön konkurssipesän vaatiessa näiden, pesän 3 miljoonan markan varoihin nähden huomattavien maksujen peräyttämistä takaisinsaannista konkurssipesään annetun lain 10 §:n nojalla pidettiin maksuja olosuhteet huomioonottaen tavanomaisina, koska tullimaksujen maksaminen tullilaitokselle ei poikennut yhtiön noudattamasta käytännöstä, tullilaitoksen saatavien kokonaismäärä ei ollut muuttunut siten, että kysymys olisi ollut pitkän ajan kuluessa syntyneen tilivelan maksamisesta.

vastaajan väittämistä ja todistustaakka asetettiin koko asian käsittelyssä. Näihin kysymyksiin olisi ollut erittäin mielenkiintoista saada vastaus, jotta olisin pystynyt vertailemaan edellä esitettyä kannanottoa siitä, mikä on prosessuaalisesti järkevin tapa käsitellä vastaajan torjuntaväite.

#### 5.3.4 YHTEENVETO JA DE LEGE FERENDA

Wienin yliopiston ja Ruprecht-Karls-Universität Heidelbergin teettämään kyselyyn vastasi 26 jäsenvaltiota, ja suurella osalla niistä ei ollut käytännössä minkäänlaista mielipidettä liittyen artiklan toteutettavuuteen. Vaikuttaakin, että artikla ei pääasiallisesti ole aiheuttanut ongelmia<sup>176</sup>. Ne jäsenvaltioiden vastauksenantajat, joilla oli mielipide artiklasta, katsoivat, että se tulisi joko kokonaan poistaa tai sitten sitä tulisi muuttaa. Esimerkiksi Saksan antamassa vastauksessa monet kyselyä varten haastatellut selvittäjät ja tieteilijät katsoivat, että artikla tulisi jättää asetuksen ulkopuolelle jo yksistään siitä syystä, että se monimutkaistaa takaisinsaantiprosessia, kasvattaa kuluja ja vie paljon aikaa<sup>177</sup>. INSOL Europen muutosehdotus 13 artiklan osalta puolestaan oli, että pääintressien keskus määrittää sovellettavan lain, mutta jos velallinen vaihtaa keskustaan, *lex concursusta* ei sovelleta, mikäli sen jäsenvaltion laki, johon pääintressien keskus sijoittautui sopimusta tehtäessä, ei salli mitään keinoja peräyttää kyseistä oikeustointa. Näin ollen yleisesti ottaen mielipiteet artiklan toteuttamisesta eivät ole viimeisen kymmenen vuoden aikana muuttuneet ainakaan sitä sallivampaan suuntaan.

Saksan vastauksessa todettuun huomioon voi vaikeuksista yhtyä. Torjuntaväitteen sisältävä takaisinsaantioikeudenkäynti paisuu kohtuuttoman laajaksi, jolloin se myös pitkittyy ja aiheuttaa merkittäviä kuluja pesälle. Oikeudenkäynnin jatkuessa, ei pesääkään saada selvitettyä ja lopetettua kohtuullisessa ajassa. Kuten on jo todettu, torjuntastatuuttien käytännön puoli on myös edelleen tuntematon. Muutamia, edellä esitettyjä jäsenvaltioiden kansallisia tapauksia lukuun ottamatta, torjuntastatuuttia koskevaa oikeuskäytäntöä ei ole, eikä suurella osalla eri

176. External evaluation of Regulation on Insolvency proceedings, National Reports, esim. Viro, Latvia ja Romania.

177. External evaluation of Regulation on Insolvency proceedings, National Reports, s. 499.

jäsenvaltioiden asiantuntijoista ole myöskään esittää edes mielipidettä sen soveltamisesta. Myös komission kertomuksessa Euroopan parlamentille, neuvostolle ja Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle todettiin, että 37 prosenttia vastaajista katsoi, että säännös ei toimi ollenkaan<sup>178</sup>.

Kuitenkin 13 artikla vaikuttaa olevan parhaiten järjestetty keino suojata takaisinsaantivastaaajan oikeutetut odotukset kansainvälisen konkurssin yllättävässä tilanteessa, samalla taaten myös muiden kansainvälisen yksityisoikeuden periaatteiden voimassaolon maksukyvyttömyysmenettelyn yhteydessä. INSOL Europen muutosehdotus kumoaisi osapuolten tekemän lakiviittauksen ainoastaan sen takia, että velallisen maksukyvyttömyystilanteessa ei voitaisi antaa etusijaa kahden sopimus-kumppanin tekemälle lainvalinnalle. Tämä sama seikka todetaan komission kertomuksessa, jossa todetaan, että MKA 13 artiklan mukaista monimutkaisuutta tarvitaan, jotta voitaisiin saada asianmukaisia tuloksia, kun otetaan huomioon osapuolten perustellut odotukset.<sup>179</sup> Vaikka vastaajalle asetettava väittämis- ja todistustaakka vaikeuttaakin hänen asemaansa ja hankaloittaa koko takaisinsaantioikeudenkäyntiä, on tämä välttämätön haitta, jotta voitaisiin välttää tilanteet, joissa peräyttämisen ei tosiasiallisesti kuuluisi realisoitua.

Yliopistojen teettämässä raportissa katsottiinkin loppuyhteenvetona, ettei MKA 13 artiklaa ole tarvetta poistaa tai muuttaa rajoittaen sen sovellettavuutta. Myöskään komission esittämässä MKA:n muutosehdotuksessa 13 artiklaa ei ehdotettu poistettavaksi eikä muutettavaksi asetuksista. Edelleen yliopistojen teettämässä raportissa pohdittiin, tulisiko 13 artiklaa muuttaa niin, että peräyttäminen olisi määriteltävissä myös positiivisesti. Tämä toisaalta johtaisi välittömästi siihen, että MKA 4 artiklan 2 kohdan m-kohta kävisi kokonaan tarpeettomaksi, mikäli peräyttäminen ja pätemättömyys olisi mahdollista määrittää 13 artiklan torjuntastatuutin nojalla sekä positiivisesti että negatiivisesti. Näin olleen sopimukseen sovellettava laki määrittäisi peräyttämiseen liittyvät kysymykset. Tästä puolestaan seuraisi, että sovellettavaksi saattaisi tulla useamman eri jäsenvaltion takaisinsaantisäännökset, mikä kasvattaisi huomattavassa määrin selvittäjän työmäärää. Nyt voimassa olevan ar-

178. COM(2012) 743 final, s. 14.

179. COM(2012) 743 final, s. 13.

tiklan mukaisesti selvittäjä ainoastaan esittää *lex concursuksen* mukaiset peräyttämisen edellytykset ja jää odottamaan, mikäli vastaaja haluaa vedota 13 artiklaan. Raportissa todetaankin, että yleistä viittausta laki-viittaukseen ei ole tarvetta ottaa asetukseen.<sup>180</sup> Edellä esitettyyn nojaten katson myös, ettei 13 artiklaa ole tarvetta poistaa asetuksesta. Myöskään artiklan muuttamiselle ei ole esitetty sellaista yhtä vartenotettavaa vaihtoehtoa, jonka asetus nyt mahdollistaa. Näin ollen, en esitä *de lege ferenda* -kannanottoa, vaan katson, että voimassa oleva *de lege lata* -tila on edellä esitetyt näkökannat huomioon ottaen riittävän toimiva ja turvaa oikeutetusti takaisinsaantivastaajan perusteltuja oikeuksia.

On kuitenkin huomattava, että asetus on ollut voimassa jo yli kymmenen vuotta ja tällä hetkellä käytäntö näyttääkin osoittavan, että torjuntaväitteen tekeminen ei ole arkipäivää saati sitten edes yleistä kansainvälisissä takaisinsaantiprosesseissa. Vaikka artiklan voidaan katsoa olevan tarpeellinen ja sen pysyttämistä on puollettu sekä kansallisissa raporteissa että myös komission viimeisimmässä ehdotuksessa, käytäntö vaikuttaa kuitenkin johtavan siihen, että takaisinsaantien osalta lainvalinta on ennakoitavaa ja se toteutuu asetuksen pääsäännön, *lex concursuksen* mukaisesti. Tämä myös helpottaa suuresti selvittäjän tehtävää hänen harkitessaan takaisinsaantikanteen nostamista, kun näyttäisi olevan niin, ettei hänen tosiasiansa tarvitse huolehtia muun jäsenvaltion lainsäädännön soveltamismahdollisuudesta<sup>181</sup>.

180. External evaluation of Regulation on Insolvency proceedings, Report, s. 313.

181. Selvittäjän tehtäviin kuuluu kuitenkin arvioida myös torjuntaväitteen mahdollisuus ennen takaisinsaantikanteen nostamista.

## 6. Liitännäistuomiot

### 6.1 LIITÄNNÄISTUOMIO KÄSITTEENÄ YLEISESTI

Maksukyvyttömyysmenettelyn aloitusvaltion tuomioistuimen päätökset voidaan jakaa kolmeen ryhmään: i) aloittamispäätöksiin, ii) menettelyn kulkua ja päättämistä taikka sovintoa koskeviin päätöksiin sekä iii) menettelystä *välittömästi johtuviin* (derivatiivisuuden vaatimus) tai siihen *läheisesti liittyviin* (konneksiteetin vaatimus) päätöksiin<sup>182</sup>. Tästä viimeisestä ryhmästä voidaan käyttää suomenkielisenä käännöksenä nimitystä liitännäistuomiot<sup>183</sup>. Koulu on esittänyt, että tyypillisin esi-merkki MKA:n mukaisesta liitännäistuomiosta on takaisinsaantioikeudenkäynnissä annettava tuomio.<sup>184</sup> Kuten edellä on todettu, Bryssel I -asetus sulkee konkurssit ja niiden liitännäisasiat sen soveltamisalan ulkopuolelle.<sup>185</sup> MKA 25 artiklan 1 kohdan toisessa alakohdassa todetaan liitännäistuomioiden tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta seuraavaa:

*"Mitä ensimmäisessä alakohdassa säädetään, on sovellettava myös maksukyvyttömyysmenettelystä välittömästi johtuvaan ja siihen läheisesti liittyvään päätökseen, silloinkin kun sen on antanut muu tuomioistuin".*

Kuten todettua, artiklasta seuraa, että liitännäisasiat tunnustetaan automaattisesti samalla tavoin kuin menettelyn aloittaminen. Sanamuodosta ilmenee, että liitännäistuomion voi antaa muukin kuin päämenettelyn tuomioistuin. Eräät tieteilijät ovat katsoneet ongelmaksi muodostuvan

182. Linna 2009, s. 845.

183. Pannen käyttää termiä "*Insolvency-related Proceedings*". Pannen 2007, s. 122. Tulen tässä tutkielmassa käyttämään liitännäistuomio -käsitettä.

184. Pohjoismaissa takaisinsaanti käsitellään erillisessä oikeudenkäynnissä, kun taas joissakin maissa se kuuluu konkurssimenettelyn yhteydessä ratkottaviin asioihin. Koulu 2009, s. 1074.

185. Tämä rajanveto ei kuitenkaan ole aina niin selvä, että voitaisiin suoralta kädeltä sanoa, kuuluuko jokin liitännäisasiat MKA:n vai Bryssel I -asetuksen soveltamisalan piiriin. Käsitelen tätä jäljempänä enemmän.



sen että tällä hetkellä voimassa oleva MKA 3 artiklan 1 kohta antaa jäsenvaltion tuomioistuimelle ainoastaan toimivallan, aloittaa päämenettely, mutta se ei määrittele, kuinka laaja tämä toimivalta tosiasiasa. Kyseinen ongelma on kuitenkin osaltaan ilmeinen, koska MKA tulee ymmärtää suhteessa Bryssel I -asetukseen, joka erottaa konkurssin muista siviilioikeudellisista asioista. Kuten jo aiemmin on todettu, asetusten rinnakkainen soveltaminen on tärkeää, jotta vältetään turhat aukkotilanteet niiden välillä.<sup>186</sup> Nyt voimassaolevassa MKA:ssa ei ole erikseen omaa sääntelyä liitännäistuomioita koskevasta tuomioistuimen toimivallasta. Yllä mainittu artikla nimittäin koskee ainoastaan muiden päätösten tunnustamista ja täytäntöönpanoa. Sanamuodosta ei voi myöskään suoraan johtaa, mitä liitännäisasiota sen sääntelyn piiriin tosiasiasa kuuluu, kun artikkelissa on ainoastaan todettu, että päätöksien tulee olla menettelystä välittömästi johtuvia ja siihen läheisesti liittyviä.

Jo nykyisellään voimassa olevasta artikkelista käy kuitenkin suhteellisen selväpiirteisesti ilmi toimivaltainen tuomioistuin tekemään tällaisia päätöksiä. 25 artiklan 1 kohdassa nimittäin viitataan seuraavalla tavalla: *"Sellaisen tuomioistuimen päätös, jonka päätös menettelyn aloittamisesta tunnustetaan 16 artiklan mukaisesti..."* Viittauksella tarkoitetaan siten menettelyn aloitusvaltion tuomioistuinta<sup>187</sup>. Koulu onkin todennut, että liitännäistoimivalta sulautuu MKA 3 artiklan 1 kohdan mukaiseen toimivaltaan<sup>188</sup>. Lisäksi johdanto-osan kuudes kohta tukee myös osaltaan tätä näkökulmaa: *"Tässä asetuksessa olisi suhteellisuusperiaatteen mukaisesti rajoitettava säätämään toimivallasta aloittaa maksukyvyttömyysmenettely ja tehdä päätöksiä, jotka johtuvat välittömästi maksukyvyttömyysmenettelystä ja jotka liittyvät siihen läheisesti."* Kuten kohdasta ilmenee, toimivalta aloittaa menettely ja toimivalta käsitellä liitännäisasiota on rinnastettu toisiinsa. Käsittelen tuomioistuimen toimivaltaa lähemmin kappaleessa 5.5.

Suurimpina ongelmina liitännäistuomioiden suhteen on nähty neljä tekijää: i) rajanveto sen suhteen, mitkä asiat kuuluvat MKA:n ja

186. Virgós & Garcimartín 2004, s. 55-56.

187. Tarkoittaen sekä päämenettelyn aloittanutta että sekundäärimenettelyn aloittanutta.

188. Koulu 2009, kansainvälinen konkurssi> päämenettelyn aloittaminen> päämenettelyn liitännäistoimivalta> sulautuva liitännäistoimivalta. Osoite: <http://onlinepalvelu.sanoma-pro.fi/libproxy.helsinki.fi>.

82 mitkä puolestaan Bryssel I -asetuksen piiriin; ii) *vis attractiva concursukseen* liittyvä problematiikka; iii) tuomioistuimen toimivalta tutkia liitännäisasiaa, tulisiko sen olla yksinomainen vai valinnainen toimivalta; iv) insolvenssiliitännäisten ja siviili- ja kauppaoikeudellisten kanteiden kumulaatio.<sup>189</sup>

## 6.2 MITEN LIITÄNNÄISASIA MÄÄRITELLÄÄN?

Kuten edellä todettiin, MKA ei määrittele, mitkä asiat kuuluvat liitännäistuomion käsitteen piiriin. Tämä on ymmärrettävää, koska asetukseen ei ole missään nimessä ollut tarkoitus ottaa kaiken kattavaa listaa, jossa esiteltäisiin konkurssin liitännäisasiat<sup>190</sup>. Selvää kuitenkin on, että maksukyvyttömyysmenettelyn yhteydessä ei ole tarkoitus ratkoa velallisen ja hänen velkojan/velkojien välisiä ristiriitoja ja konflikteja, oli sitten kyse kansallisesta tai kansainvälisestä menettelystä. Konkurssin perimmäinen tavoite on toteuttaa koko velkojakollektiivin maksunsaanti tasapuolisesti. Kuitenkin jotkin edellä mainittujen osapuolten väliset riidat ovat niin läheisesti sidoksissa itse maksukyvyttömyysmenettelyyn, että ne on parasta käsitellä sen yhteydessä. Juuri nämä asiat ovat konkurssin liitännäisasiota.<sup>191</sup> Yleisesti ottaen kaikki asiat, jotka voitaisiin käsitellä myös ilman maksukyvyttömyysmenettelyä (esim. kanteet, joilla pyritään perimään konkurssivelallisen saatavia hänen velallisiltaan), eivät kuulu MKA:n tai kansallisen konkurssisääntelyn piiriin ja niiden suhteen tuleekin noudattaa yleisiä prosessioikeudellisia säännöksiä.<sup>192</sup> Esimerkiksi KonkL 3:3:n ja 3:4:n mukaan konkurssipesä voi käydä omistusoikeusriitoja sivullista vastaan tai ajaa kannetta konkurssisaatavaa koskevassa riita-asiassa. Kyseiset riidat kuuluvat siviiliriitojen piiriin ja ainoana poikkeuksena on, että riidan osapuolena on konkurssivelallisen sijaan konkurssipesä, koska velallinen on menettänyt määräysvallan omaisuutensa suhteen. Tällaisissa asioissa annettava tuomio kuuluu

189. External evaluation of Regulation on Insolvency proceedings, Report, s. 169.

190. Listan ottaminen ei ole myöskään millään tavalla mahdollista, koska se saattaisi joka tapauksessa olla syrjivä jotakin/joitakin jäsenvaltioita kohtaan, mikäli lista ei kattaisi heidän lainsäädännössä taattua maksukyvyttömyysmenettely-liitännäisasiata.

191. Virgós & Garcimartín 2004, s. 60.

192. Virgós & Garcimartín 2004, s. 62, Koulu 2000, s. 69.

Bryssel I -asetuksen soveltamisalaan.<sup>193</sup> Virgós on listannut muutaman tilanteen, jotka selvästi ovat liitännäsasioita ja kuuluvat aloitusvaltion tuomioistuimen toimivaltaan 3 artiklan nojalla. Näistä esimerkkinä juuri pesään kuuluvaa omaisuutta koskevat riidat selvittäjän ja velkojan välillä, yleistä velkojatarhaa loukkaavat toimenpiteet sekä selvittäjän toimivaltuuksia koskevat riidat.<sup>194</sup> Riedermann on myös esittänyt muutamien esimerkin konkurssiliitännäisistä tuomioista: a.) toimenpiteet, joilla pyritään estämään velkojia loukkaavat toimenpiteet (*avoidance actions*), tähän voidaan lukea takaisinsaantikanteet; b.) vaatimusten etusijaa koskevat kanteet; ja c.) konkurssilakiliitännäiset kanteet liittyen toimitusjohtajan henkilökohtaiseen vastuuseen.<sup>195</sup> Huomattavaa on, että myös selittävä raportti luettelee liudan esimerkkejä, jotka täyttävät konkurssiliitännäisyydeltä vaaditun edellytyksen. Tällaisia ovat mm. takaisinsaannit, kiistat saatavien valvontakelpoisuudesta ja etusijasta, selvittäjän ja velallisen väliset erimielisyydet sen suhteen, mitä omaisuutta konkurssipesään kuuluu.<sup>196</sup>

Liitännäsasialta edellytetään, että se täyttää eräänlaisen *kaksoistestin*: i) liitännäsasiaa koskevan kanteen juridisen perustan tulee liittyä insolvenssilainsäädäntöön (lopputuloksen tulee siis olla riippuvainen insolvenssilaisista) ja ii) prosessioikeudellisesta näkökulmasta katsottuna kanteen tulee olla erittäin läheisessä yhteydessä insolvenssimenettelyyn<sup>197</sup>. Muunlaisissa tilanteissa, joissa kaksoistesti ei täyty, kyseinen kanne ei luultavammin kuulu MKA:n soveltamispiiriin ja asia siirtyy Bryssel I -asetuksen alaan.

Määriteltäessä sitä, mitkä asiat kuuluvat kansainvälisen liitännäsasian piiriin, kansallinen laki ei kuitenkaan anna vastausta siihen, kuuluu-

193. Linna 2009, s. 842.

194. Virgós & Garcimártin 2004, s. 61.

195. Riedermann 2007, s. 377-378.

196. "It includes actions to set aside acts detrimental to the general body of creditors (see Article 13); actions on the personal liability of directors based upon insolvency law, i.e. the *action en complément pour insuffisance d'actif*" vis-à-vis the managers of the company provided by the French Law, which the Court of Justice of the European Communities considered as a bankruptcy action in its Judgment of 22 February 1978, Case 133/78; actions relating to the admission or the ranking of a claim; disputes between the liquidator and the debtor on whether an asset belongs to the bankrupt's estate, etc." Report 1996, s. 122.

197. Virgós & Garcimártin 2004, s. 61.

84 ko jokin tietty liitännäispäätös juuri MKA 3 artiklan soveltamisalaan. Liitännäispäätöksen kuulumista 3 artiklan soveltamisalaan ei voida ratkaista vetoamalla kansalliseen lakiin. Tällaisen täydennyksen hakeminen kansallisesta laista ei ole perusteltua siitä syystä, että vakiintuneen tulkintaperinteen mukaan yhteisöoikeuden käsitteet määrittellään autonomisesti: ne tulee siis suhteuttaa myös muuhun yhteisöoikeuteen ja sen myötä vakiintuneisiin periaatteisiin. Kansallisiin lakeihin nojautuminen olisi vastoin oikeudellisen yhteistyön perusideaa.<sup>198</sup>

Bryssel I -asetuksen osalta EY-tuomioistuin on korostanut autonomista tulkintaa asiassa *Draka NK Cables and others*, jossa oli kysymys siitä, oliko ulkopuolisella velkojalla, joka ei ollut eksekvaturimenettelyssä asianosaisena, oikeus hakea muutosta täytäntöönpanokelpoiseksi julistamista koskevaan päätökseen. Yhteisöjen tuomioistuimen vastaus oli kieltävä. Tuomioistuin ei ratkaisussaan antanut merkitystä kansallisen lain asianosaiskäsitteelle, koska asetuksen säännöksiä on vakiintuneen käytännön mukaisesti tulkittava itsenäisesti käyttäen perustana ainoastaan sen järjestelmää ja tavoitteita. Täydennyksien hakeminen kansallisesta laista ei ole siten sallittua<sup>199</sup>.

Koulu on katsonut, että kansallinen konkurssilaki, ja tilanteesta riippuen myös prosessilainsäädäntö, määräävät, mistä asioista menettelyn aloittanut tuomioistuin saa tehdä päätöksiä kansainvälisessä konkurssissa.<sup>200</sup> Tulkinnan mukaan MKA delegoi liitännäistoimivallan ulottuvuuden kansallisille konkurssilaeille, mistä luonnollisesti seuraa, että liitännäistoimivalta vaihtelee jäsenvaltioittain. Itse asettuisin Linnan näkökannalle, jonka mukaisesti edellä esitetty tulkinta toimii kansallisessa konkurssissa, mutta eurooppalaisen konkurssin ollessa käsillä,

198. Linna 2009, s. 841, Virgós & Garcimártin 2004, s. 57. External evaluation of Regulation on Insolvency proceedings, Report, s. 179.

199. Yhteisöjen tuomioistuimen 23.4.2009 antama tuomio asiassa *Draka NK Cables and others* (C-167/08).

200. Koulu 2009, kansainvälinen konkurssi> päämenettelyn aloittaminen> päämenettelyn liitännäistoimivalta> sulautuva liitännäistoimivalta. Osoite: <http://onlinepalvelu.sanomapro.fi.libproxy.helsinki.fi>.

kansallinen konkurssilaki ei voi määrätä, kuuluuko jokin liitännäisasia MKA:n tarkoittamaan aloitusvaltion kansainväliseen toimivaltaan.<sup>201</sup> Mikäli aloitusvaltion kansallinen laki olisi määrittäjänä, saattaisi syntyä tilanteita, joissa jokin liitännäisasia ei täyttäisi 25 artiklan 1 kohdan 2 alakohdassa vaadittuja konneksiteetin ja derivatiivisuuden edellytyksiä. Tunnustavathan jäsenvaltiot eri tavalla *vis attractiva concursus* -periaatetta, jonka mukaisesti maksukyvyttömyysmenettelyn aloitusvaltiolla saattaa olla toimivalta tutkia kaikki velallista koskevat kanteet, liittyvät ne itse konkurssimenettelyyn tai eivät.<sup>202</sup> Onkin hyvä pitää mielessä, että ne seikat, jotka jäävät konkurssiliitännän ulkopuolelle tulee ratkaista muun kuin aloitusvaltion lain mukaan. Tällöin sovellettavaksi voi tulla esinestatuutti tai velvoitestatuutti.<sup>203</sup>

### 6.3 MKA:N MUKAISEN LIITÄNNÄISASIAN MERKITYS TAKSL:N SUHTEEN

Konkurssin aloittaneen valtion kansallinen konkurssilaki määrää, kuinka laaja tuomioistuimen liitännäistoimivalta on ja mitä päätöksiä sillä on oikeus tehdä. Suomen osalta KonkL 7:3 § ja TakSL 23.2 § määrittävät tuomioistuimen kansallista liitännäistoimivaltaa. KonkL 7:3 onkin otsikoitu: *Toimivaltainen tuomioistuin muussa konkurssia koskevassa asiassa*<sup>204</sup>. Pykälän mukaisesti konkurssista päättäneellä tuomioistuimella tai tuomioistuimella, jonne asia on siirretty, on annettu toimivalta päättää mm. pesänhoitajan määräämisestä ja vapauttamisesta sekä velkojen päätöksen kumoamisesta. Onkin hyvä todeta, että jäsenvaltioiden tuomioistuimilla ei ole esimerkiksi oikeutta vapauttaa päämenettelyn selvittäjää.<sup>205</sup> EY-tuomioistuin vahvisti *Seagon v. Deko Marty* -tapauksessa, että maksukyvyttömyysmenettelyn aloitusvaltion tuomioistuimella on

201. Linna 2009, s. 842. "No referral back to national law", Virgós & Garcimártin 2004, s. 57.

202. Linna 2009, s. 842.

203. Koulu 2009, s. 1157. Esim. riitaa siitä, kuka omistaa varallisuuserän ei ratkaista aloitusvaltion lain nojalla.

204. Kuten jäljempänä tulen toteamaan, Suomessa konkurssituomioistuimen liitännäistoimivalta on katsottu varsin suppeaksi ja se käsittääkin ainoastaan konkurssimenettelyn etenemiselle välttämättömät ratkaisut (Koulu 2000, s. 70.).

205. Koulu 2009, s. 1075. Muiden jäsenvaltion tuomioistuimilla tuskin olisi myöskään kompetenssia käsitellä vapauttamista koskeva hakemus.

86 kansainvälinen toimivalta tutkia takaisinsaantikanne. Tuomioistuimen perusteluista voidaan tulkita, että sen argumentaatio perustui seuraaviin seikkoihin:

i) Saksan lain mukaan takaisinsaannista ja takaisinsaantikanteesta säädetään sen maksukyvyttömyyslaissa,

ii) lain mukaan vain selvittäjä voi nostaa takaisinsaantikanteen

ja

iii) kanne nostetaan pesän velkojen edun tavoittelemiseksi.<sup>206</sup>

Siitä huolimatta, että Suomessa takaisinsaannista säädetään erillisessä TakSL:ssa, kanteen voi pesänhoitajan ohella nostaa myös konkurssivelkoja<sup>207</sup> ja kanne voidaan käsitellä konkurssituomioistuimen sijaan OK 10 luvun säännösten mukaisesti, eli vastaajan kotipaikan tuomioistuimessa<sup>208</sup>. Myös suomalaisen takaisinsaantikanteen voidaan katsoa johtuvan välittömästi maksukyvyttömyysmenettelystä ja liittyvän läheisesti siihen. Jos Suomessa on aloitettu MKA:n mukainen päämenettely ja käy ilmi, että velallinen on maksanut kriittisenä aikana velkansa espanjalaiselle yritysvelkojalle<sup>209</sup>, suomalaisella tuomioistuimella on kansainvälinen

206. Linna 2009, s. 844.

207. Velkojan asiavaltuutta on pidetty merkitykseltään melko vähäisenä ja sitä harkittiin myös poistettavaksi laista. Tosin asiaan ei puututtu TakSL:n eikä myöskään KonkL:n valmistelussa, mistä johtuen velkojan asiavaltuus säilyi yhä TakSL:ssa. Taitaakin olla niin, että periaatteessa vain suurimmat velkojat (verottaja, pankit ja eläkevakuutusyhtiöt) pystyvät nostamaan takaisinsaantikanteita pesän sijasta, kun taas yksittäiset pienemmät velkojat eivät pysty tähän kuluvastuun johdosta. Ks. myös alaviite 76. Hupli 2006, s. 48.

208. Tuomioistuinta koskevasta omaksumisesta seuraakin, että saman konkurssin eri takaisinsaantikanteet saattavat hajautua eri tuomioistuihin. Tosin se, että nykyinen TakSL mahdollistaa kanteiden käsittelyn myös konkurssituomioistuimessa helpottaa suuresti kanteiden keskittämistä samaan tuomioistuimeen. Erityisesti tilanteissa, joissa oikeuskysymykset ovat kaikissa tapauksissa samat. On myös muistettava, että takaisinsaantiforum on *tahdonvaltainen*, toisin sanoen toimivaltaisesta tuomioistuimesta voidaan sopia ja riita voidaan ohjata jopa välimiesmenettelyn piiriin. Koulu 2009d, s. 202.

209. Menettely voi olla myös territoriaalikonkurssi.

toimivalta tutkia espanjalaista yritystä vastaan nostettu takaisinsaantikanne. Suomalainen takaisinsaantikanne ei muodosta yleistä siviilikanetta vain sen takia, että myös velkojille on pesänhoitajan ohella annettu oikeus hakea takaisinsaantia. Tämä oikeus perustuu nimenomaan velkojien asemaan konkurssivelkojina. Mikäli velkoja onnistuu takaisinsaantikanteen myötä saamaan omaisuutta peräytetyksi vastaajalta, kuuluu tällainen omaisuus konkurssipesään eikä suinkaan velkojalle itselleen<sup>210</sup>. Näin ollen myös velkojan ajaman takaisinsaantikanteen voidaan yhtä lailla nähdä toteuttavan kaikkien velkojien etua. Myöskään sillä ei ole merkitystä, että Suomessa takaisinsaantia on mahdollista hakea kahdessa sellaisessa menettelyssä, joita ei lueta MKA:n soveltamisalaan. Näillä tarkoitan ulosottoa ja yksityishenkilön velkajärjestelyä.<sup>211</sup>

### *Takaisinsaanti kuuluu selvästi liitännäisasioiden piiriin*

Edellisen nojalla voidaan todeta, että pääsääntöisesti takaisinsaantiuomiot ovat liitännäistuomion käsitteen piirissä ja ne tulee tunnus-taa ja panna täytäntöön, kuten menettelyn aloittamista koskeva päätös. Suomen kannalta takaisinsaannin liitännäisyys maksukyvyttömyysmenettelyyn on suhteellisen selväpiirteinen seikka<sup>212, 213</sup>. Takaisinsaannilla

210. Pieni ongelma syntyy kuitenkin velkojan ajaman takaisinsaantikanteen suhteen. Nimitään takaisinsaantivastaaja voi hyvin maksaa velkojan saatavan, jolloin kanne jää silleen. Velkojan saama maksu ei tällaisessa tilanteessa kuulu konkurssipesään, vaan velkojalle itselleen. Tämä näkökanta on vahvistettu KKO:n tuomiossa 1988:111, jossa velkoja oli luopunut takaisinsaantikanteesta sen jälkeen, kun hän oli saanut vastaajalta maksun konkurssi-saatavalleen. Vastaajalta saadut varat eivät kuuluneet konkurssipesään. Lisäksi Mellqvist ja Welamson ovat nostaneet esiin hyvän seikan siitä, että myös Ruotsissa velkojan ajaman takaisinsaantikanteen kautta saadut varat kuuluvat konkurssipesään, eikä velkoja ole edes konkurssihallinnon antaman suostumuksen nojalla ajamaan kannetta omaksi edukseen. Welamson & Mellqvist, 2003, s. 129 alaviite 17.

211. Linna 2009, s. 845-846.

212. Takaisinsaannin selvä asema johtuu myös siitä, että se on yksiä vanhimpia konkurssi-oikeudellisia instituutioita. Se sisältyi lähes nykyisen kaltaisena 1300-luvulla ensimmäisiin Euroopassa säädettyihin konkurssilakeihin. Koulou 2009b, s. 305.

213. Myös *Seagon v. Deko Marty* -tapauksessa julkiasiamiehenä toiminut Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer esitti, että kyseisessä tapauksessa oli selvästi kyse maksukyvyttömyysmenettelyn liitännäisasiasta. Hän perusteli kantaansa seuraavalla tavalla: "Se, että kyseessä on kaksiasianosaismenettely eikä yleistäytäntöönpanon kaltainen kollektiivinen menettely, ei riitä katkaisemaan kanteen ja maksukyvyttömyysmenettelyn välistä yhteyttä. Kaikki asiassa esitetyt osoittaa, että kyse on kanteesta, joka liittyy kiinteästi maksukyvyttömyyden toteamiseen tuomioistuimessa ja jonka nostamiseen ainoastaan selvittäjällä on toimivalta, mikä puolestaan on merkki siitä, että se liittyy välttämättä maksukyvyttömyysmenettelyyn."

voidaan nähdä olevan vaikutus kaikkiin asiaan osallisiin: sillä tavoitel-  
laan yleisen velkojatahon yhdenmukaista kohtelemista ja sitä voidaan  
hyödyntää riippumatta siitä, tarjoaisivatko yksityisoikeudelliset sään-  
nökset jonkinlaista muuta suojaa. Mikäli selvittäjä onnistuu kanteen  
ajamisessa, peräyttämällä saadut varat tulevat koko konkurssivelallisen  
velkojatahon hyödyksi<sup>214</sup> ja ne kerryttävät pesän varallisuustilannetta.

Itsestäänselvyys myös lienee, että takaisinsaantikannetta ei ole mah-  
dollista nostaa, ellei maksukyvttömyysmenettely ole vireillä, vaan täl-  
löin saattavat realisoitua muunlaiset siviilioikeudelliset kannemah-  
dollisuudet. Kanteen nostamiseen varattu määräaika on myös täysin  
sidoksissa itse menettelyn kulkuun: esimerkiksi Suomessa kanne tulee  
TakSL 24 §:n mukaisesti nostaa vuoden kuluessa konkurssin alkamisesta  
ja Virossa puolestaan kolmen vuoden kuluessa konkurssin julistami-  
sesta<sup>215</sup>. Jo pelkästään nämä seikat tekevät takaisinsaannin kuulumisen  
maksukyvttömyyden liitännäisasioiden piiriin ilmeiseksi. Kuitenkin, *F-  
Tex v. Jadecloud* -tapauksen valossa (jota esitellään seuraavassa kapp-  
leessa), myös takaisinsaantikanteen ollessa kyseessä on aina syytä tehdä  
Virgósin ja Garcimartínin esittämä kaksoistesti, jotta saataisiin selville,  
onko kanne riittävän läheisessä yhteydessä itse maksukyvttömyysme-  
nettelyyn. Myös Linna on tuonut esiin sen, että *Seagon v. Deko Marty*  
-tapauksesta ei seuraa, että kaikki takaisinsaantikanteet automaattisesti  
kuuluisivat menettelyn aloittaneen tuomioistuimen toimivaltaan, vaan  
kannetta tutkittaessa tulee erikseen kiinnittää huomiota siihen, min-  
kälaisesta kansallisen lain mukaisesta *kannetyypistä* on kyse.<sup>216</sup> Kuten  
todettua, Euroopan alueella ei missään nimessä ole yhtenäistä takaisin-  
saantikanteen käsitettä<sup>217</sup>.

Julkisasiamiehen kannanotto 16.10.2010, kohta 57.

214. Mikäli näin ei tapahdu ja peräyttämisestä hyötyykin ainoastaan yksittäinen velkoja, ei  
kyseessä ole, ainakaan eurooppalaisen konkurssin ollessa käsillä, konkurssiliitännäinen  
tuomio. Tämä kävi ilmi jäljempänä esiteltävästä *F-Tex v. Jadecloud* -tapauksesta, jossa  
Saksan lain mukaan selvittäjän oli mahdollista ns. myydä kanneoikeus edelleen. Tällaisen  
tilanteen ei katsottu kuuluvan MKA:n soveltamisalan piiriin.

215. Tämä tieto perustuu KKO 2006:108 tapaukseen, jossa viitataan Viron konkurssilain 50  
§:n 2 kohtaan.

216. Linna 2009, s. 845.

217. Kuitenkin myös eräänlainen siviiliperusteinen takaisinsaantioikeus on myös taattu  
eri jäsenvaltioissa (*civil actio pauliana*). Kanteen nostaminen ei edellytä lainkaan, että  
maksukyvttömyysmenettely on aloitettu. Tosin esim. Saksan ja Espanjan lainsäädäntö



Seuraavaksi käsittelemme kahta mielenkiintoista tapausta, joista toisessa todettiin, että takaisinsaantikanteet kuuluvat vahvasti insolvenssimenettelyn piiriin, mistä johtuen ne tulee sulkea Bryssel I -asetuksen ulkopuolelle. Jälkimmäisessä tapauksessa päädyttiin tulkitsemaan, että hieman poikkeavanlaisessa tilanteessa, jossa selvittäjä itse ei ajanut takaisinsaantikannetta, ei kanne myöskään voinut kuulua MKA:n soveltamisalaan, vaan sen katsottiin olevan siviili- ja kauppaoikeudellinen asia.

## 6.4 TAPAUKSET GOURDAIN V. NADLER JA F-TEX SIA V. LIETUVOS-ANGLIJOS UAB „JADECLOUD-VILMA

### *Gourdain v. Nadler*

Tapauksessa *Gourdain v. Nadler*<sup>218</sup> tehtiin merkittävä päätös sen osalta, että takaisinsaanti oli konkurssin suhteen ”*muu rinnastettava menettely*” edellyttäen kuitenkin, että se ”*johtuu välittömästi konkurssista ja liittyy kiinteästi juuri tämän tyyppiseen omaisuuden realisointimenettelyyn tai yleistäytäntöönpanomenettelyyn*”<sup>219</sup>. Tätä päätöstä pidetäänkin yhtenä edeltäjätuomiona, jota on monesti hyödynnetty tuomioiden perusteissa, mm. *Seagon v. Deko Marty* -tapauksessakin<sup>220</sup>.

mahdollistaa kanteen nostamisen myös maksukyvyttömyysmenettelyn yhteydessä. Pineiro 2010, s. 19.

218. EY-tuomioistuimen 22.2.1979 antama tuomio *Henri Gourdain v. Franz Nadler*. Vaikkakin tapausta on pidetty erittäin merkittävänä, sen on jälkepäin tulkittu olevan epäselvä. On katsottu, että tapaus ei pysty vastaamaan kaikkiin insolvenssiliitännäisasiota koskeviin ongelmiin, vaan se jättää huomattavaa tulkinnanvaraa. Tästä syystä eri tutkijat ovat olleet yhtä mieltä siitä, että asetukseen tarvittaisiin liitännäisasiota selventävä oma artiklansa. (External evaluation of Regulation on Insolvency proceedings, Report, s. 175.).

219. *Seagon v. Deko Marty* -tuomion 34. kohta.

220. Tapaukseen on viitattu myös mm. *SCT Industri AB, selvitystilassa v. Alpenblume AB* (yhteisöjen tuomioistuimen 2.7.2009 antama tuomio C-111/08) -tapauksessa. Kyseiseen tapaukseen ei myöskään sovellettu MKA:ta, koska se ei ollut vielä tullut voimaan. Lyhyesti kuvattuna tapaus koski kannetta, jossa vaadittiin vahvistettavaksi parempi oikeus osuuksiin, jotka SCT Industrilla oli eräässä Itävallan oikeuden mukaan perustetussa yhtiössä ja jotka oli myyty Alpenblumelle. Kanne nostettiin itävaltalaisen tuomioistuimen annettua tuomion, jossa Alpenblumen saanto kyseisiin yhtiöosuuksiin julistettiin pätemättömäksi. Ruotsalainen tuomioistuin esitti yhteisöjen tuomioistuimelle ennakkoratkaisukysymyksen, jossa se pyysi selvittämään, ”*tuliko Bryssel I -asetuksen 1 artiklan 2 kohdan b alakohdassa säädettyä, konkurssia, akordia ja muuta vastaavaa menettelyä koskevaa poikkeusta tulkit-*

Tapauksessa pyydettiin ratkaisua siihen, onko ranskalaisen siviili-tuomioistuimen antama tuomio selvitystilassa olevan oikeushenkilön tosiasiallista johtajaa vastaan varojen perimiseksi yhtiölle tuomio, joka on annettu konkurssissa, akordissa tai niihin rinnastettavassa menettelyssä (yleissopimuksen 1 artiklan 2 kohdan 2 alakohta) vai tuomio, joka on annettu yksityisoikeudellisessa asiassa (yleissopimuksen 1 artiklan 1 kohta). EY-tuomioistuin katsoi, että sellaista tuomiota, jolla ranskalainen siviilituomioistuin on Ranskan lain nojalla velvoittanut johtajan maksamaan rahasumman yhtiölle, oli pidettävä tuomiona, joka on annettu konkurssia tai siihen verrattavaa menettelyä koskevassa asiassa. Näin ollen yhteisöjen tuomioistuin jätti takaisinsaannin Brysselin yleissopimuksen soveltamisalan ulkopuolelle sillä perusteella, että sen 1 artiklan 2 kappaleen 2 kohdan mukaan yleissopimuksen kollisionormeja ei sovelleta takaisinsaantiin.

*F-Tex Sia v Lietuvos-Anglijos UAB „Jadecloud-Vilma”<sup>221</sup>*

Tapaus *F-Tex SIA v Lietuvos-Anglijos UAB „Jadecloud-Vilma”* (jatkossa *F-Tex v Jadecloud*) onkin varsin tuore unionin tuomioistuimen antama tuomio, joka liittyy liitännäistuomioita koskevaan problematiikkaan. Tapauksessa oli kyse tilanteesta, jossa NPLC -niminen yhtiö maksoi vuoden 2001 helmikuun ja kesäkuun välisenä aikana Jadecloudille 523.700,20 LTL:n suuruisen saatavan. Yhtiö teki kyseisen suorituksen maksukyvyttömydestään huolimatta. NPLC:n kotipaikka oli Saksassa ja Jadecloudin puolestaan Liettuassa. Saksalainen tuomioistuin, Landgericht Duisburg, aloitti 24.1.2005 NPLC:tä koskevan maksukyvyttömyysmenettelyn, jossa yhtiön ainoana velkojana oli *F-Tex* -niminen yhtiö, jonka kotipaikka oli Latviassa.

NPLC:n maksukyvyttömyysmenettelyn selvittäjä luovutti 28.8.2007

*tava siten, että sitä sovelletaan tuomioistuimen jäsenvaltiossa (A) antamaan ratkaisuun, joka koskee jäsenvaltiossa A kotipaikan omaavan yhtiön yhtiöosuuden omistusoikeuden rekisteröintiä, kun toisessa jäsenvaltiossa (B) sijaitsevan yhtiön konkurssipesän pesänhoitaja on luovuttanut tämän omistusoikeuden ja kun tuomioistuin on perustanut ratkaisunsa siihen, ettei jäsenvaltio A konkurssimenettelyjen vastavuoroista tunnustamista koskevan valtioiden välisen sopimuksen puuttuessa hyväksy pesänhoitajan toimivaltaa määrätä sen alueella sijaitsevasta omaisuudesta?”* Yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että tapauksessa tuli soveltaa Bryssel I -asetuksen mukaista poikkeusta.

221. Unionin tuomioistuimen 19.4.2012 antama tuomio nro C-213/10.

tehdyllä sopimuksella F-TeXille oikeuden kaikkiin saataviin, jotka NPLC:llä oli kolmansilta osapuolilta, myös oikeuden vaatia Jadecloudilta edellä mainitun saatavan palauttamista. Sopimusta tehtäessä selvittäjä ei antanut mitään takeita saatavien sisällöstä, määrästä tai siitä, olivatko saatavat tosiasiaa ja oikeudellisesti täytäntöön pantavissa. F-TeXillä ei ollut lain mukaan velvollisuutta periä näin luovutettuja saatavia. Mikäli F-TeX päättäisi ryhtyä peräyttämiseen, sen tulisi sopimuksen mukaan maksaa selvittäjälle 33 prosenttia peräyttämällä saamistaan varoista. F-TeX nosti kanteen ensin vastaajan kotipaikassa, eli Liettuassa, jossa tuomioistuin hylkäsi kanteen toteamalla, että se kuuluu saksalaisen tuomioistuimen toimivaltaan, koska päämenettely oli aloitettu Saksassa<sup>222</sup>. F-TeX valitti ylempään oikeusasteeseen Liettuassa, joka puolestaan palautti asian takaisin alempaan tuomioistuimeen. Ylempi oikeusaste katsoi, että toimivalta tutkia takaisinsaantikanne ei ollut yksinomainen ja tapauksen olosuhteet huomioiden, kanne tuli käsitellä vastaajan sääntömääräisessä kotipaikassa. F-TeX valitti myös samanlaisesti saksalaiseen tuomioistuimeen, joka tuomiossaan katsoi, että F-TeXin nostama kanne ei kuulu sen toimivaltaan erityisesti sillä perusteella, että vastaajan sääntömääräinen kotipaikka ei ollut Saksassa. Se ilmoitti F-TeXille, että sen kanne jätettäisiin todennäköisesti tutkimatta, mistä johtuen F-TeX peruutti kanteensa.

Jadecloud valitti liettualaisen ylempään oikeusasteeseen päätöksestä korkeimpaan oikeuteen, joka lopulta teki unionin tuomioistuimelle ennakkoratkaisukysymyksen. Tuomioistuin ei valitettavasti ottanut kantaa kuin ainoastaan liettualaisen tuomioistuimen esittämän ensimmäisen kysymyksen toiseen kohtaan, joka kuuluu seuraavalla tavalla:

*"1) Kun otetaan huomioon yhteisöjen tuomioistuimen [asiassa 133/78, Gourdain, 22.2.1979 antama tuomio (Kok., s. 733)]*

222. Eur-lexin -sivuilta löytyvästä tuomiosta ei käy ilmi, miksi liettualainen tuomioistuin tulkitsi asiaa näin. Uskaltaisin päätellä, että se johtui *Seagon v. Deko Marty* -tapauksesta, joka oli annettu tämän asian ollessa vireillä. Myöskään saksalaisen tuomioistuimen päätöksestä ei kyseisestä tuomiosta ilmene, millä perusteella tuomioistuin katsoi, että asia tuli käsitellä vastaajan sääntömääräisessä kotipaikassa. Täältäkin osin uskaltaisin päätellä, että tuomioistuin oli arvioinut, ettei kanteella ole riittävän läheistä yhteyttä itse maksukyvyttömyysmenettelyyn.

ja [asiassa C-339/07, Seagon, 12.2.2009 antama tuomio (Kok., s. I-767)], onko asetuksen N:o 1346/2000 3 artiklan 1 kohtaa ja asetuksen N:o 44/2001 1 artiklan 2 kohdan b alakohtaa tulkittava siten, että

a) maksukyvyttömyysmenettelyä käsittelevällä kansallisella tuomioistuimella on yksinomainen toimivalta käsitellä takaisin-saantikanne (*actio pauliana*), joka johtuu välittömästi maksukyvyttömyysmenettelystä tai liittyy siihen läheisesti, ja että poikkeukset tällaiseen toimivaltaan voivat perustua vain muihin asetuksen N:o 1346/2000 säännöksiin

b) sellaisen yrityksen, jonka osalta jossakin jäsenvaltiossa on aloitettu maksukyvyttömyysmenettely, ainoan velkojan nostama takaisin-saantikanne (*actio pauliana*), joka

- on nostettu toisessa jäsenvaltiossa,
- perustuu sellaiseen kolmansiin osapuoliin kohdistuvaan saamis-oikeuteen, jonka selvittäjä on vastikkeellisella sopimuksella luovuttanut kyseiselle velkojalle ja rajoittanut tällä tavalla selvittäjän saatavia ensin mainitussa jäsenvaltiossa ja joka
- ei vaaranna mahdollisia muita velkojia,

on luokiteltava asetuksen N:o 44/2001 1 artiklan 1 kohdassa tarkoitetuksi siviili- ja kauppaoikeudelliseksi asiaksi?"

Unionin tuomioistuin päätyi tulkitsemaan kysymystä niin, että kanne kuului Bryssel I -asetuksen 1 artiklan 1 kohdan piiriin, "koska sellaisen kantajan, joka toimii maksukyvyttömyysmenettelyssä määrätyn selvittäjän tekemän saatavan luovutuksen perusteella, kolmatta vastaan nostama kanne, joka koskee tähän menettelyyn sovellettavaan kansalliseen

*oikeuteen perustuvaa selvittäjän takaisinsaantioikeutta, on tässä säännöksessä tarkoitettu siviili- ja kauppaoikeudellinen asia”.*

Tuomioistuin katsoi siten, että F-TeXin nostama kanne ei ollut välittömästi sidoksissa velallisen maksukyvyttömyyteen eikä se myöskään liittynyt siihen läheisesti. Kanteen kuulumisesta Bryssel I -asetuksen soveltamisalaan seurasi, että kanne voitiin käsitellä vastaajan kotipaikan tuomioistuimessa. Lähtökohtaisesti katson, että kyseinen tulkinta johtui kolmesta tekijästä: i) *F-TeX ei ollut velvoitettu nostamaan kanteita Jadeclouidia vastaan*, kun taas selvittäjän on lähtökohtaisesti aina toimittava velkojien etujen mukaisesti<sup>223</sup>; ii) toiseksi, mikäli luovutuksensaaja nostaa kanteen, *se toimii oman etunsa mukaisesti ja omaksi hyödykseen*. Tällaisella kanteella saatu määrä tulee osaksi kantajan omaisuutta, mistä johtuen kanteen seuraukset ovat näin ollen erilaiset kuin selvittäjän nostaman takaisinsaantikanteen. Selvittäjän kanteella saatu omaisuus kuuluu pesän omaisuuteen<sup>224</sup>; iii) kolmanneksi Saksan lain mukaan *maksukyvyttömyysmenettelyn päättymisellä ei ole mitään vaikutusta takaisinsaantioikeuden luovutuksensaajan mahdollisuuteen vedota saamaansa oikeuteen*.<sup>225</sup> Saksan hallituksen mukaan luovutuksensaaja voi vedota tähän oikeuteen myös maksukyvyttömyysmenettelyn päättymisen jälkeen.<sup>226</sup> Huomattavaa asiassa oli kuitenkin se, että

223. Suomessa, *”jos velkojat eivät nimenomaisesti ole ottaneet kantaa pesänhoitajan oikeuteen nostaa takaisinsaantikanteita, lähtökohtana on, että pesänhoitaja on oikeutettu itsenäisesti päättämään sellaisten takaisinsaantikanteiden vireille panemisesta, joihin konkurssipesässä tehty selvitys antaa aihetta”*. Muuten velkojat voivat velkojainkokouksessa valtuuttaa pesänhoitajan nostamaan takaisinsaantikanteita ja muitakin kanteita. Kääntäen, velkojilla on myös oikeus rajoittaa pesänhoitajan oikeutta nostaa kanteita. Tällaisessa tilanteessa velkojat päättävät erikseen kunkin oikeudenkäynnin vireille laittamisesta. Konkurssiainain neuvottelukunnan suositus 9/2004, s. 1.

224. Tässä kohtaa tuomioistuin myös totesi, ettei sillä seikalla, että selvittäjä oli sopinut F-TeXin kanssa tietyistä prosenttiosuudesta, jonka F-TeXin tulisi maksaa pesälle perimällään saamista varoista, ollut mitään merkitystä asiassa. Tuomioistuin katsoi, että kyseisenlainen sopiminen kuuluu osapuolten väliseen sopimusvapauteen ja kyse on ainoastaan maksutavasta (tuomion kohta 45).

225. Tuomion perustelujen kohdat 43, 44 ja 46.

226. Tapauksesta saattaisi ensisilmäyksellä saada käsityksen, että ainoastaan selvittäjän nostamat takaisinsaantikanteet voidaan katsoa MKA:n piiriin kuuluviksi. Tällä olisi merkittäviä vaikutuksia Suomen osalta, koska myös velkojat, jotka ovat valvoneet saatavansa

94 F-*Tex* oli kuitenkin kyseisen pesän ainoa velkoja. Siten esimerkiksi kohdan ii) ei tulisi saada konkurssiliitännäisyyttä koskevassa arvioinnissa kovinkaan suurta merkitystä.

Erittäin harmillista tuomion osalta on, että liettualainen tuomioistuimien esitti unionin tuomioistuimelle myös kysymyksen aloitusvaltion toimivallasta, lähinnä siis liittyen siihen, onko aloitusvaltiolla yksinomainen toimivalta tutkia takaisinsaantikanteet ja voisivatko poikkeukset tähän toimivaltaan perustua ainoastaan muihin MKA:n säännöksiin. Valitettavasti unionin tuomioistuin ei ottanut tähän kysymykseen ollenkaan kantaa, koska kuten edellä todettiin, koko asiassa ei ollut lainkaan kyse MKA:n piiriin kuuluvasta asiasta.

## 6.5 TUOMIOISTUIMEN TOIMIVALTAKYSYMYS

### 6.5.1 LIITÄNNÄISASIOITA KOSKEVA TUOMIOISTUIMEN TOIMIVALTA ENNEN SEAGON V. DEKO MARTY TAPAUSTA JA MKA:N MUUTOSEHDOTUSTA

Kuten jo aiemmin todettiin, MKA 25 artiklan 1 kohdassa viitataan menettelyn aloitusvaltion tuomioistuimeen<sup>227</sup> antaen tälle tuomioistuimelle toimivallan käsitellä konkurssin liitännäisasiota. Ennen *Seagon v Deko Marty* -tapausta ja MKA:n muutosehdotusta oikeuskirjallisuudessa katsottiin, että vaikka 3 artikla antaa menettelyn aloitusvaltion tuomioistuimelle aina *yksinomaisen* toimivallan aloittaa päämenettely, päättää menettelyn kulusta ja päättämisestä taikka sovinnosta, ei tämä yksin-

velallisen konkurssissa, ovat TakSL:n mukaisesti oikeutettuja nostamaan takaisinsaantikan-  
teen. *F-*Tex v. Jadecloud** -tapauksesta ei kuitenkaan seuraa tällaista vaikutusta. Tapauksessa on nimittäin selvästi todettu Liettuan ja Saksan hallituksen puolesta, että luovutuksensaajan oikeuteen sovelletaan eri sääntöjä kuin maksukyvyttömyysmenettelyyn (tuomion kohta 42). Velkojan TakSL:n nojalla nostamaan kanteeseen taas sovelletaan samoja sääntöjä kuin maksukyvyttömyysmenettelyyn ja se on siten verrannollisesti samassa asemassa kuin pesänhoitajan nostama kanne. *Jadecloud*dilla olisi myös ollut oikeus saada suurin osa (67 %) varoista itselleen, kun taas TakSL:n mukaisesti velkojan nostaman kanteen kautta saadut varat eivät kuulu velkojalle itselleen, vaan ne tulevat luonnollisesti osaksi konkurssipesän varallisuutta.

227. Viittauksella tarkoitetaan sekä päämenettelyä että sekundäärikonkurssia, koska 16 artiklassa ei tehdä erottelua 3 artiklan 1 kohdan 2 kohdan välillä.

omaisuus kuitenkin kata konkurssiliitännäisiä asioita. Tuomioistuinten toimivalta ei ole samanlainen näissä kahdessa tapauksessa. Liitännäisasioiden osalta tulkittiin, että *valinnainen*<sup>228</sup> toimivalta on parempi vaihtoehto, jolloin myös muiden valtioiden tuomioistuimilla olisi toimivalta tutkia liitännäisasiasia, edellyttäen, että ne olisivat toimivaltaisia kanteen tutkimista varten<sup>229</sup>. Todetaanhan myös asetuksen 25 artiklan 1 kohdan toisessa alakohdassa, että liitännäisasiasiaa koskevan päätöksen voi antaa myös muu tuomioistuin kuin menettelyn aloittanut tuomioistuin. Yksinomainen toimivalta turvaa konkurssipesää ja menettelyn tavoitteita, mutta nämä piirteet saattavat vaikuttaa haitallisesti liitännäisasioiden käsittelyyn. Liitännäisasioiden suhteen yksinomainen toimivalta tuli nähdä eduksi, josta selvittäjä voisi tapauskohtaisesti luopua. Valinnaisen toimivallan osalta olisi riittävää, että selvittäjä (tai muu kanteen nostamiseen oikeutettu) nostaisi kanteen normaalien oikeuspaikkaa koskevien sääntöjen mukaisesti.<sup>230</sup>

Valinnaisuutta perusteltiin sillä, että jo sekundäärikonkurssi mahdollistaa poikkeuksen yksinomaiseen toimivaltaan. MKA 18 artiklan 2 kohdan mukaisesti sekundäärikonkurssin selvittäjä voi ”*esittää toisessa jäsenvaltiossa vaatimuksia oikeudenkäynnistä tai muutoin sillä perusteella, että irtainta omaisuutta on siirretty maksukyvyttömyysmenettelyn alkamisen jälkeen menettelyn aloitusvaltiosta tähän toiseen jäsenvaltioon*”. Jotta selvittäjä voisi esittää vaatimuksia toisessa jäsenvaltiossa, edellyttää tämä luonnollisesti sitä, että muiden jäsenvaltioiden tuomioistuimilla on kansainvälinen toimivalta käsitellä selvittäjän vaatimus. Omaisuuden siirtoa koskevilla tilanteilla edellä mainitun artiklan sanamuotoa on tulkittava siten, että se antaa sen jäsenvaltion tuomioistuimelle, jonne omaisuus on siirretty, myös toimivallan käsitellä kanne. Lisäksi omaisuuden siirtovaltiolla on myös läheisyysyistä lähtökohtaisesti paremmat edellytykset tutkia kanne.<sup>231</sup> Valinnaisuus on nähty myös paremmaksi vaihtoehdoksi tilanteissa, joissa vastaaja

228. Virgós ja Garcimartín ovat käyttäneet termiä ”*relatively exclusive*”. Virgós & Garcimartín 2004, s. 63.

229. Vastaajalla olisi siten kotipaikka kyseisessä valtiossa tai omaisuus olisi sijoittunut sinne, jolloin noudatettaisiin *forum lex rei sitae* -periaatetta.

230. Virgós & Garcimartín 2004, s. 63.

231. Virgós & Garcimartín 2004, s. 64.

96 ei ole kotoisin jäsenvaltiosta<sup>232</sup>. Lisäksi Virgós ja Garcimartín nostavat esiin yhteisön sisäisen näkökulman, jonka mukaisesti tiukan yksinomainen toimivalta ei ole edullinen myöskään tilanteessa, jossa vastaaja on kotoisin jostain jäsenvaltiosta. Esimerkkinä he mainitsevat seuraavan tilanteen: mikäli velkojat nostaisivat siviilioikeudellisen kanteen (*based on non-insolvency law*) jossain muussa jäsenvaltiossa velallista vastaan ja selvittäjä haluaisi tehdä insolvenssiliitännäisen vastakanteen, jolla hän pyrkisi näyttämään velkojien kanteen pätemättömyyden, hän ei voisi nostaa kyseistä kannetta tässä toisessa jäsenvaltiossa, koska hän olisi sidottu nostamaan kaikki liitännäiskanteet aloitusvaltion tuomioistuimessa.<sup>233</sup>

Edelleen valinnaisuuden puolesta puhuu kustannusnäkökulmat ja prosessiekonomia. Erityisesti tilanteissa, joissa sovellettava laki ei ole *lex concursus* (esimerkiksi kyseeseen tulisi MKA 13 artiklan mukainen torjuntastatuutti<sup>234</sup>), kanteen ajaminen aloitusvaltion tuomioistuimessa nostaa sekä välittömiä että välillisiä kustannuksia, sillä sovellettavaksi tuleva toisen jäsenvaltion lainsäädäntö ja sen relevantti sisältö tulee osoittaa ja näyttää. Sovellettavan lainsäädännön näyttämisen lisäksi myös erehdyksen ja väärinkäsityksen riski kyseisen lainsäädännön sisällöstä kasvaa<sup>235</sup>. Asiassa tulee myös huomioida täytäntöönpanoa koskevat kustannukset, kun aloitusvaltion tuomioistuimen antamasta tuomiosta tulee hakea erikseen täytäntöönpanoa vastaajan kotivaltiossa. Kyseisenlaisessa tilanteessa saattaa olla nopeampaa ja kannattavam-paa ajaa kannetta vastaajan kotipaikan tuomioistuimessa. Valinnaisuus

232. Käsittelem tätä näkökulmaa jäljempänä tässä osiossa.

233. Virgós & Garcimartín 2004, s. 65.

234. Olen aiemmin kappaleessa 4 käsitellyt torjuntastatuuttia ja sen käsittelyn yhteydessä olen myös arvioinut tuomioistuin- ja käsittelyjärjestyskysymystä.

235. Tosin muun lain kuin *lex concursuksen* soveltamista koskeva väite valinnaisuuden puolesta ei mielestäni ole kovin relevantti. Mikäli selvittäjä nostaisi kanteen vastaajan kotipaikan tuomioistuimessa, olisi selvittäjä velvollinen näyttämään sovellettavan *lex concursuksen* sisällön. Se, että kanne käsiteltäisiin aloitusvaltion tuomioistuimessa ja vastaaja vetoaisi esim. juuri oikeustoimeen sovellettavaan lakiin, asettaisi tapauksen täysin verrannolliseen tilanteeseen, jossa selvittäjä nostaa kanteen vastaajan kotipaikan tuomioistuimessa ja vaatii peräyttämistä *lex concursuksen* nojalla. Molemmissa tilanteissa on olemassa riski siitä, että tuomioistuimen joutuessa soveltamaan muun kuin oman valtionsa lainsäädäntöä se saattaa tulkita sovellettavaa lakia ristiriitaisesti tai jopa väärin. Siten omasta näkökulmastani tälle seikalle ei tule antaa turhan suurta painoarvoa liitännäisasian toimivaltakysymystä pohdittaessa.



nähtiin siten ennen kaikkea etuna, jonka osalta selvittäjälle (tai jollekin muulle kanteen nostamiseen oikeutetulle henkilölle) annettiin oikeus tehdä päätös sen suhteen, missä tuomioistuimessa hän nostaa kanteen. Tiivistäen voisi sanoa, että MKA:n katsottiin antavan aloitusvaltion tuomioistuimelle oikeuden tutkia liitännäisasiaa koskeva kanne, mutta tämä ei estänyt selvittäjää ajamasta kannetta jonkin muun jäsenvaltion toimivaltaisessa tuomioistuimessa (esimerkiksi vastaajan kotipaikan tuomioistuimessa), mikäli hän arvioi tämän kannattavammaksi kustannusten, ajankäyttöisten tai muiden syiden johdosta.<sup>236</sup>

### *Toimivallasta autonomisen konkurssioikeuden suhteen*

Mikäli takaisinsaantiasia ei koske eurooppalaista konkurssimenettelyä, vaan vastaajan kotipaikka sijoittuu johonkin kolmanteen valtioon, esim. Yhdysvaltoihin, tulee tuomioistuimen toimivaltaa määriteltäessä ottaa huomioon kunkin jäsenvaltion kansainvälisen yksityisoikeuden säännökset. KKO onkin antanut kaksi erittäin tuoretta ennakkoratkaisua, jotka molemmat liittyivät kansainväliseen takaisinsaantiin, jossa selvitettäväksi jäi, oliko KKO toimivaltainen käsittelemään kyseisiä kanteita. KKO katsoi ratkaisussa 2011:25<sup>237</sup>, että EU:n säädökset ja sopimukset yleistuomivallan säätelystä eivät luoneet riittävää toimivaltaa sille, että konkurssipesän nostama takaisinsaantikanne olisi voitu tutkia Suomessa. Kyseisessä tapauksessa vastaajat eivät siten olleet minkään jäsenvaltion kansalaisia, vaan he olivat Panamasta, Sveitsistä ja Liechtensteinista. Ratkaisussa 2012:63<sup>238</sup> KKO tarkasteli sitä, oliko suomalaisella konkurssipesällä oikeus nostaa suomalaisessa tuomioistuimessa takaisinsaantikanne Bahamalta ja Brittiläisiltä Neitsytsaarilta olevia yhtiöitä vastaan. Tässä tapauksessa KKO puolestaan tuli siihen lopputulokseen, että takaisinsaantiasioilla oli tosiasiallinen liityntä Suomeen, koska kyseiset yhtiöt olivat valvoneet suomalaisen yhtiön konkurssissa saatavansa. Valvonnasta seurasi, että vastaajilla oli sellaista Suomessa olevaa omaisuutta, jonka perusteella takaisinsaantiasian tuomio voitiin

236. Virgós & Garcimartín 2004, s. 65.

237. KKO:n 5.4.2011 antama päätös nro 2011:25.

238. KKO:n 25.6.2012 antama päätös nro 2012:63.

panna täytäntöön.<sup>239</sup>

HD on tänä vuonna antamassa ratkaisussaan<sup>240</sup> tulkinnut tuomioistuimen toimivaltakysymystä MKA:n ulkopuolisessa tilanteessa mm. juuri eurooppaoikeuden kannalta. Tapauksessa tuomioistuin katsoi, että lopputulos vastaisi MKA:n taustalla olevaa sääntelyä, mistä johtuen se katsoi, että ruotsalaisella konkurssipesällä oli oikeus nostaa Ruotsissa takaisinsaantikanne norjalaista vastaajaa vastaan, vaikka tuomioistuimen toimivaltaa ei voitu perustaa Ruotsin oikeudenkäymiskaaren (RB) toimivaltasäännöksiin.<sup>241</sup>

### 6.5.2 SEAGON V. DEKO MARTY

*Seagon v. Deko Marty* on erittäin olennainen tapaus, jossa käsiteltiin eurooppalaisen konkurssin takaisinsaantikannetta. Tapaus on mainittu jo aiemmin tutkielman eri kohdissa, mutta käsittelen sitä vielä omana kohtanaan ennen kuin esittelen komission ehdottaman artiklamuutoksen liitännäistoimivallan suhteen. Tulen myös arvioimaan kappaleessa kuusi niitä muita seurauksia, joita tapauksen perusteluista seurasi. Tapaus liittyi siis nimenomaisesti aloitusvaltion tuomioistuimen toimivaltaan tutkia takaisinsaantikanne, kun kanne oli nostettu sellaista vastaajaa vastaan, jolla oli sääntömääräinen kotipaikka toisessa jäsenvaltiossa. Tapauksessa yritys Frick Teppichboden Supermärkte GmbH, jolla oli Saksassa kotipaikka, siirsi vuonna 2002 belgialaiselle yhtiölle Deko Marty 50.000 euroa. Myöhemmin Saksassa aloitettiin Frick -yhtiötä vastaan maksukyvyttömyysmenettely.

Christopher Seagon oli menettelyn selvittäjä ja hän nosti takaisinsaantikanteen Deko Martya vastaan ensin Saksassa. Saksalainen tuomioistuin jätti asian ensin tutkimatta vedoten kansainvälisen toimivallan puuttumiseen. Saksan lainsäädännössä ei nimittäin ollut erillisiä säännöksiä tuomioistuinten kansainvälisestä toimivallasta takaisinsaantiasi-oissa<sup>242</sup>. Saksan lain mukaan kyseinen kanne tuli nostaa ja tutkia vas-

239. Linna & Könkkö 2013, s. 48.

240. Högsta domstol, 31.1.2013 antama tuomio asiassa *Siv Ing Benum AS v. Kinovox-Benum AB i likvidations konkursbo* (Ö 743-11).

241. Linna & Könkkö 2013, s. 48.

242. InsO 3 ja 102 §:ssä, joissa säädetään tuomioistuinten kansainvälisestä toimivallasta,

taajan kotipaikan tuomioistuimessa eli tässä tapauksessa belgialaisessa tuomioistuimessa<sup>243</sup>. Puolestaan Belgian lain mukaan kyseisenlainen prosessi kuuluu konkurssimenettelyn aloittaneen tuomioistuimen toimivaltaan ja tästä johtuen tuomioistuin ei hyväksynyt Seagonin nostamaa kanteita, vaan se katsoi, että asia tuli käsitellä menettelyn aloitusvaltion tuomioistuimessa. Seagon valitti asiasta Saksan ylempään oikeusasteeseen, joka pyysi EY-tuomioistuimelta ennakkoratkaisua seuraaviin kysymyksiin:

*"1) Onko sen jäsenvaltion, jonka alueella velallisen omaisuutta koskeva maksukyvyyttömyysmenettely on aloitettu, tuomioistuimilla asetuksen N:o 1346/2000 mukaan kansainvälinen toimivalta tutkia takaisinsaantikanne, joka on nostettu sellaista vastaajaa vastaan, jonka sääntömääräinen kotipaikka on muussa jäsenvaltiossa?*

*2) Jos ensimmäiseen kysymykseen vastataan kieltävästi:*

*Sovelletaanko takaisinsaantikanteeseen asetuksen N:o 44/2001 1*

ei ollut lainkaan MKA:n tavoin säännöksiä, jotka koskisivat nimenomaisesti oikeustoimen peräyttämistä. Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus 16.10.2008, kohta 17.

243. Saksan kansainvälinen maksukyvyyttömyyslaki ei muutoinkaan mahdollista yksinaista attraktiovaikutusta konkurssille. Hyvänä esimerkkinä käykin saksalainen tapaus ennen MKA:n voimaantuloa. Tapauksessa oli kyse peräyttämisestä, joka koski Espanjan sijaitsevan kiinteistön myymistä. Vastaajan kotipaikka sijaitsi Thaimaassa. Saksalaisen tuomioistuimen päätettäväksi jäi, oliko selvittäjän esittämällä vaatimuksella liitännäisyys konkurssituomioistuimeen. Ennen kyseistä tapausta saksalainen lainsäätäjä oli jo päättänyt tekemään pienen myönnytyksen *vis attractiva concursu*selle. Laki nimittäin mahdollisti, että kansainvälisissä tilanteissa vaateet selvittäjää vastaan voitiin nostaa konkurssituomioistuimessa. ZPO 19a:ssa säännellään kansainvälisestä ja paikallisesta toimivallasta selvittäjää vastaan nostettavien kanteiden suhteen. Säännöksessä ei siten säännellä selvittäjän nostamien kanteiden kansainvälisestä toimivallasta. Tuomioistuin päätyi tulkitsemaan, että toimivaltaa koskeva lainsäädäntö sijoitti tapauksen vastaajan kotipaikan tuomioistuimeen, eli Thaimaahan. Erikseen tuomioistuin vielä korosti sitä, että vastaajan oikeusasema ja hänen oikeutensa olivat kyseisessä tapauksessa uhattuna, mistä johtuen asian käsitteily Saksassa ei ollut mahdollista. Saksassa onkin pidetty vahvana linjana vastaajan oikeusasemaa, joka saa etusijan ainakin suhteessa maksukyvyyttömyysmenettelyyn. Tästä johtuen kanteet tulee pääsääntöisesti käsitellä vastaajan kotipaikan tuomioistuimessa, eikä konkurssituomioistuin ole oikeutettu haalimaan kaikkea konkurssiliitännäistä toimivaltaa itselleen. Kanteiden osalta noudatetaan yleisiä prosessioikeudellisia säännöksiä. Bundesgerichtshof'n 27.5.2003 antama tuomio asiassa IX ZR 203/02.

Tilanteessa realisoitui siten *negatiivinen toimivaltatilanne*<sup>244</sup>, jossa kumpikaan tuomioistuimista ei katsonut oman lainsäädännön nojalla olevansa toimivaltainen tutkimaan kannetta. Saksa katsoi, ettei se ollut toimivaltainen sen vuoksi, että sen oikeusjärjestelmä ei tunnusta *vis attractiva concursusta*, ja Belgia ei ollut toimivaltainen puolestaan sen takia, että siellä konkurssituomioistuimen attraktiovaikutus taas tunnustetaan. Seagon päätyi nostamaan kanteen Saksassa lopulta sen vuoksi, että hän katsoi kantajana olevansa oikeutettu ajamaan kannetta josain tuomioistuimessa ja saksalaisen tuomioistuimen velvollisuutena oli neuvoa hänelle toimivaltainen tuomioistuin<sup>245</sup>.

Tuomioistuin päätyi antamaan tapauksessa tuomion, jossa se totesi, että "3 artiklan 1 kohtaa on tulkittava siten, että sen jäsenvaltion, jonka alueella maksukyvyttömyysmenettely on aloitettu, tuomioistuimilla on toimivalta tutkia maksukyvyttömyyteen perustuva takaisinsaantikanne, joka on nostettu sellaista vastaajaa vastaan, jonka sääntömääräinen kotipaikka on muussa jäsenvaltiossa". Tuomioistuin perusti tuomionsa pääasiallisesti neljään seikkaan, vedoten lähinnä MKA:n perustelukappaleen kohtiin.

i) Jo edellä on esitelty asetuksen kuudes perustelukappale, jonka mukaisesti asetuksessa pitäisi rajoittaa säätämään toimivallasta aloittaa maksukyvyttömyysmenettely ja tehdä päätöksiä, jotka johtuvat välittömästi maksukyvyttömyysmenettelystä ja liittyvät siihen läheisesti. Tuomioistuimen mukaan lainsäätäjän edellä mainittu *tarkoitus* ja *MKA:n tehokas vaikutus* huomioiden sen 3 artiklan 1 kohtaa tulisi tulkita siten, että jäsenvaltiolla, jossa maksukyvyttömyysmenettely on aloitettu, olisi myös kansainvälinen toimivalta tutkia menettelystä välittömästi johtuvat ja siihen läheisesti liittyvät kanteet.<sup>246</sup> ii) Lisäksi tuomioistuin katsoi, että aloitusvaltion toimivaltaa liitännäisasioissa koskeva tulkinta on so-

244. Positiivisessa toimivaltatilanteessa puolestaan on kyse siitä, että useamman jäsenvaltion tuomioistuin katsoo olevansa toimivaltainen käsittelemään kanteen. Koulu 2000, s. 121-122.

245. Pineiro käyttää kyseisestä tilanteesta termiä *forum necessitatis*. Pineiro 2010, s. 10.

246. Tuomion perustelujen kohdat 20 ja 21.

pusoinnussa johdanto-osan toisen ja kahdeksannen perustelukappaleen kanssa, jotka koskevat rajat ylittävien maksukyvyttömyysmenettelyjen *tehokkuuden* ja *nopeuden* parantamista koskevia tavoitteita<sup>247</sup>.

iii) Edelleen tuomioistuin tulkitsi, että asetuksen johdanto-osan neljäs perustelukappale, jonka mukaan sisämarkkinoiden moitteettoman toiminnan kannalta on tarpeen välttää kannustamasta osapuolia siirtämään omaisuutta tai oikeudenkäyntejä jäsenvaltiosta toiseen edullisemmän oikeusaseman saamiseksi (*forum shopping*), tukee aloitusvaltion toimivaltaa käsitellä liitännäisasiä. Tuomioistuin katsoi, että tilanne, jossa useat tuomioistuimet olisivat toimivaltaisia tutkimaan eri jäsenvaltioissa vireillä olevat takaisinsaantikanteet, vaikeuttaisi *forum shoppingin* torjumista.<sup>248</sup> iv) Viimeisenä tuomioistuin tulkitsi asetuksen 25 artiklan 1 kohdan toista alakohtaa. Sen mukaisesti hyväksytään se, että sen jäsenvaltion, jossa maksukyvyttömyysmenettely on asetuksen 3 artiklan 1 kohdan perusteella aloitettu, tuomioistuimet tutkivat myös pääasiassa kyseessä olevan kaltaisen kanteen<sup>249</sup>. Vielä erikseen tuomioistuin otti kantaa 25 artiklan 1 kohdan toisen alakohtaan viimeiseen virkkeeseen, jossa todetaan ”*silloinkin kun sen on antanut muu tuomioistuin*”. Tuomioistuimen näkökulman mukaan tällä ilmauksella on pyritty tarkoittamaan, että jäsenvaltiot itse ratkaisevat sen, mikä on alueellisesti ja asiallisesti toimivaltainen (territoriaalinen) tuomioistuin. Tämän ei välttämättä siten tarvitse olla sama tuomioistuin, joka aloitti itse maksukyvyttömyysmenettelyn.<sup>250</sup>

Katson, että yhteisöjen tuomioistuin on tarkoittanut *Seagon v. Deko Marty* -tapauksesta seuraavan, että menettelyn aloitusvaltion tuomioistuime(i)lla olisi yksinomainen toimivalta käsitellä liitännäisasiat<sup>251</sup>. Tätä tukee erityisesti tuomion perustelujen kohta, jossa todetaan,

247. Tuomion perustelujen kohta 22.

248. Tuomion perustelujen kohdat 23 ja 24.

249. Vaikka tuomiossa puhutaankin 3 artiklan 1 kohdasta ja siten päämenettelystä, voidaan kyseisellä tulkinnalla katsoa tarkoitettavan myös sekundäärimenettelyä. Tapauksesta seuraa siten, että myös territoriaalikonkurssin aloittaneen jäsenvaltion tuomioistuime(i)lla on toimivalta tutkia esim. juuri takaisinsaantikanne toisessa jäsenvaltiossa kotipaikan omaavaa vastaajaa vastaan. Muunlainen tulkinta ei olisi sopusoinnussa MKA:n tavoitteiden kanssa.

250. Tuomion perustelujen kohta 27.

251. Tollenaar kuitenkin tulkitsi *Seagon v. Deko Marty* -tapausta niin, että se ei antaisi

etteivät useat tuomioistuimet voi olla toimivaltaisia käsittelemään kyseisenlaisia kanteita, koska se saattaisi aiheuttaa *forum shoppingia* tuomioistuinten välillä. Myös tuomioistuimen kannanotto liittyen kyseisen artiklan toisen alakohdan *muu tuomioistuin* -edellytykseen selvästi puoltaa yksinomaista toimivaltatulkintaa. Aiemmin kyseinen kohta on ymmärretty tarkoittavan toisen jäsenvaltion tuomioistuinta<sup>252</sup>, mutta yhteisöjen tuomioistuimen näkemyksen mukaan kyse on siis vain territoriaalisesta vaihtoehdosta. Kuten jo aiemmin totesin, käsittelen tapauksen perustelujen seurauksia kappaleessa kuusi suhteessa *forum shoppingiin* ja *vis attractiva concursukseen*.

### 6.5.3 LIITÄNNÄISASIOITA KOSKEVA TUOMIOISTUIMEN TOIMIVALTA SEAGON V. DEKO MARTY -TAPAUKSEN JA MKA:N MUUTOSEHDOTUKSEN JÄLKEEN

Komission antamassa MKA:n muutosehdotuksessa liitännäistuomioiden osalta siihen on päätetty ottaa oma kohtansa johdanto-osaan<sup>253</sup> ja oma uusi artikla. Ehdotettu 3 a artikla kuuluu seuraavalla tavalla:

“Article 3 a

*Jurisdiction for related actions*

1. *The courts of the Member State within the territory of which insolvency proceedings have been opened in accordance with Article*

aloitusvaltion tuomioistuimelle yksinomaista toimivaltaa, vaan toimivalta säilyisi vaihtoehtoisena (*alternative*). Ainoastaan se, että aloitusvaltion tuomioistuin on toimivaltainen käsittelemään liitännäisasiaa, ei tarkoita, että normaalit oikeuspaikkaa koskevat säännökset kumoutuisivat automaattisesti. Lennarts 2010, s. 109.

252. Esim. Lennarts 2010, s. 108.

253. “The courts of the Member State opening insolvency proceedings should also have jurisdiction for actions which derive directly from the insolvency proceedings and are closely linked with them, such as avoidance actions. Where such an action is related with another action based on general civil and commercial law, the liquidator should be able to bring both actions in the courts of the defendant’s domicile if he considers it more efficient to bring the action in that forum. This could, for example, be the case if the liquidator wishes to combine an action for director’s liability on the basis of insolvency law with an action based on company law or general tort law (lihavointi on tässä tehty).”

*3 shall have jurisdiction for any action which derives directly from the insolvency proceedings and is closely linked with them.*

*2. Where an action referred to in paragraph 1 is related to an action in civil and commercial matters against the same defendant, the liquidator may bring both actions in the courts of the Member State within the territory of which the defendant is domiciled, or, where the action is brought against several defendants, in the courts of the Member State within the territory of which any of them is domiciled, provided that that court has jurisdiction pursuant to the rules of Regulation (EC) No 44/2001.*

*3. For the purpose of this Article, actions are deemed to be related where they are so closely connected that it is expedient to hear and determine them together to avoid the risk of irreconcilable judgments resulting from separate proceedings.”<sup>254</sup>*

Mikäli johdanto-osaa ja artiklaosaa koskevat ehdotukset hyväksytään sellaisenaan, tulee takaisinsaantikanteiden asema osana liitännäistuomioita olemaan entistä selvempi. Kohdat selventävät sekä toimivaltaiseen tuomioistuimeen liittyvää problematiikkaa että suhdetta Bryssel I -asetukseen. Asetuksessa olisi vihdoin täysin selvästi oma säännöksensä liitännäisasiota koskevasta toimivaltakysymyksestä, eikä jatkossa toimivaltaa tarvitsisi hakea enää asetuksen muiden artiklojen tai lainsäätäjän tarkoituksen kautta. Toimivaltainen tuomioistuin olisi siten aloitusvaltion tuomioistuin ja kanteiden kumulaatiota koskevassa tilanteessa se voi olla myös vastaajan kotipaikan toimivaltainen tuomioistuin. Ehdotuksessa onkin todettu, että kyseisenlainen tulkinta on yhdenmukainen *Seagon v. Deko Marty* -tapauksen kanssa<sup>255</sup>.

Päällimmäiseksi kysymykseksi komission tekemästä muutosehdo-

254. “This rule would allow a liquidator to bring, for example, an action for directors’ liability based on insolvency law together with an action against that director based on tort law or company law in the same court.” COM(2012) 744, s. 7.

255. COM(2012) 744, s. 7.

tuksesta herää, onko siinä tarkoitettu, että *yksinomaan* aloitusvaltion tuomioistuimella on jatkossa toimivalta tutkia takaisinsaantikanteet ja muut konkurssiliitännäiset asiat tilanteessa, jossa samaa vastaajaan vastaan ei ole nostettu myös Bryssel I -asetuksen mukaista kannetta? Kuten edellä *Seagon v. Deko Marty* -tapausta koskevassa kohdassa kävi ilmi, yhteisöjen tuomioistuin selvästi puolsi yksinomaisuuden puolesta puhuvaa tulkintaa tapauksen perusteluissa. Perusteluiden mukaisesti jo nyt voimassa olevan 3 artiklan nojalla voidaan aloitusvaltion tuomioistuimella tulkita olevan yksinomainen toimivalta tutkia konkurssiliitännäinen kanne.

Myös Koulu on katsonut, että muutosehdotuksesta seuraa, että aloitusvaltion tuomioistuimen asema liitännäisforumina tulee olemaan yksinomainen. Hän on perustellut kantaansa sillä, että se on yhdenmukainen uuden kaavaillun artiklan tavoitteen ja sanamuodon kanssa, ja että tarkoituksena on nimenomaisesti keskittää kaikki liitännäisasiat samaan tuomioistuimeen, jotta välttyttäisiin ristiriitaisilta ratkaisuilta. Edelleen hän kuitenkin katsoo, ettei yksinomaisuus käy täysin suoraanaisesti ilmi asetuksen sanamuodosta.<sup>256</sup> Wienin yliopiston ja Ruprecht-Karls-Universität Heidelbergin jäsenvaltioiden vastauksista teettämässä raportissa todetaan, että toimivallan tulisi olla yksinomainen. MKA 3 a artiklan osalta raportissa ehdotettiin seuraavaa muotoilua:

*"(1) The courts of the Member State, within the territory of which insolvency proceedings have been opened in accordance with Article 3, shall have exclusive jurisdiction over an action which derives directly from the insolvency proceedings and is closely linked with them<sup>257</sup>."*

Näin ollen raportin laatijat olisivat halunneet, että artikla kirjattaisiin niin, että siitä kävisi yksinomaisuutta koskeva edellytys välittömästi ilmi. Komission laatimassa ehdotuksessa yksinomaisuutta koskeva koh-

256. Koulu 2009, kansainvälinen konkurssi> päämenettelyn aloittaminen> päämenettelyn liitännäistoimivalta> sulautuva liitännäistoimivalta. Osoite: <http://onlinepalvelu.sanomapro.fi.libproxy.helsinki.fi>.

257. External evaluation of Regulation on Insolvency proceedings, Report, s. 220.



ta jätettiin kuitenkin pois, mikä puolestaan enemmänkin näkemykseni mukaan osoittaa sitä, että komissio ei vielääkään ole valmis antamaan viimeistä leimaa yksinomaisuuden puolesta. Muutosehdotukseen se olisi ollut varsin yksiselitteistä kirjata. Nykyisessä muodossa oleva ehdotus jättää jälleen hieman tulkinnanvaraiseksi toimivaltaa koskevan kysymyksen.

Toisaalta yhdyn Koulun kannalle ja näkisin, että ehdotuksessa on tavoiteltu liitännäisasioita koskevan toimivallan keskittämistä aloitusvaltion tuomioistuimelle. Uudessa 3 a artiklassa nimittäin ensin vahvistetaan, että aloitusvaltion tuomioistuimella on toimivalta tutkia liitännäiskanne, minkä jälkeen artiklan toisessa kohdassa todetaan poikkeustilanne, jolloin kanne voidaan nostaa vastaajan kotipaikan tuomioistuimessa. Tulkitsen, että tämä puhuu sen puolesta, että artiklan ensimmäinen kohta vahvistaa pääsäännön ja toinen kohta puolestaan poikkeuksen. Ensimmäisen kohdan mukaisesti tulee menetellä, jollei samaa vastaajaa vastaan nosteta myös Bryssel I -asetuksen alaan kuuluvaa kannetta. Näin ollen 3 a artikla tukee jo *Seagon v. Deko Marty* -tapauksen jälkeen tehtyä tulkintaa aloitusvaltion tuomioistuimen yksinomaisesta toimivallasta mahdollistaen siihen edellä esitetyn pienen poikkeaman.

## 7. Takaisinsaannin vaatiminen – voisiko tuomioistuin olla valinnainen?

### 7.1 MITÄ SEAGON V. DEKO MARTY -TAPAUKSEN PERUSTELUISTA SEURAA?

*Seagon v. Deko Marty*-tuomiossa annettiin merkittävää painoarvoa asetuksen johdanto-osan kuudennelle perustelukappaleelle, jonka nojalla tuomioistuin katsoi, että lainsäätäjän *tarkoituksena* oli, että asetuksessa olisi säädetty siitä, minkä valtion tuomioistuin on sekä toimivaltainen aloittamaan menettelyn että tekemään liitännäispäätöksiä.<sup>258</sup> Johdanto-osaa, jossa ei kuuluisi olla lainkaan normatiivista ainesta<sup>259</sup>, ja sen eri perustelukappaleita lukien, tuomioistuin perusti siten tuomion pääasiallisesti asetuksen laatijan tarkoitukseen. Tapauksessa olisi voitu tulla myös toisella tavalla lähes samaan lopputulokseen, kuten eri mieltä ollut julkisasiamies ratkaisuehdotuksessaan lausui<sup>260</sup>. Tuomioistuin on selvästi noudattanut ratkaisussaan teleologista tulkintaa, mikä onkin eurooppaoikeuden ollessa kyseessä varsin tavanomaista. Kuten edellä totesin, tuomioistuin on tulkinnut asetusta lainsäätäjän tarkoituksen mukaisesti: se on ensin selvittänyt ne tavoitteet ja arvot, joita MKA:lla pyritään edistämään<sup>261</sup> ja sen jälkeen se on arvioinut MKA 3 artiklaa

258. Linna 2009, s. 840-841. On myös muistettava, että asetuksen johdanto-osalle ei tulisi antaa oikeudellista merkitystä.

259. Koulou 2009, s. 1041. EY-tuomioistuin on vahvistanut asiassa C-162/1997 (Nilsson), että johdanto-osalla ei ole sitovaa vaikutusta eikä se myöskään oikeuta poikkeamaan artiklatekstistä.

260. Palaan julkisasiamiehen kannanottoon jäljempänä.

261. .Nämä tavoitteet ovat rajat ylittävän konkurssin tehokas ja nopea toteuttaminen, *forum shoppingin* välttäminen, sisämarkkinoiden toimivuus ja kansainvälisen toimivallan ja lainvalinnan yhdistäminen. External evaluation of Regulation on Insolvency proceedings, Report, s. 180 ja 185.

näitä tavoitteita ja arvoja vasten. Ehkä hieman erikoista on kuitenkin se, että tuomioistuimien ratkaisussaan kokonaan sivuuttanut asiaan liittyvät relevantit vastanäkökulmat tuomioistuimen yksinomaisuudelle. Kuten edellä esitettiin Virgósín ja Garcimartínin näkökulma siitä, että liitännäisasioissa tuomioistuimen toimivalta voidaan katsoa valinnaiseksi. Teleologisen tulkinnan piiriin kuuluu myös sen tutkiminen, miten sovellettavan säännöksen vaihtoehtoiset soveltamisratkaisut seurausvaihtokutuksineen toteuttaisivat sanottuja asetuksen takana olevia tavoitteita tai arvoja<sup>262</sup>.

MKA 3 artiklan 1 kohtaa tulkittiin päätöksessä huomattavan laavalla tavalla ja vaikka pääosin itsekin olen tapauksen lopputuloksesta samaa mieltä, on vaikeaa olla ihmettelemättä joitakin tuomion perustelujen kohtia. Toisaalta perusteluissa noudatettua laavaa tulkintaa voi ymmärtää, koska tapauksen käsittelyaikana MKA:ssa ei ollut selvästi omaa artiklaa koko liitännäisasiota koskevan toimivallan suhteen. Tästä johtuen johdanto-osaa on jouduttu käyttämään epäselvään artiklan tulkittamiseen. *Nilsson* -tapauksessa todettiin nimenomaisesti, ettei yhteisön säännöksen johdanto-osalla ole sitovaa oikeusvaikutusta, eikä siihen voida vedota käsillä olevan säädöksen varsinaisista säännöksistä poikkeamiseksi. Mutta vaikka johdanto-osassa ei saakaan olla normatiivista ainesta, sitä voidaan kuitenkin hyödyntää eri tulkintatilanteissa. *Nilsson* -tapauksessa nimittäin vahvistettiin vain se lähtökohta, ettei johdanto-osa oikeuta poikkeamaan varsinaisesta artiklatekstistä. Siten artiklatekstin kanssa suorassa ristiriidassa oleva johdanto-osa aiheuttaa välittömästi sen, että johdanto-osa jätetään huomiotta. Ensimmäisessä hyödynnettävässä tulkintatilanteessa johdanto-osalla on liitos epäselvään artiklatekstiin, jolloin sillä voidaan katsoa olevan, muun tulkinta-aineiston ohella, vaikutusta itse artiklan soveltamiseen. Tämä tilanne esiintyy erityisesti monien lainvalinta-artiklojen tulkinnassa. Toisessa tilanteessa johdanto-osassa määrätään seikasta, josta ei ole erikseen säädetty missään artiklassa.<sup>263</sup>

*Seagon v. Deko Marty* -tapauksessa realisoituu ensimmäinen edellä esitetystä esimerkkitalanteista. Toimivaltaista tuomioistuinta koskevan

262. Raitio 2005, s. 277.

263. Koulu 2009, s. 1041.

selvän säännöksen puuttuessa, johdanto-osaa on jouduttu hyödyntämään aivan kuten muutakin tulkinta-aineistoa kyseessä olevan ongelman ratkaisemiseen. Näkisinkin, että tapauksessa noudatettu sekä johdanto-osan että artiklojen lavea tulkinta ovat olleet tällä hetkellä vireillä olevan MKA:n muutosehdotuksen yksi erittäin olennainen alullepanija. Lainlaatijat ovat vihdoin avanneet silmänsä sen suhteen, että asetuksesta tosiasiaassa puuttuu toimivaltaista tuomioistuinta koskeva selvä määritelmä koko maksukyvyttömyysmenettelyn toteuttamisen kannalta keskeisten kanteiden osalta. Yhteisöjen tuomioistuin on myös samalla pyrkinyt torjumaan sitä, että jäsenvaltiot tulkitsisivat puuttuvan artiklan merkitsevän, että ne voivat määritellä toimivaltaisen tuomioistuimen oman lainsäädäntönsä nojalla. Tämä olisi vastoin eurooppaoikeuden autonomista soveltamista. Tarkastelen seuraavaksi kahta tuomioistuimen perustelujen seurausta.

### 7.1.1 FORUM SHOPPING -ONGELMA

*Seagon v. Deko Marty* -tuomiossa todettiin, että toimivallan antamista aloitusvaltion tuomioistuimelle vahvistaa asetuksen johdanto-osan neljäs perustelukappale, jolla viitataan *forum shopping* -ilmiöön. Mahdollisuus, että useat tuomioistuimet olisivat toimivaltaisia eri jäsenvaltioissa vireillä olevien takaisinsaantikanteiden osalta, merkitsisi, että tavoitteen saavuttaminen vaikeutuisi.

Kyseinen tuomioistuimen perustelu vaikuttaa hieman erikoiselta. Pääsääntöisestihän maksukyvyttömyyden ollessa kyseessä erityisen haitallinen *forum shopping* -tilanne realisoituu mm. tilanteessa, jossa ”*velallinen hakemuksen jättämisen ja menettelyn aloittamista koskevan päätöksen tekemisen välisenä aikana siirtää pääintressiensä keskuksen toiseen jäsenvaltioon ja määrittää siten toimivaltaisen tuomioistuimen ja sovellettavan lain*”<sup>264</sup>. *Forum shoppingin* torjumisella tavoitellaan juuri

264. Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus 16.10.2008, alaviite 51. Yhteisöjen tuomioistuimen 17.1.2006 antama tuomio asiassa *Staubitz-Schreiber* (C-1/04), todettiin juuri *forum shoppingin* osalta, ettei sen torjumista koskeva ”*tavoite täytyisi, jos velallinen voisi menettelyn aloittamista koskevan hakemuksen jättämisen ja menettelyn aloittamista koskevan päätöksen tekemisen välisenä aikana siirtää pääintressiensä keskuksen toiseen jäsenvaltioon ja määrittää siten toimivaltaisen tuomioistuimen ja sovellettavan lain*. Tällainen toimivaltai-

sitä, ettei velallinen pääsisi keinotellen vaikuttamaan siihen, että häneen sovellettava laki muuttuisi suotuisemmaksi kuin mitä se olisi alun perin ollut. On täysin selvää, että velallisella itsellään saattaa olla tällainen tarkoitusperä, koska joidenkin jäsenvaltioiden maksukyvyyttömyyslainsäädännöt voivat olla jossakin suhteissa huomattavastikin sallivampia kuin taas toisten jäsenvaltioiden.<sup>265</sup>

Tästä johtuen *Seagon v. Deko Marty* -tapauksessa ei oman tulkintani mukaan synny *forum shopping* -ongelmaa. Ongelmaa ei synny jo siitäkään syystä, että velallinen ei ole nyt nostamassa kannetta, eikä siitä koidu suoranaisesti hänelle mitään merkittävää etua. Velallisen kannalta on lopulta suhteellisen yhdentekevää, menestyykö selvittäjän ajama kanne vai ei. Selvittäjä puolestaan ajaa kannetta yleisen velkojatahon etujen mukaisesti ja pyrkii kasvattamaan konkurssipesän varallisuutta. Koko takaisinsaanti perustuu siihen, että velallinen ja hänen velkojansa ovat menetelleet yleistä velkojatahoa loukkaavalla tavalla. Kyseinen velkoja on esim. voinut saada täysimääräisen suorituksen saatavalleen tilanteessa, jossa muut velkojat joutuvat ainoastaan valvomaan saatavansa ja saavat siitä tietyn prosenttimääräisen jako-osuuden. Selvittäjä pyrkii palauttamaan tilanteen ennalleen pesän kannalta mahdollisimman prosessiekonomisella tavalla. On vaikea nähdä, miten selvittäjän toimien voitaisiin tulkita aiheuttavan minkäänlaista *forum shopping* -keinottelua.

Toisena perusteena, jonka nojalla katson, ettei tilanteessa synny fo-

*suuden siirtyminen olisi myös vastoin asetuksen johdanto-osan toisessa ja kahdeksannessa perustelukappaleessa vahvistettua tavoitetta, jonka mukaan rajat ylittävien menettelyjen toimintaa on tehostettava ja parannettava, koska toimivaltaisuuden siirtyminen pakottaisi velkojat seuraamaan jatkuvasti velallista sinne, mihin tämä on katsonut parhaaksi sijoitautua enemmän tai vähemmän pysyvästi, ja koska se saattaisi usein käytännössä johtaa menettelyn pitkittymiseen”.*

265. Hyvänä esimerkkinä tästä on se, että eräissä jäsenvaltioissa katsotaan nimittäin, että velallisen saama ”uusi omaisuus” kuuluu konkurssimenettelyn ulkopuolelle. Tämä ajatusmalli tuntuu suomalaisesta näkökulmasta erittäin oudolta, koska konkurssilain 5 luvun 1 §:n mukaan konkurssivarallisuuteen kuuluu kaikki se omaisuus, joka velallisella oli konkurssin alkaessa ja jonka hän saa ennen konkurssin päättymistä. Ainoa poikkeus tehdään luonnollisen henkilön suhteen, sillä hänen konkurssin alkamisen jälkeen saama uusi omaisuus tai ansaitsema tulo ei kuulu konkurssipesään. Tästä näkökulmasta velallisen voisi olla hyvinkin kannattavaa koittaa siirtää pääintressiensä keskus jonnekin muualle kuin Suomeen, jos hän haluaa säilyttää myös konkurssin alkamisen jälkeen saadun omaisuuden konkurssimenettelyn ulkopuolella.

110 *rum shopping* -ongelmaa on, että tilanteessa tapaukseen sovellettava laki ei muutu siitä huolimatta, mikä tuomioistuimien käsittelee asian. Takaisinsaantiinhan sovelletaan MKA 4 artiklan m-kohdan mukaisesti *lex concursusta*, ellei takaisinsaantivastaaaja onnistu vetoamaan asetuksen 13 artiklan mukaiseen torjuntastatuuttiin. Vastaaajalla on 13 artiklaan vetoamisoikeus täysin siitä riippumatta, missä tuomioistuimessa asiaa käsitellään, ja mikäli hän onnistuu näyttämään kantansa toteen, ei peräyttämistä voida lainkaan toteuttaa. Toisaalta yksi perustelu *forum shoppingille* voisi olla se, mikäli selvittäjällä olisi oikeus valita takaisinsaantiasiaa käsittelevä tuomioistuin, saisi hän myös taktikoida asiaan sovellettavan prosessilainsäädännön suhteen. Jäsenvaltioiden prosessilaeissa voi olla huomattaviakin eroja esimerkiksi sen osalta, missä asian käsittelyvaiheessa saa vielä jättää uusia todisteita ja vedota uusiin perusteisiin.

Näkisin kuitenkin, että *forum shopping* -ongelma voisi realisoitua lähinnä tilanteessa, jossa ainoastaan aloitusvaltion tuomioistuin on toimivaltainen tutkimaan takaisinsaantikanteet. Tällöinhän velallisella olisi entistä suurempi houkutus pyrkiä siirtämään pääintressiensä keskus jonnekin toiseen jäsenvaltioon, jonka maksukyvyttömyyttä koskeva sääntely olisi hänen kannaltaan huomattavasti suotuisampi.

### 7.1.2 VIS ATTRACTIVA CONCURSUS

*Vis attractiva concursuksella* tarkoitetaan tilannetta, jossa konkurssimenettelyn aloittaneella tuomioistuimella on yksinomainen toimivalta tutkia sekä maksukyvyttömyysmenettelyn kulkuun liittyvät seikat että sen myötä realisoituvat kaikki liitännäisasiat. Esimerkiksi valtiossa, jossa noudatetaan tiukkaa *vis attractiva concursusta*, kaikki kanteet, jotka voivat vaikuttaa velallisen pesään tai liittyvät selvittäjään tulee käsitellä konkurssituomioistuimessa. Tällaisesta kanteesta esimerkkinä voidaan mainita sopimusoikeudelliset riidat: konkurssivelallinen (tai selvittäjä) vetoaa, että velallisen sopimuskumppani on rikkonut osapuolten välistä sopimusta. Tiukan *vis attractiva concursuksen* ollessa kyseessä, kanne

tulee käsitellä konkurssituomioistuimessa. Puolestaan valtiossa, jossa ei noudateta *vis attractiva concursusta*, kanne tulee nostaa normaalien prosessisäännösten mukaisesti.<sup>266</sup> Kirjallisuudessa on lähdetty siitä ehdottomasta näkökulmasta, ettei nykyisellään voimassaoleva MKA sääntele tällaisesta mallista. Tämä käy myös ilmi selittävästä raportista, jossa todetaan, ettei asetukseen ole haluttu sisällyttää *vis attractiva concursusta* samalla tavoin kuin aiemman yleissopimuksen 15 artiklaan. Mikäli asetukseen olisi haluttu ottaa tiukka *vis attractiva concursus* -malli, olisi siitä tullut laatia asetukseen täysin selvä oma artiklansa.<sup>267</sup>

Se, ettei asetukseen ole otettu omaa artiklaa *vis attractiva concursuksen* suhteen on ymmärrettävä seikka. Jäsenvaltiot suhtautuvat hyvin eri tavalla siihen. Suomessa Koulu on käyttänyt terminä konkurssin attraktiivaikutus<sup>268</sup>. Esimerkiksi Espanjassa sovelletaan näennäisesti ehdotonta vaikutusta<sup>269</sup> ja Saksassa puolestaan etusijaa annetaan edellä kerrotun mukaisesti vastaajan oikeusasemalle. Pääsääntöisesti vahvaa attraktiivaikutusta ovat noudattaneet romaaniset maat, kun taas common law -maissa sen voidaan nähdä olevan keskitasoa, ja germaanisissa konkurssioikeudessa se on puolestaan heikohkoa. Suomen oikeudessa konkurssin attraktiivaikutus on perinteisesti ollut suppea. Koulu on todennut, että Suomen kansallinen konkurssioikeus on jopa *epäattraktiivinen*.<sup>270</sup> Vain konkurssimenettelyn etenemiselle välttämättömät ratkaisut keskitetään konkurssimenettelyn yhteyteen. Muut erimielisyydet, vaikka ne aktualisoituisivatkin konkurssin yhteydessä, jäävät ratkaistaviksi erillisissä oikeudenkäynneissä. Toimivalta määräytyy siten OK:n tai erityisten forumsäännösten nojalla.<sup>271</sup> Hallituksen esityksen mukaan sellaisia asioita, jotka jäävät konkurssin liitännäisvaikutuksen ulkopuolelle ovat esimerkiksi pesän laajuutta tai pesänhoitajan korvausvelvollisuutta koskevat riidat<sup>272</sup>. Tämä tausta mielessä pitäen asetuksen laatijalta lienee ollut järkevä valinta jättää ottamatta kantaa liitännäisasi-

266. Virgós & Garcimartín 2004, s. 58.

267. Virgós & Garcimartín 2004, s. 59 ja Report 1996, kohta 77.

268. Koulu 2009d, s. 202.

269. „*like Spain applying a quasi-absolute attraction*”. Pineiro 2010, s. 6.

270. Koulu 2000, s. 70.

271. Koulu 2009d, s. 202.

272. HE 26/2003, s. 86.

112 oita koskevaan määrittelyyn ja niihin liittyvään toimivaltakysymykseen. Tavoitteena on kuitenkin ollut saada aikaiseksi koko unionin kattava sääntely, joka ei välttämättä olisi toteutunut lainkaan, jos mm. tähän seikkaan olisi tullut ottaa kattavasti kantaa.<sup>273</sup>

Kuitenkin *Seagon v. Deko Marty* -tapauksen johdosta MKA 3 artiklan on katsottu nyt perustuvan eräänlaiselle *vis attractiva concursukselle*: artikla oikeuttaa konkurssimenettelyn aloitusvaltion tuomioistuimen<sup>274</sup> haalimaan maksukyvyttömyyteen liittyvän liitännäistoimivallan itselleen.<sup>275</sup> Attraktiovaikutuksen mukaisesti aloitusvaltion tuomioistuimella on oikeus tutkia sekä maksukyvyttömyysmenettelyn kulkuun liittyvät seikat että sen liitännäisasiat.<sup>276</sup> Juuri MKA 3 artiklan 1 kohdan nojalla tuomioistuin päätyi tulkitsemaan, että menettelyn aloitusvaltion tuomioistuimella on myös toimivalta tutkia liitännäisasiat. Lennarts on katsonut, ettei *Seagon v. Deko Marty* -tapaus tosiasiaa muodosta *vis attractiva concursusta*, mutta sen tarkoituksena on selvästi ollut kanteiden keskittäminen aloitusvaltion tuomioistuimeen<sup>277</sup>. Lisäksi kuten jo aiemmin on todettu, kyseisen toimivallan on ymmärretty olevan myös yksinomainen, vaikka se ei suoraan käykään ilmi tapauksen perusteluista.

Päätöksen *vis attractiva concursusta* koskevalle vaikutukselle voi esittää kritiikkiä mm. sen suhteen, että perusteluissa ei lainkaan ole huomioitu vastaajan oikeuksia, jotka Saksan lainsäädäntö nimenomaisesti takaa hänelle, eikä se myöskään syvennä *Gourdain v. Nadler* -tapauksesta johtuvaa problematiikkaa sen suhteen, mitkä asiat kuuluvat liitännäisasiointa koskevan *vis attractiva concursuksen* piiriin.<sup>278</sup> Tuomioistuin on päätyntä asioiden keskittämiseen aloitusvaltion tuomioistuimeen,

273. Pineiro 2010, s. 6. Aikaisemmat hankkeet yhtenäisen maksukyvyttömyysmenettelyn aikaansaamiseksi unionin alueella olivat kaikki kaatuneet jäsenvaltioiden erimielisyyksiin (mm. Istanbulin sopimus, vuoden 1995 yleissopimus).

274. Tai ehkä oikeammin toimivalta kuuluu tuomioistuimille, koska *Seagon* tapauksen perusteluiden mukaan toimivaltainen tuomioistuin voi olla myös jokin muu kuin itse konkurssista päättänyt tuomioistuin. Tuomion perustelujen kohdan 27 mukaan, "*jäsenvaltioiden on ratkaistava, mikä on alueellisesti ja asiallisesti toimivaltainen tuomioistuin, jonka ei välttämättä tarvitse olla sama, joka aloitti maksukyvyttömyysmenettelyn*".

275. Riippumatta siis siitä, onko selvittäjä liitännäisasiata koskevassa prosessissa kantajana vai vastaajana. External evaluation of Regulation on Insolvency proceedings, Report, s. 206.

276. Virgós & Garcimartín 2004, s. 58.

277. Lennarts 2010, s. 107.

278. Pineiro 2010, s. 10.



mutta se ei ole arvioinnissaan kiinnittänyt lainkaan huomiota keskittämistä vastaan puhuviin seikkoihin.

## 7.2 MUIDEN JÄSENVALTIOIDEN KANNANOTTOJA TUOMIOISTUIMEN TOIMIVALTAKYSYMYKSEEN

Wienin yliopiston ja Ruprecht-Karls-Universität Heidelbergin jäsenvaltioille teettämässä kyselyssä Itävalta otti toimivaltakysymykseen kantaa toteamalla, että toisinaan selvittäjän kannalta ei ole otollista olla pakotettu pysymään tiukasti *vis attractiva concursuksen* mukaisessa mallissa. Vastauksenlaatijat katsoivat, että selvittäjä saattaisi katsoa parhaimmaksi nostaa kanteen myös vastaajan kotipaikassa, jotta hän saisi tuomion helpommin pantua täytäntöön<sup>279</sup>. Lisäksi Itävallan kannanotossa tuotiin esiin myös *F-Text v. Jadecloud* -tapaus ja korostettiin sitä, että selvittäjän tulisi voida nostaa kanne vastaajan kotipaikan tuomioistuimessa kaikissa tilanteissa, eikä ainoastaan silloin kun kanneoikeus on siirretty kolmannelle osapuolelle, kuten *F-Text* -tapauksessa tehtiin<sup>280</sup>.

Ruotsissa oli ennen *Seagon v. Deko Marty* -tapausta esillä takaisinsaantikanne, jossa ruotsalainen tuomioistuin tutki, onko sillä toimivalta käsitellä kanne italialaista vastaajaa vastaan. Vastaaja oli tapauksessa riitauttanut ruotsalaisen tuomioistuimen toimivallan ja katsoi, että MKA 25 artiklasta seurasi, että Bryssel I -asetus tuli välillisesti sovellettavaksi insolvenssiliitännäisten ja siten myös takaisinsaantia koskevien kanteiden yhteydessä. Vastaajan näkemyksen mukaan 25 artiklasta seurasi, ettei enää ollut aiheellista soveltaa Ruotsin RB 10 luvun 3 §:ää<sup>281</sup> sellaista vastaajaa vastaan, jonka kotipaikka on toisessa EU-maassa. Tuomiois-

279. External evaluation of Regulation on Insolvency proceedings, National Reports, s. 16.

280. External evaluation of Regulation on Insolvency proceedings, National Reports, s. 15.

281. RB 10 kap. 3 §: ”Den som icke äger känt hemvist inom riket må i twist rörande betalningsskyldighet sökas där honom tillhörig egendom finnes. Rör twisten lös egendom, må han sökas där egendomen finnes. Fordran, som grundas å löpande skuldebrev eller annan handling, vars företeende utgör villkor för rätt att kräva betalning, anses finnas där handlingen är. Annan fordran anses finnas där gäldenären har sitt hemvist. Är pant ställd för fordringen, må denna anses finnas där panten är.”

tuin perusti päätöksensä sille, ettei MKA:ssa ollut suoranaista säännöstä tuomioistuimen toimivallasta liitännäsasioissa. Koska asetuksen 4 artiklan 2 kohdan m-kohdassa on todettu, että takaisinsaantiin sovelletaan aloitusvaltion *lex concursusta*, tukee tämä jonkin verran myös sitä näkemystä, että aloitusvaltion tuomioistuimella olisi myös samanaikaisesti toimivalta tutkia takaisinsaantikanne. Tuomioistuin katsoi, ettei MKA:sta seurannut sellaisia rajoitteita, jotka olisivat estäneet kanteen tutkimisen menettelyn aloitusvaltion tuomioistuimessa. Tapausta tuli siten arvioida Ruotsin kansallisen yksityisoikeuden säännösten nojalla, jotka sijoittivat toimivallan Ruotsin tuomioistuimelle.<sup>282</sup>

Hollannin antamassa vastauksessa katsottiin, ettei toimivallan tulisi olla yksinomainen, ja että selvittäjällä tulisi olla oikeus valita aloitusvaltion tuomioistuimen ja vastaajan kotipaikan tuomioistuimen välillä. Vastauksessa vedottiin siihen, että *Seagon v. Deko Marty* -tapauksessa julkisasiamiehen kannanotossa tuotiin esille tämä selvittäjälle annettava valintavalta, joka tulisi olla harkittava vaihtoehto käsiteltäessä toimivaltakysymystä. Hollannin kannanotto perustuu kuitenkin lähinnä siihen näkökulmaan, että kaikki liitännäsasiat eivät kuulu 25 artiklan sanamuodon piiriin (johtuu välittömästi, liittyy läheisesti). Tästä johtuen artiklan ulkopuolelle jääviä liitännäsasioita tulee tulkita Bryssel I -asetuksen valossa eikä MKA:n. Näin ollen vastaajaa vastaan saatettaisiin mahdollisesti joutua ajamaan kanteita eri valtioiden tuomioistuimissa. Olennaisin syy selvittäjälle annettavalle valintavallalle olisi siten MKA:n ja Bryssel I -asetuksen mukaisten kanteiden kumulaatiota koskeva näkökulma.<sup>283</sup>

Hollannin kansallinen oikeuskäytäntö puhuu kuitenkin yksinomaisen toimivallan puolesta. Kahdessa suhteellisen tuoreessa päätöksessä tuomioistuimet ovat katsoleet, ettei niillä ollut toimivaltaa tutkia ta-

282. Morgell 2010, s. 447. Hovrätt, 15.1.2008 antama tuomio asiassa *Däck-k Svenska AB konkursbo v. Pirelli Tyres SpA* (Ö 749-07). Tapaus on selvä esimerkki siitä käytännöstä, jota on noudatettu myös Hollannissa. Hollantilaiset tuomioistuimet ovat perustaneet eräiden liitännäiskanteiden osalta toimivaltansa ennen *Seagon v. Deko Martya* juuri Hollannin siviilioikeuden säännöksiin siitä johtuen, että MKA:sta ei selväpiirteisesti voitu johtaa toimivaltaa. Lennarts 2009, s. 107. Aiemmin on jo todettu, että kyseisenlainen tulkinta ei ole yhdenmukainen eurooppaoikeuden autonomista tulkintaa koskevan periaatteen kanssa.

283. External evaluation of Regulation on Insolvency proceedings, National Reports, s. 744.

kaisinsaantikannetta, koska maksukyvyttömyysmenettely oli aloitettu toisessa jäsenvaltiossa. Tapauksessa *Conrads v. Groet Houdstermaatschappij B.V.* Conrads oli Gold-Zack -nimisen yhtiön saksalaisen konkurssipesän selvittäjä. Conrads nosti takaisinsaantikanteen Groetia vastaan hollantilaisessa tuomioistuimessa, koska Groetin kotipaikka oli siellä. Hollannin ensimmäinen oikeusaste hyväksyi kanteen ja katsoi, että sillä oli toimivalta tutkia se. Groet kuitenkin valitti tästä päätöksestä ylempään oikeusasteeseen vedoten, ettei hollantilaisilla tuomioistuimilla ollut toimivaltaa käsitellä asiaa. Hollannin ylempi oikeusaste joutui tutkimaan kanteen siltä näkökannalta, oliko saksalaisen tuomioistuimen toimivalta yksinomaista vai voitiinko kanne käsitellä myös Hollannissa, vastaajan kotipaikan tuomioistuimessa. Tuomioistuin tulkitsi tapausta Bryssel I -asetuksen ja MKA:n valossa. Kun insolvenssiliitännäiset kanteet eivät kuulu Bryssel I -asetuksen alaan (*Gourdain v. Nadler* -tulkinta), tuli asiaa tarkastella MKA:n mukaisesti. Koska MKA:ssa ei ole samanlaisia säännöksiä kuten Bryssel I -asetuksessa, jotka soisivat toimivallan vastaajan kotipaikan tuomioistuimille, tulkitsi tuomioistuin MKA 3 artiklan 1 kohtaa niin, että se antaa menettelyn aloitusvaltion tuomioistuimelle yksinomaisen toimivallan käsitellä liitännäiskanne. Edelleen tuomioistuin katsoi, ettei asetuksen piirissä ollut mahdollista hyväksyä Hollannin kansainvälisen yksityisoikeuden säännöksiä.<sup>284</sup>

Tapauksessa *Liersch v. Subway International B.V.* saksalainen tuomioistuin aloitti maksukyvyttömyysmenettelyn Subwayn franchise-yritystä vastaan. Ennen menettelyn aloittamista kolmas osapuoli osti kyseisen franchise-yrityksen ja maksoi koko kauppahinnan hollantilaiselle Subway-yhtiölle. Selvittäjä vaati kauppahinnan peräyttämistä hollantilaisessa tuomioistuimessa. Tuomioistuin tuli *Seagon v. Deko Marty* -tapauksen johdosta siihen lopputulokseen, ettei sillä ollut toimivaltaa tutkia kyseistä kannetta, vaan kanne tuli nostaa saksalaisessa tuomioistuimessa. Edelleen tuomioistuin katsoi, että lainsäätäjän tavoitteet ja MKA 3 artiklan 1 kohdan tulkinta *Seagon v. Deko Marty* tapauksessa huomioiden sopivin tulkinta oli, että kyseeseen tulee myös yksinmai-

284. Gerechtshof Amsterdam 3.11.2009, LJN: BL8405, *Conrads v. Groet Houdstermaatschappij B.V.*

116 nen toimivalta.<sup>285</sup>

Saksan antamassa vastauksessa todettiin, että *Gourdain v. Nadler* - ja *Seagon v. Deko Marty* -tapausten tuomiot otettiin hyvin vastaan Saksassa. Muutamat kriitikot kuitenkin huomauttivat, että *Seagon v. Deko Marty* -tapauksesta seuraava *vis attractiva concursus* ei ole kaikille jäsenvaltioille ja niiden insolvenssilainsäädännölle tuttu malli. Vastauksessa ei tuoda esille muuta kuin, että kriitikot eivät löydä mitään syytä sille, miksei selvittäjä voisi valita toimivaltaista tuomioistuinta.<sup>286</sup> Edellä esitetyistä hollantilaisista tapauksista on huomattavissa se, että molemmissa tapauksissa *Seagon v. Deko Marty* -päätös on annettu vasta sen jälkeen, kun saksalaiset selvittäjät ovat joutuneet tekemään päätöksen kanteen nostamisesta. Selvittäjät ovat siten menettelleet Saksan lainsäädännön mukaisesti, niin että *vis attractiva concursus* ei ole konkurssi-menettelyn keskiössä, vaan vastaajan oikeusturvalle annetaan ensisijaisesti painoarvoa.

Edellä esitetyistä näkökannoista ja oikeustapauksista voi huomata, että pääasiallisesti jäsenvaltioiden kansalliset tuomioistuimet ovat jo ennen *Seagon v. Deko Marty* -tapausta tulkinneet liitännäisasiota koskevan toimivallan niin, että toimivalta kuuluu aloitusvaltion tuomioistuimelle. Tilanteesta riippuen tuomioistuimet ovat siten joko hylänneet takaisinsaantikanteen tai ottaneet sen käsiteltäväkseen.<sup>287</sup> Seuraavassa jaksossa käsitelen sitä näkökulmaa, tulisiko tuomioistuimen valinta kuulua selvittäjälle vai ei. Pohdin kappaleissa tuomioistuimen valinnaisuutta vastaan ja puolesta puhuvia seikkoja, joiden pohjalta pyrin tekemään loppuyhteenvedon toimivaltakysymyksen osalta. En kuitenkaan pyri tuomaan turhan laajasti esiin eri perusteluiden prosessioikeudellisia näkökulmia, koska se ei ole tutkielman aihepiiri huomioiden tarkoituksenmukaista. Tarkoitukseni on siten arvioida MKA:n muutos-

285. Rechtbank Amsterdam 17.2.2010, LJN:BH3636, *Liersch v. Subway International B.V.*

286. External evaluation of Regulation on Insolvency proceedings, National Reports, s. 485.

287. Myös suomalainen konkurssituomioistuin antoi erästä unkarilaista vastaajaa vastaan takaisinsaantituomion, jossa vastaaja ei vastannut kanteeseen eikä hän myöskään saapunut istuntoon. Tämä käy ilmi unkarilaisen tuomioistuimen päätöksestä, jossa tuomioistuin katsoi, että kyseinen takaisinsaantituomio tuli tunnustaa ja panna täytäntöön Unkarissa. Unkarin korkein oikeus, Legfelsőbb Bíróság, 21.4.2011 antama tuomio asiassa X.21.978/2010/5.

ehdotuksen pohjalta ja aiemmin jo esitettyyn nojaten *de lege ferenda*, minkälainen asetuksen toimivaltaa koskevan sääntelyn tulisi näkemykseni mukaan olla.

## 7.3 TULSIKO TUOMIOISTUIMEN VALINTA KUULUA SELVITTÄJÄLLE?

### 7.3.1 VALINTAVALLAN PUOLESTA PUHUVIA SEIKKOJA

#### *Vastaajan prosessuaalinen asema*

Yhtenä selvittäjän valintavallan puolesta puhuvana seikkana voidaan ottaa huomioon vastaajan prosessuaalinen asema. Kuten edellä on käynyt ilmi, esimerkiksi Saksassa painotetaan vahvasti vastaajan oikeudellista asemaa ja hänen oikeusturvaansa. Juuri vastaajan oikeuksista johtuen Saksassa ei olekaan hyväksytty tiukkaa *vis attractiva concursusta*. Tämä kävi ilmi mm. edellä esitetystä tapauksesta, jossa saksalainen tuomioistuin katsoi, että riita-asia tuli käsitellä thaimaalaisessa tuomioistuimessa, koska vastaajan oikeudet olivat asiassa ”uhattuna”<sup>288</sup>.

Suomen prosessioikeudessa vastaajan kotipaikka on saanut aseman yleisenä oikeuspaikkana. Tämä määritellään OK 10:1:ssä, jossa todetaan, että kanne luonnollista henkilöä vastaan tutkitaan tuomioistuimessa, jonka tuomiopiirissä vastaajalla on kotipaikka tai pysyvä asuinpaikka (vastaajan *forum domicilii*). OK 10:2:sta taas ilmenee, että kanne oikeushenkilöä vastaan tutkitaan tuomioistuimessa, jossa oikeushenkilöllä on kotipaikka tai jossa oikeushenkilön hallintoa pääasiallisesti hoidetaan. Kyseinen periaate on vanhaa perua ja perustuu vastaajan oikeusturvaa ja puolustautumismahdollisuuksia korostaviin näkököhtiin.<sup>289</sup> Samainen periaate on mainittu myös hallituksen esityksessä, jossa vahvistetaan vastaajan kotipaikkaa koskeva pääsääntö<sup>290</sup>. Hallituksen esityksessä todetaan edelleen, että myös Bryssel I -asetuksen ja Lugan-

288. Bundesgerichtshof'n 27.5.2003 antama tuomio asiassa IX ZR 203/02.

289. Lappalainen 2012, s. 300.

290. HE 70/2008, s. 1.

on yleissopimuksen lähtökohtana on, että kanne on nostettava sen jäsenvaltion tuomioistuimessa, jossa vastaajalla on kotipaikka. Vastaajan kansalaisuudelle ei anneta mitään erityistä merkitystä ja tuomioistuin ratkaisee kansallisen lainsäädännön mukaisesti, onko asianosaisen kotipaikka tuomioistuinvaltiossa.<sup>291</sup> Vastaajan kotipaikkaa koskevaa periaatetta voidaan pitää yleiseurooppalaisena ja jopa yleismaailmallisena sääntönä<sup>292</sup>.

Edellä esitetyn nojalla vastaajalle saattaa olla erittäin yllättäväkin tekijä, että takaisinsaantikanne on mahdollista käsitellä ainoastaan aloitusvaltion tuomioistuimessa. Toisaalta, mikäli toimivaltakysymys perustuisi valinnaiselle toimivallalle, ei vastaajaa koskeva näkökulma varmastikaan olisi selvittäjällä päällimmäisenä mielessä, koska häntä kiinnostanee kuitenkin oman toimintansa helpottaminen, eikä vastaajan aseman parantaminen.

#### *Tuomion helpompi täytäntöönpantavuus*

Kuten edellä kappaleessa 2.1 todettiin, maksukyvyttömyysmenettelyihin liittyvien tuomioiden täytäntöönpano ei ole samalla tavalla automaattista kuin tuomioiden tunnustaminen, vaan se edellyttää toimenpiteitä täytäntöönpanon hakijalta. Maksukyvyttömyysmenettelyn yhteydessä tulee siten noudatettavaksi Bryssel I -asetuksen 38-58 artiklat<sup>293</sup>, kun on kyse esimerkiksi kansainvälisen takaisinsaantituomion täytäntöönpanoon liittyvästä menettelystä. Täytäntöönpanon hakijan tulee ensin hakea tuomion vahvistamista täytäntöönpanokelpoiseksi eksekvatuurimenettelyssä. Eksekvatuurimenettelyssä annettava päätös ei myöskään ole suora ulosottooperuste, vaan se ainoastaan vahvistaa ulkomaisen ulosottooperusteen täytäntöönpanokelpoisuuden<sup>294</sup>.

291. HE 70/2008, s. 10.

292. HE 70/2008, s. 22. *“Kansainvälisen toimivallan pääsääntö on sama kuin kansallisessa prosessioikeudessa. Pääsäännön mukaan sitä vastaan, jolla on kotipaikka sopimusvaltiossa, nostetaan kanne tuon valtion tuomioistuimessa, ellei yleissopimusten tai täytäntöönpanoasetuksen määräyksistä, toisin sanoen vaihtoehtoisista toimivaltaperusteista, muuta johdu (kotimaa-periaate).”* Lappalainen 2012, s. 332.

293. MKA:n muutosehdotuksessa on esitetty 25 artiklan muuttamista niin, että jatkossa Bryssel I -asetuksen 32-56 artiklat soveltuisivat liitännäistuomioiden täytäntöönpanoon, lukuun ottamatta 34 artiklan 2 kohtaa. COM(2012) 744, s. 26.

294. Koulu 2009c, s. 1011.

Vaikka unionin alueella onkin kyseisellä asetuksella ja sen edeltäjällä pyritty siihen, että tuomioiden täytäntöönpano olisi tehokkaampaa ja toimisi paremmin, järjestelmä on edelleen turhan byrokraattinen, hidas ja aiheuttaa huomattavia kustannuksia täytäntöönpanon hakijalle. Velkojan on lisäksi vaikea saada tietoa sen suhteen, missä velallisen omaisuus sijaitsee ja millaista se ylipäättään on. Tämä vaikeuttaa täytäntöönpanon hakemista, kun velkoja ei jo alkutekijöissä ole varma, missä valtiossa täytäntöönpanoa tulee edes hakea.<sup>295</sup> Eksekvatuurimenettelyiden keston osalta komission tekemissä selvityksissä on käynyt ilmi, että ne kestävät keskimäärin 7 päivästä 4 kuukauteen<sup>296</sup> velkojan hakemuksen ollessa täydellinen. Lindfors on todennut, että usein hakemukset ovat kuitenkin epätäydellisiä, mikä johtuu puutteellisista käännöksistä<sup>297</sup>. Kustannuksien osalta selvityksissä kävi ilmi, että jopa yksinkertaisissa asioissa tuomion täytäntöönpano maksaa keskimäärin noin 2.200 euroa. Monimutkaisissa asioissa tai muutoksenhakutilanteissa kustannukset saattavat nousta jopa yli 12.000 euroon.<sup>298</sup>

Selvittäjän hakiessa esimerkiksi Suomessa annetun takaisinsaanti-tuomion täytäntöönpanoa espanjalaista vastaajaa vastaan selvittäjän tehtäväksi jää selvittää, mikä on oikea paikallinen tuomioistuim, kun toimivalta kerran määräytyy sen asianosaisen kotipaikan mukaan, jota vastaan täytäntöönpanoa haetaan: *”Alueellinen toimivalta määräytyy sen asianosaisen kotipaikan mukaan, jota vastaan täytäntöönpanoa haetaan, tai täytäntöönpanopaikkakunnan perusteella”* (39 artiklan 2 kohta). Edelleen selvittäjän tulee tutkia, mitä Espanjan lainsäädäntö määrää mm. hakemuksen jättämisestä. Tämä käy Bryssel I -asetuksen 40 artiklan 1 kohdasta: *”Hakemus jätetään sen jäsenvaltion lain mukaisesti, missä täytäntöönpanoa pyydetään”*.

Lisäksi hakemukseen on liitettävä 53 artiklasta ilmenevät asiakir-

295. Lindfors 2011, s. 18.

296. Esimerkiksi Suomen osalta selvityksessä todettiin, että eksekvatuurimenettely kestää 2-3 kuukautta. SEC(2010) 1547, s. 56.

297. Lindfors 2011, s. 19.

298. Selvityksissä todetaan, että näissä kuluissa on huomioitu tuomioistuim- ja asianajokulut sekä relevanttien dokumenttien käännöskulut. Selvityksen oletuksena on, että keskimäärin 25 prosenttia tapauksista on monimutkaisia ja näin ollen myös kalliimpia, mikä nostaa eksekvatuurimenettelyn kokonaiskustannukset EU:n alueella melkein 48 miljoonaan euroon vuodessa. SEC(2010) 1548, s. 3, SEC(2010) 1547, s. 13.

jat (jäljennös tuomiosta, joka täyttää vaatimukset alkuperäisyyden toteutukseksi). Eksekvatuurimenettelyn yhteydessä tuomioistuin tutkii ainoastaan, että toisessa jäsenvaltiossa annetun tuomion täytäntöönpanokelpoiseksi vahvistamisen muodolliset edellytykset täyttyvät. Tuomioistuimella ei siten ole oikeutta puuttua tuomion aineelliseen sisältöön. Velallista ei myöskään kuulla lainkaan eksekvatuurimenettelyn yhteydessä, vaan kummallakin osapuolella on muutoksenhakuoikeus vasta kun eksekvatuuripäätös on annettu.<sup>299</sup> On kuitenkin huomattava, että muutoksenhaussa ei saa vedota mihin tahansa seikkoihin, vaan vetoamisperusteina toimivat ainoastaan nimenomaisesti säädetty tuomion täytäntöönpanon epäämisperusteet.<sup>300</sup> Mikäli kumpikaan osapuolista ei hae eksekvatuuripäätökseen muutosta, selvittäjä voi eksekvatuurituomioistuimen antaman täytäntöönpanomääräyksen nojalla hakea ulosottoa. Tällainen ulosotto tulee vireille, kun hakija on liittännyt ulosottohakemukseensa ulkomaisen tuomion ja eksekvatuurituomioistuimen antaman täytäntöönpanomääräyksen.<sup>301</sup>

Valintavaltaa puoltavana seikkana voidaan siten pitää, että takaisinsaantituomion täytäntöönpano olisi helpompaa tilanteessa, jossa ei tarvitsisi menetellä Bryssel I -asetuksen edellytysten mukaisesti. Kun tuomion antaa vastaajan kotipaikan tuomioistuin, voidaan sen täytäntöönpanoa hakea välittömästi ilman koko eksekvatuurimenettelyn läpikäymistä. Kuten edellä todettiin, täytäntöönpanon hakemisessa saattaa selvässäkin tilanteessa kulua jopa neljä kuukautta. Mikäli kyse on hankalasta ja niskoittelevasta velallisesta, joka haluaa entisestään pitkittää prosessia hakemalla muutoksenhakua, voi prosessi venyä jopa kolmeen vuoteen.<sup>302</sup> Keston ohella myös kulut kasvavat sitä suuremmiksi mitä pidemmän aikaa eksekvatuurimenettely kestää ja huomattavaa onkin, että jopa yksinkertaisissa asioissa kulut nousevat yli 2.000 euroon. Prosessin pitkittyminen ja kulujen kasvaminen ei ole pesänhoidon kannalta

299. Lindfors 2011, s. 19.

300. Muutoksenhaun osalta komission selvityksissä todettiin, että vain 1-5 prosentissa haetaan muutosta, eli asian osalliset pääsääntöisesti tyytyvät eksekvatuuripäätöksiin. Nämä valitukset eivät selvityksen mukaan myöskään menesty kovin usein. Vain muutamissa tapauksissa muutoksenhaku oli johtanut siihen, että tuomiota ei tunnustettu eikä sitä voitu täytäntöönpanna. SEC(2010) 1548, s. 12.

301. Koulu 2009c, s. 1011.

302. Lindfors 2011, s. 19.



tarkoituksenmukaista, koska eksekvatuuri prosessi pidentää myös itse konkurssipesän selvittämistä ja koko konkurssimenettelyn lopettamista. Mikäli asia käsiteltäisiin vastaajan kotipaikan tuomioistuimessa, voitaisiin täytäntöönpanoa hakea välittömästi, koska kyseessä on kyseisen valtion kansallinen tuomio. Näin ollen suomalaisen maksuhaltuttoman vastaajan ollessa kyseessä on ulkomainen selvittäjä oikeutettu hakemaan välittömästi ulosottoa takaisinsaantituomion perusteella suomalaiselta ulosottovirastolta.<sup>303</sup> Minkäänlaista eksekvatuurimenettelyä ei tarvitse käydä läpi.

### *Suomen TakSL:n 23 §:n 2 momentti*

Kuten edellä kappaleessa viisi todettiin, takaisinsaanti on selvästi konkurssin liitännäisasia. Kun on kyse kansallisesta konkurssimenettelystä, TakSL määrää Suomen tilanteessa sen, missä tuomioistuimessa takaisinsaantikanne saadaan panna vireille. TakSL:ssa onkin taattu selvittäjälle eräänlainen valintavalta takaisinsaantia käsittelevän tuomioistuimen suhteen. Hän voi lain 23.2 §:n nojalla vaatia takaisinsaantia OK 10 luvun säännösten mukaisesti mm. vastaajan kotipaikan tuomioistuimessa tai vaihtoehtoisesti konkurssituomioistuimessa. *Forum domicilii* ja konkurssituomioistuin ovat siten valinnaisia oikeuspaikkoja. Yleinen oikeuspaikka on myös tahdonvaltainen eli *dispositiivinen*, eli mikä tahansa muukin käräjäoikeus on toimivaltainen, jollei vastaaja tee forumväitettä käyttäessään ensi kerran puhevaltaa (OK 10:11.2). Jos vastaaja tekee väitteen vasta myöhemmin, se on jätettävä OK 16:1.2:n mukaisesti tutkimatta ja tuomioistuimen toimivalta säilyy ennallaan.<sup>304</sup>

303. On kuitenkin syytä todeta, että Bryssel I -asetuksesta on tehty myös muutosesitys, jonka keskeisenä tavoitteena on pyrkiä pääsemään eroon koko eksekvatuurimenettelystä (KOM(2010) 748 lopullinen, s. 7.). Mikäli tämä muutos toteutuisi, ei tuomion täytäntöönpanoa koskeva näkökulma saisi jatkossa enää vastaavanlaista painoarvoa liitännäisasioita koskevan toimivallan suhteen kuin tällä hetkellä. Muutosehdotuksen myötä toisen jäsenvaltion antaman tuomion täytäntöönpanoprosessi helpottuisi ja nopeutuisi huomattavasti nykyiseen tilanteeseen verrattuna, mikä arvioni mukaan selvästi puoltaisi sitä, että kanne kannattaa käsitellä aloitusvaltion tuomioistuimessa. En kuitenkaan tässä työssä käsittele sen tarkemmin Bryssel I -asetuksen muuttamista, enkä muutoinkaan tutki tuomioiden täytäntöönpanoa tämän syvemmin.

304. Tuomioistuimella on kuitenkin viran puolesta velvollisuus tutkia toimivaltansa ja tarpeen tullen jätettävä kanne tutkimatta, mikäli vastaaja ei lainkaan vastaa takaisinsaantikanteeseen. Hupli 2006 121-122.

Suomen konkurssioikeudessa selvittäjälle taattu valintavalta puoltaisi siten varsin hyvin valintavaltaanäkökulmaa myös eurooppalaiseen konkurssiin. Toisaalta vuoden 2004 konkurssilain uudistuksessa nimenomaisesti haluttiin ottaa konkurssituomioistuin valinnaiseksi tuomioistuimeksi takaisinsaantiasioissa. Tätä ennen ainoastaan OK 10 luvun säännökset toimivaltaisesta tuomioistuimesta säätelivät takaisinsaantiasioita käsittelevää forumia. Konkurssituomioistuimen ottamista puollettiin jo konkurssioikeuden kehittämiskomiteassa (37/1978). Puoltamista perusteltiin prosessitaloudellisilla syillä ja sillä, että sen katsottiin helpottavan konkurssituomarin työtä konkurssimenettelyn arvioinnissa.<sup>305</sup> TakSL:a laadittaessa konkurssituomioistuimen toimivalta-kysymystä ei pidetty niin kiireellisenä, että siitä olisi tullut säätää ennen konkurssisäännön uudistamista<sup>306</sup>.

Konkurssituomioistuimen valinnaiseen toimivaltaan päädyttiin lähinnä tarkoituksenmukaisuussyistä. Esityksen laatijat katsoivat, että takaisinsaantiasioiden keskittämisellä konkurssituomioistuimeen voidaan edistää yhtenäistä ratkaisukäytäntöä ja saada aikaan kustannussäästöjä esimerkiksi silloin, kun konkurssipesä ajaa useita samantyyppisiä kanteita, joissa on ratkaistavana samoja oikeuskysymyksiä ja joissa myös näyttökysymys on samankaltainen. Asiat voidaan ratkaista samaan aikaan ja muutoksenhakukin ohjautuu samaan hovioikeuteen. Kustannusnäkökulmasta esityksen laatijat olivat sitä mieltä, että samankaltaisten kanteiden käsittelyllä yhdessä ja samassa tuomioistuimessa säästetään kustannuksia, kun henkilötodistelua ja muuta näyttöä ei tarvitse esittää useaan otteeseen<sup>307</sup>. Edelleen konkurssipesän kustannukset pysyvät myös alhaisempina, koska pesänhoitaja ei joudu matkustamaan eri paikkakunnilla sijaitseviin tuomioistuimiin. Matkakustannusten aiheutuminen on kannattavaa siirtää vastaajille<sup>308</sup>.

305. HE 26/2003, s. 194.

306. Lisäksi tällöin katsottiin, että takaisinsaantikanteiden oikeuspaikka oli ratkaistava silmälläpitäen muitakin konkurssiin liittyviä juttuja kuin takaisinsaantikanteita. HE 102/1990, s. 25.

307. Myös todistajina kuultavat henkilöt ovat usein samalta paikkakunnalta kuin velallinen.

308. Vastaajien aseman osalta esityksen laatijat totesivat myös, että "*vastaajille konkurssiasian oikeuspaikka ei ole myöskään yllättävä, sillä tässä tuomioistuimessa vastaajat joutuisivat yleensä nostamaan velallista vastaan suorituskanteen saatavastaan*". HE

Kuten jo aiemmin esitetystä on käynyt moneen otteeseen ilmi, Suomessa konkurssituomioistuinta ei kuitenkaan esitetty *yksinomaiseksi* oikeuspaikaksi, vaan OK 10 luvun oikeuspaikkasäännökset ovat TakSL 23.2 §:n mukaan edelleen sovellettavissa. Muutos mahdollisti siten ainoastaan kantajan, siis tavallisesti konkurssipesän, valintavallan tuomioistuinten välillä.<sup>309</sup> Mikään TakSL 23.2 §:n esitöissä ei viittaa siihen, että takaisinsaantiforumien tahdonvaltaisuutta olisi pyritty tosiasiallisesti kaventamaan. Mikäli näin olisi toimittu, olisi TakSL 23.2 § rajoittanut asianosaisten aikaisempaa valtaa käydä takaisinsaantioikeudenkäynti periaatteessa missä käräjäoikeudessa tahansa.<sup>310</sup> Näin ollen, vaikka TakSL:a on jälkikäteen muutettu niin, että konkurssituomioistuin on myös otettu yhdeksi mahdolliseksi toimivaltaiseksi tuomioistuimeksi, ei tästä forumista haluttu tehdä yksinomaista, vaikka siihen olisi ollut mahdollisuus. Esityksen laatijat pitivät tarkoituksenmukaisempana edelleen pitää kiinni myös OK 10 luvun oikeuspaikkasäännöistä. Samankaltaista sovellutusta voitaisiin käyttää myös MKA:ssa.

### *Julkisasiamiehen kannanotto*

Julkisasiamies Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer esitti *Seagon v. Deko Marty*-tapaukseen ratkaisuehdotuksen, jossa hän tuli samaan lopputulokseen kuin yhteisöjen tuomioistuin, mutta sen lisäksi hän erityisesti korosti selvittäjälle annettavaa valintavaltaa tuomioistuimen suhteen. Colomer perusti tulkintansa muutoinkin sille pohjalle, että tapauksessa ei ollut kyse asetuksessa olevasta tulkinta-aukosta, vaan lähtökohtaisesti ns. tulkintakarikosta, joka voitiin ratkaista asetuksen 3 artiklan 1 kohdan ja muiden asetuksessa olevien artiklojen avulla<sup>311</sup>. Hän katsoi, että asetus ei erota tuomioistuimen toimivaltaa ja tunnustamista koskevaa sääntelyä ja siten 25 artiklan mukaan tunnustettavat päätökset ilmaisevat myös ne asiat, jotka kuuluvat menettelyn aloittaneen tuomiois-

26/2003, s. 194.

309. HE 26/2003, s. 195.

310. Ehdottomat forumsäännökset poislukien (*forum rei sitae*). Hupli on myös todennut, että ”*tahdonvaltaisuutta puoltaa se nykyoloissa vallitseva oikeuspoliittinen näkemys, että alueellinen toimivalta on yleensä enemmän tapauskohtainen tarkoituksenmukaisuuskysymys*”. Hupli 2006, 123.

311. Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus 16.10.2008, kohta 43.

tuimen toimivaltaan. Takaisinsaannin prosessuaalisen toteuttamisen osalta asetuksessa ei siten vaieta kokonaan, vaan ainoastaan osittain.<sup>312</sup>

Colomer totesi, että takaisinsaantikanteiden erityispiirteiden johdosta tuomioistuimen toimivalta ei ole aina yksinomainen. Tässä kohtaa hän vetosi Virgósin ja Garcimartínin tulkintaan<sup>313</sup> siitä, että kyseeseen tulee *suhteellisesti yksinomainen* (valinnainen) toimivalta, jolla tarkoitetaan selvittäjälle annettavaa valintavaltaa. Hän katsoi, että kanteen nostamisen osalta yksin selvittäjän tehtävä on suorittaa konkurssinnettelyn kulun ja omaisuuden suojaamisen kannalta asianmukaisimmat toimet.<sup>314</sup> Tätä näkökulmaa puoltaa Colomerin näkemyksen mukaan 18 artiklan 2 kohta, jossa todetaan, että selvittäjälle annetaan valta ”*esittää toisessa jäsenvaltiossa vaatimuksia oikeudenkäynnistä tai muutoin sillä perusteella, että irtainta omaisuutta on siirretty maksukyvyttömyysmenettelyn alkamisen jälkeen menettelyn aloitusvaltiosta tähän toiseen jäsenvaltioon*”. Tämän jälkeen säännöksessä selvittäjälle annetaan valta ”*vaatia oikeustoimen peräyttämistä, milloin se on velkojien edun mukaisesti*” loogisesti niin, että tällainen vaatimus voidaan myös esittää missä tahansa ”toisessa jäsenvaltiossa” säännöksen ensimmäisessä virkkeessä säädetyn mukaisesti.<sup>315</sup>

Edelleen Colomer katsoi, että asetuksen 25 artiklan 1 kohdan toinen alakohta tukee valinnaista toimivaltaa koskevaa tulkintaa, koska kohdassa todetaan, että päätökset tulee tunnustaa myös silloinkin kun sen on antanut *muu tuomioistuin*. Asetuksessa taataan siten, että oikeustoimen peräyttämisen johdosta tehtävät muut päätökset tekee menettelystä päävastuullinen tuomioistuin tai jokin muu tuomioistuin tässä tai jossakin muussa jäsenvaltiossa.<sup>316</sup>

Colomer tulkitsi, että selvittäjän toimivaltuus on niiden tehtävien mukainen, jotka sen on suoritettava maksukyvyttömyysmenettelyssä. Selvittäjien toimivaltuudet ja velvollisuudet luonnollisesti vaihtelevat jäsenvaltioittain, mutta yhteinen piirre niillä on se, että ”*maksukyvyttömyysmenettelyn merkittävät oikeustoimet on annettu yksiin käsiin*”. Sel-

312. Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus 16.10.2008, kohdat 49 ja 50.

313. Virgós & Garcimartín 2004, s. 63.

314. Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus 16.10.2008, kohta 65.

315. Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus 16.10.2008, kohta 66.

316. Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus 16.10.2008, kohta 67.

vittäjän tärkeimpiä tehtäviä on vastata pesän omaisuudesta *par conditio creditorum* -periaatteen (velkojien yhdenvertaisuuden periaate) mukaisesti. Lisäksi selvittäjä on se taho, joka panee liikkeelle sopimus- tai tervehdyttämismenettelyt, joiden avulla yrityksen on helpompi selvittää kriisitilanteesta. Lopuksi Colomer katsoi, että juuri ”*selvittäjän on valittava tekemiensä strategisten päätösten mukaisesti eri tuomioistuinten välillä nostaessaan pesän omaisuuden suojaamisen edellyttämiä kanteita*”.<sup>317</sup> Colomerin kannanotto tapauksen loppupäätelmäksi oli, että MKA:n 3 artiklan 1 kohdan nojalla aloitusvaltion tuomioistuin on toimivaltainen käsittelemään takaisinsaantikanteen vastaajaa vastaan, jonka kotipaikka on toisessa jäsenvaltiossa, mutta edelleen hän katsoi, että koska kyseessä on suhteellisesti yksinomainen toimivalta, selvittäjän tehtäväksi jää valita pesän oikeuksien ajamisen kannalta sopivin tuomioistuin sen mukaan, mihin riitautettu omaisuudensiirto sijoittuu.<sup>318</sup>

### 7.3.2 VALINTAVALTAA VASTAAN PUHUVAT SEIKAT

#### *Selvittäjän toimenkuvan helpottuminen*

Mikäli liitännäisasioita koskeva toimivalta olisi yksinomainen niin, että aloitusvaltion tuomioistuimella olisi toimivalta tutkia takaisinsaantikanteet, helpottuisi myös selvittäjän toimenkuva<sup>319</sup>. Selvittäjän ei enää tarvitsisi ottaa punninnassaan huomioon sitä mahdollisuutta, että kanteita tulisikin ajaa ulkomaisessa tuomioistuimessa, jossa vastaajalla on kotipaikka. Tällä tavoin kanteen nostamisesta seuraavat ”riskit” (kuluriskit, matkakustannukset yms.) siirrettäisiin suoraan vastaajalle. Vastaajan tehtävänä on puolustautua velallisen aloitusvaltion tuomioistuimessa, ja hänen velvollisuutenaan on palkata paikallinen lainoppinut puolustamaan häntä.

Mikäli konkurssipesä ajaisi kanteita vastaajan kotipaikassa, niin lähtökohtainen oletama lienee, että selvittäjän tulisi palkata paikallinen

317. Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus 16.10.2008, kohta 68.

318. Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus 16.10.2008, kohta 69.

319. Tätä näkökulmaa puollettiin myös Wienin yliopiston ja Ruprecht-Karls-Universität Heidelbergin teettämässä raportissa. External evaluation of Regulation on Insolvency proceedings, Report, s. 207.

asianajaja. Vaikka MKA:n takaamasta rinnastumisperiaatteesta seuraa, että ulkomaisella selvittäjällä on mm. Suomessa KonkL:n mukaisen pesänhoitajan toimivaltuudet sekä asiavaltuus ja asialegitimaatio ajaa takaisinsaantikannetta, niin selvittäjän valinta itse ajaa kannetta ja prosessata toisessa jäsenvaltiossa ei varmasti ole hänen ensimmäinen vaihtoehto. Vastaajan kotipaikan ollessa esim. Suomi, tulisi selvittäjän hallita suomen tai ruotsin kieli. Juuri tästä syystä ulkomainen asianosainen tai hänen lakimiehensä törmää suomalaisessa oikeudenkäynnissä käytännön ongelmiin, joista suurin lienee juuri oikeudenkäynnin kieltä koskeva edellytys. Kielilain (6.6.2003/423) mukaisesti Suomen kansalliskielet ovat suomi ja ruotsi.<sup>320</sup> OK 4:1:n mukaisesti tuomioistuimen käsittelykieli on joko suomi tai ruotsi. Sen lisäksi tuomioistuimen on myös annettava ratkaisunsa suomeksi tai ruotsiksi sen mukaan kuin kielilaissa säädetään. Tosin huomattavaa on, että kielilaki ei rajoita sitä, millä kielellä tuomioistuimessa saadaan keskustella. Tämä merkitsee sitä, että asia saadaan käsitellä millä kielellä tahansa (tuomioistuimen ja asianosaisten halutessa), kunhan muodollisena käsittelykielenä on edelleen suomi tai ruotsi. Käsittelyn asiakirjat (pöytäkirja ja tuomio) on kuitenkin aina laadittava suomeksi tai ruotsiksi.<sup>321</sup>

Edellä esitetystä johtuen ulkomaisella selvittäjällä ei varmasti ole riittävää osaamista eikä innostusta pyrkiä itse ajamaan kannetta ulkomailla, esimerkiksi juuri Suomessa. Tästä seuraakin, että paikallisen asiamiehen palkkaaminen on tällaisessa tilanteessa luultavimmin helppoin ja jopa myös välttämätön ratkaisu. Myös asianajajien haastattelussa kävi ilmi, että he tekisivät toimeksiantosopimuksen paikallisen ulkomaisen asiamiehen kanssa, sillä näin on toimittu myös hieman vastaavanlaisissa tilanteissa<sup>322</sup>. Asiamiehen palkkaaminen kuitenkin kasvattaa pesälle aiheutuvia kuluja. Mikäli oikeudenkäynnin pääasia hävittäisiin, jäisi kyseisen asiamiehen palkkiokustannukset sekä vastaajan asiamiehen kulut pesän kannettavaksi pesän kanteesta saatavan hyödyn

320. Koulou 2003, s. 56.

321. Koulou 2003, s. 57-58.

322. Haastatteluissa kävi myös ilmi, että sopivan asiamiehen etsiminen ei myöskään ole kovin työlästä, koska ainakin isoimmilla asianajotoimistoilla Suomessa on ns. kumppanitoimistoja ulkomailla. Tällaisten kumppanitoimistojen kautta toimeksiantojen suhteen voidaan pyytää apua mm. lainsäädäntökysymyksiin perehtymisessä tai kanteen ajamisessa.

ollessa nolla. Näin kuluriskit ja matkustuskulut kannattaa pikemmin siirtää vastaajataholle, joka veloitetaan saapumaan konkurssivelallisen kotipaikan tuomioistuimeen. Nämä näkökulmat huomioiden ei kanteen ajamisella vastaajan kotipaikan tuomioistuimessa saavuteta sellaista samankaltaista hyötyä kuin ajamalla kannetta konkurssituomioistuimessa<sup>323</sup>.

### *Ulkomaisen tuomioistuimen kompetenssi tutkia asia*

Ehkä kaikkein olennaisimpana selvittäjän valintavaltaa vastaan puhuvana seikkana voidaan pitää sitä, ettei kanteen ajaminen toisessa jäsenvaltiossa ole kovin ideaalista jo mm. sen takia, että tuomioistuin joutuu soveltamaan vieraan valtion lakia. Kuten edellä on selvennetty, takaisinsaantiin sovelletaan pääasiallisesti *lex concursusta*, mistä seuraa, että vaikka kanne käsiteltäisiin vastaajan kotipaikan tuomioistuimessa, tulee asiaan soveltaa aloitusvaltion takaisinsaantisäännöksiä. Tuomioistuimella ei lähtökohtaisesti muutoinkaan liene kovin suurta intressiä ottaa kyseisenlaisen kansainvälisen piirteen omaavaa asiaa käsiteltäväkseen, mistä johtuen takaisinsaantikanteen käsittelyaikataulu saattaa venyä huomattavankin kauas tulevaisuuteen.

Tässä kohtaa on hyvä tuoda esiin esimerkkinä KKO:n tapaus 2006:108<sup>324</sup> tapaus, jossa ei kylläkään sovellettu MKA:ta eikä myöskään

323. Kanteen ajaminen aloitusvaltion tuomioistuimessa on myös selvittäjän kannalta edullinen, sillä hän saa kanteen ajamisesta palkkion itselleen. Mikäli kanne nostettaisiin ulkomaisen vastaajan kotipaikan tuomioistuimessa ja konkurssipesä päätyisi palkkaamaan paikallisen asiamiehen hoitamaan asiaa, niin palkkio oikeudenkäynnistä ja prosessaamisesta ohjautuisi pääasiassa kyseiselle paikalliselle asiamiehelle. Luonnollisesti esim. suomalaisen pesänhoitajan palkkio on konkurssiainain neuvottelukunnan antamaa palkkiosuositusta (suositus nro 13/2004) hieman korkeampi, kun oikeudenkäyntejä on jouduttu käymään ulkomailla ja pesänhoitaja on joutunut tekemään ylimääräistä työtä liittyen sopivan asiamiehen etsimiseen ja hänen ohjeistamiseensa. Kuitenkin, kuten edellä mainitusta suosituksesta käy ilmi, pesänhoitaja on oikeutettu erillisveloitukseen hänen ajansa takaisinsaantikannetta. Tällöin laskutusperusteena on toimenpidepohjainen veloitus (Konkurssiainain neuvottelukunnan suositus nro 13/2004, s. 12.). Tämä näkökulma lienee omiaan kannustamaan selvittäjiä itse ajamaan kannetta.

324. KKO:n tapaus on selvästi malli autonomisesta konkurssista, joka käy ilmi siitä, että takaisinsaantia haettiin omaisuuden sijaintimaassa ja tapaukseen sovellettiin konkurssista tuutin, eli Viron lakia. Mikäli tapauksessa olisi ollut riitaa panttauksen sitovuudesta, siihen olisi voitu soveltaa Suomen lakia. Riitahan olisi liittynyt heidän sopimus oikeudelliseen suhteeseensa, jolloin Suomen laki olisi tullut sovellettavaksi, sillä pääsääntöisesti oikeustoimen sitovuus ratkaistaan *lex rei sitae* -säännön nojalla (Koulu 2007, <http://haku.suomenlaki>).

pohjoismaista konkurssisopimusta, sillä tapaus liittyi suomalaisen ja virolaisen yhtiön väliseen riita-asiaan aikana, jolloin MKA ei ollut vielä tullut voimaan. Tapaus on kuitenkin erittäin hyvä esimerkki siitä, mitä tuomioistuimelta edellytetään sen käsitellessä asiaa, johon tulee sovellettavaksi toisen valtion lainsäädäntö. Tapauksessa virolainen yritys AS Silverfox oli hakeutunut Virossa konkurssiin. Yhtiö oli pantannut saamansa luoton vakuudeksi suomalaiselle yritykselle JW Ky:lle ketunnahkoja. Konkurssipesän selvittäjä vaati Seinäjoen käräjäoikeudessa Viron konkurssilain takaisinsaantia koskeviin kohtiin nojaten, että JW Ky:lle annettu pantti peräytetään konkurssipesään<sup>325</sup>. Tapauksessa tuli arvioida, sovelletaanko panttauksen peräyttämiseen Suomen vai Viron lainsäädäntöä, koska asianosaisten välillä oli riitaa mm. siitä, oliko selvittäjä nostanut kanteen määräajan kuluessa. Suomen TakSL:n mukaan kanne oli nostettu liian myöhään, mutta Viron lain mukaan se oli nostettu ajallaan.

KKO joutui ratkaisemaan tapauksen Suomen kansainvälisessä yksityisoikeudessa noudatettavien periaatteiden mukaan. Se totesi, että kanteessa oli kyse konkurssioikeudellisesta takaisinsaannista, koska siinä oli vaadittu pätevien panttausten peräyttämistä, eikä asiassa kiistely itse panttauksen pätevydestä. Tällaiseen takaisinsaantikanteeseen oli sovellettava aloitusvaltion lakia. Samaa oli todennut myös käräjäoikeus, joka katsoi, että vakiintuneen kansainvälisen käytännön mukaan konkurssiin liittyvät kysymykset arvioitiin sen maan lain mukaan, jossa menettely suoritettiin. Kyseisessä tapauksessa KKO ja käräjäoikeus molemmat tekivät ensin arvion sen osalta, kumman valtion takaisinsaantia koskevia säännöksiä tapaukseen sovelletaan, minkä jälkeen tuomioistuimet tosiasiallisesti sovelsivat Viron konkurssilakia ja katsoivat sen nojalla, että peräyttämisen edellytykset täytyivät ja velvoittivat vastaajat palauttamaan pesän vaatiman määrän.

Ajaessaan kannetta vastaajan kotipaikan tuomioistuimessa selvittäjän tehtävänä on siten liittää tarvittavat selvitykset käännöksineen

com.libproxy.helsinki.fi.). Tapaus oli merkittävä, koska se oli ensimmäinen suomalainen ennakkoratkaisu lainvalinnasta rajat ylittävissä konkurssissa.

325. Konkurssipesä oli haastanut oikeudenkäyntiin sekä JW Ky:n että sen vastuunalaisen yhtiömiehen.



aloitusvaltion lainsäädännöstä. Suomessa esim. OK 17:3.1:ssa todetaan, että *"jos vieraan valtion lakia on sovellettava eikä oikeus tunne sen sisällystä, tulee oikeuden kehoittaa asianosaista esittämään siitä näyttöä"*. Näin ollen selvittäjällä on velvollisuus esittää riittävä selvitys maksukyvyttömyysmenettelyyn sovellettavasta lainsäädännöstä ja erityisesti sen takaisinsaantisäännöksistä. KKO:n tapauksessa konkurssipesä oli toimittanut kärjäoikeudelle erittäin laajahkoa selvitystä, suomalaisine käänöksineen, Viron lainsäädännöstä panttauksen peräyttämisen suhteen<sup>326</sup>. Vastaajat eivät myöskään riitauttaneet konkurssipesän toimittamaa selvitystä.

KKO:n tapauksen valossa on vaikea nähdä, miten kummankaan osapuolen, konkurssipesän tai takaisinsaantivastaaajan, oikeusturva pystyisi toteutumaan täysimääräisesti tilanteessa, jossa tuomioistuin käsittelee asiaa sellaisen valtion lainsäädännön nojalla, jonka oikeusjärjestelmää ja oikeuskäytäntöä se ei tunne yhtä hyvin kuin omaansa<sup>327</sup>. Ei voida olettaa, että forumtuomari kykenisi asettamaan itsensä ns. vieraan tuomarin kenkiin hänen harkitessa arvopunnintaa sen enempää kuin tuomarin arvioidessa tapahtumainkulun asiasisältöä<sup>328</sup>. Tällaisessa tilanteessa tuntuisi jopa järkeenkäyvältä, vaikka asiaa käsitellään vastaajan kotipaikan tuomioistuimessa, että vastaaja palkkaisi itselleen myös konkurssin aloitusvaltion lainsäädännön osaavan asiamiehen, mikä taas puolestaan nostaisi prosessikuluja huomattavasti. Nämä näkökulmat mielessä pitäen ei vaikuttaisi kannattavalta ottaa asetukseen selvittäjän valintavaltaa puoltavaa vaihtoehtoa.

### *Menettelyn tehokkuusnäkökulma ja ristiriitaisten tuomioiden mahdollisuus*

*Seagon v. Deko Marty* -tapauksen ehkä olennaisin perustelu liittyi tehokkuusnäkökulmaan. Tuomioistuin totesi 3 artiklan 1 kohdan kansainvä-

326. KKO 2006:108 perusteluiden kohta 14.

327. Edelleen, mikäli kysymys olisi vielä epäselvästä, hankalasta tai selvästi riitaisesta tapauksesta, jossa jäsenvaltioiden takaisinsaantilait vielä eroavat suuresti toisistaan, ei kanteen ajaminen vastaajan kotivaltiossa varmasti ole millään perusteella kannattavaa. Tällöin ai-noastaan täytäntöönpanon helpottuminen ei ole riittävä kannustin kanteen ajamiselle.

328. Tuomarin suorittama arvopunninta on luonnollisesti hänen oman harkinnan kohteena, ja siten yleensä aina forumkäytännön mukaisesti ratkaistavissa. Sundström 2012, s. 135.

lisen toimivallan tulkinnan osalta, että ”tällainen kaikkien välittömästi yrityksen maksukyvyttömyyteen liittyvien kanteiden keskittäminen sellaisen jäsenvaltion, jolla on toimivalta aloittaa maksukyvyttömyysmenettely, tuomioistuimiin, vaikuttaa myös olevan sopuosinnussa asetuksen N:o 1346/2000 johdanto-osan toisessa ja kahdeksannessa perustelukappaleessa tarkoitetun rajat ylittävien maksukyvyttömyysmenettelyjen tehokkuuden ja nopeuden parantamista koskevan tavoitteen kanssa”<sup>329</sup>.

Tämä näkökulma tukee jo edellä esitettyjä perusteita mm. sen osalta, että aloitusvaltion tuomioistuimella on varmasti paras tietotaso liittyen velallisen konkurssimenettelyyn. Tuomioistuimella on myös paremmat edellytykset tutkia kanne nopeammin ja tehokkaammin kuin vastaajan kotipaikan tuomioistuimella, jonka tulisi ensimmäiseksi käyttää mittavasti aikaa tutustuakseen esim. takaisinsaantia koskevassa tilanteessa aloitusvaltion takaisinsaantisäännöksiin. Vasta lainsäädäntöön perheytymisen jälkeen tuomioistuin pääsisi käsiksi tapauksen asiasisältöön. Käsiteltävää asiaa tuskin laitettaisiin pinon alimmaiseksi ja lykättäisi istuntopäiviä yhtä paljon kuin asiaa käsiteltäessä aloitusvaltion tuomioistuimessa.

Edelleen valintavaltaa vastaan puhuvana seikkana voidaan tässä kohtaa ottaa esiin myös ristiriitaisten tuomioiden mahdollisuus. Mikäli tilanne olisi se, että takaisinsaantivastaajia olisi useampi ja he kaikki sijaitsisivat eri jäsenvaltioissa, olisi kanteiden keskittäminen aloitusvaltion tuomioistuimeen kaikista kannattavin vaihtoehto. Kanteiden käsittelemisellä usean eri jäsenvaltion tuomioistuimessa saattaisi nimittäin syntyä myös ristiriitaisia tuomioita<sup>330</sup>, kun tuomioistuimet joutuisivat soveltamaan oman lainsäädännön sijasta *lex concursusta*. Huolestuttavaa tästä tekisi se, että ristiriitaisia ja jopa täysin vääriä tuomioita saattaisi tulla siitä huolimatta, että tapausten oikeustositteet olisivat samankaltaiset. Tuomioistuimet joutuisivat lähtökohtaisesti arvioimaan tapausta kuitenkin oman oikeusjärjestelmänsä taustaa vasten, vaikka kantaja olisikin velvoitettu esittämään näyttöä käännöksineen sovel-

329. Tuomion perustelujen kohta 22.

330. Puhumattakaan edellä käsitellyistä kasvavista kuluista ja riskistä, mikäli konkurssi-pesä päättäisi palkata jokaisessa jäsenvaltiossa toimivan paikallisen asiamiehen hoitamaan oikeudenkäyntiä.

lettavista takaisinsaantiperusteista ja niiden toteutumisesta. Näin olen aloitusvaltion tuomioistuimella olisi lähtökohtaisesti parhaimmat edellytykset antaa tasavertaisia tuomioita *lex concursuksen* nojalla ja täysin vastaajien kansalaisuudesta riippumatta. Myös Lennarts korostaa tätä näkökohtaa toteamalla, että takaisinsaanteihin sovellettavan lain ollessa pääasiallisesti *lex concursus* asioiden keskittäminen menettelyn aloitusvaltion tuomioistuimeen yhdistää pätevän tuomioistuimen ja tapaukseen sovellettavan lain toisiinsa. Asioiden keskittäminen on siten ainoastaan järkeenkäypää.<sup>331</sup>

### *Muutosehdotuksesta seuraava kumulaatiomahdollisuus*

Mikäli komission tekemä muutosehdotus MKA:sta hyväksytään sellaiseenaan, on siinä myös kiinnitetty huomiota Bryssel I -asetuksen ja MKA:n väliisiin rajanvetotilanteisiin. Muun muassa Hollanti oli vastauksessaan huomionnut juuri tämän seikan<sup>332</sup>. Hollanti oli kannanotossaan yksinomaista toimivaltaa vastaan juuri siitä syystä, että se johtaisi tilanteisiin, joissa vastaajaa vastaan saatettaisiin joutua ajamaan kanteita eri tuomioistuimissa sen vuoksi, että toinen kanneperuste kuuluu MKA:n piiriin ja johtaa siten aloitusvaltion tuomioistuimeen, ja toinen kanneperuste puolestaan putoaa Bryssel I -asetuksen alaan ja seuraa yleistä periaatetta vastaajan kotipaikan tuomioistuimesta käsittelypaikkana. Tämä ei ole prosessiekonomisesti kannattavaa kummankaan osapuolen näkökulmasta – ei selvittäjän eikä vastaajan<sup>333</sup>. Myös Tollenaar on käsitellyt kumulaatiotilannetta. Hän on nimenomaisesti perustellut tuomioistuimen toimivallan yksinomaisuutta vastaan sillä, että selvittäjän ei olisi mahdollista ajaa samaa vastaajaa vastaan insolvenssiliiitännäis-

331. Lennarts 2010, s. 110.

332. *"If the jurisdiction of the courts of the Member State where the insolvency proceeding is opened, is exclusive, such an accumulation of actions would not be possible, leading to proceedings being conducted against the same defendant in more than one jurisdiction. Allowing the liquidator to commence an action (that falls within the ambit of art. 25 EIR) before the courts of the defendant's domicile would provide for an efficient administration of justice would not prejudice the interests of the defendant and would allow for the accumulation of actions before the courts of one Member State in a manner that is consistent with the manner in which this kind of accumulation of actions can be achieved under the Brussels I Regulation."* External evaluation of Regulation on Insolvency proceedings, National Reports, s. 744.

333. Vastaaja joutuisi vastaamaan molempiin kanteisiin eri tuomioistuimissa, mikä ei missään nimessä ole järkeenkäypää.

tä ja siviiliperusteista kannetta vastaajan kotipaikan tuomioistuimessa. Selvittäjä olisi oikeutettu nostamaan ainoastaan siviiliperusteisen kanteen kyseisessä tuomioistuimessa insolvenssiliitännäisen asian jäädessä käsiteltäväksi aloitusvaltion tuomioistuimeen.<sup>334</sup>

Ehdotuksesta seuraa, että selvittäjä voi nostaa yrityksen johtoasemassa olevaa henkilöä vastaan kanteen ja perustaa sen sekä insolvenssilainsäädäntöön että yhtiöoikeuteen tai vahingonkorvausoikeuteen, mitä hän ei olisi aiemmin voinut tehdä, koska jälkimmäiset kanneperusteet eivät ole maksukyvyttömyysmenettelyn liitännäisasioita.<sup>335</sup> Kyseisessä ehdotuksessa sanotaan, että valinta tässä tilanteessa jää selvittäjälle, mikäli hän harkitsee sen pesän hoitamisen kannalta tehokkaimmaksi tavaksi. Kumulaatio antaisi siten selvittäjälle mahdollisuuden yhdistää kanteita ja valita toimivaltaisen tuomioistuimen väliltä hänen parhaaksi katsomallaan tavalla.

### 7.3.3 YHTEENVETO JA HUOMIOITA

Edellä esitettyjen seikkojen valossa voi huomata, että tuomioistuimen toimivaltaa koskevaa kysymystä voidaan arvioida monelta eri näkökannalta, ja täysin yksiselitteisen vastauksen antaminen ei ole helppoa ottamatta huomioon myös vastanäkökohtia. Eri teoreetikot ovat ehdottaneet toimivaltakysymykseen erilaisia ratkaisuja. Yhden näkökannan mukaisesti toimivalta käsitellä liitännäisasioita tulisi rajata kokonaan MKA:n ja Bryssel I -asetuksen ulkopuolelle ja jättää se *lex forin* määrättäväksi. Näin ollen jokainen jäsenvaltio voisi itse määrittää, ovatko sen tuomioistuimet toimivaltaisia käsittelemään esim. takaisinsaantikanteen, joka liittyy maksukyvyttömyysmenettelyyn, joka on aloitettu toisessa jäsenvaltiossa. Toisen ehdotuksen mukaan, koska kaikki insolvenssiliitännäiset kanteet kuuluvat *lex concursuksen* piiriin, tulisi *lex concursuksen* myös antaa määrittää, missä tällaiset kanteet tulisi käsitellä. Toisesta ehdotuksesta seuraisi siten, että jos jäsenvaltio tunnustaa *vis attractiva concursuksen*, tulee kaikki kanteet käsitellä konkurssituomioistuimes-

334. Lennarts 2010, s. 109.

335. Kyseisestä kanteesta käytetään nimitystä "*an action for director's liability*". COM(2012) 744, s. 7.

sa.<sup>336</sup> Ehdotusten osalta tulee kuitenkin jälleen huomioida jo edellä käsitelty eurooppaoikeuden autonominen soveltaminen, minkä mukaisesti kansallisiin lakeihin tukeutuminen ei olisi yhdenmukaista kyseisen periaatteen kanssa<sup>337</sup>.

Myös MKA 18 artiklan 2 kohdan merkityksestä liitännäisasiota koskevan toimivallan suhteen on tuotu esiin eriäviä näkökulmia. Kuten julkisasiamiehen kannanotosta ilmeni, Colomer tulkitsi, että territoriaalikonkurssin selvittäjän mahdollisuus ajaa kannetta toisessa jäsenvaltiossa puhuisi valinnaisen toimivallan puolesta. Myös Bariatti näkee ristiriidan 18 artiklan 2 kohdan ja liitännäisasiota koskevan yksinomaisen toimivallan välillä. Bariatin mukaan, mikäli noudatettaisiin *Seagon v. Deko Marty* -tuomion perustelujen päälinjoja, päämenettelyn selvittäjä olisi huonommassa asemassa kuin sekundäärikonkurssin selvittäjä, joka voisi asetuksen takaamin turvin nostaa kanteen myös toisessa jäsenvaltiossa<sup>338</sup>. Päämenettelyn selvittäjä olisi pakotettu noudattamaan *vis attractiva concursusta* ja hänen toimivaltansa riittäisi ainoastaan kanteen ajamiseen menettelyn aloitusvaltion tuomioistuimessa.<sup>339</sup> Kuten aiemmin kävi ilmi, myös Virgós ja Garcimartín ovat tuoneet tämän esille jo ennen *Seagon v. Deko Marty* -tapausta. He ovat tällöin arvioineet kyseisen artiklan olevan yksi tuomioistuimen toimivaltakysymyksen valinnaisuutta puoltava seikka.

Osaltaan näkisän myös tässä jonkinlaisen ristiriidan. Myöskään komission muutosehdotuksessa ei ehdotettu 18 artiklan 2 kohtaa muutettavaksi millään tavalla. Toisaalta kyseinen kohta on otettu asetukseen juuri sitä varten, että sillä halutaan turvata sekundäärimenettelyn toimi-

336. Bariatti 2009, s. 654. Koulu on myös katsonut, että päämenettelyn konkurssilaki määräisi, missä kansallisessa tuomioistuimessa liitännäisasiaa koskeva kanne tulee panna vireille. Koulu 2009, kansainvälinen konkurssi> päämenettelyn aloittaminen> päämenettelyn liitännäistoimivalta> Suomen oikeus. Osoite: <http://onlinepalvelu.sanomapro.fi/libproxy.helsinki.fi>.

337. Linna 2009, s. 841, Virgós & Garcimartín 2004, s. 57.

338. MKA 18 artiklan 2 kohta: "Selvittäjä, jonka 3 artiklan 2 kohdan mukaan toimivaltainen tuomioistuin on määrännyt, voi esittää toisessa jäsenvaltiossa vaatimuksia oikeudenkäynnistä tai muutoin sillä perusteella, että irtainta omaisuutta on siirretty maksukyvyttömyysmenettelyn alkamisen jälkeen menettelyn aloitusvaltiosta tähän toiseen jäsenvaltioon. Hän voi myös vaatia oikeustoimen peräyttämistä, milloin se on velkojien edun mukaista."

339. Bariatti 2009, s. 655.

vuutta<sup>340</sup>. MKA:n takaamasta menettelystä ei haluttu tehdä tiukan universaaliperiaatteen piiriin kuuluvaa, vaan se toteutettiin lievennetyssä muodossa, jossa territoriaalinen menettely katkaisee siteet päämenettelyyn.<sup>341</sup> Mikäli sekundäärimenettelyn selvittäjällä ei olisi toimivaltaa pyrkiä palauttamaan menettelyn alkamisen jälkeen pois siirrettyä omaisuutta, kävisi koko sekundäärikonkurssin funktio tyhjäksi. Tämä näkökulma huomioiden 18 artiklan 2 kohta on ollut tarpeellinen ottaa asetukseen. Wienin yliopiston ja Ruprecht-Karls-Universität Heidelbergin raportissa korostettiin myös sitä seikkaa, että olisi kyseenalaista täyttää säännöksessä oleva aukkotilanne 18 artiklan 2 kohtaan nojaten<sup>342</sup>. Puoltaisin kuitenkin 18 artiklan 2 kohdalle annettavan merkityksen arvioinnissa julkisasiamies Colomerin näkökulmaa. Sekundäärimenettelyn selvittäjälle on selvästi annettu toimivalta nostaa peräyttämistä koskeva kanne toisessa jäsenvaltiossa<sup>343</sup>, mistä johtuen myös päämenettelyn selvittäjällä tulisi olla oikeus nostaa takaisinsaantikanne toisessa jäsenvaltiossa.

Edelleen oma mielenkiintoinen kysymys onkin, onko selvittäjä tosiasiallisesti järkevä *pakottaa* ”hyötymään” siitä, että aloitusvaltion tuomioistuimien on aina toimivaltainen tutkimaan liitännäisasiasia koskevan kanteen? Esimerkiksi täysin siitä huolimatta, että menettelyyn sovellettavan jäsenvaltion lain mukaan kanteen ajaminen on mahdollista myös esim. vastaajan kotipaikan tuomioistuimessa. Tämän näkökohdan Itävalta nosti esiin omassa kannanotossaan ja katsoi, ettei selvittäjää

340. Saman näkökulma tuotiin esiin myös Wienin yliopiston ja Ruprecht-Karls-Universität Heidelbergin raportissa. External evaluation of Regulation on Insolvency proceedings, Report, s. 208.

341. *“A model of modified or mitigated universality”*. Virgós & Garcimartín 2004, s. 15-17. *“Eurooppalaisen konkurssin järjestelmä perustuu kaksoisrakenteeseen päämenettely > sekundäärikonkurssi.”* Koulu 2009, s. 1049.

342. External evaluation of Regulation on Insolvency proceedings, Report, s. 208. Tosin eikä tätä aukkotilannetta pyritty nyt *Seagon v. Deko Marty* -tapauksessa täyttämään ja hakemaan johtoa siihen asetuksen johdanto-osasta ja muista artikloista? Miksei siis 18 artiklan 2 kohtaa voisi myös käyttää kyseisen tilanteen arvioinnissa?

343. Loogista onkin, että 18 artiklan 2 kohdan ensimmäinen virke tukee toista virkettä. Kun selvittäjä voi esittää vaatimuksia toisessa jäsenvaltiossa tilanteessa, jossa omaisuutta on siirretty menettelyn aloittamisen jälkeen toiseen jäsenvaltioon, tulisi myös toisessa virkkeessä mahdollistettavan peräyttämismahdollisuutta koskeva toimivalta tulkita niin, että vaatimus voidaan esittää missä tahansa ”toisessa jäsenvaltiossa”.

tulisi aina pakottaa hyötymään yksinomaisesta toimivallasta<sup>344</sup>. Kuten edellä on jo todettu, MKA:n muutos, mikäli se hyväksytään sellaisenaan, muodostaa liitännäisasioita koskevan toimivallan samalla lailla yksinomaiseksi kuin menettelyn aloittamista koskevan päätöksen. Selvittäjän pakottaminen kanteen nostamiseen aloitusvaltion tuomioistuimessa seuraa siitä, että unionin lainsäädäntö on ensisijaista suhteessa kansalliseen lainsäädäntöön. MKA siten automaattisesti syrjäyttää sen kanssa ristiriitaisen kansallisen konkurssilain ja näin ollen esimerkiksi juuri TakSL joutuu väistymään MKA:n tieltä. Etusija tulee yleisten eurooppaoikeuden periaatteiden mukaisesti antaa asetukselle ja siinä oleville säännöksille toimivaltaisesta tuomioistuimesta<sup>345</sup>.

Valintavaltaa vastaan ja puolesta puhuvia seikkoja voisi luetella loputtomiin, mutta haluan tuoda tässä kohtaa vielä yhden valintavallan puolesta puhuvan olennaisen seikan esiin, jota sivusin hieman *forum shoppingia* koskevassa kappaleessa. Nimittäin, mikäli vain aloitusvaltion tuomioistuin on yksinomaisesti toimivaltainen tutkimaan takaisinsaantikanteen, päämenettelyn aloittaminen saa entistä enemmän painoarvoa, koska kaikkien konkurssiliitännäisten asioiden käsittely ohjautuu uudistuksen myötä välittömästi sen toimivallan piiriin. Tämä asettaa suuren painoarvon sille, mikä tuomioistuin ehtii ensin aloittamaan päämenettelyn. Kuten pääintressien keskusta koskevasta oikeuskäytännöstä on voitu todeta, oikeuskäytäntö on ollut joissain tapauksissa hieman erikoistakin. Merkitystä on annettu turhan paljon sille, minkä maan tuomioistuin ehtii aloittamaan menettelyn ensin. Vaikka jälkepäin kävisikin ilmi, ettei kyseinen jäsenvaltio ollutkaan ”oikea” aloitusvaltio, ei tätä seikkaa voi muuttaa, koska muut jäsenvaltiot ovat velvoitettuja kunnioittamaan toisten jäsenvaltioiden tuomioistuinten

344. External evaluation of Regulation on Insolvency proceedings, National Reports, s. 16.

345. Asetuksethan ovat suoraan sovellettavia ja niillä on välitön vaikutus, mistä seuraa, että kansallisia lainsäädäntötoimia ei edellytetä. Raitio 2010, s. 225.

antamia päätöksiä<sup>346</sup>.<sup>347</sup> Myös Lennarts on tukenut tätä näkemystä ja hän on katsonut, että mikäli liittämisasiat keskitetään menettelyn aloitaneeseen tuomioistuimeen (tai muihin kyseisen jäsenvaltion paikallisiin tuomioistuihin), saa kysymys velallisen pääintressien keskuksen sijoittumisesta erittäin suuren merkityksen. Lennartsin ehdotuksena onkin ollut, että asetuksesta tulisi kokonaan poistaa sääntömääräisen kotipaikan kumoamista koskeva mahdollisuus.<sup>348</sup>

#### 7.3.4 DE LEGE FERENDA -KANNANOTTO

Kaikki esitetyt näkökulmat, niin valintavallan puolesta kuin vastaan huomioiden, päällimmäiseksi kysymykseksi itselleni kuitenkin edelleen jää, mikä olisi se suuri riski tai ongelma siinä, että selvittäjä voisi tehdä valinnan tuomioistuimen suhteen? Kuten edellä totesin, *forum shopping* ei oman arvioni mukaan realisoidu tällaisessa tilanteessa. Selvittäjällä myös lienee riittävä kompetenssi harkita, missä tuomioistuimessa kanteen ajaminen olisi järkevintä ja taloudellisinta<sup>349</sup>. Siksi julkisasia-

346. Kyseinen seikka käy ilmi *Daisytek* -tapauksesta, jossa ranskalainen päämenettelyä koskeva päätös kumottiin ja katsottiin, että ajallisesti ensimmäinen englantilainen aloittamispäätös satoi muiden jäsenvaltioiden tuomioistuihin. Sille seikalle ei annettu merkitystä, oliko MKA 3 artiklan 1 kohtaa kansainvälisen toimivallan jaosta sovellettu asianmukaisesti. Samainen seikka ilmenee myös *Eurofood* -tapauksesta, jossa kansallinen tuomioistuin tiedusteli, voiko toisessa jäsenvaltiossa sijaitseva tuomioistuin valvoa päämenettelyn aloittamista tilanteessa, jossa toisen jäsenvaltion tuomioistuin on katsonut olevansa toimivaltainen aloittamaan päämenettelyn. Jäsenvaltioiden tuomioistuinten on siis yhteisöjen tuomioistuimen mukaan tunnustettava toisen jäsenvaltion tuomioistuimessa aloitettu päämenettely tutkimatta menettelyn aloitusvaltion tuomioistuimen toimivaltaa.

347. Menettelyn osapuolella on kuitenkin oikeus riitauttaa se, että menettely aloitettiin tuomioistuin on katsonut olevansa toimivaltainen. Osapuolen on tällöin haettava muutosta aloittamispäätökseen sen jäsenvaltion tuomioistuimessa, jossa menettely on aloitettu. Muutosta aloittamispäätökseen haetaan kyseisen jäsenvaltion kansallisessa oikeudessa säädettyjen muutoksenhakukeinojen mukaisesti. Tämä on kuitenkin lähtökohtaisesti kovin vaikeaa, koska hakija-velkojalla voi olla hankaluuksia selvittää kaikkia tarvittavia tietoja velallisen toiminnasta ja velallinen itse luultavasti pystyy parhaiten osoittamaan muihin maihin paikantuvia intressejään. Koulu 2000, s. 126-127, 129.

348. Hän katsoo, että paikalliset velkojat saavat riittävässä määrin suojaa, kun heille on taattu mahdollisuus aloittaa sekundäärimenettely. Lennarts 2010, s. 112. Komissio ei kuitenkaan ehdottanut tällaista toimenpidettä asetuksen uudelleen arvioinnin yhteydessä, vaan kuten aiemmin jo todettiin, siinä päädyttiin päinvastoin täsmentämään niitä mahdollisuuksia, joiden nojalla kyseisen oletaman kumoaminen on mahdollista. COM(2012) 744 final, s. 7 ja 16.

349. Myös Bariatti on tukenut selvittäjän valintavallan puolesta puhuvaa näkökulmaa.



miehen ratkaisuehdotus *Seagon v. Deko Marty* -tapauksessa on omalta näkökannaltani helpompi ymmärtää ja omaksua kuin itse tuomiolauselma. Colomerhan esitti erittäin hyvän näkökohdan sen suhteen, että ”maksukyvyttömyysmenettelyn merkittävät oikeustoimet on annettu yksin käsiin. Selvittäjä vastaa pesän omaisuudesta par conditio creditorum periaatteen (velkojien yhdenvertaisuuden periaate) mukaisesti ja panee liikkeelle sopimus- tai tervehdyttämismenettelyt, joiden avulla yrityksen on helpompi selvitä kriisitilanteesta. Selvittäjän on valittava tekemiensä strategisten päätösten mukaisesti eri tuomioistuinten välillä nostaessaan pesän omaisuuden suojaamisen edellyttämiä kanteita”<sup>350</sup>. Selvittäjän turha pakottaminen ja rajaaminen ajamaan kannetta ainoastaan aloitusvaltion tuomioistuimessa tuntuu ensisijassa hänen kykensä aliarvioimiselta. Myös tutkielman yhteydessä tehdyissä haastatteluissa Pauliina Tenhunen toi oman näkökulmansa esiin sen suhteen, että tuomioistuimen valintavalta tulisi kuulua selvittäjän tehtäviin.

Suomessa pesänhoitajat ovat myös velvollisia toimimaan hyvää pesänhoitoa koskevan tavan mukaisesti. Suosituksessa takaisinsaannista konkurssissa<sup>351</sup> todetaan hyvään pesänhoitotapaan kuuluvaksi, että pesänhoitaja pyrkii sopimaan takaisinsaantiasian ilman oikeudenkäyntiä, eli vastaajalle on annettava mahdollisuus maksaa peräytettäväksi vaadittu määrä vapaaehtoisesti. Suosituksessa muistutetaan pesänhoitajia myös siitä, että heidän on sovintoneuvotteluissaan otettava huomioon i) oikeudellinen epävarmuus, ii) kuluriski ja iii) vastaajan taloudellinen tilanne. Pesänhoitajan kannattaa luopua osasta takaisinsaantivaatimuksesta, jos se on pesän kannalta järkevää. Suosituksessa osaltaan tuodaan esiin se seikka, että pesänhoitajan on takaisinsaantikannetta nostaessaan otettava huomioon moninaisia seikkoja ja hänen on yksin tehtävä

Hänen näkemyksensä mukaan olisi joustavampaa jättää tuomioistuimen valinta selvittäjälle, joka voisi tapauksen yksityiskohdista riippuen ajaa kannetta parhaaksi katsomassaan tuomioistuimessa. Erityisesti hän nostaa esiin varojen keräämiseen liittyvän näkökohdan, jonka mukaisesti kanteen ajaminen vastaajan kotipaikan tuomioistuimessa saattaa nopeuttaa peräytettävien varojen haltuunottoa. Tällä hän viittaa myös tuomioiden helpompaan täytäntöönpanoon. Bariatti 2009, s. 657. Tollenaar on tukenut selvittäjälle jätettävää valintaa edellä esitetystä MKA:n ja Bryssel I -asetuksen mukaisten kanteiden kumulaatiosyystä. Lennarts 2010, s. 109.

350. Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus 16.10.2008, kohta 68.

351. Konkurssiasiaain neuvottelukunnan suositus 9/2004, s. 4.

valinta<sup>352</sup> kanteen nostamisen ja nostamatta jättämisen välillä. Siten kansallisessa tilanteessa myös tuomioistuinta koskeva valinta jää lopputekijöissä pesänhoitajan käsiin. Erittäin hyvänä näkökulmana mielestäni toimii myös jo paljon edellä käsitelty TakSL 23.2 §. Suomessa selvittäjälle on uskottu tuomioistuimen valinta ja hänen arvionsa mukaisesti kannetta voi ajaa kummassa vain tuomioistuimessa – konkurssituomioistuimessa tai OK 10 luvun mukaisessa. Se, että ehdotettu MKA 3 a artikla kumoaisi TakSL:n mahdollistaman valinnan eurooppalaisen konkurssin ollessa käsillä, ei tunnu tarkoituksenmukaiselta. Kuitenkin asetuksen etusijan johdosta näin tulisi menetellä. MKA pakottaisi rajat ylittävissä konkurssissa jäsenvaltiot, jotka eivät tunnusta liitännäisasioiden osalta *vis attractiva concursusta* menettelemään sen mukaisesti.

Lähtökohtaisesti on kuitenkin ymmärrettävää, että kanteen ajaminen toisessa jäsenvaltiossa ei ole ideaalista, kuten edellä valintavaltaa vastaan puhuvassa osiossa todettiin. Muun jäsenvaltion tuomioistuin ei tietenkään tunne takaisinsaantiin sovellettavaa *lex concursusta* yhtä hyvin kuin aloitusvaltion tuomioistuin, ja tämä myös saattaisi kasvattaa ristiriitaisten tuomioiden riskiä. Nämä näkökulmat eivät kuitenkaan anna perusteita selvittäjän valintavallan rajoittamiselle. Selvittäjä voisi arvionsa mukaan jättää kanteen nostamatta vastaajan kotipaikan tuomioistuimessa ja keskittää liitännäisasiain käsittelyn *vis attractiva concursuksen* mukaisesti menettelyn aloitusvaltioon. Esimerkiksi suhteellisen yksinkertaiset takaisinsaantikanteet, joissa kahden valtion lainsäädännöt eivät myöskään eroa suurella määrällä toisistaan, saattaisi puolestaan olla kannattavampaa ajaa vastaajan kotivaltiossa<sup>353</sup>. Tämä juuri ajan- ja rahankäytöllisten näkökulmien vuoksi, kun myös tuomion täytäntöönpano on sujuvampaa. Oma ehdotukseni uudeksi MKA 3 a artiklaksi, juuri Suomen TakSL:n mahdollistama valinta ja julkisasia-

352. Pesänhoitaja ei nimittäin tarvitse takaisinsaantikanteen nostamiseen velkojainkokouksen päätöstä. Kyseiset kanteet katsotaan nykyisin osaksi pesäselvityksen normaaleja rutiineja. Velkojainkokoukselle on kuitenkin annettu mahdollisuus kieltää kanteen nostaminen tai määrätä pesänhoitaja luopumaan tämän jo nostamasta kanteesta. Ks. alaviite 219.

353. Esimerkkinä toimii mm. Suomen ja Ruotsin lainsäädäntöjen samankaltaisuus. Suomalaisen selvittäjän on varmasti helpompaa ajaa takaisinsaantikannetta ruotsalaisessa tuomioistuimessa kuin esimerkiksi espanjalaisessa. Lainsäädäntöjen välillä on toki eroja, mutta Ruotsin lainsäädäntö on aina vaikuttanut suurella määrällä myös Suomen lainsäädäntöön.

mies Colomerin kannanotto *Seagon v. Deko Marty* -tapauksessa huomioiden olisikin, että uuteen 3 a artiklaan tulisi sisällyttää säännös, jossa todetaan, että vaikka menettelyn aloitusvaltion tuomioistuimella on toimivalta käsitellä liitännäisasiaa koskeva kanne, se ei estä selvittäjää nostamasta maksukyvyttömyysmenettelystä välittömästi johtuvan tai siihen läheisesti liittyvän kanteen vastaajan kotipaikan tuomioistuimessa. Selvittäjällä olisi tähän oikeus, mikäli kanteen ajaminen vastaajan kotipaikan tuomioistuimessa olisi selvittäjän suorittaman harkinnan nojalla pesänhoidon kannalta edullisin ja tehokkain vaihtoehto.

Näin ollen säilyttäisin komission ehdottaman 3 a artiklan ensimmäisen kohdan, jossa selvennetään, että aloitusvaltion tuomioistuimella on toimivalta käsitellä liitännäiskanne. Uuden artiklan ottamisella asetukseen on ensisijaisen tärkeää sisällyttää siihen selkeä aloitusvaltion toimivallan toteava artikla, jotta toimivaltakysymystä ei enää jatkossa tarvitse tulkita asetuksen muiden artiklojen nojalla. Komission ehdotuksessa esitetyn Bryssel I -asetuksen ja MKA:n kumulaatiomahdollisuuden säilyttäminen ei välttämättä olisi tarpeen, koska kuten todettua, selvittäjä voisi oman harkintansa mukaan nostaa kanteen vastaajan kotipaikan tuomioistuimessa. Tällöin selvittäjä voisi siten nostaa sekä Bryssel I -asetuksen että MKA:n mukaisen kanteen ehdottamani artiklan nojalla, eikä erillistä mainintaa kumulaatiosta tarvittaisi. Kyseinen ehdotus mahdollistaisi myös selvittäjälle oikeuden nostaa jo aiemmin käsitelty konkurssiliitännäinen vastakanne (esim. takaisinsaantivaatimus) tilanteessa, jossa velkoja on nostanut konkurssivelallista vastaan siviilioikeudellisen kanteen<sup>354</sup>. MKA:n muutosehdotus ei toisi ratkaisua tähän ongelmaan, sillä selvittäjä olisi oikeutettu kumulaatioon ainoastaan *samaa vastaajaa* vastaan. Konkurssiliitännäisen vastakanteen nostaminen vastaajan kotipaikan tuomioistuimessa ei siten olisi mahdollista, vaan kannetta tulisi ajaa aloitusvaltion tuomioistuimessa.<sup>355</sup>

354. Ks. alaviite 229. Virgós & Garcimartín 2004, s. 65.

355. Tällaisessa tilanteessa Suomen OK:n mukaisesti selvittäjä joutuisi tekemään ainoastaan asiaväitteen velkojen kanteen käsittelyn yhteydessä. On myös huomattava, että OK 10:10.4:ssa säädetään, että jutun vastaajan nostama vastakanne tutkitaan siinä tuomioistuimessa, jossa alkuperäinen kanne on vireillä. Tosin kuten todettua, kansallinen lainsäädäntö syrjäytyy, mikäli se on ristiriidassa asetuksen kanssa.

## 8. Tutkimustulokset

### 8.1 HUOMIOT JA EHDOTETUT MUUTOKSET

Olen edellä käsitellyt eurooppalaisessa konkurssissa tapahtuvan takaisinsaannin toteuttamista. Tutkielmassa on tullut esitellyksi ne seikat, jotka alussa asetin tutkimuskohteiksi. Olen siten käynyt läpi eurooppalaisen takaisinsaannin yhteydessä nousevat yleisimmät kysymykset, kuten lainvalinnan, torjuntastatuutin ja tuomioistuimen toimivaltakysymyksen. Olen pyrkinyt tuomaan tutkimuskohteiden yhteydessä esiin sekä yleistä teoriaa että erilaisia näkökulmia niihin. Olen lisäksi pyrkinyt arvioimaan näitä näkökulmia myös kriittisesti.

Takaisinsaantiin sovellettavan lain suhteen tutkimuksessa ei noussut esiin erikoisempia näkökulmia tai kannanottoja. Sovellettava laki määräytyy menettelyn aloitusvaltion *lex concursuksen* mukaisesti, joka määrittää mm. valittavat peräyttämiskeinot ja sovellettavat määräajat. Vaikka eri jäsenvaltioiden piirissä löytyy eroja mm. takaisinsaannin kriittisen ajan ja kanteen vireillepanon suhteen, kuuluvat nämä edelleen jäsenvaltioiden oman lainsäädäntövallan piiriin. Takaisinsaantia koskevien määräaikojen osalta asetuksessa voitaisiin toki säännellä myös esim. rajat ylittävän konkurssin yhtenäisistä määräajoista niin, että takaisinsaantikanteet tulisi panna vireille asetuksessa valitun määräajan kuluessa. Näin ulkomaisten vastaajien oikeusturva olisi turvattu, kun he olisivat paremmin tietoisia siitä, minkä ajan sisällä heitä koskeva kanne on mahdollista nostaa. Vastaajien ei olisi siten tarvetta tutustua ulkomaisen *lex concursuksen* sisältöön. Tosin tämänkaltaisen ehdotuksen ottaminen asetukseen ei näkemykseni mukaan ole mahdollista, koska tällöin menettelyn aloitusvaltiossa kotipaikan omaava takaisinsaantivastaaja ja ulkomainen takaisinsaantivastaaja saattaisivat joutua eri asemaan, vaikka muutoin heihin sovellettava takaisinsaantilaki on täysin sama. Jotta syrjivää vaikutusta ei syntyisi, edellyttäisi tämä jäsenvaltioiden kannemääräaikaa koskevien säännösten yhdenmukaistamista, mikä puo-

lestaan johtaisi asetuksessa olevan määräajan tarpeettomuuteen. Näin ollen takaisinsaantiin liittyvien määräaikojen ja muiden edellytysten jättäminen *lex concursuksen* nojalla määritettäväksi takaa tasapuolisen kohtelun riippumatta takaisinsaantivastaajan kansallisuudesta ja hänen kotipaikasta.

Sen sijaan torjuntastatuutin ja liitännäisasioiden suhteen tutkimuksen yhteydessä nousi esiin paljon eri kannanottoja ja näkemyksiä. Eri jäsenvaltioiden tieteilijöiden ja asiantuntijoiden asenteet vaihtelivat suurestikin näiden kahden tutkimuskysymyksen suhteen. Kuten jo aiemmin todettiin mm. torjuntastatuutin osalta, en kuitenkaan päätenyt ehdottamaan nykyisellään voimassa olevaan artiklaan muutosta, koska artikla voidaan edelleen katsoa tarpeelliseksi säilyttää asetuksessa juuri oikeutettujen odotusten suojaamisen johdosta. Lisäksi on vielä syytä huomauttaa, että torjuntastatuutin asetuksessa säilyttämisestä huolimatta, tämänhetkinen oikeustila näyttäisi osoittavan, että takaisinsaanti toteutuu pääasiallisesti *lex concursuksen* mukaisesti. *Lex concursuksen* nojalla tapahtuva takaisinsaanti helpottaa selvittäjän toimenkuvaa, kun hänen ei tarvitse huomioida ulkomaisen lain soveltamismahdollisuutta. MKA 13 artikla ei ole ollut suuressa suosiossa takaisinsaantikanteiden käsittelyn yhteydessä, kuten kävi ilmi Wienin yliopiston ja Ruprecht-Karls-Universität Heidelbergin teettämässä kyselyssä. Muutamia oikeustapauksia lukuun ottamatta näyttääkin siltä, että takaisinsaantivastaajat eivät käytä heille asetuksessa erikseen suotua torjuntaoikeutta, jonka nojalla he voisivat muuttaa takaisinsaantiin pääasiallisesti sovellettavan lain. Epäselväksi tutkimuksen yhteydessä jäikin, johtuuko 13 artiklan käytännössä olematon hyödyntäminen siitä, että se kuitenkin edellyttää takaisinsaantivastaajalta kattavaa ja vaikeaa väittämisen- ja todistus- taakkaa. Onko vastaajille suodun oikeuden hyödyntämisen edellytykset siten asetettu niin korkealle, että siihen vetoaminen ei ole heidän näkökulmasta houkuttelevaa tai kannattavaa? Mikäli asia on näin, ei artiklan voitaisi katsoa toteuttavan sitä tarkoitusta, jonka vuoksi se on päätetty ottaa asetukseen. Nämä seikat eivät käyneet ilmi tutkielman yhteydessä suoritettavassa perehtymisessä jäsenvaltioiden kansallisiin oikeustapa-

uksiin, eivätkä ne myöskään ilmenneet kansallisista raporteista. Artiklan vähäisen hyödyntämisen johdosta ihmettelenkin sitä laajaa kritiikin määrää, jota artikla on saanut osakseen.

Liitännäisasiota koskeva määrittely ja niihin liittyvä toimivaltakysymys ovat sen sijaan olleet varsin epäselviä seikkoja. 25 artiklan 1 kohdan 2 alakohdassa edellytetyt konneksiteetin ja derivatiivisuuden vaatimukset ovat tuottaneet päänvaivaa jäsenvaltioiden sisällä. Artiklan osalta on jopa ehdotettu sovellettavaa lakia koskevan vastaavanlaisen listan ottamista asetukseen<sup>356</sup>. Listassa määriteltäisiin siten, mitkä asiat täyttävät edellä asetut konkurssiliitännäisyyden edellytykset. Kuten olen jo aiemmin tutkielmassa tuonut esiin, katson että listan ottaminen asetukseen saattaisi olla syrjivää, koska se olisi käytännössä mahdotonta laatia niin, että kaikki jäsenvaltiot olisivat tyytyväisiä siihen ja saisivat omat kanneperusteet kirjatuksi osaksi asetusta. Liitännäisasiata tulee siten edelleen ratkoa huomioden sen läheinen yhteys itse konkurssinnettelyyn ja sen toteuttamiseen, jotta välttyttäisiin siltä, että asetuksen piiriin pääsisi myös Bryssel I -asetukseen kuuluvia siviilioikeudellisia kanteita. Liitännäisasioiden toimivallan suhteen *Seagon v. Deko Martya* -tapauksesta seuraava tuomioistuimen yksinomaisuutta koskeva tulkinta on saanut hyväksynnän myös komission laatimassa MKA:n muutosehdotuksessa. Edellä läpikäydystä muiden jäsenvaltioiden kansallisesta oikeuskäytännöstä näyttäisi myös ilmenneen se tosiasiallinen fakta, että tuomioistuimet ovat jo ennen *Seagon v. Deko Martya* katsoneet aloitusvaltion olevan toimivaltainen käsittelemään liitännäiskanteet. On kuitenkin hyvä huomauttaa, että tämänkaltainen tulkinta tuli pääasiassa esiin hollantilaisten tuomioistuimien antamista tuomioista tilanteissa, joissa takaisinsaantivastaajan kotipaikka oli Hollannissa ja itse menettely oli aloitettu jossain toisessa jäsenvaltiossa. Hollannin konkurssilainsäädäntö tunnustaa *vis attractiva concursusta* koskevan periaatteen, mistä on seurannut, etteivät tuomioistuimet ole katsoneet olevansa toimivaltaisia kanteen käsittelyä varten.

Kuitenkin yksinomaisuutta vastaan on oikeuskirjallisuudessaakin esitetty vaihtoehto, jonka mukaisesti selvittäjän tulisi olla oikeutettu va-

litsemaan ”oikea” tuomioistuin<sup>357</sup>. Toin tutkielmassa esiin näkökulmia tämän valinnaisuuden puolesta ja vastaan, ja päädyin lopulta tukemaan valinnaisuutta koskevaa näkökantaa. Näkökantojen punninta osoitti, että käytännössä asioiden keskittäminen konkurssituomioistuimeen ajaa menettelyn tehokasta toteuttamista, kun aloitusvaltion tuomioistuin on myös samalla pätevin tutkimaan kanteen ja sen vastustamisen edellytykset. Myös selvittäjän toimenkuva helpottuu ja pesässä saatetaan säästyä jopa ylimääräisiltä kustannuksilta ja ristiriitaisten tuomioiden mahdollisuudelta. Kuitenkin menettelyn selvittäjälle on uskottu muidenkin konkurssin läpiviemisen kannalta olennaisten päätösten tekeminen, joten tämän toimenkuvan ei tulisi väistyä ainoastaan siitä syystä, että kyse on eurooppalaisesta konkurssista. Toimenkuvan tulisi siten käsittää myös tuomioistuimen valinta. Valitsemani kannanotto lienee peräisin pääasiassa käytännön näkökulman ja pesänhoitajan ammatillisen näkökulman omaksumisesta. Olen siten pyrkinyt valitsemani tutkimuskohteen kriittiseen arvottamiseen omaksumistani arvopremisseistä käsin. Ehdotuksenani olikin, että komission ehdottamaan uuteen liitännäisasioiden toimivaltaa käsittelevään 3 artiklaan otettaisiin maininta, että selvittäjä voi oman harkintansa mukaisesti nostaa kanteen myös vastaajan kotipaikan tuomioistuimessa, mikäli hän harkitsee sen pesänhoidon kannalta asianmukaiseksi.

Tutkielman työstämisen yhteydessä on lisäksi selvästi käynyt ilmi se tosiasia, että Suomen kohdalla eurooppalaisten takaisinsaantikanteiden vireille laittaminen saati edes niissä osapuolena toimiminen asiamiehen roolissa ei ole kovinkaan yleistä. Asianajajien haastatteluiden yhteydessä kävi myös ilmi, ettei koko asetusta ole vielä saanut Suomessa kovinkaan suurta jalansijaa, mistä johtuen sen hyödyntäminen on vielä lapsenkengissä Suomen konkurssioikeuden soveltamisalalla. Pesänhoitajat näyttänevät painottavan enemmänkin pesän nopeaa selvittämistä, mistä seuraa, ettei kanteita päädytä nostamaan, ellei kyse ole suurista summista, joista olisi välittömästi huomattava hyöty konkurssipesälle. Tämä pätee myös täysin kansallisten konkurssien ollessa kyseessä. Luonnollisesti paljon painoarvoa saa myös itse pesän ja vastaajan varal-

357. Mm. Bariatti 2009, s. 657, Virgós & Garcimartín 2004, s. 63-65, Lennarts 2010, s. 109.

lisuustilanne. Mikäli esim. pesässä on riittävästi varallisuutta kattamaan pesähoitamisesta aiheutuvat erillisveloitukset ja velkojille kertyy riittävä jako-osuusprosentti, on takaisinsaantikanteidenkin nostamiseen helppompi ryhtyä, vaikka kyseessä olisi hieman epävarmakin prosessi. Lisäksi myös vastaajan hyvä maksukyky on omiaan kannustamaan kanteen ajamiseen. Nyt vallitsevana käytäntönä näyttää olevan kuitenkin se, että kanteiden nostamisesta luovutaan riskitekijöiden ja kustannusnäkökulmien johdosta. Ajan kuluminen osoittaa, tuleeko asetuksen käyttäminen Suomessa muuttumaan, ja voisiko esim. asetuksen uudelleen arvioiminen myöskin olla sysäys sen lisääntyvälle käyttämiselle.



- aloittamismaa (aloitusvaltio) s. 30, 32, 34
- attraktiovaikutus (ks. vis attractiva concursus) s. 100, 101, 112, 113
- automaattisen tunnustamisen periaate s. 30, 33, 34, 36, 37, 49
- autonominen konkurssioikeus s. 24, 98, 128
- Bryssel I -asetus s. 25, 31, 81, 82, 83, 84, 85, 89, 90, 91, 93, 104, 106, 114, 115, 116, 118, 119, 120, 121, 122, 132, 133, 137, 140, 143
- centre of main interests (ks. pääintressien keskus) s. 22, 32, 70
- common law -maat s. 112
- derivatiivisuuden vaatimus s. 81, 86, 143
- dispositiivinen riita-asia s. 122
- eksekvatuuri s. 30, 36
- eksekvatuurimenettely s. 85, 119, 120, 121
- ennustettavuus s. 49
- eurooppaoikeuden autonominen tulkinta s. 85, 109, 134
- eurooppaoikeuden etusija s. 25, 136, 139
- forum domicilii s. 118, 122
- forum shopping s. 102, 103, 107-109-111, 136, 137
- förvaltare s. 38
- hyvä pesänhoitotapa s. 45, 138 s. 45, 138
- Istanbulin sopimus s. 113
- iura novit curia s. 58
- jako-osuus s. 110, 145
- julkisasiamies s. 107, 115, 124-126
- kansainvälinen konkurssi
- määritelmä s. 23, 24
- kolmas valtio s. 60-61, 98
- konkurssiasian neuvottelukunnan suositukset s. 94, 128, 138
- konkurssiasiamies s. 45, 46
- konkurssisaatava s. 83, 88
- konneksiteetin vaatimus s. 81, 86, 143
- kriittinen aika s. 53-55
- kumulaatio s. 83, 104, 115, 132-133, 140
- kustannustehokkuus s. 28, 64
- lainvalinta s. 49-50
- lainvalintatodistelu s. 61-62, 65
- lex concursus
- määritelmä s. 23, 49-50
- takaisinsaannissa s. 51-53, 54-57
- lex contractus s. 58, 64, 76
- lex fori s. 63, 75, 133
- lex rei sitae s. 62, 96, 124, 128
- lex specialis s. 49
- liitännäisasia
- käsite s. 83-86
- takaisinsaannin suhteen s. 86-90
- liitännäistuomio s. 26, 28, 36, 81-106, 119
- liquidator (ks. selvittäjä)
- Luganon yleissopimus s. 118,
- moitteettomuustodistelu s. 61-62, 65
- objektiivinen takaisinsaantiperuste s. 48, 52, 72
- omaisuuden myyntitapa s. 43-44
- ordre public s. 31, 37, 55, 60
- pesänhoitajan palkkio s. 127, 128
- pohjoismainen konkurssisopimus s. 24
- pääintressien keskus s. 22, 24, 32-33, 68, 70, 78, 109-111, 136
- päämenettely s. 22, 30-34
- rinnakkaisten konkurssien periaate s. 22
- rinnastumisperiaate s. 38

- Rooma I -asetus s. 58, 62, 71
- sekundäärikonkurssi s. 32-36, 37, 38, 39,  
53, 95, 96, 134, 135
- selittävä raportti s. 59, 84, 112
- selvittäjä
- määrittely s. 36-38
  - palautusvalta s. 39
  - toimivalta s. 38-40, 42-46
- sijaintimaa s. 39, 43, 44, 61, 128
- sopimussuhteeseen sovellettava laki (ks.  
torjuntastatuutti)
- subjektiivinen takaisinsaantiperuste s.  
48, 52, 63
- supervising authorities s. 45
- takaisinsaanti
- forum s. 95-106
  - instituutiona s. 47-49
  - sekundäärikonkurssissa s. 35
  - sovellettava laki 51-53, 54-57
- tavanomainen maksu s. 77
- teleologinen tulkinta s. 107, 108
- territoriaaliperiaate s. 21, 22
- todistustaakka s. 58, 60, 62, 63, 64, 72, 78,  
79, 142
- toimintamaa s. 42-45
- toimipaikka s. 22, 34-35, 40
- torjuntastatuutti s. 51, 58-80, 97, 111
- tuomion täytäntöönpano s. 30-31, 119-122,  
130, 137
- turvaamistoimenpide s. 37, 41, 42
- ulosottoviranomainen s. 31, 61, 122
- universaaliperiaate s. 21, 22, 25, 134
- vastavuoroisen tunnustamisen periaate  
s. 90
- velkojen yhdenvertaisuuden periaate s.  
47, 48, 49, 127, 138
- vis attractiva concursus s. 73, 74, 83, 86,  
100, 101, 103, 111-117, 118, 133, 134, 139,  
143
- väittämistaakka s. 62, 63, 64, 78, 79, 142
- yhden kurssivarallisuuden periaate  
s. 21
- yhden päämenettelyn periaate s. 30
- Yhdysvallat s. 71
- yhtenäistetty järjestelmä s. 34

