

Tuomas Lehtinen

KANSAINVÄLISEN
KAUPAN LIIKESOPIMUS
JA REMBURSSI

KANSAINVÄLISEN KAUPAN LIIKESOPIMUS JA REMBURSSI



SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 276

Tuomas Lehtinen

Kansainvälisen kaupan liikesopimus ja remburssi

Yliopistollinen väitöskirja, joka Turun yliopiston
oikeustieteellisen tiedekunnan suostumuksella
esitetään julkisesti tarkastettavaksi luentosalissa 1
lauantaina 28.10.2006 kello 12.

WITH AN ENGLISH SUMMARY

Julkaisuvaliokunta

Risto Nuolimaa, puheenjohtaja

Markku Helin

Mika Hemmo

Raimo Lahti

Pekka Vihervuori

Lea Purhonen, sihteeri

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. (09) 6120 300

f. (09) 604 668

sly@lakimies.org

www.lakimies.org

Verkkokirjan ISBN 978-951-855-514-1

© 2006 Suomalainen Lakimiesyhdistys ja Tuomas Lehtinen

ISSN 0356-7206

ISBN 951-855-261-4

Vammalan Kirjapaino Oy, Vammala 2006

*En tiedä yhtään liikesopimusta,
jota osapuolet eivät olisi tarkoittaneet sitovaksi*

Alkusanat

Väitöskirjatutkimuksen tulisi periaatteessa esittää väite ja perustelut sen tueksi. Tälle väitteelle ei ole annettu väitöskirjaa koskevissa tutkintovaatimuksissa rajoja, mikä vapaan tieteellisen tutkimuksen periaatteiden mukaan olisikin kovin hankalaa. Tutkimuskohteen ja väitteen valinta voivat muodostua tukijalle vaikeiksi tehtäviksi.

Tämän väitöskirjan valmistuttua voi todeta, että pääväite sopimuksen sitovuudesta on ollut minulle jo yli vuosikymmenen selvä, mutta tutkimuksen kohde on vuosien saatossa siivilöitynyt ja kiinteytynyt ensimmäiseen oikeudellisesti minua viehättäneeseen instituutioon, *sopimukseen*. Sopimuksen perusta on viime aikoina jäänyt oikeustieteellisessä keskustelussa taka-alalle, mikä on johtanut sopimusinstituution kyseenalaistamiseen ja jopa muuttamiseen. Kysymyksenasettelu on ollut monissa sopimusoikeudellisissa tutkimuksissa keskittynyt pikemminkin sopimuksen sitovuuden ohittamiseen ja sopimus-käsitteen laajentamiseen kuin sopimuksen kunnioittamiseen. Varsinkin liikesopimusten tutkimusta on pidetty syystä tai toisesta tarpeettomana. Väitöskirjani tarkoituksena on täyttää näitä aukkoja sopimusoikeudellisessa tutkimuksessa.

Tätä väitöskirjaa ei olisi syntynyt ilman professori *Ari Saarnilehto*a. Hänen asemansa (valmistumiseni jälkeen) ensimmäisenä työnantajanani, väitöskirjan työnohjaajana ja kirjan valmistumisen ankarana vaatijana on ollut minulle tärkeää. Niinä synkkinä hetkinä, jolloin olin jo melkein valmis jättämään tutkimuksen, professori Saarnilehto ymmärsi – hänelle varsin ominaiseen terävään tapaansa – muistuttaa minua lupauksestani, että väitöskirja valmistuu. Ilman professori Saarnilehdon tukea ja henkistä piiskausta, kirja olisi vieläkin kesken.

Professorit *Matti Rudanko* ja *Juha Karhu* ovat toimineet ystävällisesti esitarkastajina ja kommentoineet väitöskirjaani varttuneemman tutkijan vahvalla ammattitaidolla. Suureksi ilokseni professori Karhu on suostunut vastaväittäjäksi.

Minulla on ollut kunnia opiskella Turun yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa ja sittemmin toimia viranhaltijana tiedekunnassa. Haluan kiittää niitä lukuisia Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan tutkijoita ja henkilökuntaa, jotka ovat tietäen tai tietämättään antaneet tälle tutkimukselle paljon.

Professori *Seppo Villaa* kiitän moninaisista keskusteluista ja henkisestä tuesta vuosien varrella.

Tutkimustyöni aikana minua ovat innoittaneet ja kannustaneet myös monet oivat tutkijat, jotka ovat jo siirtyneet ajasta ikuisuuteen. Lämmöllä muistan keskustelujani ja ”artikkelikirjeenvaihtoa” *Hannu Klamin* kanssa ja syviä sopimus-

oikeuden perusteita koskevia pohdintoja *Hannu Tolosen* kanssa. On sääli, ettei väitöskirjani tavoita heitä tässä ajassa.

Haluan kiittää myös työnantajaani *Asianajotoimisto Castrén & Snellman Oy:tä* ja sen koko henkilökuntaa.

Maaliskuun 25 päivän rahasto sekä Säästöpankkien tutkimussäätiö ovat tuoneet tutkimustani, mistä olen hyvin kiitollinen.

Suomalainen Lakimiesyhdistys otti ilokseni väitöskirjani julkaisusarjaansa. Kieliasun tarkastuksessa saadusta avusta kiitän *Pipsa Kostamoa*. *Aksu Tuominen* ja *Juha Tupasela* ovat ystävällisesti tarkistaneet englanninkielisen yhteenvedon kieliasun.

Suuri kiitos kuuluu myös vanhemmilleni *Kristina* ja *Raimo Lehtiselle*, jotka ovat antaneet minulle elämäni tärkeimmät arvot ja säännöt. He ovat myös olleet määrätietoisesti akateemisen tutkimustyöni suurimpia tukijoita.

On selvää, että väitöskirjatutkimuksen teko vaatii veronsa. Tästä tutkimuksesta maksettu vero on ollut luonteeltaan varsin henkilökohtaista ja se on kohdistunut varsinaisen työajan ulkopuolella käytettävissä olevaan hyvin kalliiseen aikaan. Tutkimustyön aikana poikani *Christian* on varttunut jo melkoisesti ja tyttäreni *Julia* syntyi samana päivänä, kun esitarkastajat antoivat lausuntonsa tiedekuntaneuvostolle.

Nyt voin luvata tutkimustyössäni myötäeläneelle vaimolleni *Ninalle*, ettei hänen tarvitse enää koskaan käyttää jo tavaksi muodostunutta keskustelufraasiaan: ”*Tee nyt vaan se väitöskirja, niin sitten...*”

Killingholmassa heinäkuussa 2006 – auringon taas noustessa aamulla kello 4

Tuomas Lehtinen

Sisällys

ALKUSANAT	VII
SISÄLLYS	IX
LÄHTEET	XV
LYHENTEET	XXV
1 JOHDANTO	1
1.1 Tutkimuksen kysymyksenasettelu	4
1.2 Tutkimusmetodista ja tutkimuksen rajauksesta	6
1.3 Tutkimuksen teemat.....	9
1.4 Remburssimaksu esimerkkinä kansainvälisen kaupan sopimus- mekanismista	13
2 TUTKIMUKSEN LÄHTÖKOHTIA.....	21
2.1 Sopimuskäsityksistä ja -malleista.....	21
2.2 Kansainvälinen kauppa.....	34
2.3 Kansainvälisen kaupan sopimusten tarkoitus ja prosessi	38
3 MARKKINOISTA JA NIIDEN KERROSTUMISTA.....	41
3.1 Markkinoiden määrittely ja systematisointi	41
3.2 Markkinoiden kehitys ja kansainvälistyminen	51
3.3 Markkinoiden kerrostumista.....	59
3.3.1 Kuluttajamarkkinat.....	60
3.3.2 Yritysmarkkinat.....	61
3.3.3 Sopimuskumppanin määrittelystä markkinoilla.....	64
3.3.4 Markkinat sääntelyssä ja osana vallanjakoa.....	67
3.4 Yritysmarkkinoiden erityispiirteitä	72
3.4.1 Riski yritysmarkkinoilla.....	72
3.4.2 Uudelleenneuvottelu yritysmarkkinoiden sopimusten korjausmekanismina.....	76
3.4.3 Lojaalisuus yritysmarkkinoilla.....	78
3.4.4 Yritysmarkkinat ja kuluttajien luottamus.....	87
3.5 Yhteenveto markkinoiden kerrostumista.....	88
4 KANSAINVÄLISEN KAUPAN SOPIMUSMALLI	89
4.1 Kansainvälisen kaupan sopimus on liikesopimus.....	89
4.1.1 Johdatus liikesopimukseen: kertomus liikesopimuksesta	89

4.1.2	Liikesopimus perussopimuksena	90
4.1.3	Liikesopimus ja sen dynaamisuus.....	100
4.1.4	Liikesopimus ja kolmas.....	106
4.1.5	Kansainvälisen kaupan liikesopimuksen rajat.....	110
4.1.6	Toimeksiannot kansainvälisen kaupan sopimusverkossa	116
4.1.7	Selonottovelvollisuus ja tiedonantovelvollisuus liike- sopimuksissa	120
4.1.8	Sopimuskäsitys: uusi vai vanha malli?.....	124
4.2	Liikesopimuksen tulkinnasta	126
4.2.1	Kohtuusperiaatteen soveltuminen liikesopimukseen.....	138
4.2.2	Riitojen ratkaisumallit ja itsesääntely kansainvälisen kaupan sopimussuhteissa	143
4.3	Tapaoikeuden dilemma kansainvälisessä kaupassa	148
4.3.1	Hyvä tapa kansainvälisessä kaupassa.....	148
4.3.2	Tapanormisto	152
4.3.3	Kauppataavasta yritysmarkkinoilla.....	155
4.3.4	"Lex mercatoria"	164
4.3.5	Yhteenveto tapaoikeudesta kansainvälisessä kaupassa ...	171
5	VILPITÖN MIELI LIIKESOPIMUSTEN JA KANSAINVÄLISEN KAUPAN PERUSTANA	173
5.1	Lähtökohtana vilpittömyyden vaatimus	173
5.2	Vilpittömästä mielestä kansainvälisessä kaupassa.....	176
5.2.1	Vilpitön mieli ja vilpitön toiminta.....	176
5.2.2	Vilpittömän mielen määrittelyongelmasta	181
5.2.3	Vilpitön mieli oikeusperiaatteena.....	185
5.2.4	Vilpitön mieli kansainvälisen kaupan liikesopimusten sitovuuden perustana.....	188
5.2.5	Tahdonilmaisun saajan vilpitön mieli ja vilpitön mieli osana tahdonilmaisua	189
5.2.6	Oikeustoimilain 33 §:n "kunnian vastaisuus ja arvottomuus"	193
5.2.7	Vilpitön mieli ja lojaliteettivelvollisuus	197
5.2.8	Sopimusverkon osapuolen ja liikesopimuskumppanin vilpitön mieli?	199
5.2.9	Sopimusverkossa käytettyjen asiakirjojen merkitys vilpittömän mielen arvioinnissa	200
5.2.10	Vilpittömästä mielestä summa summarum	201
6	SOPIMUSVERKOT YRITYSMARKKINOILLA	203
6.1	Sopimusverkkoajatus.....	203

6.1.1	Sopimusverkon tunnusmerkit.....	208
6.1.2	Sopimusvapaus, sopimuksen sitovuus ja vaihdannan intressit	209
6.1.3	Lojaalisuus sopimusverkossa	210
6.1.4	Sopimusverkon osapuolen lojaalisuuden sisältö	215
6.1.5	Sopimusverkon sopimuksien jaottelu.....	218
6.1.6	Sopimusneuvottelujen, asiantuntemuksen ja yhteis- toiminnan merkitys.....	220
6.1.7	Sopimusverkon tasapaino ja riskinhallintamekanismi	223
6.1.8	Asiakirjojen merkitys sopimusverkossa.....	225
6.1.9	Sopimusverkon tulkinnasta	227
6.1.10	Yhteen veto sopimusverkkoajatuksista.....	228
6.2	Sopimusverkon ero lähikäsitteisiin.....	228
7	SOPIJAKUMPPANEIDEN TASAVERTAISUUS LIIKE- SOPIMUKSISSA JA SOPIMUSVERKOISSA.....	233
7.1	Johdanto.....	233
7.2	Heikkouden määrittelyn ongelmia liikesopimussuhteissa.....	236
7.2.1	Liikesopimuksissa noudatettavien periaatteiden ja sääntöjen suhteesta	236
7.2.2	Oikeusperiaatteet ja heikomman suoja.....	237
7.2.3	Heikkous arvona.....	240
7.2.4	Heikomman suoja liikesopimussuhteissa.....	241
7.2.5	Kuka voi olla heikommassa asemassa?.....	241
7.2.6	Laissa määritelty heikomman suoja	242
7.2.7	Heikomman suoja sopimusoikeudellisena tulkinta- periaatteena	244
7.2.8	Lojaliteettiperiaate liikesopimuksissa – heikomman suoja kuluttajasopimuksissa	248
7.2.9	Yhteen veto heikomman suojaamisen ajatuksista	250
7.3	Liikesopimuskumppanien yhdenvertaisuus.....	253
7.3.1	Sopimusvapaus ja ajatus yhdenvertaisuudesta	253
7.3.2	Tarvitaanko yritysmarkkinoilla heikomman suojaa?	255
7.3.3	Heikomman suoja -ajatusten vaikutuksista liikesopimus- suhteissa	257
7.3.4	Vaatimus heikomman suojaamisesta ja sovittelusta – piilevän dissensuksen seuraus?	258
8	REMBURSSIMAKSU SOPIMUSVERKKONA.....	263
8.1	Johdantoa.....	263
8.2	Remburssimaksu saamisoikeuden lakkauttajana.....	264

8.3	Maksutavoista ja maksuehdoista	268
8.3.1	Maksutavoista.....	268
8.3.2	Maksutapojen jaottelu	270
8.4	Kansainvälisen kaupan maksuehdoista	273
8.4.1	Maksuehtojen jaottelusta.....	273
8.4.2	Puhtaat maksut	276
8.4.3	Confirming	281
8.4.4	Ennakkomaksut	282
8.4.5	Dokumenttimaksut	284
8.4.5.1	Perittävä	288
8.5	Remburssi	294
8.5.1	Yleistä	294
8.5.2	Remburssin määritelmä ja remburssiterminologiaa	295
8.5.3	Syyt remburssin käyttämiseen.....	301
8.5.4	Strict compliance -periaate ja remburssin asiakirja- sidonnaisuus	303
8.5.5	Strict compliance on rigor commercialis -periaatteen ilmentymä.....	307
8.5.6	Remburssi on pääsopimukseen ja sopimusverkkoon nähten itsenäinen sopimus.....	312
8.5.7	Remburssin sisältämä vakuus.....	315
8.5.8	Remburssin rakenne	318
8.5.9	Remburssijärjestelyn sitoumus- ja sopimussuhteet.....	319
8.5.10	Remburssin maksuajankohta.....	321
8.5.11	Osapuolten vastuut remburssissa.....	322
8.5.12	Remburssi ja maksunsiirto	325
8.5.13	Remburssi – sopimus kolmannen hyväksi?	327
8.5.14	Pankin vastuu maksunsaajaa eli myyjää kohtaan.....	328
8.5.15	Remburssi luotto- ja rahoitusinstrumenttina	328
8.5.16	Ostajan velvollisuus maksaa remburssilla.....	329
8.5.17	Lojaalisuus remburssijärjestelyssä	330
8.6	Standby-remburssi	333
8.7	Remburssi sopimusverkkona	340
8.8	Remburseja koskevista laeista, säännöistä ja ohjeista.....	341
8.8.1	Remburssin kansallisesta sääntelystä	341
8.8.2	Remburssisäännöt eli UCP-säännöt (ICC 500 -säännöt)	343
8.8.3	Kansainvälisen kauppakamarin International Standard Banking Practise -ohjeet	347
8.8.4	Kansainvälisen kauppakamarin Docdex-menettely	350
8.8.5	Remburssi ja ”lex mercatoria”	350
8.9	Remburssin tulkintasäännöistä	351

8.9.1	Remburssin tulkinnan lähtökohdat.....	351
8.9.2	Pacta sunt servanda ja sanamuodon mukainen tulkinta ..	353
8.9.3	Yksipuolisen sitoumuksen tulkinta	354
8.9.4	Tulkinta remburssin laatijan vahingoksi	355
8.9.5	Minimisäännön soveltuvuus remburssin tulkintaan	356
8.9.6	Tavallisuus- ja kohtuussääntö.....	357
8.9.7	Pätevyyssääntö	357
9	VILPILLINEN TOIMINTA	359
9.1	Vilpillisen toiminnan määrittely	359
9.2	Vilpillisen toiminnan muodoista kansainvälisessä kaupassa.....	368
9.3	Vilpillinen toiminta ja petos rikoslain mukaan.....	370
9.4	Vilpillisen toiminnan käsite remburssijärjestelyissä.....	372
9.4.1	Fraud exception -sääntö	373
9.4.2	Asiakirjoihin liittyvä vilppi	375
9.4.3	Vilpillisyyden ilmeisyys -edellytyksestä.....	377
9.4.4	Ilmeinen vilppi kieltäytymis- ja maksuikieltooperusteena.	380
9.4.5	Esimerkkejä vilpillisen toiminnan tapauksista.....	383
10	TUTKIMUSTULOKSET	387
	SUMMARY	389
	OIKEUSTAPAUSHAKEMISTO.....	397
	ASIAHAKEMISTO.....	399

Lähteet

Kirjallisuus

- Aarnio, Aulis*: Mitä lainoppi on? Helsinki 1978. (Aarnio 1978)
- Aarnio, Aulis*: Laintulkinnan teoria. Juva 1989.
- Aarnio, Aulis*: Muodon uusi tuleminen. LM 1994, s. 273–286 (Aarnio 1994)
- Aho, Matti L.*: Varallisuus oikeudellisen oikeustoimen tulkinnasta. Porvoo 1968.
- Annola Vesa, Antero*: Sopimuksen dynaamisuus: talousoikeudellinen rakennetutkimus sopimuksen täydentymisestä ja täydentymisen ohjaamisesta. Turun yliopisto 2003.
- Anttila, Tapio*: Pankki, riskit ja sääntely: oikeustieteellinen tutkimus mahdollisuuksista sääntelyllä hallita pankin riskejä. Helsinki 1996.
- Arnesdotter, Ingrid*: Moderna betalningsmetoder. Göteborg 1996.
- Atiyah, Patrick S.*: The Rise and Fall of Freedom of Contract. Oxford 1979.
- Atiyah, Patrick S.*: Promises, Laws and Morals. Oxford 1981.
- Auer, Marietta*: "Good faith" and Its German Sources: A Structural Framework for the "Good Faith" Debate in General Contract Law and under the Uniform Commercial Code. Harvard 2001.
- Aurejärvi, Erkki*: Luotto- ja maksuvälineet. Jyväskylä 1986. (Aurejärvi 1986).
- Aurejärvi, Erkki*: Virallisen vastaväittäjän lausunto Ari Huhtamäen väitöskirjasta Luotonantajavastuu. LM 1993, s. 1095–1127. (Aurejärvi 1993)
- Ayres, Ian – Braithwaite, John*: Responsive Regulation, Transcending the Deregulation Debate. Oxford University Press 1992.
- Bayles, Michael D.*: The Principles of Law. Dordrecht 1987.
- Bentham, Jeremy*: Introduction to the Principles of Morals and Legislation [1789]. Oxford 1907.
- Bertrams, Roeland F.*: Bank Guarantees in International Trade. Fifth printing. Amsterdam 1993.
- Bianca, C. M. – Bonell, M. J.*: Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention. Milan 1987.
- Björne, Lars*: Lojaliteettiperiaatteen kehityksestä. Teoksessa Saarnilehto, Ari (toim.): Lojaliteettiperiaate: Oikeusperiaatteet ja oikeuskäytäntö -tutkimusprojektin seminaarin 11.11.1993 alustukset, s. 5–16. Turku 1994.
- Boggiano, Antonio*: International Standard Contracts. Dordrecht 1991.
- Bogdan, Michael*: Utrikeshandels civilrättsliga grundproblem. Stockholm 1994.
- Brownsword, Roger – Howells, Geraint – Wilhelmsson, Thomas* (ed.): Welfarism in contract law. Aldershot: Dartmouth, 1994. (Brownsword – Howells – Wilhelmsson)
- Brusiin, Otto*: Tuomarin harkinta normin puuttuessa. Helsinki 1938.
- Castrén, Paavo*: Antiikin käsikirja. Keuruu 2000.
- Chancellor, Edward*: Devil Take the Hindmost: A History of Financial Speculation. Kent 1999.
- Cheshire, G. C. – Fifoot, C. H. S.*: The Law of Contract. London 1991.
- Collins, Hugh*: The Law of Contract. Second edition. London 1993.
- Connerty, Anthony*: Fraud and documentary credits. The approach of the English courts. Artikkeliluettavissa <http://www.arc-chambers.co.uk/>.
- Cooter, Robert – Ulen, Thomas*: Law and Economics. New York 1988.
- Coutsoudis, Basil*: Letters of credit and the fraud exception a comparative analysis of the laws of

- the United States of America, England, and South Africa. – [Http://www.law-online.co.za/Int-TradeLaw/letcredit.htm](http://www.law-online.co.za/Int-TradeLaw/letcredit.htm) (8.12.2005).
- Defoe, Daniel*: An essay upon projects. Virginia 2003.
- Dworkin, Ronald*: Taking Rights Seriously. London 1977.
- Dworkin, Ronald*: A matter of Principle. Harvard University Press 1985.
- Encyclopedia Iuridica Fennica I*. Varallisuus- ja yritysoikeus. Jyväskylä 1994.
- Esko, Timo*: Kansainvälisen kaupan materiaalistien normien ja liittymäsääntöjen uudistamisesta. DL 1982, s. 26–40.
- Ewald, Francois*: Vakuutusyhteiskunta s. 73–86. Teoksessa Eräsaari, Risto – Rahkonen Keijo: Hyvinvointivaltion tragedia. Helsinki 1995.
- Galbraith, John Kenneth*: Raha. Mistä se tulee – minne se menee? Juva 1979. (Galbraith 1979)
- Galbraith, John Kenneth*: Vallan anatomia. Juva 1984. (Galbraith 1984)
- Galbraith, John Kenneth*: Uusi yhteiskunta. Rauma 1968. (Galbraith 1968)
- Gauthier, David P.*: Morals by agreement. Oxford: Clarendon Press 1987.
- Gordley, James*: The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine. Oxford 1991.
- Gorton, Lars*: Rättsliga ramar för internationella affärer – en översikt. Stockholm 1993.
- Grönfors, Kurt*: Avtalsgrundande rättsfakta. Göteborg 1993. (Grönfors 1993)
- Grönfors, Kurt*: Avtal och omförhandling. Stockholm 1995. (Grönfors 1995)
- Hakulinen, Y. J.*: ”Maksun oikeudellisesta luonteesta”. LM 1931, s. 239–247. (Hakulinen 1931)
- Hakulinen, Y. J.*: Velkakirjalaki. Porvoo 1947. (Hakulinen 1947)
- Hakulinen, Y. J.*: Velvoiteoikeus. Helsinki 1958. (Hakulinen 1958)
- Halila, Heikki – Hemmo, Mika*: Sopimustyytit. Jyväskylä 1996.
- Halila, Heikki – Ylöstalo, Matti*: Saamisen lakkaamisesta. Luentoajanko. Neljäs korjattu painos. Helsinki 1979.
- Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*. Berlin 1978.
- Halila, Jouko*: Todistustaakan jaosta silmällä pitäen erityisesti varallisuus oikeudellisia oikeussuh- teita. Porvoo 1955.
- Halila, Heikki*: Rakennuttajan tiedonantovelvollisuudesta rakennusurakassa. Vammala 1981.
- Havansi, Erkki*: Luotto-oikeus. Yleiset perusteet. Toinen painos. Rovaniemi 1984. (Havansi 1984)
- Havansi, Erkki*: Esinevakuusoikeudet. Vammala 1992. (Havansi 1992 I)
- Havansi, Erkki*: Suomen konkurssioikeus. 3. painos. Tampere 1992. (Havansi 1992 II)
- Hayek, Friedrich A.*: Tie orjuuteen. Tampere 1995.
- Hirsh, Werner Z.*: Law and Economics. An Introductory Analysis. Boston 1988.
- Hedwall, Mattias*: Tolkning av kommersiella avtal. Stockholm 1994.
- Hellner, Jan*: Kommersiell avtalsrätt. 3:e upplagan. Stockholm 1989. (Hellner 1989)
- Hellner, Jan*: Speciell avtalsrätt. 2 häftet. Allmänna ämnen. Andra upplagan. Stockholm 1995. (Hellner 1995)
- Hellner, Jan*: Köp och avtal. Stockholm 1992.
- Helsingius, Johan*: Verkkorahalla vauhtia kaupankäyntiin. – Tietokone, huhtikuu 1996.
- Hemmo, Mika*: Sopimus ja delikti. Tutkimus vahingonkorvausoikeuden vastuunmuodoista. Jyväskylä 1998.
- Hemmo, Mika*: Sopimuskonfliktien syistä ja niiden torjunnasta. Arvanne-Potrykus, Heidi et al. (toim.): Asianajotoimisto Borenus & Kemppinen 90 vuotta, s. 51–72. Jyväskylä 2001.
- von Herten, Hannu*: Sopimusneuvottelut. Siviilioikeudellinen tutkimus. Vammala 1983.
- Hiekkaranta, Juha-Veikko*: Toimeksiantajan velvollisuuksista eräissä kaupallisissa toimeksianto- suhteissa. Turku 1969.
- Hoppu, Esko*: Kuljetuskauppa. Jyväskylä 1991. (Hoppu 1991)
- Hoppu, Esko*: Kauppa- ja varallisuus oikeuden pääpiirteet. Neljäs, uudistettu ja täydennetty painos. Jyväskylä 1993. (Hoppu 1993)

- Huhtamäki, Ari:* Luotonantajavastuu. Jyväskylä 1993.
- Huser, Kristian:* Avtaletolking: en innføring i avtaletolkingslærens alminnelige del. Bergen 1983.
- Huttunen, Allan:* Yhdenmiehen osakeyhtiöstä. Porvoo 1968.
- Hyvä pankkitapa.* Suomen Pankkiyhdistys. 7.9.2004.
- Häyhä, Juha:* Lojaliteettiperiaate ja sopimusoppi. DL 1996, s. 313–327. (Häyhä 1996)
- Häyhä, Juha:* Liability for Information in Private Law. Teoksessa Wilhelmsson, Thomas – Hurri, Samuli (ed.): From Dissonance to Sense: Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law. Ashgate Publishing Ltd 1998, s. 301–345. (Häyhä 1998)
- Häyhä, Juha:* Tieto tavarana – Siviilioikeus tietoyhteiskunnassa. Oikeus 1:29 / 2000, s. 36–64. (Häyhä 2000)
- ICC Force Majeure Clause 2003 and ICC Hardship Clause 2003.*
- ICC Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (UCP 500).* Kansainvälisen kauppakamarin yhdenmukaiset remburssisäännöt. Helsinki 1993.
- Jack, Raymond:* Documentary Credits. Second edition. London 1993.
- Jokela, Heikki:* Irtaimen kaupasta kansainvälisen yksityisoikeuden kannalta. Helsinki 1960.
- Juusela, Janne:* Kansainvälinen tilisiirtomaksu oikeudellisesti tarkasteltuna. Helsinki 1995.
- Kaisto, Janne:* Onko maksajalla suoja? LM 1994, s. 475–499. (Kaisto 1994)
- Kaisto, Janne:* ”Tiesi tai olisi pitänyt tietää”. Vammala 1997. (Kaisto 1997)
- Kaisto, Janne:* Varallisuus oikeuden tutkimuksen suuntaviivoista. Teoksessa Viljanen, Veli-Pekka (toim.): Oikeuden rajat ja rajattomuus. Turku 2002. (Kaisto 2002).
- Kanerva, Jukka (toim.):* Poliitiikan teorian klassikoita. Hämeenlinna 1984.
- Kanniainen, Vesa – Määttä, Kalle (toim.):* Näkökulmia oikeustaloustieteeseen. (Tampere 1996)
- Kartio, Leena:* Sopimus ja kolmas. – Juhlajulkaisu Aulis Aarnio. Oikeustiede–Jurisprudentia XXX:1997, s. 152–163. Vammala 1997.
- Kaser, Max:* Roomalainen yksityisoikeus. Porvoo 1968.
- Kauppinen, Tapani – Paavonsalo, Matti:* Pankkitoiminnan käsikirja. 4., uudistettu painos. Vaasa 1981.
- Kauppinen, Tapani – Vanhanen, Juha:* Pankkitoiminnan käsikirja. Helsinki 1965.
- Kekkonen, Jukka – Korpiajakko, Kaisa – Ylikangas, Heikki:* Oikeudellisen sääntelyn kehityslinjoja, Juva 1986.
- Keskitalo, Petri:* From assumptions to risk management: an analysis of risk management for changing circumstances in commercial contracts, especially in the Nordic countries: the theory of contractual risk management and the default norms of risk allocation. Helsinki 2000.
- Kivimäki, T. M.:* Siviilioikeuden yleiset opit pääpiirteittäin. Kolmas painos. Porvoo 1946.
- Kivimäki, T. M. – Ylöstalo, Matti:* Suomen siviilioikeuden oppikirja. Yleinen osa. Juva 1981.
- Klami, Hannu:* Suomen kansainvälinen yksityisoikeus. Jyväskylä 1986. (Klami 1986)
- Klami, Hannu:* ”Reaaliset” argumentit, LM 1996, s. 468–476. (Klami 1996)
- Koski, Pauli – af Schultén, Gerhard:* Osakeyhtiölaki selityksin I. Toinen, uusittu painos. Vammala 1984.
- Koski, Pauli – af Schultén, Gerhard:* Osakeyhtiölaki selityksin II. Toinen, uusittu painos. Vammala 1984.
- Koulu, Risto:* Tilimaksun saajan suojasta. Oikeustiede–Jurisprudentia XXIV:1991, s. 197–270. Vammala 1991.
- Kozolchik, Boris:* The Legal Nature of the Irrevocable Commercial Letter of Credit. The American Journal of Comparative Law. Volume 14: 1965–1966, s. 395–421.
- Krüger, Kai:* Financial Force Majeure. Teoksessa Håstad, Torgny (toim.): Rättsvetenskapliga studier till minnet av Tore Almén, s. 239–273. Stockholm 1999.
- Krüger, Kai:* Pengekrav, 2. utgave, Bergen 1984.

- Kübler, Friedrich:* Feststellung und Garantie. Teoksessa *Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen*, Band I. Tübing 1967.
- Kuoppamäki, Petri:* Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö ja fuusiovalvonta EY:n kilpailuolueudessa. Helsinki 1992.
- Kurkela, Matti:* The Liability of banks under letters of credit. Jyväskylä 1982. (Kurkela 1982)
- Kurkela, Matti* (toim.): Kansainvälisestä kaupasta II. Vammala 1982. (Kurkela 1982 I)
- Kurkela, Matti:* On International Construction and Project Export Contracts. Jyväskylä 1982. (Kurkela 1982 II)
- Kurkela, Matti:* Pankkitakaukset kansainvälisessä kaupassa. Jyväskylä 1993.
- Kurkela Matti – Uoti, Petteri:* Välimiesmenettelystä. Jyväskylä 1995.
- Lehrberg, Bert:* Avtalstolkning. Tukholma 1995.
- Lehtinen, Tuomas:* First demand -takuu. Tampere 1994. (Lehtinen 1994)
- Lehtinen, Tuomas:* Oikeustapauskommentaarit KKO 1994:54. LM 1995, s. 79–109 (Lehtinen 1995)
- Lehtinen, Tuomas:* Kansainvälisen kaupan sopimussuhteista. Licensiaattityö. Turun yliopisto 1997. (Lehtinen 1997)
- Leskinen, Jukka:* Projektirahoituksesta. Teoksessa Saarnilehto, Ari (toim.): Projektirahoitus: Sopimusten verkostuminen. Turku 1996.
- Luoto, Reima T. A.:* Liberalismi – johtava valtioaate. Mikkeli 1983.
- Luusua, Juha – Supponen Matti:* EU-rahoitusopas. Teknologian kehittämiskeskuksen julkaisema teollisuussuhteiraportti. Helsinki 1994. (EU-rahoitusopas)
- Lämsineva, Pekka:* Perusoikeudet ja varallisuussuhteet. Jyväskylä 2002.
- Macaulay, Stewart:* Non-cacontractual realtions in business: A preliminary study. – American sociological review, Vol. 28, No. 1, February 1963, s. 55–69.
- McKendrick, Ewan:* Force Majeure and Frustration of Contract. London 1991.
- Mestad, Ola:* Om force majeure og risikofordeling i kontrakt. Oslo 1991.
- Mill, J. S.:* On liberty and other writings. (ed. Stefan Collini.) Cambrige University Press 1989.
- Mononen, Marko:* Sopimusoikeuden materiaalisuudesta. Helsinki 2001.
- Muukkonen, P. J.:* Sopimusvapauden käsitteestä. LM 1956, s. 601–612. (Muukkonen 1956)
- Muukkonen, P. J.:* Muutosäännökset. Varallisuusoikeudellisia sopimuksia koskeva tutkimus. Vammala 1958. (Muukkonen 1958)
- Muukkonen, P. J.:* Sopimusoikeuden yleinen lojaliteettiperiaate. LM 1993, s. 1030–1048. (Muukkonen 1993)
- Muttilainen, Vesa:* Velkajärjestelyt neuvotteluratkaisuina. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimus 136. Helsinki 1996.
- Mähönen, Jukka:* ”Good faith and Fair Dealing” ja lojaliteettivelvollisuus. Teoksessa Kumpula, Anne – Aine, Antti (toim.): Juhlajulkaisu Tuula Ämmälä. Kansainvälisestä kaupasta. Turku 2000, s. 203–233.
- Nevitt, Peter K.:* Project Financing. Fourth edition. London 1983.
- Norri, Matti:* Takuusitoumus Garantieverpflichtung. Jyväskylä 1993. (Norri 1993)
- Norri, Matti:* Luottamuksen käsite ja laki. DL 2004, s. 466–477. (Norri 2004)
- Nuolima R. O.:* Virallisen vastaväittäjän lausunto Tapio Anttilan väitöskirjasta Pankki, riskit ja sääntely: oikeustieteellinen tutkimus mahdollisuuksista sääntelyllä hallita pankin riskejä. LM 1996, s. 1264–1286.
- Nuutila, Ari-Matti:* Rikosoikeudellinen huolimattomuus. Jyväskylä 1996.
- Nybergh, Frey:* Rätten till tjänster i informations- och creditsamhället: en rättsdogmatisk undersökning om tillgången till infrastrukturen för handeln, särskilt banktjänster. Helsinki 2004.
- Nystén-Haarala, Soili:* The long-term contract: contract law and contracting. Helsinki 1998.
- Palmgren, Gunnar:* Kauppahinnan suorittaminen remburssilla. LM 1946, s. 466–499.
- Pasanen, Jorma:* Remburssi kansainvälisessä kaupassa. Helsinki 1953.

- Peisa, Paavo* (toim.): Euro – yhteinen raha. Suomen Pankin tutkimuksia A:96. Helsinki 1996.
- Pekkanen, Raimo*: Sekatyypinen työsopimus. Vammala 1966.
- Pellonpää, Matti – Caron, David D.*: The UNCITRAL Arbitration Rules as Interpreted and Applied. Helsinki 1994.
- Pierce, Anthony*: Demand Guarantees in International Trade. London 1993.
- Pohjonen, Soile* (toim.): Ennakoiva sopiminen, liiketoimien suunnittelu, toteuttaminen ja riskien hallinta, Vantaa 2002.
- Posner, Richard A.*: Economic Analysis of Law. 4th edition. Boston 1992.
- The Principles of European Contract Law Parts I and II*. Combined and Revised. Prepared by The Commissions of European Contract Law. Edited by Ole Lando and Hugh Beale. Netherlands 2000.
- The Principles of European Contract Law Part III*. Prepared by The Commissions of European Contract Law. Edited by Ole Lando, Eric Clive, André Plüm and Reinhard Zimmermann. Netherlands 2003.
- The Principles of European Contract Law Parts I–III (1999)* – [Http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/Skabelon/pecl_engelsk.htm](http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/Skabelon/pecl_engelsk.htm).
- Pöyhönen, Juha*: Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu. Helsinki 1988. (Pöyhönen 1988)
- Pöyhönen, Juha*: Oikeustapauskommentaarit KKO 1992:3. LM 1992, s. 1180–1189 (Pöyhönen 1992)
- Pöyhönen, Juha*: Sopimuksen kohtuuttomuus anglo-amerikkalaisissa sopimusjärjestelmissä. Oikeustiede–Jurisprudentia XXVI:1993, s. 205–291. Vammala 1993. (Pöyhönen 1993)
- Pöyhönen, Juha*: Muuttuva muuttumaton sopimusoikeus. DL 1996, s. 307–312. (Pöyhönen 1996)
- Pöyhönen, Juha*: Uusi varallisuus oikeus. Jyväskylä 2000. (Pöyhönen 2000)
- Pöyhönen, Juha*: Ulosottolain kiertämissäännös (ulosottolain 4 luvun 9.4 §) yleisen varallisuus oikeuden näkökulmasta. Teoksessa Koulu, Risto – Lappalainen, Juha – Lohi, Tapani (toim.): Velka, vakuus ja prosessi – Juhlajulkaisu Erkki Havansi, s. 309–321. Jyväskylä 2001. (Pöyhönen 2001)
- Railas, Lauri*: The Rise of the Lex Electronica and the International Sale of Goods. Helsinki 2004.
- Ramberg, Jan*: Medveten otydlighet som avtalsrättslig problem. Juridisk Tidskrift 1992–93, s. 358–368.
- Raninen, Huugo*: Fob-lauseke hankinta- ja kauppasopimuksissa. Helsinki 1934.
- Rudanko Matti*: Ostajan velvollisuudet ja sopimusrikkomus kauppalaan mukaan. LM 1988, s. 24–51.
- Rudanko, Matti*: Rakennuttajan myötävaikutushäiriöistä rakennusurakassa. Vammala 1989.
- Rudanko, Matti*: Pankkiasiakkaan ja pankin oikeussuoja. Helsinki 1995.
- Rudanko, Matti*: The Gentleman's Agreement in Legal Theory and in Modern Practice. Teoksessa Modeen Tore (ed.): Finnish National Report to the XVth Congress of the International Academy of Comparative Law (Bristol, July 26 – August 1, 1998), s. 3–25. Helsinki 1998. (Rudanko 1998)
- Rudanko, Matti*: Kauppa oikeuden kehityssuuntauksia II. Kaupallisten oikeussuhteiden teoria. LM 1998, s. 68–89. (Rudanko 1998 B)
- Rudanko, Matti*: Arvopaperimarkkinat ja siviilioikeus. Jyväskylä 1998. (Rudanko 1998 C)
- Routamo, Eero*: Kauppalaan anti ostajapuolelle. LM 1988, s. 17–23.
- Routamo, Eero – Ståhlberg, Pauli*: Suomen vahingonkorvaus oikeus. Neljäs, uudistettu painos. Jyväskylä 2000.
- Saarnilehto, Ari* (toim.): Hyvä Tapa, Oikeusperiaatteet ja oikeuskäytäntö -tutkimusprojektin seminaarin 12.11.1992 alustukset. Turku 1992.
- Saarnilehto, Ari* (toim.): Vastaisitumuksista ja muista pankkisitumuksista. Turku 1993.

- Saarnilehto, Ari* (toim.): Lojaliteettiperiaatteesta. Vastapuolen edun huomioon ottamisesta eri oikeuden aloilla. Turku 1994.
- Saarnilehto Ari* (toim.): Projektirahoitus: sopimusten verkostuminen. Turku 1996.
- Saarnilehto, Ari* (päätoim.): Varallisuusoikeus. Juva 2001. (Varallisuusoikeus)
- Saarnilehto, Ari*: Sopimusoikeuden perusteet. 6. uudistettu painos. Jyväskylä 2005.
- Sainio, Veli*: Lex mercatoria. LM 1995, s. 394–403.
- Schütze, Rolf A. – Fontane, Gabriele*: Documentary Credit Law Throughout the World. Paris 2001.
- Schmitthoff, Clive M.*: Schmitthoff's Export Trade. The Law and Practice of International Trade. London 1990.
- Sévon, Leif – Wilhelmsson, Thomas – Koskelo, Pauline*: Kauppalaan pääkohdat. Mänttä 1987.
- Siivola, Jyrki*: Tietokoneohjelmissa kaksinumeroisesta vuosiluvusta 2000-luvulla aiheutuvan ongelman oikeudellinen vastuu. DL 1997, s. 903–913.
- Simmel, Georg*: Rahan filosofia. (Lyhentäen suomentanut Panu Turunen.) Turku 1997.
- Sisula-Tulokas, Lena* (toim.): Ulkomaankauppaoikeus. Helsinki 1998.
- Southerington, Tom*: Impossibility of Performance and Other Excuses in International Trade. Turku 2001.
- Summers, Robert S.*: "Good faith" in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code. – Virginia Law Review vol. 54. 1968.
- Suositus listayhtiöiden hallinnointi- ja ohjausjärjestelmistä* (Corporate Governance). Hex, Kaupakamari ja Teollisuus ja työnantajat 2003.
- Tamm, Ditlev*: Romersk rätt och europeisk rättsutveckling. 2:a upplaga. Stockholm 1996.
- Tammi-Salminen, Eva*: Sopimus, kompetenssi ja kolmas. Jyväskylä 2001.
- Tapani, Jussi*: Petos liikesuhteessa. Talousrikosoikeudellinen tutkimus. Jyväskylä 2004.
- Tarkka, Juha*: Raha ja rahapolitiikka. Jyväskylä 1993.
- Taxell, Lars Erik*: Avtal och rättsskydd. Åbo 1972. (Taxell 1972)
- Taxell, Lars Erik*: Om lojalitet i avtalsförhållanden. DL 1977, s. 148–155. (Taxell 1977)
- Taxell, Lars Erik*: Avtalarättens normer. Åbo 1987. (Taxell 1987)
- Telaranta, K. A.*: Kauppa-agentti ja myyntimies kauppaedustajana. Vammala 1977. (Telaranta 1977)
- Telaranta, K. A.*: Sopimusoikeus. Vammala 1990. (Telaranta 1990)
- Teubner, Gunther*: The Many-Headed Hydra: Networks as Higher-Order Collective Actors. Teoksessa McCahery – Joseph, Picciotto, Sol – Scott, Colin (ed.): Corporate Control and Accountability. Oxford 1994.
- Timonen, Pekka*: Määräysvalta, hinta ja markkinavoima. Julkisesti noteeratun yrityksen määräysvallan siirtymisen oikeudellinen sääntely. Jyväskylä 1997.
- Tolonen, Hannu*: Yleisten oppien rakenteesta ja merkityksestä. Teoksessa Saarnilehto, Ari (toim.): Juhlajulkaisu Allan Huttunen. Turku 1988, s. 177–194. (Tolonen 1988)
- Tolonen, Hannu*: Säännöt, periaatteet ja tavoitteet: Oikeuden, moraalin ja politiikan suhteesta. Oikeustiede–Jurisprudentia XXII:1989, s. 337–381. Vammala 1989. (Tolonen 1989)
- Tolonen, Hannu*: Korko, raha ja sopimus. Jyväskylä 1992. (Tolonen 1992)
- Tolonen, Hannu*: Oikeudelliset teoriat ja oikeustiede: esimerkkinä sopimusoikeus. Oikeus 1996, s. 2–17. (Tolonen 1996)
- Tolonen, Hannu*: Siviilioikeuden yleiset periaatteet. Teoksessa Saarnilehto, Ari (toim.): Varallisuus oikeuden kantavat periaatteet. Vantaa 2000. (Tolonen 2000)
- Tolonen, Hannu*: Oikeuslähdeoppi. Vantaa 2003. (Tolonen 2003)
- Tolonen, Juha*: Sosiaalisen sopimusoikeuden mahdollisuus yhdistyvässä Euroopassa. Oikeus 1994, s. 253–265.
- Trade Finance Fraud*. ICC publications 2002.
- Treitel, G. H.*: The Law of Contract. Ninth edition. London 1995

- Tulokas, Mikko:* Sovittelun ongelmia. Teoksessa Ylöstalo, Matti et al. (toim.): Asianajajan työkentältä – Från advokatens arbetsfält, s. 492–503. Helsinki 1994.
- Tuori, Kaarlo:* Kriittinen oikeuspositivismi. Vantaa 2000.
- Tuori, Kaius:* Ancient Roman Lawyers and Modern Legal Ideas. Helsinki 2006.
- Unidroit Principles for International Contracts 1994 [2004].* UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts: A New Lex mercatoria. Paris 1995. (ICC Publication No 490/1).
- Viinikka-Monthan, Tuija:* Sopimusvapaus ja pakottava lainsäädäntö. LM 1994, s. 1102–1118.
- Villa, Seppo:* Pääomalaina. Jyväskylä 1997.
- Villa, Seppo:* Velkojan asema osakeyhtiössä. Saarijärvi 2003.
- Virtanen, Unto:* Hyvä kauppiastapa ja kirjanpidon periaatteet. Porvoo 1959.
- Weber, Max:* Pörssi. Jyväskylä 1990.
- Wilhelmsson, Thomas:* Social civilrätt. Vammala 1987. (Wilhelmsson 1987)
- Wilhelmsson, Thomas:* Critical Studies in Private Law. Dordrecht 1992. (Wilhelmsson 1992)
- Wilhelmsson, Thomas* (toim.): Perspectives of Critical Contract Law. Aldershot 1993. (Wilhelmsson 1993 I)
- Wilhelmsson, Thomas:* Vakiosopimus. Sopimussidonnaisuudesta ja kohtuuttomista sopimusehdoista. Tampere 1995. (Wilhelmsson 1995)
- Wilhelmsson, Thomas:* Sopimusoikeuden eurooppalaistuminen ja oikeudellisten toimijoiden rooli – useampi kokki keittää paremman sopan. LM 2003, s. 1098–1118. (Wilhelmsson LM 2003)
- Wilhelmsson, Thomas – Kaukonen Katariina* (toim.): Euroopan integraatio ja sosiaalinen sopimusoikeus. Jyväskylä 1993. (Wilhelmsson 1993 II)
- Williamson, Oliver E.:* Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications. New York 1975.
- Wrede, R. A.:* Laki varallisuus oikeudellisista oikeustoimista 13 päivältä kesäkuuta 1929 sekä sen yhteydessä julkaistut lait. Toinen painos. Helsinki 1949.
- von Wright, G. H.:* Tiede ja ihmisjärki. Keuruu 1987.
- Wuolijoki, Sakari:* Hyvä pankki- ja vakuutustapa. Saarijärvi 2003.
- Ylöstalo, Matti:* Tutkimuksia vekselioikeuden alalta. Vammala 1956.
- Zimmermann, Reinhard* (ed.): Good Faith in European Contract Law (Common Core of European Private Law). Cambridge 2000.
- Ämmälä, Tuula:* Lojaliteettiperiaatteesta eräiden sopimustyyppien yhteydessä. Teoksessa Saarnilehto, Ari (toim.): Lojaliteettiperiaatteesta. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisu B. Muut kokoelmateokset N:o 3. Turku 1994.

Seminaarit ja luennot

- Gary Collyerin* esitys ICC:n seminaarissa Helsingissä 25.5.2004. (ICC Seminar on Documentary Credits 2004, Helsinki 25.5.2004.)
- Timo Eskon* esitys Kansainvälisen kauppakamarin ja Ulkomaankauppaliiton erikoisseminaarissa 29.10.1992.

Ulkomaiset artikkelit

- Bernstein, Lisa:* Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code's search for Immanent Business Norms. University of Pennsylvania Law Review, May 1996, s. 1766–1820.

- Bernstein, Lisa*: The Questionable Empirical Basis of Article 2's Incorporation Strategy: a Preliminary Study. University of Chicago Law Review, summer 1999, s. 1–54.
- Conley, Todd*: Hanil Bank V. PT. Bank Negara Indonesia: the Problem with Form over Substance in Documentary Compliance Rules. Catholic University Law Review, summer 2001, s. 1–27.
- Dolan, John F.*: Analyzing Bank Drafted Standby Letter of Credit Rules, the International Standby Practice (ISP98). Wayne Law Review, winter 2000, s. 1866–1899.
- Dole, Richard F. Jr.*: The Essence of a letter of Credit under Revised U.C.C. Article 5: Permissible and Impermissible Nondocumentary Conditions Affecting Honor. Houston Law Review, winter 1998, s. 1080–1116.
- Donahue, Charles Jr.*: The Medieval and Early Modern Lex Mercatoria: an Attempt at the Probatio Diabolica. Chicago Journal of International Law, University of Chicago, summer 2004, s. 1–13.
- Dong-heon, Chae*: Letters of Credit and the Uniform Customs and Practice for Documentary Credits: the Negotiating Bank and the Fraud Rule in Korea Supreme Court Case. Florida Journal of International Law, spring 1998, s. 24–76.
- Gao, Xiang – Buckley, Ross P.*: A Comparative Analysis of the Standard of Fraud Required under the Fraud Rule in Letter of Credit Law. Duke Journal of Comparative and International Law, spring 2003, s. 1–29.
- Goode, Roy*: Abstract Payment Undertakings and the Rules of the International Chamber of Commerce. Saint Louis University Law Journal, spring 1995, s. 1–13.
- The Harvard Law Review Association*: "Fraud in the Transaction": Enjoining Letters of Credit during the Iranian Revolution. Harvard Law Review, March 1980, s. 1–18.
- Kadens, Emily*: Order within Law, Variety within Custom: the Character of the Medieval Merchant Law. Chicago Journal of International Law, summer 2004, s. 1–20.
- Mann, Ronald J.*: The Role of Letters of Credit in Payment Transactions. Michigan Law Review, August 2000, s. 2498–2534.
- MacLaughlin, Gerald T.*: Remembering the Bay of Pigs: Using Letters of Credit to Facilitate the Resolution of International Disputes. Georgia Journal of International and Comparative Law, 2004, s. 1–23.
- The Rewiew. Worldwide Reinsurance*. December 2004/January 2005, s. 9.
- White, Bruce H. – William, L.*: Securing Payment of Rent: Are Letters of Credit Still a Viable Mechanism? American Bankruptcy Institute Journal, July/August 2004, s. 1–3.

Lainvalmistelutyöt ja muut virallislähteet

- Ehdotus laiksi varallisuus oikeudellisista sopimuksista ja muista varallisuus oikeudellisista oikeustoimista ynnä perustelut. Helsinki 1925. (Km 1925:2)
- Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 97/5/ETY, annettu 27 päivänä tammikuuta 1997, rajojen yli suoritettavista tilisiirroista. Virallinen lehti nro L 043, 14/02/1997 s. 0025–0030
- Hallituksen esitys Eduskunnalle maakaareksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi. (HE 120/1994)
- Hallituksen esitys Eduskunnalle oikeustoimen kohtuullistamista koskevaksi lainsäädännöksi 1981 vp n:o 247. (HE 247/1981)
- Hallituksen esitys Eduskunnalle rahoitusvakuuslaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi. (HE 133/2003)
- Hallituksen esitys Eduskunnalle uudeksi osakeyhtiölainsäädännöksi. (HE 109/2005)
- Keskuskauppakamarin laatima muistio ”Keskuskauppakamarin kannanotto elinkeinoelämän itse-sääntelyn kehittämiseen.” 23.1.2001 laatinut Pentti Mäkinen.

Oikeustoimilakitoimikunnan mietintö. Helsinki 1990. (Km 1990:20)

Pankkipalvelutyöryhmä 2000: http://www.vm.fi/vm/fi/04_julkaisut_ja_asiakirjat/01_julkaisut/03_tyoryhmamuistiot/4136/4137_fi.pdf

Rahoitustoimintalakitoimikunnan mietintö 1990:43. (Km 1990:43)

Takaustoimikunnan mietintö. Helsinki 1996. (Km 1996:3)

Lyhenteet

CISG	Yleissopimus kansainvälistä tavaran kauppaa koskevista sopimuksista (ns. YK:n kauppalaki tai Wienin konventio).
DL	Defensor Legis
EU	Euroopan unioni
EMU	The European Economic and Monetary Union (Euroopan raha- ja talousliitto)
EY	Euroopan yhteisö
HE	hallituksen esitys
HVL	laki asuinhuoneiston vuokrasta 31.3.1995/481
ICC	International Chamber of Commerce (Kansainvälinen kauppakamari)
ISBP	International Standard Banking Practice
KK	vuoden 1734 lain kauppakaari
KKO	korkein oikeus
Km	komiteamietintö
KO	kihlakunnanoikeus (käräjäoikeus)
KSL	kuluttajansuojalaki 20.1.1978/38
LM	Lakimies
OikTL	laki varallisuus oikeudellisista oikeustoimista 13.6.1929/228
OKO	Osuuspankkien keskusosakepankki
OYL	osakeyhtiölaki 12.9.1978/734
SKOP	Säästöpankkien Keskus-Osakepankki
SWIFT	Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications
TSL	työsopimuslaki 30.4.1970/320
UCC	Uniform Commercial Code
UCP	The Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (ICC No. 500)
UNCITRAL	United Nations Commission of International Trade Law (Yhdistyneiden Kansakuntien kauppaoikeustoimikunta)

1 Johdanto

Vielä muutama vuosikymmen sitten kansainvälisen kaupan sopimuksia pidettiin eksoottisina ja vaikeaselkoisina sopimuksina. Nykyään nämä sopimukset ovat lähes arkipäiväisiä sopimuksia useissa yrityksissä. Kansainvälisen kaupan sopimusten juridinen tutkimus on kuitenkin jäänyt vähälle huomiolle osin sen takia, että kansainvälisen kaupan osapuolet eivät juuri ole halunneet juridiikkaa mukaan kaupankäyntiin. Tässä tutkimuksessa on tarkoituksena pyrkiä poistamaan kansainvälisen kaupan sopimuksiin liitettyä osin teennäistä epäselvyyttä ja ”sumuverhoa”, jota on aikaisemmin tarkoitushakuisestikin haluttu pitää kansainvälisen kaupan sopimusten yllä.

Tärkein ominaisuus kaikissa sopimuksissa on sopimuksen sitovuus. Sopimuksia tehdään sen vuoksi, että niiden toivotaan sitovan sopimuskumppaneita. Liiketoiminnassa sopimuksen sitovuus on perinteisesti ollut korostetussa asemassa. Yritysten tekemissä sopimuksissa on haluttu luoda sopimuksia, joissa sitovuus on vahva. Osapuolten sopiessa omista velvoitteistaan ja toisaalta sopimuskumppanin velvoitteista ei välttämättä syvennytä lainkaan niihin vaikutuksiin, jotka mahdollisesti kohdistuvat sopimussuhteen ulkopuolisiin. Liikesopimus pyritään tekemään osapuolten sopimusvapauden rajoissa siten, että sillä saavutetaan liiketoiminnalle asetetut odotukset. Edelleen liikesopimuksissa korostuu sopimuksen merkitys vaihdannan mahdollistajana. Mikäli sopimuksia ei tehdä, ei kauppaa synny.

Kansainvälisessä liiketoiminnassa kuulee asianajajalle joskus sanottavan: ”Tämän yhtiön tarkoitus on tehdä voittoa – ei sopimuksia!” Vaikka lausahdus on osin huumorin värittämä, se sisältää liikesopimuksien perimmäisen tarkoituksen: liiketoiminnan mahdollistaminen ja tätä kautta voiton tuottaminen.

Kansainvälisen kaupan liikesopimusten laadinnassa ja tulkinnassa unohdetaan usein se, että sopimuksen perinteiset tehtävät ja sopimusoikeudelliset periaatteet korostuvat kansainvälisessä kaupassa. Sopimuksen sitovuus on hyväksytty ja oletettu seikka kaikissa oikeuskulttuureissa, joissa käydään kansainvälistä kauppaa. Muita sopimusoikeudellisia ja ylikansallisia periaatteita on jonkinasteinen lojaalisuus ja hyvätapaisuus sopimuskumppania kohtaan. Edelleen voidaan ylikansallisista sopimusoikeuden periaatteista mainita vilpillisyyden kieltö (eli periaate, jonka mukaan vilppiä ei hyväksytä missään oikeuskulttuurissa). Vilpillisyyden määritelmä voi kansallisesti vaihdella, mutta kansainvälisessä kaupassa vilpillisyyden määrittelyyn liittyy yhtenäisiä seikkoja. Vilpillisyyden kiellon kanssa voidaan esittää, että periaatetasolla oletetaan myös sopimuskumppaneita

vilpittömyyttä. Vilpittömyyden määrittely ja sen vaadittu aste ovat kuitenkin periaatetasolla monimutkaisempia ja vaikeampia ratkaista kuin vilpin kielto. Vilpittömyyden voidaan katsoa tukevan luottamusta. Tämän vuoksi ensi silmäyksellä näyttäisi siltä, että näiden periaatteiden (vilpittömyyden ja vilpillisyyden kiellon) tulisi loogisesti olla samanaikaisesti voimassa. Näin ei kuitenkaan välttämättä aina ole. Vilpillisyyden kielto -periaate on kansainvälisessä kaupassa yleisemmin ja yksiselitteisemmin hyväksytty kuin vilpittömyyden periaate. Vilpillisyyden kieltä voidaan pitää myös kansainvälisen kaupan käytännön kannalta merkityksellisempänä kuin vilpittömyyttä, sillä vilpillisyyden kiellon katsotaan torjuvan epäluottamusta. Jos epäluottamusta ei sopimussuhteissa torjuta, saattaa suuri osa sopimuksista jäädä käytännössä syntymättä.

Kansainvälisessä kaupassa vallitsevien ja noudatettavien juristien periaatteiden määrä ei ole kovin suuri, mutta nämä periaatteet vastaavat hyvin suureen osaan kauppaan liittyvistä peruskysymyksistä.

Vaikka kansainvälisessä kaupassa voidaan löytää yhtenäisiä toimintatapoja ja jopa periaatteita, on kuitenkin ylilyönti esittää kansainvälisessä kaupassa vallitsevan *lex mercatoria* -tyyppinen oma kansainvälisen kaupan ehjä säännöstökonaisuutensa. Näin pitkälle ei yhtenevyyksiä voida eri kauppakulttuurien välillä viedä. *Lex mercatoria* käsitellään tutkimuksessa tarkemmin omassa osiossaan. *Lex mercatoria* -konstruktio ei kuitenkaan ole kestävä tapa kuvata kansainvälisen kaupan säännöstöjä: itse asiassa termi ja itse hypoteesi saattavat olla niin lakimiehiä kuin kansainvälisen kaupan osapuolia harhaanjohtava. Mikäli kansainvälisen kaupan osapuoli uskoo kattavaan *lex mercatoria* -säännöstöön, tämä voi joutua pettymään, kun kuvitellusta *lex mercatoriasta* ei saada tukea ongelmien ratkaisuun.

Kansainvälisen kaupan oikeudelliseen ohjaukseen ja hallintaan on laadittu säädöksiä ja periaatekokoelmia, kuten esimerkiksi *The Commission on European Contract Law*'n laatimat siviilioikeuden periaatteet, *Principles of European Contract Law*. Tällaisten normikokoelmien ja säädösten ongelmat ovat moninaiset. Ensiksi voidaan perustellusti esittää kysymys, kuinka laajasti kansainvälisen kaupan säädösten tulisi olla velvoittavia, että niitä voitaisiin pitää riittävän kansainvälisinä. Esimerkiksi Eurooppa ei yksin ole vielä kovinkaan laaja tai kattava toimintaympäristö kansainvälistä kauppaa harjoittavien yritysten toimintaympäristössä.¹ Toiseksi kansainvälisessä kaupassa noudatettavien normien tulisi lähtökohtaisesti olla kulttuurineutraaleja ja tasapuolisia, jotta niitä voitaisiin käyttää. Kuitenkin voidaan todeta, että kansainväliset säädökset ovat käytännössä kompromissien tuloksia ja laatijoidensa kulttuuriin sidonnaisia. Kolmas ja ehkäpä

¹ Esimerkiksi Aasia maantieteellisenä alueena ja eräät yksittäiset valtiot kuten Kiina, Yhdysvallat tai Intia ovat talousalueina suuria verrattuna Eurooppaan.

suurin ongelma kansainvälisen kaupan normittamisessa säädöksin on se, että sopimusoikeuden kantava periaate on kaikissa oikeuskulttuureissa ainakin jonkinasteinen dispositiivisuus. Jos kansainvälistä kauppaa normitetaan jonkin norminlaatijoiden (ehkäpä kauppakäytännöille vieraan) tahdon mukaan, on vaarana, että sopimuksien osapuolet katsovat menettäneensä sopimusvapauttaan. Neljänneksi ongelmaksi voidaan nostaa esille, että kansainvälistä kauppaa normitettaessa tulisi välttää sopimusoikeuden sääntelyä eri sopimustyyppien homogeenisenä kokonaisuutena. Lähtökohtaisesti tulisi kyetä erottamaan toisistaan kuluttajasopimukset ja liikesopimukset. Yleinen ja kaikki sopimustyytit kattava ”yleissivililaki”², jota voitaisiin käyttää yhtä lailla kansainvälisen kaupan liikesopimuksissa kuin kuluttajasopimuksissa, ei voine olla realistisena tavoitteena normien laatimisessa. Edellä esitettyjen ongelmien vuoksi kansainvälisen kaupan osapuolet suhtautuvat käytännössä usein hyvin negatiivisesti sääntelyyn.

Vaikka kansainvälisessä kaupassa osapuolet usein kritisivat sääntelyä ja pyrkivät parhaansa mukaan eroon laissa säädellyistä rajoitteista, kaivataan siinäkin lain suojaa esimerkiksi silloin, kun toinen osapuoli toimii vilpillisesti. On mielenkiintoista havaita, että sopimuskumppanien vastenmielisyys lainsäädäntöä ja juridiikkaa kohtaan poistuu, kun näitä kaivataan apuun vilpillistä sopimuskumppania tai yritystä vastaan.

Tutkimuksessa ei ole varsinaisesti tutkittu kansainvälisiä liikesopimuksia ohjaavia normistoja tai lainvalmistelutöitä, koska niillä ei ole sellaista erityisasemaa, mikä normeilla on kansallisissa sopimussuhteissa tai kuluttajasopimuksissa. Toisaalta kansainvälistä kauppaa ohjaavista normeista on jo tehty useita tutkimuksia ja selvityksiä, jotka ovat tutustumisen arvoisia.³

Kansainvälisessä kaupan liikesopimukset eivät yleensä ole osoituksia yhteiskunnallisesta ajattelusta, heikomman suojaamisesta tai kolmannen edun huomioon ottamisesta. Liikesopimuksia voidaan kutsua ”epäsosiaalisiksi”.⁴ Yksilön tai yrityksen vapaus ja toisaalta halu täysin päättää omista sopimussasioistaan luo yritysmaailmassa tilanteita, joissa sosiaalinen ulottuvuus, muiden hyvinvointi tai jonkin sopimuksen ulkopuolisen asettama kohtuullisuus ei juuri saa tukea.

Tässä tutkimuksessa kansainvälisen kaupan käytäntöjen tarkastelu on tärkeässä osassa. Käytäntöjä selvittävässä osiossa ei ole käytetty juurikaan kirjallisuusviitteitä, vaan kansainvälisen kaupan käytäntöihin liittyviä kokemuksia ja havaintoja olen kerännyt vuosien varrelta erilaisten työtehtävien ja projektien yhtey-

² Siviilioikeuden yleisnormistosta on kyse mm. *Principles of European Contract Law*’ssa (katso seuraava viite).

³ Esimerkkinä voidaan mainita seuraavat teokset: Bianca, C. M. – Bonell, M. J.: *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna sales Convention, 1987 ja Lando, Ole – Beale, Hugh* (eds): *The Principles of European Contract Law Parts I and II. Combined and Revised. Prepared by The Commissions of European Contract Law, 2000.*

⁴ Tästä on osaltaan kyse oikeustaloustieteessä.

dessä niin pankkien kuin kansainvälistä kauppaa harjoittavien yritysten kanssa sekä asianajotoimissa.⁵

Pohjoismaissa kehittyneessä sosiaalisessa siviilioikeudessa, kuten myös rooli-ohjautuneessa ja henkilösidonnaudessa siviilioikeudessa, on menestyksellisesti kyetty selvittämään kuluttaja-asemaan liittyviä erityiskysymyksiä. Sosiaalinen siviilioikeus tai roolisidonnainen siviilioikeus (varallisuus oikeus) ovat korostetusti luonnolliseen henkilöön sidonnainen ja tämän oikeusasemaa tarkastelevia. Seuraavassa pyritään esittämään vastaavalla tavalla ajatusmalleja ja työkaluja, joilla voitaisiin käyttää liikesopimuksien ja kansainvälisen kaupan tarkasteluun ja tulkintaan. Tässä luonnolliseen henkilöön ja hänen ominaisuuksiinsa, kykyihinsä tai varallisuusasemaansa liittyvät kysymykset ovat sivussa, sillä liikesopimusten ja varsinkin kansainvälisen kaupan sopimusten varallisoikeudellisten asemien tarkastelu vaatii toisentyypistä lähestymistapaa. Tässä perinteinen varallisoikeudellinen ja velvoiteoikeudellinen lähestymistapa pyritään integroidaan liikesopimukselliseksi, henkilöneutraaliksi ja kansainväliseksi tavaksi tarkastella sopimusta.

En tiedä yhtään vilpittömässä mielessä tehtyä kansainvälisen kaupan liikesopimusta, jota ei olisi tarkoitettu sitovaksi ja josta osapuolet eivät tavoittelisi itselleen hyötyä.

1.1 TUTKIMUKSEN KYSYMYKSENASETTELU

Tutkimuskohteena on kansainvälisen kaupan sopimusinstituutio ja näiden toimintamekanismi. Esimerkkinä toimintamekanismista on käytetty remburssia. Tutkimuksessa selvitetään kansainvälisen kaupan sopimuksia liikesopimuksina ja erityisesti niiden sitovuutta ja staattisuutta. Tutkimuksen lähtökohtien selvittämiseksi on pyritty kuvaamaan kansainvälisen kaupan liikesopimusten toimintaympäristöä, jota kutsutaan yritysmarkkinoiksi.

Tutkimuksen tarkoituksena on hahmotella sitä vastakkainasettelua, joka on kuluttajasopimusten ja liikesopimusten välillä. Tarkoituksena on sitoa kansainvälisen kaupan liikesopimus traditionaaliseen sopimuskäsitteeseen. Samalla tutkimuksen päämääränä on osoittaa liikesopimuksen olevan korostetusti staattinen ja ankarasti sopimuskumppaneita sitova. Tutkimuksessa valitulla tarkastelutavalla ja remburssin käytöllä esimerkkinä kansainvälisen kaupan instituutioista ja toimintamekanismista on pyritty korostamaan liikesopimukseen liittyvää ankaraa sitovuutta ja staattisuutta.

⁵ Tämän lisäksi tutkimusta kansainvälisen kaupan käytännöistä on valottanut yhteistyöni Kansainvälisen kauppakamarin (ICC) ja varsinkin sen Suomen osaston kanssa.

Tutkimuksessa on kiinnitetty huomiota erityisesti liikesopimuksien ja kuluttajasopimuksien eroihin. Tarkoituksena on myös tehdä selkeää rajanvetoa kuluttajasopimuksissa menestyvien ajatusmallien ja liikesopimusten periaatteiden välillä.

Sopimusta kuvataan tässä tutkimuksessa usein prosessiksi. Sopimuksen prosessikäsitys korostuu liikesopimuksissa. Tämä ei tarkoita kuitenkaan sitä, ettei sopimus (ja nimenomaan liikesopimus) olisi prosessiominaisuutensa lisäksi samanaikaisesti staattinen. Kansainvälisen kaupan liikesopimus on staattisuudesta ja ankarastakin sitovuudestaan huolimatta prosessi, jossa kumpikin sopimus-kumppani toimii pitkänkin ajanjakson sopimussuhteessa toisen sopimuskumppanin kanssa edistämällä sopimuksen tarkoitusta ja päämääriä.

Tutkimuksessa kuvataan kansainvälisen kaupan liikesopimusten tarkoitusta ja tavoitetta, ja samalla suljetaan pois liikesopimukseen kuulumattomia oikeustieteellisiä аспектеjä. Tutkimuksessa esitetään, että liikesopimusneuvotteluiden tarkoituksena ja toivottuna tuloksena on sitova liikesopimus. Vaikka väittämä on ensiarvioinnin perusteella notorinen, se muodostaa yhden tutkimuksen ydinväitteistä. Tutkimuksen tarkoituksena on selvittää, ettei kansainvälisen kaupan osapuolilla ole juuri muuta tavoitetta tai tarkoitusta neuvottelleessaan liikesopimuksista. Toisaalta tarkoituksena on osoittaa, ettei sopimuksen ulkopuolisen tai oikeustieteen tehtävänä ole asettaa liikesopimuksille muita tehtäviä.

Tutkimuksessa selvitetään vilpillisen toiminnan kieltoa yhtenä kansainvälisen kaupan harvoista kansainvälisesti hyväksytyistä periaatteista.

Tutkimuksessa ei luoda uusia metodeja kansainvälisen kaupan liikesopimusten tulkintaan. Liikesopimusta on pyritty selvittämään siten, että tulkinta perinteisin metodein olisi mielekästä ja ymmärrettävää.

Tutkimuksessa on tarkoituksellisesti rajattu kansainvälistä kauppaa koskevien kansallisten ja kansainvälisten säädösten ja sääntelyhierarkian tarkastelu vain muutamiin mainintoihin ja esimerkkeihin. Tarkoituksena ei liioin ole luoda näiden normien tarkastelua varten uutta välineistöä.

Tutkimustehtävänä on myös kuvata sopimusoikeuden ja yleisen oikeustieteen tutkimuksen keinoin kansainvälisen kaupan liikesopimusta erityisenä sopimusmallina. Tutkimuksessa selvitetään myös sopimusverkkoja, jotka ovat sopimusten yhteenliittymiä. Sopimusverkko on puolestaan kansainvälisen kaupan sopimusjärjestelyiden perusrakenne.

Tutkimuksessa valittu esimerkki kansainvälisen kaupan toimintamekanismista on remburssi, joka on perinteinen kansainvälisen kaupan maksutapa. Tarkastelun jälkeen voidaan todeta, että remburssin käyttö ei ole mahdollista ilman sopimusverkon olemassaoloa.

Tarkoituksena ei ole luoda normisuosituksia tai osoittaa normitarvetta kansainvälisessä kaupassa. Päämääränä ei liioin ole vastata kysymykseen, miten tai millaisia kansainvälisen kaupan sopimussuhteiden tulisi olla. Tarkoituksena on selvittää ja kuvata kansainvälisen kaupan sopimusmallia ja sopimusverkkoja.

Lex mercatoria -hypoteesin tai jonkin laaja-alaiseksi tarkoitettun yleiskansallisen säädöksen tarkastelun sijaan tutkimuksessa on tuotu esille kansainvälisen kaupan sopimusten ominaispiirteitä perinteisen lainopin tarjoamien instrumenttien avulla.

Tutkimuksessa on myös pyritty selvittämään kansainvälisen kaupan ja siinä tehtyjen liikesopimusten perinteisten korjaavien mekanismien puutteellisuus ja jopa epäonnistuminen. Johtopäätös on, että sopimuskumppanien lojaalisuus ja yhteistoiminta antavat eväät onnistuneisiin korjausmekanismeihin.

Tutkimuksen tarkoituksena on pyrkiä vastaamaan seuraaviin kysymyksiin:

1. millainen on kansainvälisen kaupan liikesopimus?
2. missä toimintaympäristössä kansainvälistä kauppaa käydään?
3. mitä ovat kansainvälisessä kaupassa syntyvät sopimusten yhteenliittymät, joita kutsun sopimusverkoiksi?
4. minkä vuoksi kansainvälisessä kaupassa lähtökohtaisena ja perustavina ajatuksina voidaan pitää sopimuksen sitovuutta ja sopijakumppaneiden tasavertaista asemaa?
5. miten vilpillistä toimintaa ja sitä koskevaa kieltoa voidaan määritellä kansainvälisen kaupan periaatteena?
6. miten remburssimaksujärjestelyssä yhdistyvät kansainvälisen kaupan ja liikesopimuksen peruselementit?

1.2 TUTKIMUSMETODISTA JA TUTKIMUKSEN RAJAUKSESTA

Tutkimusmetodi on lainopillinen tutkimusote kuvaava. Tutkimuskohteena ovat liikesopimukset tehdään yritysmarkkinoilla, jotka muodostavat kansainvälisen liiketoiminnan toimintaympäristön. Tutkimus ei ole oikeustaloustieteen eli law & economics -suuntauksen⁶ mukainen⁷, joskin tutkimusmetodien avulla on systematisoitu juuri kaupallisia sopimuksia, liikesopimuksia. Tutkimuksen rajausta on pyritty tekemään systematisoinnilla ja kysymyksenasettelulla, ja tätä rajausta tukee osaltaan itse lainopillinen metodi.

Tutkimuskohteen tarkastelussa on käytetty apuna runsaasti kotimaisia ja ulkomaisia oikeustapauksia. Edelleen tutkimuksen tukena ovat kirjoittajan kokemuk-

⁶ Perusteoksina law & economics -suuntauksesta on yleensä mainittu *Cooter, Robert – Ulen, Thomas: Law and Economics*, 1988, *Hirsh, Werner Z.: Law and Economics. An Introductory Analysis*, 1988 sekä *Posner, Richard A.: Economic Analysis of Law*, 1992. Viittaus näihin teoksiin on tarkoitettu yleisviittaukseksi tutkimussuuntaukseen.

⁷ Oikeustaloustieteestä suomalaisessa oikeustieteessä katso *Kanniainen, Vesa – Määttä, Kalle* (toim.): *Näkökulmia oikeustaloustieteeseen*, 1996.

set asianajotoiminnasta kansainvälisen kaupan toimeksiannoissa sekä yhteistyöstä pankkien ja Kansainvälisen kauppakamarin kanssa varsinkin kansainvälisen kaupan maksujärjestelyjen ja vakuuksien osalta. Metodissa korostuvat näin käytännön kokemukset tutkimuskohteesta.

Oikeustaloustieteessä perustellaan systeemiä lähinnä ulkojuridisin argumentein eli pitkälti samalla tavoin kuin tässä tutkimuksessa on tehty. Tässä on kuitenkin pyrkimyksenä pysyttäyttyä perinteisessä juridisessä argumentoinnissa oikeustaloustieteellisen argumentoinnin sijasta. Ongelmanasettelu oikeustaloustieteessä ja law & economics -tyyppiajattelussa perustuu taloustieteen ja oikeustieteen tieteellisyyden ja tieteenalojen erotteluun. Varsinkin anglosaksisessa tieteenharjoittamisessa näyttää siltä, että perinteisesti on pidetty kiinni tieteenalojen jonkinasteisesta itsenäisyydestä. Suomalaisen oikeustieteen tutkimuspintaa voidaan kuvata laaja-alaisemmaksi. Tästä voidaan pitää osoituksena oikeustieteellisiä tutkimuksia, joissa on ennakkoluulottomasti ja menestyksellisesti rikkottu taloustieteen ja oikeustieteen kuten myös monien muiden tieteenalojen rajoja.⁸ Tässä tutkimuksessa esiintyy lähestymistapoja, joita voidaan arvostella ja tulkita osaltaan oikeustaloustieteen metodin mukaisiksi. Esimerkkinä voidaan mainita pitkälti yhtenevä näkemys kohtuusperiaatteen⁹ pääsääntöisestä soveltumattomuudesta yritysten välisissä sopimuksissa.¹⁰ Toisaalta näiden esimerkkien osalta voidaan todeta myös perinteisen lainopillisen metodin antavan pitkälti saman tutkimustuloksen.

Ero tämän tutkimuksen ja oikeustaloustieteessä esitettyjen suuntausten välillä on kuitenkin selvä. Tutkimuksen ajatus kohtuusperiaatteen soveltumattomuudesta johtuu lähinnä valitusta tutkimuskohteesta, joka on kansainvälisen kaupan sopimusverkot ja yritysmarkkinoilla tapahtuva liikesopimustoiminta sekä maksu- ja vakuusjärjestelyt. Kohteen rajaus johtaa siihen, että on tehty tietoinen erottelu käsitteiden ”kohtuus yritysmarkkinoilla” ja ”kohtuus kuluttajamarkkinoilla” välillä. Valitun rajauksen vuoksi on sosiaalisen siviilioikeuden periaatteiden korostamat henkilösidonnaiset¹¹ sopimusmallit jätetty tutkimuksen ulkopuolelle. Kuluttajasopimussuhteissa ja yleensä kuluttajamarkkinoilla kohtuusperiaate ja henkilösidonnaisuus ovat selkeästi osoitettavissa ja sovellettavissa. Voidaan myös perustellusti esittää, että kohtuusperiaate on selvästi tullut jäädäkseen ku-

⁸ Kysymyksenasettelusta, taloustieteen argumentoinnista ja lainopin tiedekäsityksestä katso *Timonen, Pekka*: Määräysvalta, hinta ja markkinavoima. Julkisesti noteeratun yrityksen määräysvalan siirtymisen oikeudellinen sääntely, 1997, ks. taloustieteen hyödyntämisen osalta s. 24 ja 41.

⁹ Tarkoitin tällä lähinnä oikeustoimilain 36 § mukaista sosiaalista ja kohtuullisuutta painottavaa sopimusmallia.

¹⁰ Kohtuuden ja sovittelun suhteesta oikeustaloustieteen käsitteistöön, katso *Häyhän* kirjoitus Oikeustaloustiede ja sopimusoikeus teoksessa *Kanniainen – Määttä* s. 160–191, erit. s. 179–186.

¹¹ Wilhelmsson puhuu ansiokkaassa esityksessään *Social civilrätt*, 1987 henkilösidonnaisuudesta käyttämällä termiä ”personorienterade roller”. Katso myös *Wilhelmsson* 1995 esim. s. 11 ja 15.

luttajien suojaksi säädettäviin lakeihin, kun taas kohtuutta liikesopimuksissa on tutkimuksissa sivuttu hyvin yleisin huomautuksin.

Tutkimuksessa on viitattu kotimaisiin ja ulkomaisiin oikeustapauksiin. Kotimaisten ratkaisujen merkitys on kansainvälisen kaupan tutkimuksen kannalta yhtä tärkeässä asemassa kuin ulkomaisetkin ratkaisut. Tämä johtuu siitä, että kansainvälisen kaupan riidoissa sovellettava laki voi olla Suomen laki ja riidan ratkaisuforumina voi olla suomalainen tuomioistuin. Tämän vuoksi ei tulisi väheksyä suomalaisten tuomioistuimien ratkaisujen merkitystä kansainvälisen kaupan instituutioita tutkittaessa. Suomalaiset yhtiöt käyvät laajasti kansainvälistä kauppaa, minkä vuoksi kansalliset tuomioistuimemme ja välimiesoikeudet ovat saaneet ratkaistavakseen yhä enemmän myös kansainvälisen kaupan riitoja.

Ulkomaiset oikeustapaukset on valittu laajasta joukosta erikansallisten oikeusjärjestysten ja kansallisten tuomioistuinten ratkaisuja. Lukijan tulee ottaa huomioon, että valitut oikeustapaukset ja niiden kommentointi perustuvat ulkomaisen tapausten osalta varsin rajalliseen tietämykseen ulkomaisesta lainsäädännöstä. Kuitenkin tutkimuksessa esillä olevien kansainvälisten oikeustapausten valinnassa on pyritty oikeusvertailun ja tuomioistuinpraksiksen avulla esittämään kansainväliseen kauppaan liittyviä erityispiirteitä. Yleisenä huomiona voidaan todeta, että kansainvälistä kauppaa koskevissa kansallisten tuomioistuinten ratkaisuissa viitataan varsin rajoitustusti kansallisiin lakeihin.

Tätä tutkimusta tehtäessä on käyty läpi n. 3000 remburssia koskevaa ulkomaista oikeustapausta. Nämä on tietoisesti jätetty pääosin luetteloimatta, eikä niihin ole viitattu. Tutkimuksessa on kuitenkin esitelty ja viitattu usein eräisiin perustapauksiin. Tarvittaessa remburssitapauksista on saatavilla useita julkaisuja ja tapauskommentaareja.¹²

Tutkimuksessa on käytetty lukuisia ulkomaisia lainauksia alkuperäiskielellä. Nämä on käännetty suomeksi helpottamaan lukijaa. Tutkimuksessa esitetyt suomenkieliset käännökset ovat ainoastaan suuntaa-antavia eivätkä virallisia.

Tutkimuksessa käytetyssä kielessä on pyritty yksinkertaiseen ja korostetun suomenkieliseen ilmaisuun, mikä ei kansainvälisessä liiketoiminnassa ja kaupassa käytetyn sanaston vuoksi ja tutkimuksen kohteen vuoksi ole aina ollut ongelmattonta. Tutkimuksessa on tarkoituksellisesti käytetty suomenkielistä vaihtoehtoa ilmaisulle, vaikka sanavalinnoissa olisi paikoin voitu käyttää ehkäpä vaivattomammin ulkomaista vastinetta.

¹² Näistä voidaan mainita esimerkkinä ICC:n julkaisut, sekä tässäkin tutkimuksessa käytetty lähde *Jack, Raymond: Documentary Credits*, 1993.

1.3 TUTKIMUKSEN TEEMAT

Tässä tutkimuksessa käsitellään seuraavia pääteemoja:

Kansainvälisen kaupan sopimus on liikesopimus. Liikesopimukset on tässä tutkimuksessa jaoteltu kansallisiin liikesopimuksiin ja kansainvälisiin liikesopimuksiin. Kansainvälisen kaupan sopimuksesta käytetään eräiltä kohdin samaa tarkoittavana ja rinnakkaisena terminä nimitystä kansainvälisen kaupan *liikesopimus*. Kyse on kuitenkin lähtökohtaisesti samasta asiasta, mutta tarkoituksenmukaisuussyistä eräissä kohdin on haluttu korostaa *liikesopimusta* eli sopimuksen liityntää liiketoimintaan. Tutkimuksen tarkoituksena on selventää kansainvälisen kaupan sopimusmallia eräänlaisena liikesopimuksen tyyppitapauksena.

Kansainvälisen kaupan sopimusmalli on ankaran sitova, perustan luovat sopimusvapaus ja rigor commercialis. Kansainvälisen kaupan sopimuksissa sopimusvapaus on määräävä ja merkittävin sopimusoikeudellinen periaate.¹³ Kansainvälisen kaupan liikesopimuksiin sovellettava laki on pääsääntöisesti vapaasti sopimuskumppanien sovittavissa, vaikka eräissä kansallisissa sopimusoikeuden säädöksissä onkin määrätty indispositiivisia muoto- ym. vaatimuksia kansainvälistuontoisille sopimuksille. Kansainvälisen kaupan sopimuksia laaditaan käytännössä siten, että osapuolet haluavat mahdollisimman laajan autonomian päättää sopimuksen ehdoista. Kansainvälisen kaupan sopimuksissa, kuten liikesopimuksissa yleensäkin, osapuolten käsitys sopimuksesta on pääsääntöisesti ainoastaan välineellinen; sopimuksella ei ole osapuolille juridista tai muuta itseisarvoa, vaan sillä toteutetaan tai edesautetaan vaihdantaa. Kansainvälisen kaupan osapuolten käsitys liikesopimuksen korostetusta välineellisyydestä poikkeaa käsityksestä, jonka mukaan sopimuksella voisi olla itsenäinen asema kansainvälisessä kaupassa.

Rigor commercialis -periaatteessa korostuu se, että liikesopimuskumppanien tulee tiukasti noudattaa sopimusta ja sen ehtoja. *Rigor commercialis* -periaate korostaa liikesopimuksissa lähinnä juuri sopimuksen sitovuutta. Tämän vuoksi voidaan väittää periaatteen olevan ainoastaan *pacta sunt servanda* -periaatteen ilmentymä liikesopimuksissa.¹⁴

Edelleen tulee korostaa, että *rigor commercialis* -periaate on nimenomaan liikesopimuksia koskeva periaate. *Rigor commercialis* -periaate voidaan myös erottaa *common law* -maissa esiintyvistä sopimukseen liittyvästä *privity of contract*- ja *four corner* -periaatteista.¹⁵ *Four corner* -periaatteen mukaan sopimusta ja sen sisältämiä velvoitteita ovat vain ne, jotka sopimuspaperin neljän kulman

¹³ Sopimusvapauden käsitettä on arvioinut aikoinaan Muukkonen (Ks. Muukkonen 1956).

¹⁴ Tästä laajemmin Hellner teoksessaan *Commerciel avtalsrätt*, 1989.

¹⁵ *Privity of contract* -periaate korostaa nimenomaisesti sopimuksen vaikutusten (vastuiden ja oikeuksien) rajaamista sopimusoapuoliin, eli sopimuksen vaikutusten rajaaminen kahden osapuol-

sisälle on kirjoitettu. Tämän ajatuksen heikkoutena voidaan pitää sitä, että siinä pyritään sulkemaan sopimusvelvoitteista kokonaan pois sopimuksen ulkopuoliset velvoitteet. Ne voivat periaatteessa olla hyvinkin sopimuskumppanien muulla tavoin hyväksymiä (esim. tapaoikeudelliset säännöt ym.).

Four corner -tematiikkaan liittyy kiinteästi Yhdysvalloissa käytössä oleva *parol evidence* -sääntö¹⁶, jonka mukaan osapuolten ei ole mahdollista esittää oikeudelle todistelussa suullista sopimusta tai muuta lisä- tms. näyttöä, jos lopullinen¹⁷ sopimus on laadittu kirjallisesti. Jos sopimus on kirjallinen, se kattaa koko sopimuksen eli kaikki sopimuskumppanien oikeudet ja velvoitteet (sopimusehdot). Parol evidence -sääntöön on kehittynyt useita poikkeuksia. Esimerkkeinä voidaan mainita, että sääntöä ei kuitenkaan sovelleta silloin, jos kumpikin osapuoli on erehtynyt (molemminpuolisesta väärinymmärryksestä) tai sopimukseen liittyy vilpillinen toiminta (*fraud*).

Parol evidence -säännössä on lähtökohtaisesti kyse itse asiassa prosessioikeudellisesta säännöstä, joka otettiin käyttöön 1800-luvulla. Yhdysvaltalaisilla tuomioistuimilla oli tarkoituksena ohjata sopimuskäytäntöjä siten, että kirjallinen näyttö sai korostetun aseman ja sopimuksen kirjallisen muodon katsottiin olevan suositeltavampi kuin suullisen. Kyse ei siis ole varsinaisesta sopimusoikeudellisesta periaatteesta, vaan tuomioistuimissa syntyneen prosessuaalisen kysymyksen ratkaisemisesta eräänlaisella muotovaatimuksella.

Parol evidence -todistelusääntö tai sitä vastaavat muotovaatimukset tai -suositukset eivät sinänsä voi poistaa sopimuskumppanien yhteistä tahtoa ja mahdollisuutta käyttää suullisia lisäsopimuksia. Toisaalta voidaan todeta, että kirjallisia sopimuksia koskevat suomalaiset todistustaakkasäännöt ovat pitkälti samankaltaisia. Parol evidence -säännöllä ainoastaan rajoitetaan suullisten lisäsopimusten esittämistä oikeudessa todisteina. Voitaneen esittää karkea johtopäätös, että common law -järjestelmien velvoite- ja prosessioikeuden sääntöjä ei voida aina erottaa toisistaan. Samantyyppisiä kysymyksiä joudutaan esittämään silloin, kun sopimukseen on otettu ”prosessuaalinen” ehto sopimuksen tulkinnasta. Esimerkkinä voidaan mainita ns. *merger clause*, jossa sopimusosapuolet ”lukitsevat” sopimusvelvoitteet ja -oikeudet sopimuksessa esitettyyn. Merger clause -ehdon sanamuodosta voidaan esittää seuraava esimerkki:

This document expresses the final and complete agreement of the parties with respect to the subject matter of this record, to the exclusion of any and all oral statements, representations, promises, or agreements and to the exclusion of any and all recorded statements, representations, promises, or agreements

len suhteeseen. Katso privity of contract -periaatteesta laajemmin *Hemmo*: Sopimus ja delikti, 1998 s. 253–.

¹⁶ Katso esimerkiksi *Lehrberg* s. 16.

¹⁷ Lopullinen sopimus on tässä merkityksessä ”final and signed version”.

*except for those executed contemporaneously with the execution of this record.*¹⁸

(Tämä asiakirja ilmaisee osapuolten välisen lopullisen ja täydellisen sopimuksen koskien tämän asiakirjan asiasisältöä, poissulkien mahdolliset ja kaikki suulliset lausunnot, ilmoitukset, lupaukset tai sopimukset ja poissulkien mahdolliset ja kaikki tallennetut lausunnot, ilmoitukset, lupaukset tai sopimukset, paitsi ne asiakirjat jotka on saatettu voimaan samanaikaisesti tämän asiakirjan kanssa.)

Tämäntyyppisten sopimusehtojen käytön osalta ongelmallista on se, että monissa oikeusvaltioissa tuomioistuimilla on mahdollisuus vapaasti vastaanottaa todisteita ja harkita ja arvioida näiden todistusarvo. Kysymyksenasettelu merger clause- ja muiden ns. *entire agreement* -sopimusehtojen osalta voidaan asettaa suomalaisessa sopimusoikeudessa ja sopimuskäytännöissä seuraavasti: saavutaanko ehdolla mitään? Ehto on sopimusoikeudellisesti arvioituna usein tarpeeton¹⁹, mutta sillä saattaa olla prosessioikeuden todistustaakan jaon ja näytön kannalta merkitystä. Sopimus ei itse yksin ratkaise omia tulkintaongelmiaan eikä sopimus voi olla ”täydellinen”.

Markkinat. Kansainväliseen kauppaan liittyvien sopimusten ymmärtämiseksi tutkimuksessa pyritään yleisesti esittelemään kansainvälisessä yritysmaailmassa vallitsevaa markkinakäsitettä. Markkinoiden eri kerrostumien ja toisaalta lohkoontumisen hahmottaminen on välttämätöntä, jotta kansainvälisessä kaupassa käytettyjä sopimuksia ja sopimusten yhteenliittymiä voidaan ryhtyä juridisesti arvioimaan. Markkinoita koskevaa sopimusoikeudellista tutkimusta ei juuri ole tehty.²⁰ Kysymyksenasettelu markkinoita tutkittaessa on ongelmallinen. Tässä on tarkoituksena kuitenkin ainoastaan pääpiirteissään selvittää ja kuvata yritysmarkkinoita liikesopimusten välttämättömänä toimintaympäristönä. Markkinoiden kerrostumia käsitellään, jotta yritysmarkkinat voidaan selvemmin erottaa kuluttajamarkkinoista. Kansainvälistä kauppaa harjoitetaan ja liikesopimuksia tehdään yritysmarkkinoilla.

Sopimusverkot. Kansainvälisessä kaupassa sopimukset ja varsinkin maksu- ja vakuusjärjestelyt toteutetaan yleensä sopimusverkon avulla. Itse asiassa jo tavallista kansainvälistä tilisiirtomaksua tai kolmikantaista (vakuuden antaja – velkoja – velallinen) henkilövakuusjärjestelyä voidaan tarkastella sopimusverkkoena. Jokaisella verkkoon osallistujalla on oma tehtävänsä, joka tukee pääsopimusta. Tutkimuksessa selvitetään kansainvälisen kaupan sopimusmallia, sopimus-

¹⁸ Ehto tunnetaan ja otsikoidaan usein *entire agreement* -ehdoksi.

¹⁹ Hannu Tapani Klamin kanssa käydyt keskustelut 1997.

²⁰ Yhtenä poikkeuksena voidaan mainita Pekka Timosen teos Määräysvalta, hinta ja markkinavoima, joka käsittelee monitahoisesti markkinoita. Markkinoita käsitellään myöhemmin jaksossa 3 s. 41–.

verkon käsitettä ja siihen liittyviä juridisia, lähinnä sopimusoikeudellisia kysymyksiä. Sopimusverkkoa voisi kutsua rakenteeksi, joka mahdollistaa uudentyyppisen tarkastelutavan yritysmarkkinoiden liikesopimusten ja varsinkin kansainvälisen kaupan monimutkaisiin järjestelyihin.

**Lähtökohtainen liikesopimuskumppaneiden yhdenvertaisuuden oletta-
ma sekä lojaliteettiperiaate.** Suomalaisessa oikeustieteessä on viime aikoina esiintynyt runsaasti yleisiä oikeusperiaatteita koskevia tutkimuksia. Oikeusperiaatteiden merkitys on selvästi kasvamassa.²¹ Kansainvälisessä kaupassa käytettyihin sopimusjärjestelyihin, kuten esimerkiksi maksu- ja vakuusjärjestelyihin, ei varauksetta voida soveltaa kansallisia oikeusperiaatteita. Perimmäinen syy tähän on kansainvälisessä kaupassa itsessään; se on kahdessa eri valtiossa sijaitsevan subjektin välistä kauppaa, jolloin automaattisesti kaksi eri kansallista järjestelmää kohtaa toisensa.²² Useissa tapauksissa kansallista periaatetasoista argumentointia voidaan vain rajoitetusti käyttää kansainvälisen kaupan sopimuksen tulkinnan tai sopimuksesta aiheutuvien riitojen selvittämisessä.

Tässä tutkimuksessa esitetään, että kansainvälisessä kaupassa syntyvissä sopimusverkoissa voidaan löytää seikkoja, jotka voidaan hyväksyä ”ylikansallisina” perusolettamina, toimintamalleina ja jopa periaatteina kansainvälisessä kaupassa. Näitä ovat mm. *sopimuskumppanien yhdenvertainen asema* -periaate, *lojaliteettiperiaate* sekä *rigor commercialis* -ajatus. Kansainvälisen kaupan tutkimuksissa usein esitetään ja yleisesti ollaan yhtä mieltä siitä, että kansainvälisen kaupan perusperiaate on tällöin *pacta sunt servanda*. On kuitenkin huomattava, että sopimussidonnaisuuden edellytyksien²³ laaja kirjo kansainvälisen kaupan eri oikeusjärjestyksissä ja kauppakulttuureissa himmentää sopimuksen sitovuuden perusperiaatetta. Mikäli kansainvälisen kaupan sopimuksen pätevyyttä koskevat perusongelmat sivuutetaan ja tämän tutkimuksen todetaan koskevan ainoastaan päteviä sopimuksia, voidaan tällöin sopimuksen sitovuuden periaatteen katsoa olevan kansainvälisen kaupan sopimusoikeudellinen pääperiaate.

Tutkimuksessa on pyritty osoittamaan selkeä sopimuskumppanien yhdenvertaisuuden periaate ja heikomman suoja -periaatteen soveltumattomuus kansainvälisen kaupan liikesopimusten tarkasteluun. Sopijapuolten yhdenvertaisuutta

²¹ Yleisiä oikeusperiaatteita koskevaa keskustelua on käyty meillä pitkään. Varsin monissa kotimaisissa oikeustieteellisissä väitöskirjoissa (kuten esimerkiksi *Pöyhösen* Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu, 1988) on tarkasteltu nimenomaan oikeusperiaatteita ja niiden merkitystä oikeustieteessä.

²² Oikeudellisessa tarkastelussa voidaan tämän tyyppisen ristiriitatilannetta varovasti verrata sopimusehtojen vakioehtojen tulkinnassa esiintyvään ns. *battle of forms* -tilanteeseen. Katso esimerkiksi *Wilhelmsson*: Vakiosopimus. Sopimussidonnaisuudesta ja kohtuuttomista sopimusehdoista, 1995 s. 72.

²³ Tässä sopimussidonnaisuuden edellytyksillä tarkoitetaan yleistermiä, joka kattaa pätevyyden, tehokkuuden ym.

käsitlevässä osiossa on tuotu esille näkökantoja, joiden merkitys kiinnittyy erottamattomasti sopimusverkkoajatteluun. Tätä kautta on tehty johtopäätös, ettei kansainvälisessä kaupassa voida lähtökohtaisesti soveltaa korostetusti kuluttajamarkkinoille kuuluvia sosiaalisen siviilioikeuden periaatteita. Sosiaalinen siviilioikeus tai hyvinvointivalttiollinen ajattelu perustuu pitkälti kuluttaja-asemaan, ja näiden voidaan katsoa tukeutuvan yhteiskunnan vallitsevaan (sosiaali-)politiikkaan. Kansainvälisessä kaupassa sanaan ”poliittinen” yhdistyy lähes poikkeuksetta ajatus ”kansallisesta riskistä”, minkä vuoksi kansainvälisen kaupan toimijat pyrkivät esiintymään markkinoilla yleensä mahdollisimman epäpoliittisina.²⁴

Tutkimuksessa osoitetaan, että kansainvälisen kaupan yritysmarkkinoilla korostuu lojaalisuus. Ilmiötä voidaan kutsua lojaliteettiperiaatteeksi. Lojaliteettivelvollisuudesta sopimusoikeudessa on esitetty erilaisia näkökantoja. Lojaliteetin tai lojaalisuuden osalta velvollisuuden ja yleisen oikeusperiaatteen ero ei kuitenkaan aina ole täysin selvä. Lojaalisuuden tuki kansainvälisen kaupan sopimuksissa ja toisaalta lojaalisuuden eräänlaisen vastapainon antava *rigor commercialis* -periaate ovat tutkimuksen perusteemoja.

Tutkimuksessa pyritään konkretisoimaan esitetyt tutkimuksen teemat esittämällä havaintoja kansainvälisen kaupan käytännöistä. Tutkimuksen käytännön tarkastelu kiteytyy kansainvälisessä kaupassa käytettyyn remburssimaksumääräytykseen. Remburssiin liittyvät ja siinä yhdistyvät kaikki tutkimuksessa esitetyt teemat ja johtopäätökset. Sen lisäksi remburssi on oiva esimerkki kansainvälisessä kaupassa kehittyneestä omintakeisesta ja ankaraehtoisesta, mutta käytännössä erittäin toimivasta maksu- ja vakuusjärjestelystä.

1.4 REMBURSSIMAKSU ESIMERKKINÄ KANSAINVÄLISEN KAUPAN SOPIMUSMEKANISMISTA

Remburssi ja perittävä ovat dokumenttimaksuja. Näistä remburssi on valittu tutkimuksessa käytetyksi esimerkiksi kansainvälisen liikesopimuksen toimintamekanismista.

Dokumenttimaksuja on aikaisemmissa talous- ja oikeustieteellisissä tutkimuksissa tarkasteltu lähinnä itsenäisinä ja erityislaatuina velvoitteina. Näissä tutkimuksissa tarkastelukulma on ollut lähinnä pankkitekniinen ja niissä on kes-

²⁴ Tästä voidaan esittää esimerkkinä Kiinan ulkomaankauppa. Vaikka maan poliittinen järjestelmä on ollut pitkään tiukasti valtiojohtoista, ovat kaupan edustajat pääsääntöisesti pyrkineet esiintymään markkinoilla poliittisesti neutraaleina ja ”kansainvälisinä”.

kitytty yksinomaan remburssin käyttöön liittyvien sääntöjen ja – sinänsä runsaslukuisien – oikeustapauksien arviointiin ja kuvaamiseen.²⁵ Perinteinen dokumenttimaksuja koskeva tutkimus on ollut lähinnä remburssioikeudellista tutkimusta. Remburssioikeudessa on käytännössä perusteltu pankin toimien sopimuksenmukaisuutta ja pankin pankkitekniisiä oikeuksia.²⁶ Remburssi- ja dokumenttimaksuja ei ole perinteisissä tutkimuksissa juurikaan haluttu yhdistää tai tutkia osana suurempaa kokonaisuutta. Se kokonaisuus, jonka osana dokumenttimaksut ovat sekä mihin ne elimelliset liittyvät, on tässä tutkimuksessa nimetty *kansainvälisen kaupan sopimusverkoksi*.

Remburssimaksujen tutkimuksen erillisyys muista liiketoimista johtuneen osaltaan siitä, että remburssimaksuihin liittyvä olennaisin perusdoktriini korostaa sitä, että dokumenttimaksut ovat pankin antamia itsenäisiä eli pääsopimuksesta riippumattomia sitoumuksia. Tämä doktriini on kirjattu mm. remburssisääntöihin ja standby-remburssisääntöihin seuraavasti:

Kansainvälisen kauppakamarin (ICC) remburssisäännöt, *Uniform Customs and Practice for Documentary Credit*²⁷ eli UCP-säännöt artikla 3:

Credits v. Contracts: Credits, by their nature, are separate transactions from the sales or other contract(s) on which they may be based on and banks are in no way concerned with or bound by such contract(s), even if any reference whatsoever to such contract(s) is included in the Credit.

(*Remburssin suhde sopimukseen:* Remburssit ovat luonteeltaan perustanaan mahdollisesti olevista kaupp- tai muista sopimuksista erillisiä toimitteita, eivätkä tällaiset sopimukset mitenkään koske tai sido pankkeja siinäkään tapauksessa, että remburssissa jollakin tavalla viitattaisiin tällaiseen sopimukseen (sopimukseen). [ICC:n Suomen osaston käännös.])

Kansainvälisen kauppakamarin standby-remburssseja koskevat säännöt *International Standby Practices ISP* 98²⁸ artikkelit 1.06 ja 1.07:

6.06 Nature of Standbys

- a. A standby is an irrevocable, independent, documentary, and binding undertaking when issued and need not so state.
- b. Because a standby is independent, the enforceability of an issuer's obligations under a standby does not depend on:

²⁵ Näin esim. *Pasanen 1953* ja *Kurkela* tutkimuksissaan.

²⁶ Termi *pankkitekkinen* on valittu tässä tutkimuksessa sen vuoksi, että ICC:ssä pankkitekkinen valiokunta (Commission on Banking Technique and Practice) keskittyy lähinnä juuri remburssi- ja dokumenttimaksuihin (sekä vakuustakuihin).

²⁷ ICC julkaisu nro. 500. Tässä tutkimuksessa näistä säännöistä käytetään pankkialalla ja suomalaisessa vientikaupassa vakiintunutta nimitystä *remburssisäännöt*.

²⁸ ICC julkaisu nro. 590.

- i. the issuer's right or ability to obtain reimbursement from the applicant;
 - ii. the beneficiary's right to obtain payment from the applicant;
 - iii. a reference in the standby to any reimbursement agreement or underlying transaction; or
 - iv. the issuer's knowledge of performance or breach of any reimbursement agreement or underlying transaction.
- [...]

1.07 Independence of the Issuer-Beneficiary Relationship

An issuer's obligations toward the beneficiary are not affected by the issuer's rights and obligations toward the applicant under any applicable agreement, practice, or law.

(1.06 Standby-remburssien luonne

- a. Standby-remburssi on peruuttamaton, itsenäinen, kirjallisessa muodossa oleva ja avattuna sitova sitoumus ilman, että se erikseen mainitaan.
 - b. Koska standby-remburssi on peruuttamaton, avaajapankki ei voi muuttaa tai peruuttaa avaajapankin standby-remburssiin perustuvia velvollisuuksia, jollei standby-remburssissa näin todeta tai jollei se henkilö, jota vastaan muutosta tai peruutusta vaaditaan, ole antanut siihen suostumustaan.
 - c. Koska standby-remburssi on itsenäinen, avaajapankin standby-remburssiin perustuvien velvollisuuksien täytäntöönpano ei ole riippuvainen
 - i. avaajapankin oikeudesta tai kyvystä saada toimeksiantajalta vastike
 - ii. edunsaajan oikeudesta saada toimeksiantajalta maksu;
 - iii. standby-remburssissa olevasta viittauksesta vastikesopimukseen tai perusteena olevaan oikeustoimeen; tai
 - iv. avaajapankin tietoisuudesta vastikesopimukseen tai perusteena olevasta oikeustoimesta.
- [...]

1.07 Avaajapankin ja edunsaajan välisen suhteen itsenäisyys

Avaajapankin velvollisuuksiin edunsaajaa kohtaan eivät vaikuta avaajapankin oikeudet ja velvollisuudet toimeksiantajaa kohtaan minkään sovellettavan sopimuksen, käytännön tai lain nojalla.)

Dokumenttimaksujen oikeudellinen tarkastelu ja tutkimus ovat keskittyneet pääosin remburssien käyttöön liittyvien oikeustapausten arviointiin eli *case-law*-tyyppiseen ”näin on tehty” -arviointiin. Tällainen tapa tarkastella remburssia on erkaannuttanut remburssia koskevan tutkimuksen niistä perusteista, joista dokumenttimaksut ovat kehittyneet. Samalla on siirrytty oikeustieteellisen peruskäsitteistön ja tutkimustapojen ulkopuolelle. Nykyistä remburssitutkimusta voidaan perustellusti kutsua korostetun ”pankkitekhniseksi” tutkimustavaksi, jossa pun-

ninnalla ja arvioinnilla pyritään antamaan pikemminkin tapauskohtaisia toimintamallineuvoja kuin yleispäteviä periaatteita tai sääntöjä. Toki pankkiteknisellä tarkastelulla on tärkeä tehtävä palvella pankkien informaation tarvetta.

Tekniikan kehittyminen, kaupankäynnin nopeutuminen ja kansainvälistyminen asettavat uusia vaatimuksia oikeustieteelliselle tutkimukselle ja etenkin sopimusoikeudelliselle tutkimukselle. Kehityksen kansainvälisyyden ja teknisyyden korostuminen ovat johtaneet siihen, että kansainvälisen kaupan ja sopimusoikeuden periaatteista ja niiden sisällöstä etsitään vastauksia. Näitä sopimusoikeuden tunnustettuja periaatteita ovat mm. sopimuksen sitovuus ja sopimusvapaus, jotka ovat myös kansainvälissä kaupassa korostetussa asemassa.

Kansainvälisen kaupan sopimusten juridinen arviointi on usein vaativa tehtävä. Yritysten laatimat sopimukset ovat muuttuneet yhä monimutkaisemmiksi ja vaikeammiksi hallita perinteisin juridisin työvälinein, koska nämä sopimukset ovat usein varsin laajoja ja vaikeaselkoisia. Tutkimuksessani olen pyrkinyt tuomaan esille työvälineitä, joiden avulla kansainvälisen kaupan sopimussuhteen sopimusverkkoja ja dokumenttimaksuja voitaisiin juridisesti arvioida. Esimerkkinä käytetystä työvälineestä voidaan mainita sopimusverkko, joka muodostaa keskeisen osan kansainvälisen kaupan sopimusten toimintaympäristöstä. Sopimusverkko on työkalu, jolla voidaan helpottaa tutkimustehtävää.

Remburssissa on löydettävissä tutkimuksen perusteemat, jotka ovat:

- kansainvälisen kaupan sopimusmalli (liikesopimusmalli),
- kansainvälisen kaupan toimintaympäristö, jota kutsun yritysmarkkinoiksi,
- sopimusverkot ja
- sopimuskumppanien lähtökohtainen tasa-arvoisuus.

Kansainvälisen kaupan sopimussuhteissa sopimuskumppanit haluavat aina minimoida riskinsä. Koska riskejä on monenlaisia, myös riskin rajoittamisen tapoja on monia. Kansainvälisen kaupan riskit ovat tekniikan ja logistiikan kehityksestä huolimatta pysyneet kuitenkin hyvin perinteisinä. Edelleen myyjän pelko on se, että hän ei saa kauppahintaa itselleen, ja ostajan pelkona on, ettei hän saa kaupan kohdetta itselleen. Ostajien ja myyjien käsitys näistä perusriskeistä ei ole käytännössä muuttunut.

Tutkimuksesta käy selville se, että kauppahinnan maksun saaminen on edelleen myyjälle tärkein tapahtuma kansainvälisessä kaupassa. Käytännössä kansainvälisen kaupan sopimuksen mukainen luontoissuoritus (tässä tapauksessa muu kuin rahasuoritus) tai tavarantoimitus ovat toki ostajan kannalta ensisijaisia. Maksuun nähden esimerkiksi myyjän sopimusrikkomuksesta johtuvat riidat ja riitaprosessit muuntuvat pääsääntöisesti rahamääräisiksi vaatimuksiksi, vaikka prosessin ensisijaisena tehtävänä lienee selvittää, onko kaupan kohteessa ollut virhe tai viivästys. Jos prosessin tuloksena todetaan virhe tai viivästys, voidaan tästä vaatia vahingonkorvausta. Tämän tutkimuksen perusväitteenä on edelleen, että kansainvälisen kaupan sopimussuhteiden vastuut ja riskit kulmi-

noituvat yleisimmin kauppahinnan maksuun. Kauppahinnan maksussa on kyse yleisesti arvioituna numeerisesta eli tietyn määräisestä suorituksesta (rahasuorituksesta) kaupan osapuolten välillä.

Rahasuoritus ei välttämättä ole tärkein osapuolten välisten sopimusneuvotte-lujen osa, mutta kansainvälisessä kaupassa raha on osapuolille yleensä tärkein asia. Tätä ei voida sivuuttaa. On usein todettu, että kaikella on hintansa. Merkille pantavaa on, että kansainvälistä kauppaa harjoittavalle yritykselle maineen me-netys ei joissakin tapauksissa näytä tuottavan merkittävää huolta tai surua, mutta siitä mahdollisesti aiheutuva taloudellinen tappio kylläkin.²⁹

Ennen kuin ryhdytään varsinaisesti tarkempaan kansainvälisen kaupan sopi-musten ja dokumenttimaksujärjestelyjen tutkimiseen, on seuraavassa lyhyesti ja yleisellä tasolla selvitetty, mitä dokumenttimaksut ovat ja miksi niitä käytetään.

Dokumenttimaksu tarkoittaa järjestelyä, jossa maksu tapahtuu asiakirjoja vas-taan, eikä tavaraa vastaan, kuten pääsääntöisesti kauppasopimuksessa tapahtuu. Dokumenttimaksussa osapuolet sopivat niistä asiakirjoista, joita vastaan kauppahinta suoritetaan ja siitä, kuka suorituksen tekee. Dokumenttimaksuja ovat *perit-tävät* ja *remburssit*. Remburssi on näistä tunnetumpi. Remburssissa maksuun si-toutuu ostajan lisäksi tai pikemminkin ostajan sijasta pankki eli ns. avaajapankki. Avaajapankin ankaraehtoista sitoumusta maksaa kauppahinta asiakirjoja vastaan voidaan kuvata myös henkilövakuudeksi. Perittävässä tällaista pankin sitoumus-ta ei anneta, vaan pankki toimii periaatteessa ainoastaan asiakirjojen ja maksujen välittäjänä.

Dokumenttimaksujen tarve syntyi kansainvälisen kaupan kehittyessä. Oikeus-tieteellisessä tutkimuksessa ei ole kyetty täsmällisesti määrittelemään aikaa tai aikakautta, jolloin remburssia olisi alettu käyttää kansainvälisessä kaupassa. Toi-saalta esimerkiksi jo 1950-luvulla ilmestyneissä remburssia koskevissa kirjoin-tuksissa on remburssin asemaa ja toimivuutta kansainvälisessä kaupassa pidetty kiistattomana.³⁰ Eräänlaisena indisiona dokumenttimaksujen ja nimenomaan remburssin käytön yleistymisestä voidaan pitää Kansainvälisen kauppakamarin (ICC) laatimien remburssisääntöjen ensimmäisen version julkaisemista. Näiden remburssien käytön yhdenmukaistamiseksi laadittujen sääntöjen, ensimmäinen

²⁹ Yhtiöt voivat korjata maineen menetystään monilla tavoin. Näistä esimerkkeinä yhtiön johta-jien erottaminen tai yhtiön toiminimen muuttaminen. Toiminimen muuttaminen käytännössä pa-lauttaa maineen ainakin osittain. Pelkän toiminimen perusteella yhtiön tai sen omistajan/konser-niyhtiön yksilöinti on vaikeaa. Maineen menetys on luonnolliselle henkilölle huomattavasti merki-tyksellisempi ja lopullisempi kuin yhtiömuotoiselle oikeushenkilölle.

³⁰ Esimerkkinä voidaan mainita vaikkapa artikkeli vuodelta 1952: "Revised International Rules for documentary credits" Harward Law Review June, 1952 (kirjoittajaa ei mainita), jossa on todet-tu: "Since the first World War, the commercial documentary credit has emerged as the most satis-factory method of financing international trade transactions". (Toisen maailmansodan jälkeen kaupallisesta remburssista on tullut kaikkein tyydyttävin tapa rahoittaa kansainvälisiä liiketoi-mia).

versio ilmestyi vuonna 1933. Viimeisin versio tunnetaan UCP 500 -sääntöinä. Kyse on ICC:n julkaisusta numero 500, joten oikea nimitys säännöille olisi ICC:n systematiikan mukaan ICC-500.³¹

UCP-sääntöjen kulloinkin voimassa olevaa versiota käytetään lähes poikkeuksetta kansainvälisessä kaupassa, jos maksutavaksi on valittu remburssi. UCP-sääntöjä voidaan verrata vakioehtoihin, jotka otetaan osaksi remburssitoimeksiantoa ja myöhemmin toimeksiannon perusteella avattavaa remburssia. Kansainvälisen kauppakamarin laatimien sääntöjen velvoittavuus korostuvat pankkien toiminnassa. UCP-sääntöjen avulla pyritään luomaan pankkien³² velvollisuuksia ja oikeuksia ohjaava säännöstö. UCP 500 -säännöistä käytetään tässä tutkimuksessa myöhemmin nimitystä remburssisäännöt.

Miksi remburssia on käytetty ja edelleen käytetään kansainvälisessä kaupassa? Tähän kysymykseen palataan myöhemmin, mutta perimmäinen syy on löydettävissä kansainvälisen kaupan historiasta ja peruselementeistä. Lähtökohtainen perusasetelma kansainvälisessä kaupassa on se, että

- kansainvälisessä kaupassa on aina riskettä,
- ostaja ja myyjät ovat eri valtiossa (logistiikka) ja
- osapuolten jälkikäteiset oikeussuojakeinot ovat käytännössä perin rajalliset.

Näistä seikoista johtuvat perusongelmat sekä erilaisista kauppatavoista ja -kulttuureista kumpuava epävarmuus sopimuskumppanin luotettavuudesta synnyttävät merkittäviä riskitekijöitä kansainvälistä kauppaa harjoittaville yrityksille. Tulee huomata, että nykYTEKNIikka (kuten nopea ja varma informaation siirto-tekniikka) ei poista kokonaan perusongelmia eikä perusepävarmuutta kansainvälisestä kaupasta. Remburssien ja sopimusverkkojen käyttö kansainvälisessä kaupassa on yleistä nimenomaan kaupan toimivuuden parantamisen, riskin hallinnan ja rahoituksen järjestämisen vuoksi. Remburssimaksu antaa turvaa ja luotettavuutta kansainväliseen kauppaan.

Kansainvälisessä kaupassa perusongelmat liittyvät riskien hallintaan ja pyrki- myksiin riskien poistamiseen tai minimoimiseen. Kansainvälisen kaupan riskienhallinnassa on velvoitteiden täyttämisen osalta nimenomaisesti tunnustettu mm. seuraavat periaatteet, joita tarkastellaan myöhemmin tässä tutkimuksessa:

- rahan ja tavaran tulee aina olla eri käsissä
- raha on parhaiten turvassa pankissa
- pankilla on (likvidiä) rahaa maksaa kauppahinta

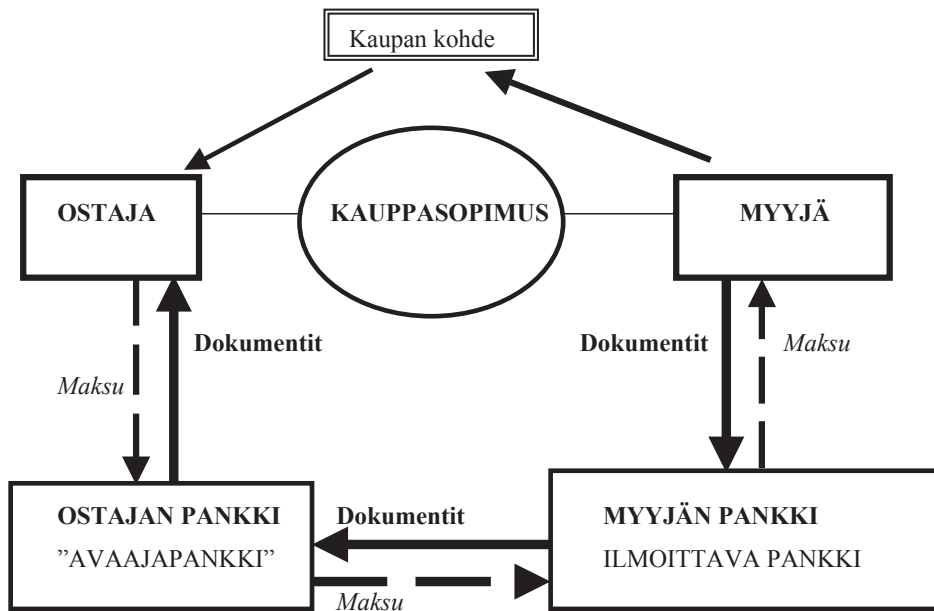
³¹ Edelliset versiot ovat olleet ICC Brochure no. 222, ICC Publication 290, ICC Publication 400, ICC Publication 459. Tällä hetkellä (2006) ollaan Kansainvälisen kauppakamarin toimesta valmis- telemassa uusia remburssisääntöjä, joiden työnimenä on ”UCP 600 -säännöt”.

³² Vaikka säännöissä puhutaan yleisesti pankeista, kohdistuvat säännöt pääosin avaajapankin ja vahvistavan pankin toimintaan.

- sopimuskumppanin suoritusvelvollisuuksien täyttämisen vakuudeksi on hyvä saada vakuus kolmannelta eli sopimuksen ulkopuoliselta
- asiantuntemus lisää luottamusta ja vähentää riskiä.

Remburssi täyttää näiden periaatteiden asettamat vaatimukset ja toisaalta se toimii niiden mukaan. Kansainvälisessä kaupassa keskeistä roolia esittää yleensä pankki, jonka asiantuntemus on käytännössä välttämätön kansainvälisen kaupan onnistumiselle. On hyvin vaikea kuvitella kansainvälistä kauppaa nykyisessä muodossaan ilman pankkien tarjoamia maksu- ja vakuusjärjestelyjä.

Remburssijärjestelyä voidaan kuvata seuraavalla yksikertaisella kaaviolla:



Kaavio 1. Remburssijärjestely.

Dokumenttimaksujärjestelyille ja nimenomaan remburssille on tunnusomaista se, että järjestelyssä maksu tapahtuu vain asiakirjoja vastaan. Käytännössä ja periaatteessa maksuvaatimus ei remburssijärjestelyssä vaadi nimenomaista vaatimusta maksamisesta, vaan esitetyt asiakirjat luovat sinänsä jo maksuvelvollisuuden remburssin avanneelle pankille. Tästä periaatteesta poikkeuksena voidaan pitää standby-remburssia, jota käytetään pankkitakuun kaltaisena henkilövakuutena. Standby-remburssissa kirjallinen maksuvaatimus on käytännössä maksuun oikeuttava asiakirja. Tämän vuoksi voidaan esittää, että standby-remburssissa nimenomainen maksuvaatimus on aina esitettävä.

JOHDANTO

Dokumenttimaksut ja remburssi on valittu tutkimuksen osaksi, koska niissä yhdistyvät liikesopimusten osalta usein unohdetut *vaihdannan intressien turvaaminen, ankara sopimuksen sitovuus ja sopimuskumppanien tasavertaisuus liikesuhteissa*.

2 Tutkimuksen lähtökohtia

2.1 SOPIMUSKÄSITYKSISTÄ JA -MALLEISTA

Lähtökohtina kansainvälisen kaupan liikesopimuksen tutkimukseen voidaan ottaa eri tutkijoiden esittämät sopimuskäsitteet ja -mallit. Sopimusta on oikeustieteessä pyritty tarkastelemaan ja kuvaamaan monin eri tavoin. Sopimusoikeudellisissa tutkimuksissa on käytetty termiä sopimusmalli, jota on kuvattu mm. ”näkökulmaksi sopimusoikeuden normiston tarkastelussa”.¹ Riippuen tutkimustavasta tai tutkimuksen tarkoituksesta sopimukselle on löydetty erilaisia selitysmalleja. Seuraavassa on tuotu esille joitain sopimuskäsityksiä ja -malleja.

Lähtökohdat eri oikeuskulttuurien sopimuskäsityksille ovat erilaisia. Esimerkiksi roomalaisen oikeuden velvoitteet ja tätä kautta sopimusvelvoitteet perustuvat siihen, että oli olemassa kanne, joka puolestaan vastasi velvoitteita. Tämä ”prosessuaalinen” käsitys velvoitteesta on edelleen löydettävissä länsimaisen sopimusoikeuden sopimuskäsitteissä ja varsinkin sopimustyyppejä koskevissa tutkimuksissa.

Oikeustoimilain mukainen sopimuskäsitys perustuu kahteen tahdonilmaisuuksiin, jotka ovat tarjous ja siihen annettu hyväksyvä vastaus.² Sopimusta pidetään tarjouksen ja vastauksen sisällöltään yhtenevien tahdonilmauksien yhtymisenä. Tässä perinteisessä sopimusajatuksessa käsitykset oikeussubjektien vapaasta tahdosta ja yksityisautonomiasta ovat korostetussa asemassa.³ Yleisen sopimusvapauden vastinperiaatteena on toisaalta esitetty sopimusten sitovuuden periaate eli *pacta sunt servanda* -periaate.⁴ Periaatteen mukaan esimerkiksi oikeustoimilain mukaisesti solmittu pätevä sopimus sitoo sopijakumppaneita.

Perinteisen sopimusajatuksen on kuitenkin väitetty olevan monissa yhteyksissä riittämätön.⁵ Sen mukaan jo oikeustoimilakia säädettäessä sopimuksien ajateltiin syntyvän lähinnä sopijakumppanien ollessa yhtäaikaisesti samassa paikassa. ”Vanhaa” sopimusajatusta on kritisoitu ja sen on väitetty olevan mm. nykyisin

¹ Viinikka-Monthan s. 1106.

² Oikeustoimilain 1 luvussa esitetty sopimusmalli. Pöyhösen jaottelussa malli perustunee luottamusmalliin, katso Pöyhönen 1988 s. 205–209, Telaranta 1990 s. 129–131 sekä Km 1990:20 s. 120–124. Katso myös sopimuksen tarkastelutavoista Huser s. 55–58.

³ Wilhelmsson korostaa tältä osin liberalistisen sopimusoikeuden perusajatusta. Katso Wilhelmsson 1995 s. 1–5.

⁴ Katso Wilhelmsson 1995 s. 2.

⁵ Nykyisen sopimusoikeuden kehityslinjoista katso Wilhelmsson 1995 s. 1–29.

kansainvälisessä kaupassa käytävistä pitkistäkin sopimusneuvotteluista johtuen vallitseviin sopimuskäytäntöihin soveltumaton. Jo oikeustoimilakia säädettäessä ajatusta kuvattiin vieraaksi.⁶ Tuskinpa tuolloin osattiin edes aavistaa, millaista tiedonsiirtotekniikkaa tultaisiin 80 vuoden kuluttua käyttämään. Kritiikki ja väitteet perinteisen sopimusajatuksen riittämättömyydestä ovat pääosin tekniikan kehittyessä muodostuneet perusteettomiksi. Tämän tutkimuksen yhtenä perusväitteenä on, että tekniikan kehittyessä nykyiselle tasolle sopimusta tulisi voida arvioida yhä tiukemmin ”vanhan” sopimusajatuksen mukaisena oikeudellisena instituutiona. Tekniikan kehitys on – toisin kuin usein esitetään – mahdollistanut paluun sopimuksen perusarvoihin.

Tekniikka on johtanut varsinkin kansainvälisessä kaupassa aikaisemmin eräiden hyvin tärkeiden ja mutkikkaiden oikeudellisten seikkojen⁷ merkityksen vähentymiseen. Esimerkiksi aikaisemmin lainsäädännössä hyvin keskeisenä seikkana esiintynyt sopimuksen tekopaikka ei nykyisten sopimusten laadinta- ja neuvottelumahdollisuuksien (lähinnä tiedonsiirron tuomien mahdollisuuksien) ansiosta ole enää niin merkittävässä asemassa. Toisaalta kansainvälisen kaupan sopimuskäytännöistä voidaan huomata, että ”fyysisen” sopimuksentekopaikan yksiselitteinen määrittely on nykyisten tiedonsiirtomahdollisuuksien myötä muuttunut erittäin hankalaksi ja usein jopa mahdottomaksi määritellä.⁸

Kehitys on edennyt siihen pisteeseen, että voidaan perustellusti väittää, että sopimukset tehdään kansainvälisessäkin kaupassa taas samassa paikassa. Aikaisemmin sopimukset tehtiin fyysisesti samassa kauppapaikassa (esimerkiksi torilla), kun taas nykyaikana kauppapaikkana on usein ”tietoverkko”. Tiedonsiirto ja tietoverkko mahdollistavat kuvan, äänen ja tekstin siirron siten, että osapuolet käytännössä ovat yhtä aikaa läsnä samassa paikassa sopimuksen tekovaiheessa. On vaikea kuvitella, että sopimuskumppanit voisivat olla teoriassa ”enemmän” samassa paikassa nykyisten puhelin- ja videoneuvottelujen aikana.

On selvää, että kansainvälisen kaupan sopimuksissa, kuten yleisesti ottaen yritysten laatimissa liikesopimuksissa, esiintyy monia tilanteita, joissa syntynyt sopimusta on voitava tarkastella ja tulkita uusin instrumentein. Sopimuksen laatiminen ja sopimukset itsessään kehittyvät ja muuttuvat tarkoitustaan vastaaviksi. Myös sopimusten tarkastelutavat ja tarkasteluinstrumentit voivat muuttua ajan kuluessa, mutta toistaiseksi liike-elämässä vallitsee hyvin perinteinen tapa ajatella ja arvioida liikesopimuksia. Oikeustoimilain mukaista ja perinteistä sopimuskäsitystä ei siten tarvitse (eikä sitä tule) kuitenkaan tekniikan kehittymisen vuoksi hylätä.

⁶ Ks. Km 1925:2 ja Km 1990:20 s. 125.

⁷ Tarkoitan tässä lähinnä sopimusriidan toimivaltaista tuomioistuinta, sovellettavaa lakia ja mahdollista alueellista kauppatapaa koskevia ongelmia.

⁸ Km 1990:20 s. 66–67.

Suomalaisessa sopimusoikeudellisessa tutkimuksessa on yhtenä perustana ja lähtökohtana pidetty sitä, että sopimukseen oikeudellisenä instituutiona löytyisi aina jokin toinen sopimuksen ulkoinen korjaava oikeudellinen mekanismi.⁹ Tämäntyyppisen oikeudellisen korjaavan mekanismin tarkoitus olisi mahdollistaa sinänsä pätevän sopimuksen ”virheellisen” sisällön korjaaminen ”oikeudenmukaiseksi”. Tyypillinen sopimuksen ulkoinen korjaava mekanismi on kehitetty esimerkiksi korjaamaan kansallisten kuluttajasopimusten ”virheitä”.¹⁰ Kansainvälisissä liikesopimuksissa ja liikesopimuksissa sopimuksen sisällön korjaavaa automaattista tai lainsäädännössä pakottavaksi säädettyä mekanismeja ei yleensä ole. *Voidaan todeta, että kansainvälisessä kaupassa korjaavat mekanismit ovat pääsääntöisesti sopimusperusteisia ja sopimukseen rakennettuja mekanismeja, mikä puolestaan asettaa vaatimuksia kansainvälisen kaupan sopimuksen laatijoille.*

Yleisenä ilmiönä voidaan pitää sitä, että sopimuksen perusteita ja peruskäsitteistöä on viime vuosikymmeninä pyritty oikeustieteessä johtamaan kohti yhteiskunnallista ja poliittista järjestelmää käyttämällä epäjuridista argumentaatiota. Tällöin on jouduttu siihen, että varsinkaan liikesopimusneuvotteluissa ei enää kysytä ”onko tämä sopimus lainvastainen, pätevä tai sitova?”, vaan ”onko tämä sopimus sitova poliittisessa järjestelmässänne ja onko olemassa sellaisia seikkoja, jotka voivat muuttaa tämän pätevän sopimuksen sitovuutta?”. Kysymyksen taustalla on se, että sopimusoikeuden tutkimuksen piirissä on kiivaasti pyritty löytämään argumentteja sopimuksen sitomattomuuden ja sovittelun mahdollisuuksiin, perustelemalla näitä näkökantoja yleisellä kohtuullisuudella, sosiaalipolitiikalla tai ympäröivän maailman muuttumisella.

Tosiasiassa sopimuksen perustarkoitus ja ”syväjustifikaatio” ei ole muuttunut mihinkään. Sopimusten laadinnassa ja käytössä on tapahtunut paljon viimeisten vuosien aikana, mutta sopimuksen perustarkoitus on pysynyt jo vuosisatoja samana. Sopimuksella on tarkoitus sopia sopimuskumppanien mahdollisuuksien rajoissa jostain tulevasta.

Seuraavassa on tuotu aluksi esille eräitä suomalaisessa sopimusoikeudessa esiintyviä tapoja tarkastella sopimusta. Näitä voidaan yleisesti kutsua ja on kutsuttu malleiksi. Tämän jälkeen siirryn tarkastelemaan kansainvälisessä kaupassa yleisesti esiintyvää sopimuskonstruktiota, jota kutsutaan tässä tutkimuksessa *sopimusverkoksi* ¹¹. Vaikka sopimusmallien ja sopimusverkon avulla pyritäänkin

⁹ Tämänsuuntaisia ajatuksia ovat esittäneet tahoillaan mm. *Pöyhönen, Wilhelmsson, Mononen ja Annola.*

¹⁰ Tyypillinen korjaava mekanismi on juuri kuluttajasuojalainsäädäntö.

¹¹ Tässä termi *malli* ei tarkoita identtisesti samaa kuin mitä *Pöyhönen* tarkoittaa *sopimusmalli*-termillä. Tarkoitukseni on kuvata kansainvälisen kaupan sopimuksen rakennetta ja sille ominaisia piirteitä. Tavoitteena ei ole niinkään esittää yleistä ja tyhjentävää sopimusoikeuden normien tarkastelutapaa.

kuvaamaan sopimuksen ominaisuuksia ja sopimuskokonaisuutta, perimmiltään kyse on kuitenkin sopimuskumppanien välisestä sopimuksesta. Tätä sopimuksen velvoiteoikeudellista perussuhdetta kuvattiin roomalaisessa oikeudessa sopimuskumppanien väliseksi oikeudelliseksi siteeksi ”*juris vinculum*”, jossa nimenomaan korostettiin sopimussuhteen kaksiosaisuutta (velallinen–velkoja-suhde).¹² Roomalaisen oikeuden käsitteistössä velvoiteoikeus kattoi lähtökohtaisesti vain kahden osapuolten väliset sopimussuhteet. Kolmannen osapuolen mukaantulon katsottiin muuttavan velvoiteoikeudellisen suhteen esineoikeudelliseksi.

Sopimuksen ja varsinkin liikesopimuksen perustan ja tarkoituksen luovat seuraavat – usein unohdetut – yksinkertaiset elementit:

- sopimus sitoo kaikkia sopimuskumppaneita,
- sopimuskumppanit ymmärtävät, että sopimus sitoo heitä itseään (tämä on ”hinta” sitä, että sopimuksen halutaan sitovan toisia sopimuskumppaneita) ja
- sopimuskumppanien tarkoitus on ollut sopia sopimuksella jostakin heidän haluamastaan seikasta.

Sopimukseen liittyvät tulkintaongelmat ja sopimuksen pätevyyteen liittyvät ongelmat eivät muuta näitä sopimuksen peruselementtejä. Lähtökohtana on pidettävä sitä, että sopimuksen perustan ja tarkoituksen luovat sopimuskumppanit. Se seikka, päästäänkö sopimuksella sille asetettuihin tavoitteisiin, on kyettävä erottamaan sopimuksen peruselementeistä.

Pöyhönen on väitöskirjassaan Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu jakanut sopimukset malleihin ja vakiinnuttanut sopimusmalli-terminologiaa suomalaisessa oikeustieteessä.¹³ Pöyhösen sopimusmallit ovat yleispiirteisesti ja lyhyesti:

1. *Tahtomalli*, jossa sopijakumppanin tahdolle asetetaan keskeinen merkitys. Sopijakumppanin tahdonvapautta ja yksityisautonomiamia pääsääntöisesti suojataan tässä sopimusmallissa.¹⁴ Muiden intressien on väistytävä näiden tieltä.¹⁵ Tahtomallissa sopimussidonnaisuuden perustana on tahtojen konsensus.

2. *Luottamusmalli*, jossa tarkoituksena ”systeemin ulkoisena kriteerinä” on korostetusti suojata vaihdannan intressejä.¹⁶ Osapuolten luottamus luo tässä sopimusmallissa ”systeemin sisäiseksi vastuuperusteeksi” Pöyhösen mukaan

¹² Tästä mm. *Grönfors* 1993 s. 81.

¹³ *Pöyhösen* mallien arvioinnista esimerkiksi *Tolonen* 1996 s. 5 sekä *Wilhelmsson* 1995 s. 28.

¹⁴ Näitä suojattavia intressejä kutsun seuraavassa yhteisnimityksellä ”sopimusvapaus”, jonka yleensä katsotaan sisältävän yllä mainitut termit. Ks. sopimusvapaudesta esimerkiksi *Saarnilehto* 2005 s. 37–38.

¹⁵ Ks. *Pöyhönen* 1988 mm. s. 118–. Hän tuo tahtomallia käsitellessään esille myös *Savignyn* käsityksen vapaasta tahdosta, ks. *sama* esim. s. 120.

¹⁶ *Pöyhönen* 1988 s. 143.

vilpittömän mielen, jota luottamusmallissa suojataan.¹⁷ Luottamusmallin voidaan katsoa perustuvan myös synnytettyjen odotusten suojaamiseen.¹⁸ Tolosen tulkinnan mukaan luottamusmalli perustuu lojaliteettiperiaatteelle.¹⁹

3. *Yhteisöllisen käytännön malli*, joka on Pöyhösen oma sopimusmalli.²⁰ Tämä malli liittyy vahvasti hyvinvointivaltioon ja Pöyhösen esittämään käsitykseen ”oikeudenmukaisesta yhteisöllisestä käytännöstä”, joka muodostaa yhteisöllisen sopimusmallin vastuuperusteen. Pöyhönen korostaa oikeudenmukaisuuden merkitystä, joka ilmenee hänen mukaansa kohtuullisuutena sopimussuhteissa.²¹ Yhteisöllisen käytännön mallin kehittäessä Pöyhönen viittaa *Atiyahin*²² ja *John Rawlsin* ajatuksiin.

Pöyhönen korostaa yksilön ja lähinnä kuluttajan asemaa sopimuksissa. Pöyhösen sopimusmalleissa keskitytään menestyksellisesti yhdistämään hyvinvointivaltion ajatus ja massasopimusajattelu toisiinsa siten, että ne muodostuvat kuluttajamarkkinoilla vallitsevaksi sopimusajatuksiksi.²³ Pöyhönen on sopimusajatuksessaan korostetun humaani ja inhimillistä subjektiivisuutta korostava. Pöyhösen ajatukset korostavat sopimusta tasapainotilana. Tätä tasapainoa tulee tavoitella myös sopimuksen tulkinnassa.

Liikesopimuksissa objektiivisuus ja liiketaloudellinen ajatus eräänlaisesta kollektiivisuudesta ohittavat usein käytännössä humanit ja subjektiiviset arvot. Tämän vuoksi liikesopimusten ja varsinkin kansainvälisten liikesopimusten osalta tulee suhtautua varauksellisesti subjektiivisten ja poliittisten arvojen korostamiseen liikesopimuksen juridiseen arviointiin.²⁴ Toisaalta luottamuksen merkityksen²⁵ ja luottamuksen tasapainon voidaan katsoa korostuvan nimenomaan liikesopimuksissa.

¹⁷ Käsitteillä *systeemin sisäinen ja ulkoinen justifikaatio* sekä *syväjustifikaatio* tarkoitan vastaavia Pöyhösen käyttämiä termejä, joihin ei tässä syvennytä.

¹⁸ Ks. myös Tolonen 1996 s. 5–6.

¹⁹ Ks. Tolonen 1996 s. 7.

²⁰ Pöyhönen 1988 s. 162.

²¹ Ks. Pöyhönen 1988 s. 162–179. Tältä osin esitän oman näkemykseni mukaisen lyhyen selvityksen. Pöyhösen esitys on yhteisöllisen käytännön sopimusmallin osalta paikoin vaikeaselkoinen, joskaan ei mahdoton.

²² Tässä varsinkin *Atiyahin* teokseen *Promises, Laws and Morals*, 1981. Ks. esim. Pöyhönen 1988 s. 164 ja siinä alaviite 148.

²³ Pöyhönen ei käsitykseni mukaan tee tässä sopimusoikeudellista ”roolitutkimusta” kuluttaja- ja henkilökeskeisestä tutkimusajatuksestaan huolimatta.

²⁴ Toisaalta kansainvälisessä liike-elämässä sopimustoiminnan perusteet ovat usein hyvin yhteisöllisiä ja liikesopimusten perusta subjektiivinen. Kansainvälisessä liike-elämässä yhteisöllisyys ja subjektiivisuus ei kuitenkaan ole kuluttajakeskeistä. Kansainvälisen liike-elämän yhteisöllisyyttä ja subjektiivisuutta voidaan kutsua ”vaihdamakeskeiseksi”.

²⁵ Luottamuksen käsitteestä laajemmin ks. esim. Norri 2004 s. 466–471 ja siinä esitetyt lähteet.

Pöyhönen on sittemmin kehittänyt varallisuus oikeudellista tutkimustaan suuntaan, josta voidaan löytää tukea myös liikesopimussuhteiden arviointiin.²⁶ Pöyhösen esittämä uusi varallisuus oikeusajattelu kattaa yhteisöllistä (ja kuluttajasemaa korostavaa) sopimusajattelumallia paremmin koko varallisuus oikeuden sopimuskentän.

Wilhelmsson on kehittänyt ajatusta sopimuksen sosiaalisesta luonteesta ja sopimuksesta hyvinvointivalttiollisena instituutiona. Wilhelmsson on teoksestaan *Social civilrätt* lähtien selvittänyt sopimuksiin ja niiden sitovuuteen liittyviä ongelmia. Hänen tarkastelukulmansa perustuu hyvinvointiyhteiskunnan²⁷ tai jälkihyvinvointiyhteiskunnan olemassaoloon ja toisaalta voimakkaan henkilösidonnaiseen sopimusajatteluun. Wilhelmssonin tutkimuskohteena olevaa tyypillistä sosiaalisen siviilioikeuden sopimusta kuvaa hänen oma ilmaisu:

”Sellaisissa sopimuksissa, joissa osapuolten väliset voimasuhteet ovat vinoutuneet...”

Sosiaalisessa sopimusoikeudessa kuluttajan tekemät sopimukset ja niihin liittyvät epätasapainotilat pyritään korjaamaan suojelumekanismein.²⁸ Heikomman suojaamisen tarve sekä kuluttajan oikeuksien parantaminen ja turvaaminen ovat korostetussa asemassa. Samoin yksilön tarpeiden²⁹ merkitys tulee Wilhelmssonin esityksissä selvästi esille. Yhtenä perustavana ajatuksena voidaan pitää sopimusoikeuden subjektien määrittelyä.³⁰ Sopimuskumppanin abstrakti kuvaaminen ”ostajaksi” tai ”myyjäksi” ei ole Wilhelmssonin mukaan riittävä.³¹ Kuluttajan ja elinkeinonharjoittajan välisten sopimusten sopimussidonnaisuus ja kohtuuttomien sopimusehtojen tarkastelu ovat keskeisiä sosiaalisen siviilioikeuden problematiikassa. Wilhelmsson korostaa yksilön tarpeita (tarvesuuntautunut sopimusajatus) ja tuo samalla esille yksilön suojan tarpeen eri sopimusroolien keinoin. Toisaalta voidaan todeta, että liikesopimuksien laatijoille ja yrityksille eivät sosiaalisen siviilioikeuden periaatteet ja mekanismit sellaisinaan sovellu.

Sopimuksien juridiseen tarkasteluun ja sopimusehtojen tulkintoihin käytetään edelleen pitkälti samoja juridisia peruskäsitteitä ja -oppeja kuin esimerkiksi oikeustoimilain säätämisen aikoihin. Kuitenkin varsinkin liikesopimuksiin ja sopi-

²⁶ Tältä osin Pöyhösen esittämät ajatukset Uusi varallisuus -teoksessa antavat työkaluja myös liiketoiminnan sopimusten ja sopimussuhteiden arviointiin paremmin kuin Pöyhösen aikaisemmat tutkimukset.

²⁷ Ks. *Brownsword – Howells – Wilhelmsson* s. 65–72.

²⁸ Ks. esim. *Wilhelmsson* 1995 s. 6.

²⁹ *Wilhelmsson* 1987 esim. s. 68, 78, 141–176.

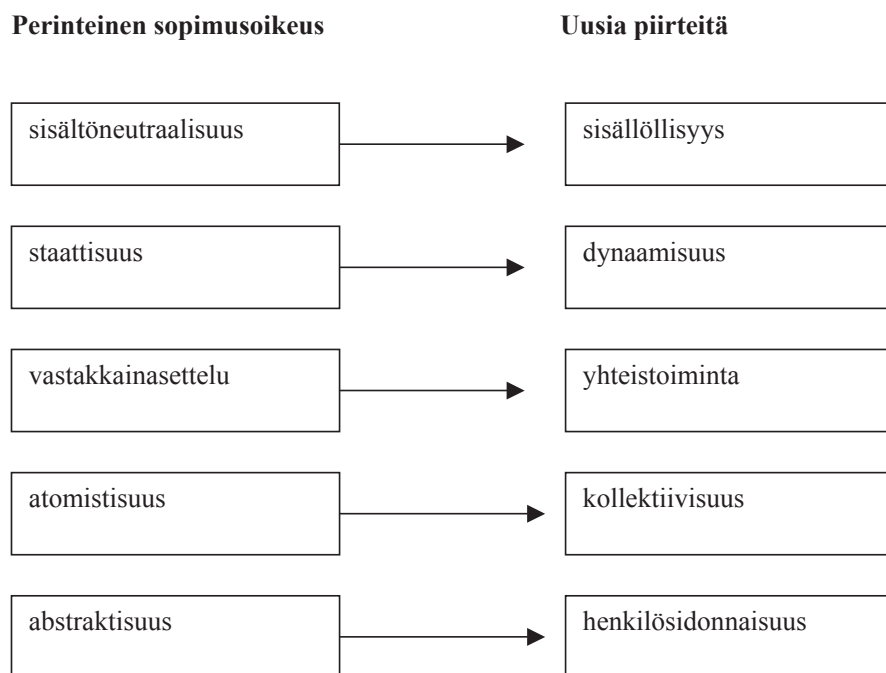
³⁰ Teoksessaan *Social civilrätt* Wilhelmsson käyttää termiä *kontrakträttens juridiska roller*, jota vastaa *subjects of contract law* teoksessa *Perspectives of Critical Contract Law*. Katso *Wilhelmsson* 1987 s. 51 ja *Wilhelmsson* 1993 s. 22. Ks. myös *Wilhelmsson* 1993 II s. 25.

³¹ *Wilhelmsson* 1987 s. 53 ja *Wilhelmsson* 1993 s. 22.

muskäytäntöihin on tullut viime vuosikymmenien aikana uusia elementtejä, joiden tarkastelu vaatii myös uudenlaista juridista välineistöä ja modernia tarkastelutapaa. Uudentyyppisten sopimuksien ”käsittelymalleja” ei meillä oikeustieteessä ole juurikaan esitetty, vaikka sopimuksen sitovuudelle ja velvoittavuudelle onkin esitetty monia ansiokkaitakin tarkastelu- ja käsittelytapoja. Termillä käsittelymalli tarkoitan tässä tapaa, jolla sopimus voidaan ymmärtää tai sitä, miten tutkija tai sopimusriidanratkaisija voi käsitellä ajatusta ”sopimus”. Sosiaalisen siviilioikeuden ja Pöyhösen sopimusmallien mukaisten käsitteistöjen käyttö tuomioistuimen ratkaisun sekä tulkinnan tukena on mahdollista ja usein jopa suositeltavaa kuluttajasopimusriidoissa ja toteutettaessa esimerkiksi hallinnossa sosiaalipoliittisia tavoitteita.

Tämän tutkimuksen tarkoituksena on puolestaan luoda sellaisia käsittelymalleja, joita voidaan soveltaa nimenomaan kansainvälisen kaupan liikesopimuksiin.

Sopimuksen uusia piirteitä on esitelty monissa oikeustieteellisissä tutkimuksissa. *Wilhelmsson* on kuvannut osaltaan sopimusoikeuden uusia piirteitä seuraavasti:³²



Kuvio 2. Sopimusoikeuden uudet piirteet (Wilhelmssonin mukaan).

³² *Wilhelmsson* 1995 s. 10.

Wilhelmsson tuo esille sopimuksen uusia piirteitä, ei tarkalleen ottaen uutta ”sopimusta” tai sopimuskäsitettä. Wilhelmsson korostaa, että sosiaalisessa sopimusoikeudessa on ”huomattu sopimusoikeuden sisällöllinen elementti eli pakotavien säännösten ja sovittelusäännösten määrän ja soveltamisalan kasvu”.³³ Wilhelmssonin esittämistä ajatuksista voitaneen tehdä myös johtopäätös, jonka mukaan perinteinen sopimuskäsitys on pysynyt muuttumattomana, vaikka sopimukseen vaikuttavia tekijöitä ja sopimukselle asetettuja tehtäviä on ehkä muutettu.

Sopimuksen uudet piirteet ja muutokset näkyvät selvästi kansainvälisessä kaupassa käytetyissä sopimuksissa. Tämä muutos on kuitenkin toisenlaista, kuin sosiaalisessa siviilioikeudessa (tai sosiaalisessa sopimusoikeudessa) tai hyvinvointivaltion sopimusoikeudellisissa tutkimuksissa on esitetty. Kyse on sopimuksen tehtävien ja lähinnä sopimusehtojen eli sopimussisällön muutoksesta. Sosiaalisessa sopimusoikeudessa keskitytään kuluttajasopimusten arviointiin, kun taas kansainvälisessä kaupassa sopimukset ovat korostetusti yritysten välistä liiketoimintaa. Kansainvälisen kaupan sopimusten juridinen ymmärtäminen ja liikesopimussuhteista johtuvien riitojen ratkaiseminen vaativat itse asiassa kuluttajasopimuksia *tarkempaa*, ei niinkään uudenlaista sopimuksen käsittelymallia. Sopimusten toimintaympäristöjen³⁴ muutokset ovat osaltaan vaikuttaneet siihen, että sopimuksille asetetut vaatimukset ja samalla mahdollisuudet ovat kasvaneet. Esimerkiksi kansainvälisessä kaupassa sopimus on muodostunut korostetusti liiketoiminnan oikeuttamisvälineeksi.³⁵ Toisaalta sopimus on materialisoitunut vaihdannan mahdollistajasta ja oikeuttamisvälineestä myös vaihdannan kohteeksi.³⁶

Sopimuskäsitteen muutosta juridisesti tarkasteltaessa on useissa tutkimuksissa itse asiassa väitetty sopimuksen käyttötarkoituksen ja sopimuksen laatimiseen liittyviä muutoksia sopimuksen peruskäsitteen muutoksiksi. Tämä ”muuttaminen” tai uusi tulkintatapa on kuitenkin sopimuskäytännöille pääsääntöisesti hyvin vieras. Sopimus täyttää nyky-yhteiskunnassa monenlaisia tehtäviä, joita ovat edellä esitetyn mukaisesti:

- vaihdannan mahdollistaja (sopimuksin voidaan ylipäänsä toteuttaa vaihdantaa)
- vaihdannan väline (sopimus toimi rahan tavoin vaihdannassa)
- vaihdannan kohde (sopimus on kaupan kohde eli kauppatavara)

³³ Wilhelmsson 1995 s. 10.

³⁴ Esimerkkeinä toimintaympäristöistä Pöyhönen mainitsee maantiekuljetuksen, osakeannin, projektirahoituksen, henkilöautojen myynnin, maksujen välityksen, asuntojen kaupan ja yrityssaneerauksen. Ks. toimintaympäristön määrittelystä Pöyhönen 1996 s. 312.

³⁵ Ks. tästä esim. Bauthier: *Morals by Agreement*, 1986.

³⁶ Esimerkkinä sopimuksen käyttämisestä puhtaasti vaihdannan kohteena voidaan mainita rahoituslaitosten myymät velkakirjat.

- sopimuksin jaetaan ja sovitaan riskistä (riskinjakoa sen kaikissa muodoissa)

Mikä on sopimus ja sen tarkoitus? Vastaukseksi voidaan esittää seuraavat varsin perinteiset elementit:

1. sopimus on osoitus kahden tai useamman sopimuskumppanin tahtojen yhtymisestä (konsensus)
2. sopimussuhteessa saavutetun luottamuksen ja konsensuksen pysyvyyden turvaaminen sovitun ajan (josta johdettavissa sopimuksen sitovuus, pacta sunt servanda)
3. sopimuksen tulevaisuuteen kohdistuvan oletuksen ratifiointi (toive tulevas-ta).

Sopimuksen peruskäsite ei ole muuttunut, eikä sopimuksen peruskäsite ole riippuvainen sopimuskumppanin statuksesta tai roolista. Varsinkin kansainvälisessä kaupassa eri kulttuurien kohdatessa tulee sopimusta arvioida ja käyttää mahdollisimman perinteisesti ja peruskäsitteistöä tulkita suppeasti. Ainoastaan pieni osa sopimuksesta esitetystä kansallisesta teoreettisesta pohdinnasta on siirrettävissä käytännön liikesopimukseen ja kansainvälisen kaupan sopimukseen. Tämän vuoksi väitteet sopimuksen peruskäsitteistön ja sopimuksen perustehtävien muuttumisesta tai laajentumisesta (tai pikemminkin luulo laajentumisen mahdollisuuksista) johtaa merkittäviin ongelmiin liikesopimuksissa ja kansainvälisen kaupan sopimuskäytännöissä. Sopimuksen toivotaan aina periaatteessa muokkaavan ja varmistavan jollain tavalla tulevaa. Muutoin sopimusten laatimiselle ei olisi tarvetta.

Uuden sopimuskäytännön perusteella voidaan todeta, että sopimusten kestoai-ka on pidentynyt, sopimukset vaikuttavat useampiin henkilöihin kuin aikaisem-min ja sopimukset ovat näin yhä laaja-alaisempia. Tältä osin voidaan puhua so-pimusten asiallisesta, ajallisesta ja henkilöllisestä ulottuvuudesta ja näiden laa-jentumisesta.³⁷ Nämä tekijät ovat osaltaan vaikuttaneet siihen, että sopimus on alettu nähdä yhä selvemmin prosessina.³⁸ Sopimusta ei voida arvostella pelkäs-tään pistemallina eli yksittäisenä tapahtumana, jossa tarjous ja vastaus lyhytai-kaisesti kohtaavat. Tällainen pistemallin mukainen ajatus sopimuksesta tai sopi-mussuhteesta ei ole koskaan antanut oikeaa kuvaa liikesopimuksista tai esimer-kiksi kansainvälisessä kaupassa käytetyistä sopimuksista. Pistemallille ei ole ollut liioin kannattajia, vaan sopimus on ainakin suomalaisessa oikeuskirjalli-suudessa pääsääntöisesti hyväksytty jonkinlaiseksi prosessiksi.³⁹

³⁷ Pöyhönen 1988 s. 217–229.

³⁸ Tätä ajatusmallia edustaa myös Pöyhönen teoksessaan Uusi varallisuus-oikeus, 2000, jossa Pöyhönen pohtii ajatusta ”Kaupasta projektiin” s. 140–.

³⁹ Pistemallilla tarkoitetaan tässä samantapaista ajatusta kuin Pöyhönen termillä pistekäsitys. Ks. Pöyhönen 1988 s. 211–. Pöyhönen keskittyy pistekäsityksessä nimenomaan sopimusvastuun tar-

Pöyhönen korostaa sopimuksen prosessikäsitystä. *Pöyhönen* on kehittänyt sopimuksen prosessikäsitystä varallisuus oikeuden prototyypiajatuksiksi, jota hän kutsuu osuvasti *projektiksi*.⁴⁰ Projektiajatus on erittäin tärkeä osa liikesopimusten arvioinnissa ja varsinkin kansainvälisen kaupan sopimusverkkojen hahmottamisessa. Sopimuksen tarkastelu prosessina ja projektina tarkoittaa myös, että ennen varsinaisen sopimuksen syntyä on sopimusprosessi jo ”käynnissä”.⁴¹ Prosessiajatuksessa sopijakumppanien lojaalisuus (tai lojaliteettivelvollisuus) korostuu. *Atiyah* on puolestaan painottanut sopimussuhteiden pidentymistä.⁴² Sopimuksen syntyvät ja -mekanismi ovat kansainvälisessä kaupassa hyvin monimutkaisia, mutta ne osoittavat osaltaan prosessiajatuksen oikeaksi. Varsinkin sopimusneuvotteluiden aikana tulee sopijakumppaneiden kyetä ymmärtämään sopimustoimien kauaskantoisuus. Tällöin prosessiajatus edesauttaa hyvien sopimusten syntymistä.

Taxell on osuvasti korostanut sopimuksen yhteistoiminta- ja prosessi piirteitä.⁴³

”Avtalet får inte uppfattas enbart såsom en rättslig företeelse eller konstruktion. Avtalsförhållandet är framför allt en form och ett medel för samverkan (samarbete) mellan parterna för att nå bestämda syften.”

(”Sopimusta ei tule ymmärtää ainoastaan oikeudellisena tapahtumana tai rakennelmana. Sopimussuhde on ennen kaikkea osapuolten yhteistoiminnan [yhteistyön] muoto ja väline jonkin tietyn tarkoituksen tavoittamiseksi.”)

Taxellin vuonna 1972 esittämään ajatukseen sopimusten yhteistoiminnallisesta ulottuvuudesta liittyy kiinteästi prosessimalliajatus, sopimussuhteiden keston pidentyminen ja sopijapuolten lojaliteettivelvollisuus.⁴⁴ Prosessimalliajatus ja projekti sopimuksen perustana johtavat myös velvoiteoikeuden yhden perusperiaatteen korostumiseen, nimittäin *lojaliteettiperiaatteen* korostumiseen.

Kaikki sopimuskäsitykset tai -mallit eivät sovellu monimutkaisten ja laajojen kansainvälisen kaupan sopimusten ymmärtämiseen ja tulkintaan. Jotta kansainvälisen kaupan sopimussuhteita voitaisiin juridisesti arvioida omana sopimussuhteiden kokonaisuutenaan, tulisi niistä pyrkiä löytämään nykyisen sopimuskäytännön kautta yhtenäisiä piirteitä. Näitä ovat seuraavat seikat: korostettu sopimuksen ymmärtäminen prosessina tai projektina (johon liittyvät käsitykset

kasteluun. Ks. myös *Pöyhönen* 1988 s. 215–217, jossa *Pöyhönen* vertaa pistekäsitystä ja prosessikäsitystä.

⁴⁰ *Pöyhönen* 2000 s. 153.

⁴¹ Tätä käsitystä tukee myös KKO 1984 II 181.

⁴² Esimerkiksi *Atiyah* s. 724.

⁴³ *Taxell* 1972 s. 1.

⁴⁴ Ks. esim. *Wilhelmsson* 1993 II s. 25.

sopimuksen pitkäkestoisuudesta, henkilöllisestä ulottuvuudesta ja riskinjaosta), lojaalisuuden korostuminen sekä lähtökohtainen sopimuskumppaneiden tasaver-
taisuus. Viimeksi mainittu voidaan esittää myös nykyisen kuluttajasopimuksen
negaation avulla; kansainvälisen kaupan liikesopimukset tulee erottaa kuluttaja-
sopimuksista.

Kansainvälisen kaupan sopimukset ovat korostetusti riskinjakosopimuksia,
joilla pyritään edistämään sopimuskumppanien etua ja vaihdantaa. Riskinjaon ja
ankaran sopimusvastuun vastapainoksi voidaan liike-elämään katsoa kehitty-
neen osapuolten lojaliteettivelvollisuus, jonka liialliseen laajentamiseen tulee
kuitenkin suhtautua varauksellisesti. Liike-elämässä ja kansainvälisessä kaupas-
sa lojaalisuuden toteuttaminen on nykyaikana käytännössä helppoa esimerkiksi
tietotekniikan ja nopean tiedonsiirron avulla.

Sopimusten neuvotteluvaihe on korostetussa asemassa kansainvälisen kaupan
sopimussuhteissa. Erityyppisten asiakirjojen (kuten aiesopimukset, *letter of in-
tent* -sopimukset, *letter of understanding*, esisopimukset jne.) käyttö sopimus-
neuvotteluiden aikana on osaltaan hämärtänyt sopimuskäsitteen ja sitovan sopi-
musvelvoitteen rajoja. Aina eivät sopimuskumppanit ole yhtä mieltä siitä, onko
sopimus syntynyt, mitä asiakirjalla on haluttu todeta tai mahdollisesti jopa sopia.
Esimerkkinä voidaan mainita kotimainen ratkaisu KKO 1996:7:

Kaupunginhallituksen hyväksymää aiesopimukseksi nimitettyä asiakirjaa
erään yhtiön osakekannan kaupan osalta pidettiin sitovana esisopimuksena,
vaikka kaupunginvaltuusto ei ollut varannut hankkeeseen määrärahaa.

Kansainvälisessä kaupassa sopimuksen laatiminen mahdollisimman yksiselit-
teiseksi ja osapuolten kyky tehdä sopimusteknisesti ilmaisuiltaan selkeitä sopi-
muksia ovat erittäin tärkeässä asemassa. Sopimukset ovat periaatteessa ainoas-
taan sopimuskumppanien yhteistoimintasuunnitelmia. Vasta sopimusvelvoittei-
den täyttäminen eli tavarantoimittaminen ostajalle ja kauppahinnan maksu
konkretisoivat sopimuksen tarkoituksen. Toisaalta kansainvälisessä kaupassa ja
liike-elämässä on yleisesti käytössä sopimuksia, joissa sopimusosapuolet sopivat
ainoastaan ehdoista, joilla mahdollisesti kauppa myöhemmin käydään. Tyypilli-
senä liikesopimuksena, joka ei itsessään luo vaihdantaa, voidaan mainita esimer-
kiksi puite- ja raamisopimukset.⁴⁵ Niissä sopimuskumppanit ainoastaan sopivat
ehdoista, joilla sopimuksia (esimerkiksi kauppasopimuksia) tulevaisuudessa teh-
dään, jos osapuoli (tai osapuolet) haluavat sopimuksia tehdä. Puhtaimmillaan
puitesopimuksissa ei sovita ostovelvoitteista tai muista konkreettisista tai itse-

⁴⁵ Ks. esim. Grönfors 1993 s. 77–78, jossa tuodaan esille ajatus puitesopimusten horisontaalisuu-
desta ja abstraktiudesta. Edelleen Grönfors esittää tässä perusproblematiikan puitesopimuksen ja
yksittäisen puitesopimuksen mukaan tehdyn sopimuksen suhteesta.

näisistä velvoitteista, jotka aktualisoituisivat jo puitesopimuksella. Puitesopimuksen tyypisistä sopimuksista on erotettava ”sitomaton sopimus”⁴⁶, joka on terminologisesti vaikea ja jossain määrin harhaanjohtava. Puitesopimuksissakin on kyse selvästi sitovasta sopimuksesta, joka kuitenkin vaatii jonkinlaisen toimen (esimerkiksi ostajan esittämän tilauksen) oikeusvaikutuksien syntymiseksi.

Kansainvälisen kaupan puitesopimuksista voidaan mainita esimerkkinä pankkien limiittiluotoit ja raaka-aineostojen koskevat puitesopimukset. Limiittiluotoissa pankit sopivat asiakkaansa kanssa niistä ehdoista, joilla luottoa tulevaisuudessa annetaan. Limiittiluottosopimuksien muotoon laaditaan usein myös pankkien vakuuksia ja maksusitoumuksia koskevat puitesopimukset, joiden ehtojen mukaan pankki antaa vakuuksia tai hoitaa maksujärjestelyjä. Kuitenkin tulee huomata, että common law maiden pankkien limiittiluotoissa on usein sovittu esimerkiksi: ”... *the bank shall have no liability to issue Loans/Guarantees under this Agreement*”. Tämän nimenomaisen ehdon mukaan pankilla ei ole mitään velvollisuutta ryhtyä luottotoimiin, kuten sopimuksessa on sovittu – mutta jos pankki ilmoittaa antavansa luoton tai vakuuden, se toimii luotonannossaan sopimuksen ehtojen mukaisesti. Kyse ei tällöin ole ”sitomattomasta sopimuksesta” vaan ehdollisesta sopimuksesta, jonka voimaantulo ja oikeusvaikutukset edellyttävät osapuolen erillisen toimen tai suostumuksen.

Myös raaka-aineostoista laaditaan usein puitesopimuksia sen vuoksi, että tilaaja voi varmistaa mahdollisimman hyvin raaka-aineen saatavuuden ja toisaalta raaka-aineen tuottaja voi suunnitella oman tuotantonsa. Raaka-ainetoimituksissa (toisin kuin monissa muissa puitesopimuksissa) toimittajan edun mukaista on pyrkiä selvittämään tilaajan tarve määrällisesti mahdollisimman hyvin, jotta toimittaja-tuottaja voi varautua tuotannossaan tuleviin tilauksiin. Raaka-aineiden kauppaa koskeviin puitesopimuksiin pyritäänkin usein liittämään nimenomainen osto- ja myyntivelvoitetta⁴⁷ koskeva ehto.

Sopimusta on ryhdytty liike-elämässä hahmottamaan myös eräänlaisen elinkaariajattelun mukaisesti. Sopimuksella on elinkaari kuten sopimuksen kohteellakin (esim. kone, laite tai rakennus). Varsin selkeästi elinkaariajattelu on tullut osaksi rakennusteollisuuden sopimuksia ja elektroniikan alan sopimuksia. Edelleen voidaan huomata, että esimerkiksi autoteollisuus on joutunut järjestämään tuotantoprosessinsa elinkaariajattelun mukaisesti. Tämä tarkoittaa kärkeä, että autotuotantoprosessin sopimussuhteet voidaan kuvata alkaviksi raaka-aine- ja alihankintasopimuksista ja päättyviksi romuttamo- ja kierrätys sopimuksiin. Liike-elämän vaatimusten lisäksi myös yhteiskunnalliset vaatimukset (ku-

⁴⁶ Sitomattomuuden käsitteistä laajemmin ja tarkemmin katso Annola 2003. Katso myös Rudanko 1998.

⁴⁷ Myynti- ja ostovelvoitteen osalta kyse on juuri määrää koskeva ehto. Puitesopimuksia laadittaessa tulee kuitenkin ottaa huomioon myös mm. kilpailuoikeudessa asetetut rajoitukset.

ten ympäristöön liittyvät vaatimukset) ovat tulleet osaksi liikesopimuksia. Liikesopimusten tarkoitus onkin yhä enenevässä määrin kattaa koko kaupan kohteen elinkaari. Tällöin ajatus elinkaarisopimuksista johtaa siihen, että huolto-, ylläpito-, jäte-, kierrätys- ym. sopimukset saavat yhä korostetumman aseman liike-elämässä. Elinkaariajattelusta voidaan ottaa esimerkiksi sairaala-, koulu- ja tiehankkeet, jossa julkisyhteisö hankkii yksityiseltä yritykseltä tien ja sen ylläpidon 30 vuodeksi. Näitä sopimusjärjestelyitä kutsutaan usein Public-Private Partnershipiksi eli PPP-sopimuksiksi.⁴⁸ Yksityinen yritys järjestää käytännössä myös rahoituksen hankkeelle. Hankkeen tilannut julkisyhteisö maksaa puolestaan joko kertakorvauksen tai esimerkiksi vuosittaisen ”käyttömaksun” yksityiselle yritykselle, joka pitää yllä eli operoi hanketta.

Elinkaariajatteluun liittyvät aina pitkäkestoiset sopimukset. Pitkäkestoinen sopimus -käsite kuvaa sopimuksen ajallista kestoa, kun taas elinkaariajattelu korostaa sopimuksen kohteen toimintaiän tai sen hyödyntämisaajan kestoa. Tämäntyyppisen terminologian ja määrittely-yrityksen perusteella voidaan todeta, että elinkaariajattelu tukeutuu pitkäkestoiisiin sopimuksiin. Toisaalta elinkaarisopimukset muodostavat usein sopimusverkon. Käytännössä kaupan kohteen tarkastelu elinkaariajattelun tai elinkaarisopimukseen liitettyjen toimintaperiaatteiden mukaan tai liikesopimuksen kuvaaminen elinkaarisopimuksena eivät kuitenkaan tuo sopimuksen laatijalle tai tulkitsijalle useinkaan apua, koska sopimukseen sisältyvät perinteiset oikeudelliset ongelmat siirretään elinkaariajattelussa tuotteen elinkaarta koskeviksi ongelmiksi.⁴⁹ Tällöin on ilmeistä, että liikesopimukseen liittyvät perinteiset ongelmat, kuten laadinta- ja tulkintaongelmat, pysyvät perusteiltaan samanlaisina.

Kansainvälisen kaupan liikesopimuksien tarkastelussa ja varsinkin laadinnassa voitaisiin kuitenkin etsiä ja esittää vaihtoehtoisia toimintamalleja nykyiselle common law -painotteiselle sopimusajattelulle. Eräänä mahdollisuutena ja varteenotettavana apuvälineenä liikesopimuksien laadinnassa voitaisiin harkita islaminuskoisten maiden varsin pitkälle kehittyntä liikesopimusajatusta ja neuvottelumallia. Islaminuskoisissa maissa ja Kiinassa juuri sopimuksen hahmottaminen pitkäkestoisena prosessina ja elinkaarena korostuvat. Tämän lisäksi voidaan esittää, että niissä kaupankäynti ja kansainväliset kauppasuhteet ovat jo historiallisesti tarkasteltuna pitkälle kehittyneet. Sopimuksen laatimisen ja sopimus-kumppaniin tutustumiseen käytetään perinteisesti runsaasti aikaa. Sopimusneuvottelut ovat edelleen usein lähes rituaalinomaista tavaraan tutustumista, tinki-

⁴⁸ Näistä on käytetty myös nimitystä ”P3” ja ”3P”.

⁴⁹ Tilanne muistuttaa kauppa- ja sopimusoikeudellisia ongelmia tavarantoimittajan sopimuksenmukaisuudesta ”tulee soveltaa tarkoitukseen, johon sellaisia tavaroita yleensä käytetään” (KL 17 §) tai ”sellaisena kuin se on -ehto”. Kyse on termien määrittelyongelman siirtymisestä sopimuksesta säädöstekstiin.

mistä, hinnasta sopimista, velvoitteiden kehittelyä – siis pitkälle kehittyntä tutkimuksen prosessiajattelua.

Islaminuskoisten maiden sopimuksen korjaavat mekanismit eivät ole kehittyneet ehkäpä juuri sen vuoksi, että sopimusneuvotteluiden merkitys kaupakulttuurissa on korostetussa asemassa. Osapuolet pyrkivät ennen sopimuksen syntymistä valmistelemaan asian aikaa säästämättä ja huolella, ja tämän vuoksi mahdollisten myöhempien sopimusriitojen mahdollisuus nähdään pienenä ja kaukaisena. Kauppaneuvotteluprosessi ja osapuolten tutustuminen toisiinsa muodostavat kaupankäynnin ehkäpä tärkeimmän sisällön – vaihdannan intressit ja kaupan toteutuminen tuntuvat länsimaisesta kauppakumppanista joskus jopa toisarvoiselta.

Islamilaisen kaupakulttuurin perinne perustuu kuitenkin pitkälti siihen, että kaupan kohde on valmiina markkinapaikalla osapuolten tutkittavissa ja tarkastettavissa. Nykyaikainen tavarantoimittaja ja vaihdannan intressit ovat osaltaan vienneet liikesopimuskulttuuria käytännön syistä ”idän sijasta länteen”. Tämä ei kuitenkaan ole välttämättä vaihdannan intressien kannalta paras vaihtoehto. Vanhoissa kaupakulttuureissa käytettyjä perinteisiä neuvottelu- ja kaupantekomalleja ei tulisi pelkän ennakkoluulon vuoksi sulkea pois kehitettäessä kansainvälisen kaupan toimintatapoja.

2.2 KANSAINVÄLINEN KAUPPA

Tutkimuksessa tarkastellaan kansainvälisen kaupan liikesopimuksia ja niiden toimintaa. Käytetyn terminologian täsmällisyyden vuoksi on syytä ainakin pääpiirteittäin määritellä käsite kansainvälinen kauppa. Termin käyttö ei ole yhdenmukaista.⁵⁰ Oman lisänsä kansainvälisen kaupan määrittelyyn tuo tiedonsiirtotekniikan kehittyminen siten, että sopimuskumppanien fyysisellä sijainnilla ei käytännössä ole merkitystä sähköpostin ja videoneuvotteluiden aikakaudella.⁵¹ Tämän vuoksi voi nykytekniikan suomien mahdollisuuksien yleistyttyä tuntua täysin tarpeettomalta arvioida kansainvälistä kauppaa jollain tavoin poikkeuksena kansallisesta kaupasta. Perustellusti voidaan esittää, että esimerkiksi tiedonsiirtotekniikka Internet-yhteyksineen luo kaikissa kauppasuhteissa ja -sopimuksissa ”virtuaalimarkkinapaikan”, jossa kansallisuudella tai kaupapaikalla ei ole mitään merkitystä. Näin ei kuitenkaan ole. Edelleen kansainvälisessä kaupassa

⁵⁰ Samantyyppinen ongelma piilee termin ”ulkomaankauppa” käytössä. Varsinkin EU:n järjestelmän mukaisesti määritelty ulkomaankauppa on sisämarkkinoiden ulkopuolelle käytävää kauppaa, ei siis perinteisesti ajateltuna ”eri maista käytyä kauppaa”.

⁵¹ Ks. Km 1990:20 s. 34–78. Täysin ongelmattomina en tässä mielessä myöskään näkisi Internetissä tehtyjä kauppasopimuksia tai verkkosopimuksia yleensä.

on ominaispiirteitä, joita ei ainakaan toistaiseksi voida sivuuttaa samastamalla kansainvälinen kauppa kansalliseen kauppaan.⁵²

Kansainvälistä kauppaa määriteltäessä on esitetty mielipiteitä, joiden mukaan kansainvälinen kauppa ei eroa käytännössä mitenkään kansallisesta kaupasta (jolla tässä tarkoitetaan yhden valtion rajojen sisällä tapahtuvaa kauppaa). Edelleen on esitetty, että sopijakumppanien kansallisuudella tai kotipaikalla ei ole mitään merkitystä. Esimerkkinä voidaan mainita kahden kauppa-agentin tekemä sopimus päämiestensä lukuun ilman, että vastapuoli tietää, mistä maasta sopijakumppanin päämies on.⁵³

Voidaan kuitenkin huomata, että käytännössä yllä esitettyjä näkökantoja tukee se, että kansainvälisen kaupan osapuolet voivat yleensä vapaasti sopia sopimukseen sovellettavasta laista. Tällöin kyseinen liikesopimus ja siihen liittyvät velvoiteoikeudelliset kysymykset eivät käytännössä juurikaan poikkea kansallisen sopimuksesta.⁵⁴

Seuraavat määritelmät edustavat ehkäpä yleisimmin esitettyä linjaa kansainvälisen kaupan määrittelyssä.

Wienin konvention (CISG)⁵⁵ 1 artikla:

”1) Tätä yleissopimusta sovelletaan tavaran kauppaa koskeviin sopimuksiin sellaisten sopijapuolten välillä, joiden liikepaikat ovat eri valtioissa...”

Schmitthoff kuvaa puolestaan kansainvälistä kauppaa seuraavasti:⁵⁶

”INTERNATIONAL trade transactions relate to the exportation of goods or services from one country to another, which is the importing country. These transactions are referred to in this work as export transactions. The conduct of export transactions can be divided into two categories: transactions founded on the contract for the international sale of goods and those having as their

⁵² Perustellumpaa saattaisi olla jopa väittää, että kansainvälisen kaupan sopimusten ominaispiirteet ovat osin siirtyneet kansallisiin kauppasopimuksiin. Esimerkkinä voidaan mainita kansallisissa kauppasopimusdokumentaatioissa käytetty kieli; kansallisissa liikesopimuksissa käytetty kieli on yhä useammin englanti – mikä sinänsä on useimmiten monille osapuolille vieras kieli. Englannin kielen käyttäminen on usein täysin tarpeetonta, elleivät esimerkiksi rahoittajat vaadi dokumentaatioissa käytettäväksi englantia.

⁵³ Kansainvälisen kaupan määritelmään liittyviä yleisiä ongelmia käsittelee mm. *Bianca – Bonell* s. 8.

⁵⁴ Tämä ajatus edellyttää toki sitä, että ”ulkomaista” oikeussubjektia kohdellaan lähtökohtaisesti sovellettavan lain mukaan tasavertaisena sopimuskumppanina ”kotimaisen” sopimuskumppanin kanssa. Näin ei käytännössä aina ole.

⁵⁵ Laki kansainvälistä tavaran kauppaa koskevista sopimuksista tehdyn yleissopimuksen eräiden määräysten hyväksymisestä 20.3.1987/795. Tähän Wienin konventioon Suomi on tehnyt omat varauksensa sopimuksen tekoa koskevilta (II Osa) kohdin. Konventiosta käytetään myös nimityksiä YK:n kauppalaki ja yleissopimus kansainvälistä tavaran kauppaa koskevista sopimuksista.

⁵⁶ *Schmitthoff* s. 3.

object the supply of services abroad, such as the construction of works and installations in another country.”

(”KANSAINVÄLISET kaupan liiketoimet liittyvät tavaroiden ja palveluiden vientiin yhdestä maasta toiseen, joka on tuontivaltio. Näistä liiketoimista käytetään tässä teoksessa nimitystä *vientiliiketoimi*. Vientiliiketoimien suorittaminen voidaan jakaa kahteen ryhmään: kansainväliseen tavarakaupan sopimuksiin perustuviin liiketoimiin ja niihin, joiden kohde on palveluiden toimittaminen ulkomaille, kuten tehtaiden ja laitosten rakentaminen.”)

Täsmällisempää määrittelyä sopimuksen kansainvälisyydestä kuvastaa Yhdistyneiden Kansakuntien vakuustakuita ja standby-rembursseja koskevassa konventiossa (*United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit*) käytetty määritelmä. Konvention artiklassa 4 on määritelty osapuolet, joiden osalta kansainvälisyysarviointi tehdään:

Article 4. Internationality of undertaking

An undertaking is international if the places of business, as specified in the undertaking, of any two of the following persons are in different States: guarantor/issuer, beneficiary, principal/applicant, instructing party, confirmer.

(Artikla 4. Sitoumuksen kansainvälisyys)

Sitoumus on kansainvälinen, jos kahden seuraavassa lueteltavan henkilön sitoumuksessa määritellyt liikepaikat ovat eri Valtioissa: takaaja/sitoumuksen antaja, edunsaaja, toimeksiantaja/hakija, toimiohjeen antaja (ilmoittaja), vahvistaja.)

Näiden eri tarkoituksia palvelevien määritelmien pohjalta on todettavissa, että kansainvälisyyskriteeri täyttyy periaatteessa aina, kun kauppaa tehdään kahden eri valtiossa toimivan osapuolen välillä. Toisaalta kansainvälisen kaupan perusedellytyksenä on pidetty kaupankohteen kuljetusta valtiosta toiseen. Kansainvälisen kaupan osalta termit ”tuoja” ja ”viejä” ovat tärkeässä ja ainutlaatuisessa käytössä. Export ja import ovat olennainen käsitepari – ainoastaan kansainvälisessä kaupassa. *Unidroit Principles of International Commercial Contractin* kommentteissa ja kommentaareissa on todettu, että kansainvälisyyskriteeri sopimuksessa täyttyy laajan tulkinnan mukaisesti eli *sopimus on kansainvälinen, kun sillä on liityntä kahteen eri valtioon*.⁵⁷

⁵⁷ Unidroit-periaatteiden virallisissa kommentaarissa on todettu: ”*The Principles do not expressly lay down any of these criteria. The assumption, however, is that the concept of ”international” contracts should be given the broadest possible interpretation, so as ultimately to exclude only those situations where no international element at all is involved, i.e. where all the relevant elements of the contract in question are connected with one country only*” (<http://www.unilex.info/instrument.cfm?pid=2&do=Comment&pos=1>). (Periaatteet eivät erityisesti esitä mitään näistä edellytyksistä. Oletus kuitenkin on se, että käsitteelle ”kansainväliset” sopimukset tulisi antaa

Erillisen tutkimuksen arvoista olisi tarkastella prosessioikeudellisesti niitä sääntelyn ja säännösten eroja, jotka vallitsevat termien ”liiketoimipaikka”, ”kotipaikka”, ”rekisteröity kotipaikka” välillä ja mikä näiden vaikutus on prosessin tai sopimuksen kansainvälisyyden arvioinnissa. Voidaan esimerkiksi esittää hypoteesi: yhtiön kotipaikka on Helsinki (Suomi), liikepaikka São Paulo (Brasília) ja sopimuksessa on mainittu toimipaikaksi Moskova (Venäjä). Tämä hypoteettinen yritys lienee perin kansainvälinen, mutta prosessuaalisesti arvioituna saattaa tällaisen aidosti monikansallisen yrityksen osalta syntyä merkittäviäkin ongelmia.

Kansainvälisen kaupan liikesopimuksen ympärille muodostuu sopimusverkon systematiikkaa⁵⁸ noudattaen käytännössä yleensä neljä erillistä instituutiota, joita kutsun kansainvälisen kaupan peruspilareiksi. Nämä ovat: 1. luotto, 2. vakuus, 3. maksujärjestely ja 4. logistiikka. Pääsopimuskumppanit voivat hoitaa itsekin nämä tukipilarit pääsopimuksessa, mutta käytännössä peruspilarit ovat kauppasopimuksen ulkopuolisia instituutioita ja ne toimittaa/järjestää pääsopimuksen ulkopuolinen. Onnistuneen kansainvälisen kaupan sopimussuhteessa nämä kaikki peruspilarit ovat ulkopuolisten asiantuntijoiden hoidossa ja käytännössä eri yhtiöiden vastuulla.

Kansainvälistä kauppaa harjoittavat yhtiöt ovat joskus syyllistyneet ajatukseen, että yhtiö itse ja yksin kykenisi hoitamaan kaikki pääliiketoimintansa tarvitsemat pilarit. Varsinkin rahoituksen ja vakuuksien omatoimisen järjestämisen osalta on törmätty käytännössä moniin erityyppisiin vaikeuksiin. Päällimmäinen ongelma on johtunut yleensä kunkin peruspilaritoiminnon erityisosaamisen puuttumisesta ja toisaalta ongelmana on ollut valtavien riskien keskittyminen pääsopimuskumppaneille.

Peruspilarien erottaminen varsinaisesta pääkauppasopimuksesta ja niiden erillaisuuden ymmärtäminen on hyvin tärkeää. Varsin usein esimerkiksi vakuuksien tarkoitus pääsopimusvelvoitteiden tai luoton turvaajana (ja vain sellaisena) on sekoitettu itse pääsopimusvelvoitteeseen. On kuitenkin huomattava, että pääsopimusvelvoitteista on johdettavissa kaikki tukipilarit ja tukipilariosapuolten velvoitteet. Tämä tarkoittaa sitä, että tukipilareita koskevat toimeksiannot annetaan kansainvälisen kaupan sopimuksen osapuolien toimesta, eli pääsopimus ratkaisee koko kansainvälisen kaupan sopimusverkon toiminnan.

Kun kansainvälisen kaupan tukipilareita tarjoavia yrityksiä etsitään, tulee ymmärtää, että tukipilarien tarjoajien tulee pysyä toimialallaan ja toimia niissä tehtävissä, joissa heillä on ammattitaitoa. Tältä osin he ovat kansainvälisen kaupan

mahdollisimman laaja tulkinta siten, että ainoastaan sellaiset sopimukset suljetaan pois, joissa ei ole lainkaan ole kansainvälistä elementtiä eli joissa kaikki kyseessä olevan sopimuksen merkitykselliset osat ovat liittyneet ainoastaan yhteen maahan.)

⁵⁸ Sopimusverkoista myöhemmin jaksossa 6 s. 203.

sopimusjärjestelyihin osallisia, joskaan eivät välttämättä kansainvälisen kaupan varsinaisia osapuolia. Vaikka nämä peruspilarit ovat pääsopimuksesta erillisiä kansainvälisen kaupan osia, ne muodostavat pääsääntöisesti yhtenäisen sopimusverkon.

Luoton, vakuuden, maksujärjestelyn ja logistiikan peruspilarit kohtaavat remburssimaksujärjestelyssä. Mikäli remburssimaksua käytetään, tulevat kaikki nämä pilarit käyttöön. Toisaalta voidaan todeta, että logistiikkaa lukuun ottamatta remburssin voidaan katsoa kattavan selkeästi ainakin kaksi tukipilaria; vakuuden ja maksujärjestelyn. Remburssijärjestelyn riskinä voidaan pitää sitä, että yhden kansainvälisen kaupan toimijan (eli avaajapankin) asema on käytännössä hyvin korostunut. Kuitenkaan kansainvälisen kaupan maksujärjestelyjä ei käytännössä voitane antaa muun kuin juuri pankin hoidettavaksi.

2.3 KANSAINVÄLISEN KAUPAN SOPIMUSTEN TARKOITUS JA PROSESSI

Kauppasopimuksella tarkoitan lähtökohtaisesti sopimusta, jolla ”myyjä rahavastiketta vastaan luovuttaa tai sitoutuu luovuttamaan ostajalle omistusoikeuden sopimuksella määriteltyyn omaisuuteen”.⁵⁹ Tältä osin myös palvelujen voidaan katsoa kuuluvan kansainvälisen kaupan piiriin. Kaupan osapuolina ovat myyjä (myyjiä) ja ostaja (ostajia), joiden oikeuksista ja velvollisuuksista sopimuksessa sovitaan. Kauppasopimuksen pääasiallisena sisältönä voidaan pitää sopimuksen kohteen omistusoikeuden luovutusta rahavastiketta vastaan.⁶⁰ Näin ollen kansainvälisessä kaupassa tehdyillä sopimuksilla pyritään perimmiltään toteuttamaan vaihdantaa, vaikka kirjallisten sopimusten osalta myös todentamis- ja todistelun helpottamistehtävä ovatkin korostetusti esillä. Ostajan päävelvollisuutena on suorittaa sovittu kauppahinta. Myyjän päävelvollisuutena on puolestaan luovuttaa virheetön kaupan kohde oikeaan aikaan ja oikeassa paikassa.

Luovutuspaikan mukaan kaupat on kansallisessa lainsäädännössämme jaettu paikallis- ja kaukokauppoihin.⁶¹ Paikalliskaupassa ostajan velvollisuutena on noutaa tavara myyjältä. Noutokaupan yleinen periaate pätee sellaisiin kauppasopimuksiin, joissa tavaran toimituksesta ei ole muuta sovittu. Periaate on kirjattu suomen kauppalain 6 §:ään.⁶²

⁵⁹ Sévon – Wilhelmsson – Koskelo s. 11. Ks. myös kauppasopimuksen määrittelystä Hellner – Ramberg s. 37–39 ja Hoppu 1993 s. 63.

⁶⁰ Sévon – Wilhelmsson – Koskelo s. 12–14.

⁶¹ Hoppu 1993 s. 67.

⁶² Ks. myös YK:n kauppalaki 31 artikla.

”Tavara on pidettävä ostajan noudettavissa siellä, missä myyjällä kaupantekohetkellä oli liikepaikka tai, jollei myyjällä ollut sellaista liikepaikkaa, jolla oli yhteys kauppaan, siellä, missä myyjällä oli kotipaikka. Jos sopijapuolet kaupaa tehtäessä tiesivät, että tavara tai se tavaraerä, josta tavara on otettava, oli muualla, tavara on pidettävä noudettavissa tässä paikassa.

Tavara on luovutettu, kun ostaja on ottanut sen hallintaansa.”

Kaukokaupassa kaupan kohteen luovutus ja vastaanotto tapahtuvat eri paikkakunnilla.⁶³ ”Paikkakunnan” ja käsitteen ”eri paikkakunnalla” määrittelyyn ei tässä ryhdytä. Pääasia kaukokaupan käsitteistön kannalta on, että kauppatavaran luovutus ja vastaanotto tapahtuvat ”etäisyyden” päässä toisistaan. Kansainvälistä kauppaa voidaan kauppalaan määrittelyä varovasti käyttäen kuvata selkeästi kaukokaupaksi.

Vaikka irtaimen kaupassa lähtökohtana pidetään myyjän ja ostajan suoritusten yhtäaikaaisuutta,⁶⁴ ei tämä ole kansainvälisessä kaupassa pääsääntö. Tavaraa ei luovuteta yleensä myyjältä suoraan ostajalle⁶⁵ vaan osapuolet sopivat tavarankuljetuksesta. Tavarankuljetushetki määrää pääsääntöisesti vaaranvastuun siirtymisen, mutta sopimuksin osapuolet voivat sopia toisin. Vaaranvastuun periaatteessa siis aina siirtyä välittömästi kaupan päättämisen jälkeen. Ellei kaupan osapuolten välillä ole muuta sovittu, voi ostaja lähtökohtaisesti vaatia kaupan kohteen luovutusta heti itselleen – edellyttäen, että hän itse voi maksaa kauppahinnan välittömästi. Myyjän tulee tietää jo sopimuksesta neuvotellessaan, milloin hän kykenee toimittamaan tavarankuljetuksen ostajalle.

Koska tuotantokustannukset vaihtelevat maakohtaisesti, on selvää, että markkinamekanismit ohjaavat tuotannon halvimpaan ja tuottoisimpaan valtioon. Varsinkin työvoimakaskeuksilla aloilla (esim. vaateteollisuus) tuotanto on siirtynyt perinteisistä teollisuusmaista halvan työvoiman maihin. Omistajien ja yritysten johdon asettamat tehokkuus- ja tuottovaatimukset ovat lisänneet kansainvälistä kauppaa merkittävästi. Kansainvälisen kaupan yleistymisen on johtanut siihen, että myös kansainväliseen kauppaan liittyvät ongelmat ovat moninaistuneet.⁶⁶ Tuotannon siirtyminen yhä kauemmas kaupan osapuolista on aiheuttanut ainakin sen, että kansainvälisen kaupan liikesopimuksen osapuolien ja osallisten määrä on kasvanut. Kuitenkin kansainvälisen kaupan perustan luovat edelleen yritysten väliset liikesopimukset. Vaikka kuluttajatkin voivat käydä edellä esitetyn määri-

⁶³ *Hoppu* 1993 s. 67. Vrt. myös edellä YK:n kauppalaan 1 artikla.

⁶⁴ Suoritusten yhtäaikaisuuden periaatteesta irtaimen kaupassa käytetään nimitystä *Zug um Zug*. Katso kauppalaan 10 §. Ks. myös *Hellner – Ramberg* s. 259–260 ja *Hellner* 1995 II s. 51.

⁶⁵ Esimerkkinä tällaisesta ehdosta voidaan mainita toimitus *Ex Works* eli EXW. Lausekkeen katsotaan Incotermsien mukaan tarkoittavan sitä, että myyjä täyttää velvollisuutensa asettamalla tavarankuljetuksen käyttäväksi varastossa tai muissa myyjän tiloissa.

⁶⁶ Tutkimuksessa ei puututa globalisoitumiseen eikä termiin ”globaali”.

telmän mukaista kansainvälistä kauppaa, ei luonnollisten henkilöiden käymän kansainvälisen kaupan määrä ole millään muotoa merkittävä.

Kansainvälisen kaupan sopimukset ovat korostetusti edellä esitetyn prosessikäsityksen mukaisia sopimuksia. *Pöyhönen* on esittänyt sopimuksen prosessikäsityksen ulottuvuuksista jaottelun i.) asialliseen, ii.) ajalliseen ja iii.) henkilölliseen ulottuvuuteen. Tämä jaottelu voidaan tehdä myös kansainvälisen kaupan sopimusten osalta. Tarkasteltaessa kansainvälisen kaupan sopimuksia *Pöyhösen* prosessikäsityksen jaottelun mukaan huomataan, että kansainvälisen kaupan sopimuksissa korostuu näiden lisäksi myös ulottuvuus tai pikemminkin ominaisuus, jota voisi kutsua *riskinjako-ulottuvuudeksi*.

Kansainvälisen kaupan liikesopimusten prosessikäsityksessä riskinjako-ulottuvuus ilmenee siten, että sopimuskumppanit haluavat nimenomaisesti jakaa riskiä sopimusta neuvoteltaessa tai laadittaessa. Liikesopimus pyritään lähtökohtaisesti laatimaan hyvin riskineutraalisti siten, että suuri osa mahdollisista riskeistä rajataan vastuunrajoitusehdoin tai muulla tavoin pois. Vaikka kansainvälisen kaupan sopimuskumppanit ovat yleensä tietoisia sopimuskumppanin henkilöllisyydestä, saattavat prosessikäsitys ja sen henkilöllinen ulottuvuus tuoda käytännössä mukanaan sopimuskumppanin henkilöllisyyteen liittyviä riskejä, joita on vaikea ennakolta hallita. Kansainvälisen kaupan toimijat kaatavat usein raja-aitoja ja ennakkoluuloja tehdessään kauppaa ns. eksoottisissa maissa toimivien sopimuskumppaneiden kanssa, mutta tähän ennakkoluulottomuuteen liittyy riskejä. Henkilösidonnaisuus tai henkilöllinen ulottuvuus sekä riskinjako-ulottuvuus kansainvälisessä kaupassa perustuvat käytännössä melko suppeaan arvioon sopimuskumppanista. Kansainvälisen kaupan liikesopimuksen prosessikäsityksen mukaiset ulottuvuudet nousevat esille varsin selkeästi riskianalyyseissä, jonka ytimen muodostaa arvio siitä, onko sopimuskumppani luotettava.

Kansainvälisen kaupan sopimusta neuvoteltaessa ja laadittaessa luottamus, riski ja sopimuskumppanin henkilöllisyys yhdistyvät onnistuneessa sopimuksessa luottamuksen ja riskin tasapainotilaksi. Sopimuskäsitys ja varsinkin sopimukselle asetetut odotukset ovat kansainvälisessä kaupassa kehittyneet edellä esitetyn elinkaariajattelun suuntaan. Kansainvälisessä kaupassa pitkäkestoiset sopimukset ovat yleisiä. Varsin usein sopimuksen kesto ei varsinaisesti rajoitu perinteiseen ajatukseen päävelvoitteen täyttämisestä eli ”pääsuoritusajkaan”, vaan sopimuksen halutaan yhä useammin kattavan kansainvälisessä kaupassa sopimuksen kohteen elinkaaren. Pitkäkestoinen sopimus -käsitys kuvaa *sopimuksen* ajallista kestoa, kun taas elinkaariajattelussa korostuu sopimuksen mahdollisen keston lisäksi kohteen toimintaiän kesto.

Tämä toteutuu esimerkiksi konekaupassa siten, että sopimuksessa määritellään konetoimitusta koskeva sopimuksen pääsuoritus, minkä lisäksi kaupan kohteen huollosta ja varaosista sovitaan sopimuskumppanien välillä sovitun elinkaaran ajan.

3 Markkinoista ja niiden kerrostumista

3.1 MARKKINOIDEN MÄÄRITTELY JA SYSTEMATISOINTI

Tutkimuksen lähtökohta ja perusolettama on, että käsite *markkinat* on muodostunut useasta eri kerrostumasta. Markkinoiden kerrostumien ymmärtäminen on tärkeää, jotta oikeustieteellisessä tutkimuksessa voitaisiin vastata yhteiskunnassa esille tulleisiin ja tuleviin kysymyksiin. Sopimusoikeuden perusajatuksat ja peruskäsitteet eivät ole markkinoiden kerrostumisen vuoksi joutuneet väistymään tai uudistumaan. Kyse on paremminkin siitä, että tekniikan ja tiedonsiirron kehitys vaatii sopimusoikeuden soveltajilta perusteiden kertaamista. Edelleen voidaan huomata, että nykyisessä sopimuskäytännössä sopimus on usein jossakin määrin liiketoimintaa; jopa kuluttajat pyrkivät ”parhaimpaan” tai ”edullisimpaan” sopimukseen.

Kyse onkin sopimuksen perusajatuksen tukemisesta sopimusoikeudellisin ym. keinoin. Tässä tutkimuksessa osoitetaan liikesopimuksen olevan perusteiltaan sama sopimus kuin se on ollut ainakin koko 1900-luvun. Sopimuksen peruskäsite on edelleen sama, mutta sopimukseen kohdistuvat ja sopimukseen liitetyt korjausmekanismit ovat korostuneet, muuttuneet ja kehittyneet. Niitä ei tule sekoittaa sopimuksen perusajatuksen ja sopimuksen päätarkoitukseen. Toisaalta voidaan todeta, että sopimusoikeudelliset korjausmekanismit ovat varsinkin kansainvälisissä liikesopimuksissa usein hyvin rajallisia ja usein jopa olemattomia. Perin ongelmallista on se, että sopimusten korjausmekanismit ovat perusteiltaan oikeusjärjestelmäsidoonaisia. Tämä johtaa esimerkiksi siihen, että voidaan joutua soveltamattomaan ristiriitaan, jos esimerkiksi common law -järjestelmän sopimuksen ulkoisia korjausmekanismeja pyritään tuomaan romaanis-germaanisen järjestelmän sopimusten piiriin. Seurauksena on pahimmillaan se, että korjausmekanismi on tehoton.

Sopimusoikeudellisessa tutkimuksessa ei voida lähteä siitä perusolettamasta, että yhteiskunta tai markkinat olisivat tai voisivat olla täysin yhtenäiset tai että toimijat (oikeussubjektit) voisivat olla tasa-arvoisia. Erilaisuuden, eriarvoisuuden, markkinoiden kerrostumisen ja markkinoilla toimivien tekijöiden yksilöllisyyden hyväksyminen on sopimusoikeuden käsitteistön ja sopimusinstituutioiden toimivuuden kannalta välttämätöntä. Heterogeenisen maailman ymmärtäminen helpottaa yhteiskunnan ja sen toimijoiden oikeudellista tarkastelua. Markkinoiden tunnistaminen voi myös osaltaan ohjata oikeudellista sääntelyä nykyistä paremmin vastaamaan sille asetettuja vaatimuksia.

Markkinoiden kerrostumat voivat vaihdella eri yhteiskunnissa suurestikin. Toisaalta voidaan todeta, että monissa yhteiskunnissa ja monilla markkina-alueilla markkinat ovat tosiasiallisesti olleet jo hyvinkin pysyvästi kerrostuneet. Mitään varsinaista yhtenäistä tai yhdenmukaista markkinakäsitystä ei ole ollut.¹ Tässä pyritään vastaamaan sopimuksen ja liikesopimuksen osalta siihen, mitä markkinat ovat. Etsittäessä vastausta tähän kysymykseen huomataan, että markkinakäsite on erittäin hajanainen ja vaikeaselkoinen.²

Käyttökielessä ja uutisoinnissa alkoi varsinkin 1980-luvun loppupuolella esiintyä runsaasti markkina-johdannaisia sanoja. Sanalla markkinat on viime vuosina pyritty kuvaamaan mitä erilaisimpia asioita ja ilmiöitä. Käsitettä markkinat ei kuitenkaan ole kyetty poliittisessa eikä taloudellisessa keskustelussa täsmällisesti määrittelemään. Myös eri tieteenalojen tutkimuksissa markkinatermin käyttö on runsasta ja osin hyvinkin huolimaton. Esimerkiksi oikeustaloustieteessä käytettyjä käsitteitä markkinat ja markkinaepäonnistuminen voidaan pitää ongelmallisina.³ Samoin ”markkinarationaliteetti”, ”markkinavoimat”, ”common market”, ”euromarkkinat”, ”työmarkkinat” sekä monet muut varsin epämääräiset termit vaatisivat nykyistä tarkempaa tarkastelua. *Juha Tolonen* on todennut:⁴

”Markkinatalous (markkinarationaliteetti) käsitetään meille itsestään selvänä asiana. Ns. mikrotalousteoriat kuvaavat juuri tätä markkinoiden rationaliteettia erilaisissa olosuhteissa. Sen sijaan niitä olosuhteita, markkinoiden organisointumista ja erilaisten markkinaorganisaatioiden perusteita ja syitä ei talousteorian valtavirrassa (main stream economics) ole juuri tutkittu. Juridiikan puolella tämä heijastuu siten, että sopimusoikeudessa itse sopimuksen idea oletetaan yhdenmukaiseksi.”

Markkinoiden juridinen tarkastelu on jäänyt pintapuoliseksi. Yksiselitteistä määritelmää markkinoista ei ole kyetty esittämään. Eräänä yrityksenä markkinoiden juridiseen määrittelyyn voidaan pitää oikeustaloustiedettä. Kuitenkin markkinoita kuvatessaan oikeustaloustieteilijätkin yleensä perustavat teoriansa lähtökohtaan, jonka mukaan markkinat ovat olemassa eli niiden olemassaolo on itsestäänselvyys.⁵ Toisaalta voidaan huomata, että eräissä oikeustieteellisissä tut-

¹ Esimerkkinä voidaan mainita valtiot, joissa vallitsee selvä luokkakako. Näissä valtioissa tuskin olisi mahdollista väittää kaikkien (yksityisten henkilöiden, yritysten, jne.) toimivan tasavertaisina samoilla markkinoilla.

² Tässä tutkimuksessa käytetään lähinnä monikkomuotoa ”markkinat”, joskin yksikkömuoto on joissain tapauksissa välttämätön.

³ Ks. esimerkiksi markkinahäiriötulkinnasta *Kanniainen – Määttä* s. 50.

⁴ *Tolonen, Juha* s. 258.

⁵ Esimerkiksi *Kanniainen – Määttä* ei juuri lainkaan selvitä, mitä oikeustaloustieteessä tarkoitetaan termillä *markkinat*.

kimuksissa on saatettu tyytyä ainoastaan yhden markkinakerrostuman (esimerkiksi kuluttajamarkkinoiden) määrittelyyn. Hyvin usein esillä ollut väittäjä on, että markkinat toimisivat aina rationaalisesti.⁶ Tähän väitteeseen voidaan suhtautua varauksellisesti.

Hugh Collins on kuvannut teoksessaan *The Law of Contract* markkinoiden sisäistä järjestystä sekä esittänyt juridisia arvioita markkinoilla tapahtuvasta vaihdannasta. Collins päätyy seuraavaan ajatukseen markkinoiden ja lain suhteesta:⁷

”It is a mistake, however, to conclude from these findings that a market may exist independently of law. If we examine the examples closely, we discover that in each case the stable pattern of trading relationships presupposes certain accepted norms or rules of behaviour.”

(”On kuitenkin virhe päätellä näistä löydöksistä, että markkinat voisivat olla itsenäisenä olemassa laista erillään. Jos esimerkkejä tutkitaan tarkasti, huomataan, että jokaisessa tapauksessa vakaat kauppasuhteet edellyttävät tiettyjä hyväksytyjä normeja tai käyttäytymissääntöjä.”)

Collins selvittää termin *law* tarkoittavan ”*certain accepted norms or rules of behaviour*”. Collins tuo esille markkinoiden riippuvuuden säännöistä, mutta korostaa markkinoiden arviointia sääntöjen kautta, ei niinkään osana yhteiskuntaa. Markkinat ovat kuitenkin aina osa yhteiskuntaa, ja markkinat olisi nähtävä laajempänä käsitteenä kuin toimintaympäristön käsite.⁸

Kansainvälisessä kaupassa toiminta keskittyy selvästi ainoastaan osaan markkinoista. Tämä on kansainvälisen kaupan *toimintaympäristö*, jota koetan seuraavassa hahmottaa. Rajanveto kansainvälisen kaupan rajoiksi esim. kansallisen kaupan suhteen ei ole aina mahdollista eikä tarpeellistakaan, kun kansallisuuden merkitys liike-elämässä on jatkuvasti menettänyt merkitystään. Itse asiassa ei ole mielekästä vetää toimintaympäristölle rajoja, vaan tarkoituksenmukaista on kuvata, missä kansainvälisen kaupan sopimuksia tehdään.

Seuraavassa on pyritty selvittämään markkinoiden merkitystä yhteiskunnassa ja tuomaan esille markkinoiden ominaispiirteitä. Tätä ajatustapaa voisi kuvata *Collinsin* esittämään tukien ajatukseksi ”markkinat yhteiskunnassa”. Korostettakoon kuitenkin, että lähtökohtana tulee aina pitää sitä, että kaikki markkinat ovat ainoastaan osa yhteiskuntaa. Markkinoiden määrittelemisen vaikeus johtuu nii-

⁶ Tästä esimerkiksi *Wilhelmsson* ja *Häyhä* artikkeleissaan teoksessa *Brownsword – Howells – Wilhelmsson*. Katso s. 72–76 ja 134–137.

⁷ *Collins* s. 6.

⁸ Toimintaympäristöistä ks. *Pöyhönen* 1996 s. 312.

den epäitsenäisestä ja monikerroksisesta luonteesta.⁹ Voisi myös olla erillisen tutkimuksen arvoista ottaa esille käsitepari individuaalimarkkinat ja kollektiivimarkkinat.

Markkinoiden määritelmää etsittäessä voidaan esittää *Coasen* ja *Timosen*¹⁰ käyttämä ajatus markkinoista yleisnimityksenä ”kaikille kaupankäynnin tai muun liiketoiminnan toimintaympäristöille”. Markkinoiden ja tämän tutkimuksen relevanttien yritysmarkkinoiden tutkimuksen kannalta markkinoiden merkitystä sopimusoikeudellisen vaihdannan pelikenttänä ei voida sivuuttaa. Yritysmarkkinoiden sopimusjärjestelmä käsittää hyvin vaikeasti hallittavan kokonaisuuden, mutta selkeästi yksilömarkkinoista ja niiden järjestelmästä eroavan käsitteistön. Yritysmarkkinoiden oikeudellinen tarkastelu markkinoiden sisältä päin ja yritysmarkkinoista itsestään lähtevin argumentein on ollut vähäistä. Oikeustieteellisessä tutkimuksessa yritysmarkkinat ovat pikemminkin olleet lähinnä potentiaalisen sääntelyn kohteena, eivät niinkään sopimus- tai velvoiteoikeudellisen ominaispiirteensä vuoksi. Oikeustieteellinen tutkimus yritysmarkkinoista ja niiden velvoiteoikeudellisista rakenteista on jäänyt vaille syvällistä tarkastelua. Kuitenkin (kuten Timonenkin¹¹ toteaa) yritysmarkkinoiden ja markkinoiden syvällisempi tutkiminen ”markkinoina” vaatisi nimenomaan taloustieteellistä tutkimusvälineistöä. Tämä välineistö on tietoisesti pyritty rajaamaan tämän tutkimuksen ulkopuolelle.

Markkinat voidaan systematisoida monella tavalla. Minkään systematisoinnin ylivertaisuutta ei voida osoittaa. Toisaalta voidaan huomata, että markkinasysteemin kuvaaminen esimerkiksi asettamalla vastakkain ”markkinat” ja ”ei-markkinat” ei ole kovinkaan hedelmällistä etsittäessä vastausta markkinoiden käsitteeseen.

Markkinat voidaan perinteisesti esittää tapahtumana, jossa jokainen markkinoihin osallistuva tuo markkinoille rahaa tai jonkin esineen tai palvelun, jolla on jokin arvo. Samalla hän saa omaa luovutustaan vastaan joltain toiselta markkinoihin osallistujalta haluamansa rahamäärän, esineen tai palvelun.¹² Lähinnä markkina-ajatusta ja markkina-sanaa pohtiessamme mieleen voi ensimmäisenä tulla kuva kaupankäynnistä torilla tai muulla markkinapaikalla. Historiallisesti tarkasteltuna markkinoilla kyse ei pääsääntöisesti ollut yleisestä eli kaikille vapaasta markkinapaikasta, vaan kauppiaat ja kauppapaikka olivat tarkoin määri-

⁹ Ks. käsitteestä *market* esimerkiksi *Collins* s. 1–7, sekä hänen käsitteestään *equality of status* s. 9. Markkinoiden synnystä *Tolonen* 1992 s. 147–149. Ks. myös *Gordley* s. 230–248.

¹⁰ Ks. *Timonen* s. 26 ja siinä esitetyt viittaukset.

¹¹ *Timonen* s. 27.

¹² *Collins* s. 9.

teltyjä.¹³ Esimerkkinä tämäntyyppisestä rajaamisesta voidaan mainita kauppa-kaaren 7 luvun 1 ja 2 §:

1 §

Markkinoita pidettäköön vuosittain, määrättyllä paikalla ja ajalla.

2 §

Markkinatavaraa älköön myytäkö, ennen kuin markkinat on alkaneiksi, eikä sittenkuin ne on päättäneiksi julistettu; muutoin olkoon kauppa mitätön, ja vetäkööt myyjä ja ostaja sakkoa [kymmenen talaria] kumpikin.

Markkinoiden ”yleisen rajaamisen sääntö” pätee toreilla ja myyntipaikoilla oikeastaan vieläkin; ostajilla on vapaa pääsy, kun taas myyjien lukumäärä on riippuvainen esim. tilasta (esimerkiksi torin tai ostoshallin koko), myyjän varallisuudesta (esim. myyntipaikan vuokra) tai vaikkapa kunnallispoliittisesta päätöksestä ohjata kauppiaita. Voidaan esittää, että erilaiset taloudelliset yhteisöt ja liittymät rajaavat usein markkinansa. Näin määrittyvät esimerkiksi Euroopan yhteisön sisämarkkinat. Toisaalta markkinoilla oleminen ei vaadi osallistujilta mitään erityistä toimintaa. Erinomainen esimerkki markkinapaikasta on pörssi. Markkinoiden rajaamisesta säädöksiin ja markkinatoimijoiden asemasta säädöksissä mainittakoon esimerkkinä kauppakaaren 7 luvun 3 §:

3 §

Kaikilla oman maan asukkailla olkoon lupa vapaamarkkinoilla myydä tahi vaihtaa tavaroitansa joko laivoista ja aluksista taikka torilla tahi muilla määrättyillä paikoilla; [mutta maakaupungin porvari älköön myykö tavaraansa ulkomaalaiselle älköönkä hänen kanssansa tavaraa tavaraan vaihtako, tavaran menettämisen ja kahdenkymmenen talarin sakon uhalla; vaan olkoon se ainoastaan tapulikaupungin porvareille luvallista.]

Markkinoista puhuttaessa on monesti siirrytty pohtimaan markkina-aseman käsitettä. Tällöinkin itse markkinat hyväksytään yleensä taloudellisesti ja maantieteellisesti painottuneeksi käsitteeksi. Yhtenä markkinakäsitteen ulottuvuutta kuvaavana seikkana voidaan pitää kilpailulainsäädäntöä. Esimerkiksi EU:n kilpailuoikeudessa on rajattu markkinoiden käsitettä. Rooman sopimuksen 82 artiklassa määräävän markkina-aseman ja sen väärinkäytön tarkastelussa on markkinoiden ulottuvuutta määritelty tuotekohtaisesti, alueellisesti ja ajallisesti.¹⁴

¹³ Weber on tarkastellut markkinoita markkinatapahtumana s. 13–14. Weber kuvaa osuvasti myös pörssin ja markkinoiden eroa s. 14–15.

¹⁴ Kuoppamäki s. 52. Ks. myös sama s. 130, jossa EU:n fuusionvalvonta-asetuksen 2 artiklassa tarkoitettujen markkinoiden määrittelystä. EU:n piirissä ei olla suinkaan yhtä mieltä siitä, mitä

Markkinoiksi mielletään usein myös tapahtuma, jossa päätoimijoina ovat kysyntä ja tarjonta. Perusajatuksena on eräänlainen vastakkainasettelu, jossa ilman kysyntää ei olisi tarjontaa ja ilman tarjontaa ei toisaalta olisi kysyntää. ”Kysynnän ja tarjonnan laki” -tyyppistä ajatusta on haettu varsin usein poliittisessa keskustelussa silloin, kun on huolimattomasti käytetty termiä ”markkinavoimat”. Markkinavoiman eriskummallinen, rahataloudessa mutkikas ja jopa maagiseksi kuvattu rakenne ei yleensä ole täysin selvä edes sanaa jatkuvasti käyttäville.

Markkinoiden laajuuden ja kattavuuden määritelmät ja näiden yhteydessä esitetyt rajaukset ovat usein tarpeellisia ja käyttökelpoisia, erityisesti silloin, kun markkinoiden toimintaa pyritään normatiivisesti sääntelemään. Edellä esiin tuoduissa säädöksissä – kuten säädöksissä yleensäkin – ei kyse ole kuitenkaan markkinakäsitteen määrittelystä. On ainoastaan määriteltä ”relevantit markkinat”, ”markkinapaikan koko, markkinoiden tavaralajitelma tai markkinoiden kesto” tms. Kysymykseen ”mitä tai millaisia markkinat ovat?” ei ole säädöksissä annettu vastausta.

Esityksen tarkoituksena ei ole jakaa markkinoita esimerkiksi ”vanhoihin markkinoihin” ja ”uusiin markkinoihin”, koska on liian kapea-alaista kuvata markkinoita ainoastaan kunkin aikakauden osana tai oman aikansa tapahtumana. Pyrkimyksenä on selvittää nykyisiä markkinoita monitasoisena ja myös juridisena ilmiönä. Tämä ei tarkoita, että tarkastelun tulisi kohdistua ainoastaan nykyisyyteen. Markkinoiden historiaa ei voida sivuttaa, vaan ymmärtääkseen nykyisen markkinakäsityksen tulee tuntee myös markkinoiden menneisyys. Nimenomaan historiasta on löydettävissä tukea markkinoiden kehittymisen tarkastelulle.

Kansainvälisen kaupan asema markkinoilla on korostunut. Kansainvälisen kaupan markkinoiden edes osittainen ymmärtäminen auttaa ymmärtämään kansainvälisen kaupan sopimuksen perusrakennetta. Voidaan esittää, että kansainvälisyys on tullut osaksi myös kuluttajamarkkinoita, ei pelkästään tässä esitettyjä yritysmarkkinoita.

Markkinoiden määrittelyssä herää väistämättä epäily siitä, voidaanko markkinat määritellä tyhjentävästi. Täydellistä kuvaa lienee mahdoton esittää. Joitain markkinoille tyypillisiä piirteitä voidaan kuitenkin löytää. Näitä ovat esimerkiksi seuraavassa käsiteltävät neljä historiallista peruskriteeriä. Niiden osalta viitataan *Hannu Tolosen* kirjaan *Korko, raha ja sopimus*.¹⁵ Markkinoiden syntyä ja aatehistoriallista taustaa voidaan määritellä Tolosen mukaan sopijapuoliyhteisön muuttumisena markkinayhteisöksi. Kehityksen tukipilarina on osaltaan ollut kansainvälistyminen ja kansainvälisen kaupan kehitys.

”yhteismarkkinoilla” tarkoitetaan. Tämä käy ilmi hyvin ilmi esimerkiksi rahaliitosta eli EMU:sta käydystä keskustelusta. Ks. myös *Peisa, Paavo*: (toim.) Euro – yhteinen raha.

¹⁵ *Tolonen* 1992 s. 146.

Monien muiden tavoin Tolonen korostaa rahan merkitystä pelkistäen sen korkokiellon kehityksen ongelmasta.¹⁶ Jotta markkinoista voidaan ylipäänsä puhua, tulee Tolosen mukaan seuraavien peruskriteerien täytyä:¹⁷

1. ostajien määrä
2. myyjien määrä
3. käytössä olevan rahan määrä
4. myymisen tapa.

Tolosen mukaan nämä kriteerit heijastelevat jo 1600-luvun luonnonoikeudellisessa kirjallisuudessa nykyisen markkinakäsityksen syntyä. Markkina- ja sopimuskäyttäytymistä ajatellen voidaan näillä kriteereillä tarkoittaa seuraavia asioita:

1. *Ostajien ja myyjien määrän* tulee olla markkinayhteisöllinen. Ostajia ja myyjiä pitää myös olla määrällisesti paljon.
2. *Rahan määrä.* Raha on markkinoiden ja vaihdannaistuneen yhteiskunnan toimintaehto. Rahan määrän tulee mahdollistaa kaikenlaisten vaihdanta.
3. *Myymisen tapa* liittyy puolestaan käsitykseen ”mitä täydellisemmät markkinat, sitä oikeudenmukaisemmat hinnat”. Myymisen tapa markkinayhteiskunnassa on toisenlainen kuin sopijayhteiskunnassa. Modernissa yhteiskunnassa voidaan toimia vaihdannan edistämiseksi, sillä myymisen tapa on hyvin tehokas. Tämän ovat mahdollistaneet esimerkiksi tukkukaupat.

Markkinoiden tulee siis täyttää edellä mainitut neljä peruskriteeriä. Nykyisten markkinoiden osalta on tähän määritelmään tehtävä kuitenkin selvennyksiä ja lisäyksiä, koska markkinat koskevat nykyistä markkina- ja sopimuskäyttäytymistä.

1. Markkinat ovat pitkäkestoinen tapahtuma tai pikemminkin asiantila, joka on usean eri osatekijän summa. Tältä osin korostuu institutionaalinen markkinakäsitys. Markkina-sanalla voidaan nähdä olevan myös muita sinänsä käyttökelpoisia tarkoituksia tai merkityksiä, mutta jonkinasteinen ”juridinen raajaus” on tässä välttämätön.
2. Yleiskäsitteestä markkinat on erotettava sellaiset termit, joissa markkina-sanaa on käytetty perusteettomasti ja yleensä ainoastaan tuotteiden myymisen edistämiseksi. Tällaisia ovat esimerkiksi juuri edellä mainitut ”euro-markkinat”.

¹⁶ Tolonen 1992 s. 1–23.

¹⁷ Tolonen 1992 s. 149.

3. Markkinoiden juridisen määrittelyn kannalta on vaihdanta erityisen korostetussa asemassa. Markkinat ovat myös muuta kuin sarja osto- ja myyntitapahtumia. Markkinat-termiä ei tule samastaa termiin vaihdanta. Vaihdanta muodostaa tärkeän osan markkinoista, mutta markkinat käsittävät muitakin tekijöitä. Eli: käsite markkinat sisältää muutakin kuin pelkän taloudellisen markkinakäsityksen.

4. Raha on saanut markkinoilla uusia muotoja. Markkinat ovat edelleen periaatteessa rahamääräisiä, mutta ne toimivat usein ilman ”käsin kosketeltavaa” rahaa. Esimerkiksi tilillä oleva numerosarja osoittaa rahan määrää. Tämä elektroninen raha tulee kuitenkin tulkita markkinoilla entiseen tapaan rahana.¹⁸

5. Edelleen on todettava, että markkinat ovat eräänlaisen liberalistisen ajatuksen tukema tila tai tapahtuma. Kuitenkin markkinat ovat – ehkä yllättävästi – korostetun kollektiivinen ja sosiaalinen tapahtuma, eikä siis individualistinen. Oikeudellisesti asetelma on mielenkiintoinen.¹⁹

Jotta kansainvälistä kauppaa ja sen asemaa markkinoilla sekä kansainvälisen kaupan sopimuksia voitaisiin tutkia, tulee erottaa toistaan käsitteet:

- taloudellinen markkinakäsitys ja
- institutionaalinen markkinakäsitys.

Näitä voidaan pitää perustavimpina käsityksinä ja samalla selitysmalleina vallitsevasta markkinatilanteesta. Markkinoiden kuvaaminen toisaalta taloudellisena ja toisaalta institutionaalisenä ilmiönä antaa mahdollisuuden laajentaa näkemystä markkinoista. Markkinat on nähty pitkälti yksinomaan rahan ja vaihdannan vuorovaikutusten kenttänä, mutta ne ovat myös erityyppisten taloudellisten, sosiaalisten ja oikeudellisten arvojen ja tapahtumien kohtauspaikka.

Taloudelliseen markkinakäsitykseen voidaan katsoa kuuluvan tärkeänä osana täydellinen kilpailutilanne. Markkinoiden määrittelemisen taloudelliselta kannalta painottuu taloudelliseen toimintaan ja sen liiketoiminnalliseen tapaan. Tätä voidaan kutsua talouden reaalitapahtumaksi. Taloudellinen markkinakäsitys ko-

¹⁸ Internet-palvelujen kehittyessä ja laajentuessa on käyttöön tullut myös ns. verkkoraha, joka mahdollistaa Internetissä tehtävän kaupan ”verkon omalla maksuvälineellä”. Verkkorahalta odotettiin vielä muutama vuosi sitten paljon. Näitä ajatuksia voi tarkastella ”historiallisesti” mielenkiintoisista huhtikuussa 1996 Tietokone-lehdessä julkaistuista artikkeleista *Helsingius*: ”Verkkorahalla vauhtia kaupankäyntiin” ja *Järvinen*: ”Raha muuttaa Internetiä – mutta mihin suuntaan?”. Artikkelit kuvastavat hyvin oman aikansa käsitystä verkkorahan mahdollisuuksista. Verkkorahaa voidaan muutoinkin pitää ainoastaan ”valuuttana”, jonka halukas ostaja hankkii itselleen ennen kuin hän ryhtyy ostamaan Internetistä tarvitsemiaan tavaroita (tai palveluja!). Mitään varsinaista luottokauppaa ei verkkorahalla toistaiseksi käydy.

¹⁹ Esimerkkinä individuaalisen sopimusvapauden ja kollektiivisen kilpailuoikeuden suhde. Ks. myös *Hayek* s. 55–64.

rostaat markkinoiden olevan taloudellinen vaihdantatapahtuma. Käsitteen perustana on useasti selkeän numeerinen tarkastelukulma markkinoihin. Tällä tarkoitan, että markkinoita uskotaan voitavan täysin tyhjentävästi ilmaista numeroin ja laskennallisilla kaavoilla. Taloudellisen markkinakäsityksen kannalta juuri kysyntä ja tarjonta ovat merkityksellisiä. Taloustiede tutkii markkinoita pääosin taloudelliseen markkinakäsitykseen tukien.²⁰

Kansainvälistä kauppaa harjoittavat yritykset esittävät ja joutuvat esittämään markkinat ja oman toimintaympäristönsä useimmiten taloudellisen markkinakäsityksen mukaisena tapahtumana. Yrityksillä on tapana osoittaa toimintansa menestyksellisyys tai tappiollisuus ainoastaan numeroin, lähinnä kysynnän ja oman tuotannon määriä koskevin tunnusluvuilla. Toisaalta tulee ottaa huomioon, että varsinkin suuret yritykset pitävät yllä jatkuvaa markkinoiden hyvin tarkkaa seurantaan erityyppisten markkinatutkimusten ja analyysien avulla. Tällaisia ennusteita ei yleensä esitetä kuitenkaan lukuina, vaan ne pohjautuvat pitkälti seuraavassa esitettävään institutionaaliseen markkinakäsitykseen. Merkillepantava havainto on myös se, että näiden yritysten puhtaan taloudellisen markkinakäsitys ja markkinoilta satavan hyödyn tavoittelu eivät välttämättä toteuta oikeudenmukaista tai yleisesti hyväksyttyä toimintamallia tai esimerkiksi henkilöstöpolitiikkaa yhtiön omissa toiminnoissa. Täysin uutena ”markkinarationaliteettina” yritysmarkkinoilla on hyväksytty ajatus osoittaa yrityksen vahvuus vähentämällä tuottoisan liiketoimintayksikön työvoimaa. Aikaisempi markkinarationaliteetti olisi ollut osoittaa yrityksen vahvuus palkkaamalla lisää työvoimaa.

Institutionaalinen markkinakäsitys puolestaan tarkoittaa markkinoiden tarkastelua instituutiona muiden yhteiskunnallisten instituutioiden joukossa. Käsitteen mukaan markkinoiden katsotaan vaikuttavan pitkälti yksityisoikeudellisten instituutioiden olemassaoloon sekä uusiin taloudellisiin ja sosiaalisiin käytäntöihin. Institutionaalisen markkinakäsityksen avulla on kyetty hahmottamaan markkinoiden vaikutus historiassa esimerkiksi korkokiellon häviämiseen ja kauppiasrahaan.²¹ Molempia on tarkasteltu yhteiskunnan vaihdannaistumisen asteena. Markkinat ovat useiden yhteiskunnan perusinstituutioiden perusta ja ne ovat mahdollistaneet markkinaistuneet instituutiot. Esimerkkinä näistä instituutioista voidaan nostaa esille erilaiset yhtiömuodot. Alun perin kommandiittiyhtiöstä tuli riskittömän ja rajoitetun riskin perusteella toimiva sijoituspääoma. Jo 1700- ja 1800-luvulla osakeyhtiö muodostui oikeudelliseksi instituutioksi, joka mahdollisti pääoman aikaisempaa laajemman keräämisen. Osakeyhtiöllä on näin ollut keskeinen asema yhteiskunnan sekä yksityisoikeuden instituutioiden joukossa.

²⁰ Ks. taloustieteessä käytetyistä markkinamääritelmistä, esimerkiksi Tarkka s. 91–146.

²¹ Tolonen 1992 s. 291. Ks. myös Gordley s. 214–229.

Toisaalta markkinoita on vaikea erottaa yhteiskunnan muista instituutioista erilliseksi ja täysin itsenäiseksi osaksi. Markkinat ovat aina riippuvaisia muista instituutioista ja ovat näin tavallaan itsekkin institutioituneet. Oikeustieteessä pyritään markkinoille usein antamaan institutionaalinen muoto. Esimerkiksi *Hannu Tolonen* tarkastelee kirjassaan Korko, raha ja sopimus markkinoita instituutiona. Tolosen mukaan sopimusvapaus, ns. *duplex usus*, *carentia pecuniae* ja eri yhtiömuodostelmat ovat nykyisen rahan ja markkinoiden olennaisia instituutionaalisia ehtoja. Duplex usus tarkoittaa yksinkertaistettuna sitä, että raha toimii ja sen edellytetään toimivan kuluttamisessa ja kauppiastoiminnassa.²² Carentia pecuniae tarkoittaa yksinkertaistaen sitä, että rahalla on ”rahan puuttuessa” arvo, joka kuuluu pääsääntöisesti rahan lainaajalle (tai kauppiaille). Tällä perusteltiin korkoa uuden ajan alussa.²³

Institutionaalisen markkinakäsityksen mukaisesti näen markkinoiden olevan paljon muutakin kuin pelkkiä numeroita. Institutionaalisuudessa ei myöskään päde matemaattinen ajattelu yhdestä oikeasta ”tuloksesta”, vaan ”markkinayhtälö” voi tuottaa tarkastelutavasta riippuen erilaisia lopputuloksia.

Edellä esitetyt taloudellinen ja institutionaalinen markkinakäsitys muodostavat yhdessä tilan, jota voidaan kutsua markkinaolettamaksi (*market assumption*).

Vaikka suoranaista markkinoihin viittaavaa perustelua käytetään varsin harvoin lainsäädäntötyössä, on lainvalmistelijoilla nykyaikana aina perusolettama markkinoista ja niiden olemassaolosta. Samalla tavoin markkinat hyväksytään yleisesti tärkeäksi osaksi yhteiskuntaa, jota ne toki ovat. Markkinoille asetetaan malleja, joiden mukaan niiden oletetaan toimivan. Säännöksissä esiintyvä markkinoiden käsite heijastaa lähtökohtaista sopimusvapauden periaatetta. Markkinoiden mallit ovat säädösten valmisteluvaiheissa usein esillä. Kuvastavatko nämä mallit todellisuutta vai ovatko ne vain hypoteesi jostain oletetusta? Kysymyksenasettelu on tarpeellinen, koska lainsäädäntötyön ja -valmistelun eli *Sollen*’in halutaan kuitenkin perustuvan *Sein*-maailman eli olemassa olevan tosi-*maailman* tarpeisiin, ”tosiseikkoihin”. Säädökset itsessään ovat *Sollen*’in eli pitämismaailman arvostuksia. Jos markkinoita ei ymmärretä edes jonkinasteisina *Sein*-seikkoina, on vaarana, että säädökset (osana pitämismaailmaa, *Sollen*-kuva markkinoista) menettävät yhteyden markkinoiden todellisuuteen.

Seuraavassa pyrin selvittämään markkinoiden käsitettä yleisen oikeustieteen ja sopimusoikeuden kannalta. Markkinoiden jaottelu on tehty kahteen pääkerrostumaan, joista käytän nimityksiä yritysmarkkinat ja kuluttajamarkkinat. Markkinoiden määrittely on otettu tähän tutkimukseen lähinnä sopimusoikeudellisesta

²² Ks. *duplex usus* -käsitteestä tarkemmin *Tolonen* 1992 esim. s. 158–165.

²³ Ks. yksityiskohtaisempi esitys *carentia pecuniaesta* *Tolonen* 1992.

syystä. Tarkoituksena on myös herättää keskustelua markkinoiden asemasta oikeustieteellisessä systeemissä. Tämän tutkimuksen kannalta tärkeintä on huomata, että:

- kaikilla markkinoiden toimijoilla on tarve ja halu tehdä sopimuksia (vaikkakin markkinoiden sopimukset ovat erilaisia)
- kaikilla markkinoilla tehdään sopimuksia ja
- sopimuksen perusajatus on sama – markkinoista riippumatta.

Markkinat ovat taloudellisen toiminnan vuorovaikutustila.²⁴ Markkinoilla toimitaan nimenomaan taloudellisesti, olipa toiminnan mittakaava tai suuruus mikääläinen tahansa. Teoreettinen tieteen harjoittaminen on puolestaan esimerkki toiminnasta, joka ei kuulu tässä tutkimuksessa esitettyyn kuvaan markkinoista.²⁵

Markkinoiden voidaan katsoa yhdistävän (*Pöyhösen* terminologiaa mukailen) eri toimintaympäristöt, intressitahot sekä erityyppiset riskipositiot.²⁶ Nämä tekijät voidaan löytää jokaisesta markkinoiden kerrostumasta. *Timonen* on puolestaan kuvannut markkinoita kilpailulainsäädännön ja valvonnan näkökulmasta, jolloin markkinavoima ja valtamarkkinat (*market for corporate control*) ovat korostetussa asemassa.²⁷

3.2 MARKKINOIDEN KEHITYS JA KANSAINVÄLISTYMINEN

Markkinoita voidaan lähestyä monesta perspektiivistä. Edellä esitetyt taloudellinen ja institutionaalinen tapa rajaavat markkinoiden juridista määrittelyä. Tämän lisäksi markkinat on ymmärrettävä historian kehityksen tuloksena. Markkinat ovat edelleen riippuvaisia ostajien määrästä, myyjien määrästä, käytössä olevan rahan määrästä ja myymisen tavasta. Ennen kuin nämä edellytykset täyttyvät, ei markkinoita varsinaisesti ole.

Toimivilla markkinoilla toteutuu pääsääntöisesti myös oikeudenmukainen hinta, joka puolestaan edellyttää edellä esitettyjen neljän peruskriteerin täyttymistä sekä kysynnän ja tarjonnan olemassaoloa. Näin markkinayhteiskunta eroaa esimerkiksi aristoteelisesta vaihtoyhteisöstä, jossa oikeudenmukaista hintaa ei vaihdannassa ollut.²⁸ Markkinoiden oikeudenmukaisuutta on pyritty eri aikoina

²⁴ Vuorovaikutustilalla tarkoitan tässä lähinnä samaa kuin sosiologiassa termillä *interaktio*.

²⁵ Tiede muuttuu kuitenkin osaksi markkinoita silloin, kun tieteen tuloksia ryhdytään myymään tai sitä ryhdytään käyttämään muutoin vaihdannassa.

²⁶ *Pöyhönen* 1996 s. 312.

²⁷ *Timonen* 1997 esim. s. 199 ja s. 218.

²⁸ *Tolonen* 1992 s. 150.

turvaamaan erilaisin mekanismein. Tällaisia ovat tyypillisimmillään olleet markkinoihin kohdistuvat lait ja säädökset, mutta viime aikoina ovat erilliset, lähinnä julkiset valvontaorganit sekä monet itsesääntelymekanismit tulleet korostetusti esille. Näiden turvamekanismien ja ohjauksen perusta on ollut sidoksissa aikaan ja toimintatapaan, ja hyvin usein markkinamekanismin turvaamisen perimmäinen syy on ollut taloudellinen.²⁹

Markkinoiden historian ja kehityksen kannalta raha ja sen määrä ovat olleet tärkeässä roolissa ja tämän vuoksi markkinoita tutkittaessa ei rahan eri tehtäviä voida sivuuttaa. Jo yksistään rahan historiallinen kehitys jalometallikolikoista paperirahan kautta tilirahaan on merkittävä tapahtumien sarja, jolla on ollut vaikutus kaupankäyntiin ja markkinoihin. *Tarkka* esittää rahalla olevan kolme päätehtävää. Nämä ovat 1. maksuväline, 2. arvon mitta ja 3. varallisuuden muoto.³⁰ Rahan ja varallisuuden siirrot ja niiden tekninen kehitys ja nopeutuminen ovat muuttaneet pysyvästi koko vaihdannan tapaa ja mahdollistaneet täysin uudentyyppisen kaupankäynnin. Varsinkin kansainväliselle kaupalle ja liikesopimuksille tämä kehitys on asettanut samalla uusia vaatimuksia. Voidaan todeta, että rahan siirto ja kauppahinnan maksaminen ei pääasiassa enää muodosta ostajalle varsinaista teknistä ongelmaa. Kansainvälisen kaupan kehityksen ja rahan käytön kannalta on ollut merkittävää se, että vekseli ja sekki yleistyvät kaukokaupassa. Kansainvälisen kaupan kannalta on syytä korostaa, että rahamääräisten maksuvälineiden ja maksusitoumusten kehitys mahdollisti kaukokaupan kehityksen varmistaen maksusaajan saamisoikeuden ja toisaalta luotollisen kaupankäynnin.³¹ Vekseli ja sekki loivat myös instituution, jossa käteissuorituksen rinnalle syntyi luotettava maksuväline.

Markkinoiden kehitys on tuonut mukanaan rahalle useita eri käyttöfunktioita. Lähtökohtana voidaan pitää sitä, että rahalla on oltava vähintään edellä mainitun *duplex usus* -opin mukainen kahdenlainen käyttöfunktio: rahan edellytetään toimivan kuluttamisessa ja kauppiastoiminnassa. Kauppiastoimintaa on *Hannu Tolosen* mukaan *myyminen, kuljettaminen ja säilyttäminen*.³² Kuluttaminen on taas rahan käyttämistä tarvetaloudessa. Rahan luonne on muuttunut huomattavasti vaihdannan nopeutuessa ja kansainvälistyessä.³³ Varsinkin kansainvälinen kaup-

²⁹ Mielenkiintoista on havaita esimerkiksi yritysmaailman halu itse säädellä toimintaansa. Tämän taustalla on usein se, että liike-elämässä yrityksillä ei ole luottamusta julkisen tai virallisen organin kykyyn laatia hyviä säädöksiä tai ohjeita. USA:ssa eräillä tuottajilla on ollut yleinen huoli puolestaan siitä, että osavaltiot laativat osavaltiokohtaisia säädöksiä (state law), kun tavarantuottajan intressissä olisi saada liittovaltiotasoinen ja näin yhtenäinen säädös (federal law).

³⁰ Ks. *Tarkka* s. 24–59. *Tarkka* viittaa tässä *William Stanley Jevonsiin*.

³¹ Ks. vekselin historiasta *Ylöstalo*: Tutkimuksia vekselioikeuden alalta, 1956 s. 30–33.

³² *Tolonen* 1992 s. 161.

³³ Rahaa ja sen merkitystä on tutkittu paljon niin historian kuin taloustieteenkin perspektiivistä. Ks. esim. *Galbraith*: Raha. Mistä se tulee – mihin se menee?, 1979 sekä *Tarkka* s. 24–59.

pa tukeutuu yhä enemmän rahan olemassaoloon ja sen eri käyttöfunktioihin, koska rahan arvo ja siirrettävyys luovat erinomaisen maksuvälineominaisuuden lisäksi itsessään vaihdannan kohteen ja toimivat samalla yleisesti hyväksyttynä arvon mittana.

Pörssikaupan eri muodoilla ja sen kehitymisellä on ollut tärkeä merkitys markkinoille. Pörssien merkitystä ei tässä ryhdytä tarkemmin tarkastelemaan,³⁴ mutta voitaneen todeta, että pörssi toteuttaa eri muodoissaan samaa tehtävää: pääomatavaran (kuten rahan) kertymistä ja sen vaihtumista. Pörssikaupalle ja pörssille on syntynyt monia uusia tehtäviä, joista eräänä käytännön liiketoiminnan ja varsinkin yritysten rahoituksen kannalta merkityksellisimpänä voidaan pitää pörssin arvonmäärittelytehtävää. Pörssi on muuttunut korostetusti kansainvälisillä yritysmarkkinoilla toimivien yritysten arvonmäärittelyfoorumiksi. Pörssi ei enää ole ainoastaan kauppakeskus, jossa käydään kauppaa, vaan pörssissä määritellään yhtiöiden ja joskus jopa koko toimialan arvo. Toisaalta pörssit ovat nykyään yhä enemmän liikeyrityksiä, jotka toimivat muiden liikeyritysten tavoin voittoa tavoitellen.

Kansainvälinen kauppa on tarvinnut kehittyäkseen markkinoita. Toisaalta on huomattava, että tehokas kauppa mahdollisti tehokkaat markkinat. Markkinoiden ja talouden kehitys kävivät näin samaa tietä. Markkinoiden kehityksen peruselementtejä voidaan kuvata seuraavan yksinkertaistetun kuvion avulla:



Kuvio 3. Markkinoiden kehityksen peruselementit.

³⁴ Yleisesityksen pörssikaupan kehityksestä ja liittymästä markkinoihin antaa *Max Weberin* teos *Pörssi* (*Die Börse*). Alkuteos on ilmestynyt 1894 ja 1896 kahtena eri kirjana. *Weber* tarkoittaa sanalla *markkinat* lähinnä kauppapaikkaa ja vaihdantaa yleisessä merkityksessä. Kirjaa pidetään edelleenkin oivana johdatuksena pörssilaitoksen toimintaan. *Weberin* mukaan pörssin kehityksessä voidaan nähdä saksalainen ja angloamerikkalainen juonne, jota voidaan pitää mielenkiintoisena arviona *Weberin* ajan pörssikaupankäynnin tapojen erilaisuudesta.

Kansainvälinen kauppa on kehittynyt siten, että kaupan kohde on jäänyt kaupantekovaiheessa ”sivuun”. Tällä tarkoitan, että kansainvälinen kauppa on verrattavissa arvopaperien pörssikauppaan, jossa kauppatavara ei ole lainkaan kaupapaikalla. Ihmisten ja tavaroiden liikkuvuus on nykyaikana tavattoman nopeaa, minkä vuoksi kansainvälisessä kaupankäynnissä mukana olevasta saattaa tuntua siltä, että vaihdannalla on itseisarvo – ei vaihdannan kohteella. Kansainvälisen kaupan sopimusneuvottelujen aikana ”tavarattomuudella” on selkeä merkitys, koska sopimuskumppanien toiminta neuvottelujen aikana perustuu korostetusti luottamukselle. Tämä puolestaan korostaa lojaalisuuden merkitystä. Edellä kuvattu tavarattomuus on johtanut käytännössä asiakirjojen merkityksen kasvuun kaupankäynnissä. Tämä on huomattavissa selvästi kansainvälisessä kaupassa, jossa dokumentaatio on joissakin tapauksissa saanut pääroolin koko transaktiossa.

Liberalistisella aatesuuntauksella on ollut hyvin merkittävä asema ja tehtävä markkinoiden ja kansainvälisen kaupan kehityksessä. Tämän vuoksi on syytä esittää seuraavassa eräitä liberalismiin perusajatuksia. Aatesuuntauksen suurina teoreetikkoina mainitaan yleensä *John Milton*, *John Locke*, *Adam Smith* ja *John Stuart Mill*. Markkinoiden historiassa on liberalismi – tai paremminkin *liberalisoiminen* – merkinnyt nimenomaan ulkomaankaupan vapauttamista ja sen esteiden poistamista. Liberalismilla on kuitenkin muitakin kuin kauppaa koskevia ulottuvuuksia.

Liberalismi voidaan jaotella kolmeen eri osa-alueeseen, jotka ovat:

1. oikeudellinen liberalismi,
2. poliittinen liberalismi ja
3. taloudellinen liberalismi.³⁵

Oikeudellisen liberalismiin kantavana ajatuksena on pidetty yksilön tahdonautonomiata (yksityisautonomiata). Tällä tarkoitetaan yksilön vapautta toimia tahdonsa mukaisesti. Oikeudellisen liberalismiin voidaan katsoa tukevan taloudellista ja poliittista liberalismia. Selkeää rajaa näiden liberalismiin osa-alueiden välillä ei voida vetää.

Poliittisessa liberalismissa asetetaan, hieman yksinkertaistaen, yksilön hyvä ja yksilön vapaus yhteisön etujen edelle. Tätä ajatuskantaa esittää mm. *John Locke*, joka esitti yksilön perusoikeuksiksi oikeuden elämään, omaisuuteen ja vapauteen.³⁶ Locken teoriaa voidaan kuvata perustuslailliseksi liberalismiksi.

³⁵ Taloudellinen liberalismi -termiä vastaa termi *talousliberalismi*.

³⁶ Esitykseni perustuu tässä Locken osalta *Juhani Pietarisen* artikkeliin ”John Locke” teoksessa *Jukka Kanerva* (toim.): *Politiikan teorian klassikoita*, 1984 s. 92–109.

Poliittisen liberalismien kannattajat suhtautuvat lähtökohtaisen kriittisesti kommunitarismiin, kollektivismiin ja useimmiten myös sosialismiin.

Taloudellinen liberalismi lähtee pääsääntöisesti siitä olettamasta, että

- markkinoilla vallitsee täydellinen kilpailutilanne,
- markkinoilla toimivat vapaat ja tasa-arvoiset yksilöt ja
- nämä toimijat ovat rationaalisia.³⁷

Taloudellisen liberalismien ensimmäisenä suurena teoreetikkona pidetään *Adam Smithiä*. Markkinoiden kehittymisen kannalta on merkittävä Smithin ansioksi se, että hän erotti ”luonnollisen hinnan” ja ”markkinahinnan” toisistaan.³⁸ Kuvattaessa ja perusteltaessa markkinoiden hajaantumista on Smithin esittämällä tuotannollisen toiminnan teorioilla varsin suuri merkitys. Tämä merkitys korostuu nimenomaan määriteltäessä yritysmarkkinoita, josta tarkemmin jaksossa 3.3.2.³⁹

Adam Smith esitti teoksessaan ”Kansojen varallisuudesta”, että ulkomaankaupan ja liike-elämän tulisi olla mahdollisimman (tai jopa täysin) vapaata. Klassisen taloudellisen liberalismien mukaan vapaus aatteellisenä ”maksimina” takaisi itsessään ja omana mekanismina sen, että taloudellista hyötyä koituisi kaikille osapuolille.⁴⁰ *Laissez-faire*-ajatus, työnjako sekä valtiovallan puuttumattomuus liike-elämään ovat Smithin perusteesejä, joiden avulla saavutetaan Smithin mukaan kaikkien kannalta suurin hyöty. Näissä ajatuksissa ei kuitenkaan puututtu sopimusinstituution perinteiseen sitovuuteen.

Taloudellisen liberalismien taustalta on löydettävissä poliittinen ja oikeudellinen liberalismi. Talous tukeutuu näin poliittiseen ja oikeudelliseen järjestelmään. Tämä pitää paikkansa, vaikka politiikassa ja oikeudellisessa järjestelmässä usein perustellaan päätöksiä ja toimintamuotoja talouteen liittyvillä argumenteilla.⁴¹ Taloudellisen liberalismien ja valtion suhdetta on tarkastellut ja kritisoinut ääriliberaalein äänenpainoin *F. A. Hayek*.

Yleisesti voidaan todeta, että oikeudellinen liberalismi tukee sopimusoikeudessa luottamusmallin mukaista teoriaa. Luottamusmallin ilmentymänä voidaan

³⁷ Tässä voidaan ottaa esille mielenkiintoinen ”yhtäläisyys” oikeustaloustieteen tuntemaan Coasen teoreemaan, ja sen edellytyksiin, ks. artikkeli *Kanniainen – Määttä – Timonen*: Coasen teoreema: esittely ja arviointi (*Kanniainen – Määttä* s. 46–61).

³⁸ Ks. tästä *Tolonen* 1992 s. 237.

³⁹ *Adam Smithin* teoriasta sekä korosta ks. *Tolonen* 1992 s. 234–241 ja 264–269.

⁴⁰ Liberalismista poliittisena aatteena ks. esim. *Luoto, Reima T. A.*: Liberalismi – johtava valtioaate, 1983, varsinkin s. 58–84 joissa myös viitattu *J. S. Milliin*.

⁴¹ Liberalismien moderneista ajattelijoista voidaan mainita *Friedrich A. Hayek*, joka kritisoi voimakkaasti kollektivismia ja sosialismia. Hänen mukaansa valtiojohtoinen kollektivismi ei voi toimia demokratian periaatteiden mukaisesti. Hayek sai taloustieteen Nobel-palkinnon 1974. Ks. tästä *Hayekin* teos *Tie orjuuteen*.

sopimusoikeudessa pitää sopimusosapuolten lojaliteettivelvollisuuksia ja lojaliteettiperiaatetta. Toisaalta sopimuskumppanin luottamuksen syntyminen vaatii käytännössä toisen sopimuskumppanin lojaalisuutta.

J. S. Mill on puolestaan esittänyt poliittisen liberalismien mallin korostaessaan hyödyn tavoittelun oikeutusta. Mill ja hänen aikakautensa liberaalit tavallaan hyväksyivät sen, että valtiointerventio ei enää ollut pakollinen jokaisella elämän tai talouden alueella. Liberalismi on – sananmukaisesti – historiallisesti tarkasteltuna lähinnä poliittisesti yksilön vapautta valtiosta. Mitä merkitystä tällä on sopimusoikeudelle tai liikesopimuksille? Merkitys on tärkeä, sillä oikeudellisessa liberalismissa asetetaan oikeudellinen toimintaympäristö liberalistiselle liiketoiminnalle. Kyse on yksilön ja yrityksen vapaudesta (= suunnilleen sama kuin tahtoa korostava tahtomalli) ja toisaalta yksilön ja yrityksen luottamuksesta toisiin toimijoihin ja nimenomaan sopimuskumppaneihin. Mill on esittänyt omat näkemyksensä liberalistisesta ajattelusta teoksissaan *On Liberty* (1859) ja *Utilitarianism* (1861).⁴²

Taloudellinen liberalismi ja liberaalit ajattelijat voidaan helposti leimata utilitaristeiksi. Liberaali hyötyajattelu on perusteltu siten, että utilitarismi on kaikesta huolimatta hyödyllistä ”useille”. Ajatus on näiden ”useiden hyötyjien” kannalta varmasti hyväksyttävissä, mutta muiden osalta ei.

Mill on lausunut Utilitarianism-teoksessaan periaatteensa yksilön hyvästä (*Principle of Utility*):

”Actions are right in proportion as they tend to promote happiness; wrong as they tend to produce the reverse of happiness.”

(”Teot ovat oikeassa mittasuhteessa, kun ne edistävät onnellisuutta; väärässä, kun ne pyrkivät tuottamaan onnellisuuden vastakohtaa.”)

Tämäntyyppinen ajattelu utilitaristisesta toimintatavasta heijastuu edelleen liike-elämän moraaliin ja sitä kautta liikesopimusten toimintamekanismiin ja riskeihin. Liikesopimusten oletetaan edistävän hyvää, tai kuten Mill lausuu, ”tyytyväisyyttä ja onnellisuutta”. Miten sitten Mill näki oikeuden tai *justice*-ajatuksen? Mill käsittelee Utilitarismin viidennessä luvussa ”The Connection between Justice and Utility” tätä kysymystä. Mielenkiintoista on huomata Millin päätyvän omien utilitarististen ja liberalististen periaatteidensa mukaisesti johtopäätökseen, jonka mukaan oikeus järjestelmänä perustuu ”hyödyllisyyteen” eli kuten Mill ajatuksen ilmaisee: ”*Justice... is based on the utility*”. Sanan *utility*

⁴² Ensimmäinen teos julkaisu lehdessä *Frazer's Magazine* jo 1861 ja erillisenä julkaisuna 1863. Ks. myös esim. *Bentham, Jeremy*: Introduction to the Principles of Morals and Legislation, 1789, jossa Bentham kuvaa luonnon asettamaa perusdilemmaa seuraavasti ”*Nature has placed mankind under the governance of two sovereign masters, pain and pleasure*”. (”Luonto on asettanut ihmisen kahden suvereenin herran hallintaan, kivun ja nautinnon.”)

sisältömerkitys viittaa jonkintasoiseen kollektiiviseen hyötyyn ja ”käyttökelpoisuuteen”.

Voidaan huomata, että Millin esittämille liberalistisille ja utilitaristisille näkemyksille on edelleen löydettävissä vahvaa kannatusta yrityksissä, liike-elämässä ja kansainvälisen kaupan piirissä. Liiketoiminnan perustana ja liiketoiminnallisena hyveenä pidetään vielä nykyäänkin laajasti vapautta ja oman edun tavoittelua. Vapaudelle ja omaa etua tavoittelevalle toiminnalle on kuitenkin asetettava, ja on asetettu, juridisia rajoja, jotka on nähty lähinnä poliittisesti tarpeelliseksi. Liberalismin ja utilitarismin rajoittaminen palvelee useimmiten myös liike-elämän tarpeita, vaikka liike-elämän yritykset edelleen toistavat usein painotuksin vaatimuksiaan valtion interventioden ja vaihdannan esteiden poistamisesta.

Missä tilanteessa ja miten rajoitetaan taloudellista ja poliittista liberalismia? Taloudellisen ja poliittisen liberalismin rajat asetetaan usein oikeudellisen liberalismiin rajoin ja oikeudellisin keinoin. Liberalismin rajat voidaan löytää yksinkertaisesta vapaan kilpailun ajatuksesta, jossa ”darwinistisen” ajatusmallin mukaisesti ja hyvin kärjistäen ilmaistuna vahvin kilpailija säilyy ja muut toimijat joutuvat väistymään vahvimman tieltä. Liberalismissa ei kyse ole kuitenkaan pelkästään tämän tyyppisestä ajatuksesta, vaan taloudellisen liberalismiin realiteettien valossa tilanne on toinen. Taloudellisen liberalismiin taustalta voidaan löytää ajatusmalli, jonka mukaan kilpailua tulisi tukea ja yhtiöliberalismia rajoittaa. Rajoitusten tarkoituksena on, että markkinat – miten ne sitten määritelläänkin – voisivat toteuttaa vapaasti ja tehokkaasti vapaata hinnanmuodostusta.

Markkinoiden toimivuuden ja vaihdannan intressien valossa ei ole suotavaa tai toivottavaa, että syntyy monopoliyhtiöitä tai muita vapaan kilpailun esteitä. Monopoli ja kartelli ovat instituutioita, jotka käytännössä aina rajoittavat ja säätelevät markkinoita. Niiden asemaa voidaan verrata valtion asemaan merkantilistien ajatuksissa (valtiovalta markkinoiden rajoittajana ja säätelijänä). Oikeudellisen liberalismiin päätehtävänä on luoda mekanismi, joka mahdollistaa taloudellisen, poliittisen ja oikeudellisen liberalismiin (ja terveen utilitaristisen toiminnan) myös tulevaisuudessa. On mielenkiintoista havaita, että oikeudellisen liberalismiin eräs päätehtävä on itse asiassa rajoittaa yhtiöliberalistisia instituutioita.

Oikeudellinen liberalismi ei ole selvä ja itsenäinen käsite vaan sen ydin muodostuu sopimusvapauden ja lojaliteettiajattelun yhdistelmästä. Ongelma oikeudellisen liberalismiin osalta on perinteinen: vallan, vapauden ja velvollisuuden yhteensovittaminen. Oikeudellisen liberalismiin periaatteiden mukaan tärkeää on, että voidaan luoda perusta vapaalle liiketoiminnalle (taloudellinen liberalismi) ja poliittisen liberalismiin periaatteiden mukaisesti rajoittaa valtion tai muun monopolistisen instituution automaattinen interventio liike-elämässä. Pelkona on, että valtion tai vallanpitäjien automaattinen ja auktoritatiivinen puuttuminen liiketoimintaan tukahduttaa vapaan ja tehokkaan liiketoiminnan. Tältä osin voidaan todeta, että vapaus-käsite on muuttunut Millin ajoista siten, että länsimai-

sessä ajattelussa vapaus on usein esitetty yksilön korkeimmaksi perusoikeudeksi – vaikka ihmisarvo lieenee perusoikeuksista ensisijaisin.⁴³

Liberalismin mahdollisuus on siinä, että sillä annetaan yksilölle mahdollisuus vapaasti itse ja itsenäisesti toimia ilman valtion interventiota. Kyse on kuitenkin tasapainotilasta, jossa myös muiden yksilöiden vapautta kunnioitetaan. Kauppalisessa toiminnassa ja varsinkin liikesopimuksissa liberalismi ja hyödyn tavoittelu ovat edelleen tosiasiallisia perusteita liiketoiminnalle. Tätä ei voida juridisin argumentein kumota.

*Luoto*⁴⁴ kuvaa osuvasti Millin erästä *On Liberty* -teoksessa esittämää perusajatusta seuraavasti: ”Mill tekee kuitenkin selväksi, ettei hän nerouta ylistäessään puolla eriarvoisuutta, vaan erilaisuutta. Yhteiskunnan edessä kumpikin ryhmä on tasa-arvoinen ja vapaa”.⁴⁵ Millin liberalistista näkemystä ja ajatusta yhdenvertaisuuden oletuksesta voidaan tarkastella myös vallitsevan perusoikeuskäsityksen valossa.⁴⁶

Liberalistinen ajattelu, sen suosio ja leviäminen Euroopassa johtivat moniin kansainvälistä kauppaa edistäviin seikkoihin. Kansainvälisessä kaupassa yksilön etujen turvaaminen ja korostaminen edesauttavat kaupan omien mekanismien syntyä sekä kehittävät tehokkaita kaupankäyntimuotoja. Yksilöiden erilaisuuden, oikeuksien ja kykyjen hyödyntämisen mahdollistava liberalismi on sittemmin laajentunut monien yksityisten yritysten toiminnan perusarvoksi. Edelleen voidaan todeta, että liberalistinen kauppakulttuuri on osaltaan merkittävästi vaikuttanut vapaasti muotoutuneiden kauppiastapojen syntyyn. Ne ovat kehittyneet pitkälti yksinomaan kauppiaiden tarpeista, mutta niitä muokkasivat merkantilistiset ja valtio-ohjatut mekanismit.

Ajatukset kauppiaiden itsensä muokkaamista kauppiastavoista joutuivat vielä 1800-luvulle tultaessa kohtaamaan usein valtion väliintulon (niin verojen, tullien kuin muidenkin rajoitteiden muodossa). Kun liberalismi eteni poliittisena, oikeudellisena ja taloudellisena aatesuuntana, saatettiin yksityisten yritysten yksilöllisyyttä ja etua ajatella edistettävän jopa siten, että kauppiaiden väliset tavat hyväksyttiin osaksi tapanormistoa. Kansainvälisessä kaupassa ei ollut mikään

⁴³ Ks. Km 1992:3 s. 52–53, jossa todetaan: ”Kaikkien perus- ja ihmisoikeuksien perimmäinen tarkoitus voidaan nähdä samansuuntaisena. Niillä tavoitellaan ihmisten mahdollisimman laajaa tosiasiallista vapautta turvallisuutta.” Ks. tästä myös *Länsineva* s. 42–43 sekä 128. Euroopan unionin perusoikeuskirja korostaa ihmisarvon asemaa tärkeimpänä perusoikeutena.

⁴⁴ Millistä ks. *Luoto* s. 73–84 ja *Adam Smithistä* (teos Kansojen varallisuudesta) ks. *Luoto* s. 58–65.

⁴⁵ *Luoto* s. 79. *Luoto* viittaa tässä kouluoppilas-esimerkkiin, jossa oppilasryhminä ovat keskinkertaiset ja nerot. Ks. *Mill* s. 63–67.

⁴⁶ Varsin mielenkiintoisia ja tutustumisen arvoisia tältä osin ovat *Länsinevan* ajatukset perusoikeusrajoituksista ja varsinkin yhdenvertaisuusvaatimuksesta, ks. *Länsineva* s. 84.

uusi asia se, että kauppiaiden välillä hyväksyttiin ja käytettiin erilaisia kauppatapoja.

Kuitenkaan kauppatapojen arvo ja toisaalta arvostus hallinnollisella tai lainsäädännön tasolla ei ollut kovinkaan merkittävä. Liberalismi johti kaikesta huolimatta osaltaan kansainvälisen kaupan kasvuun ja kansainvälisen kaupan tapojen arvostuksen nousuun. Vaikka arvostus ei näkynyt heti lainsäädännössä, ryhdyttiin kansainvälisen kaupan oletettua kauppiastapaa vähitellen arvostamaan kauppiaiden vapaana tahtona ja tätä kautta laajeni myös kauppiaiden sopimusvapaus.

3.3 MARKKINOIDEN KERROSTUMISTA

Markkinat ovat saaneet eri tieteenaloilla eriarvoista huomiota. Esimerkiksi taloustieteessä markkinapainotteinen tutkimusote ei ole harvinainen tai uusi tapa hahmottaa vaihdantaa. Samoin valtiontalouden ja yksityistalouden sekä toisaalta yritysten ja yksilöiden välinen erottelu on ollut tarpeellista ja ymmärrettävää. Oikeustieteen systeemeissä on kuitenkin perinteisesti pyritty markkinoiden tarkasteluun objektiivisesti ja tasapuolisesti. Samalla on tavoiteltu yhteiskuntajärjestelmän yhtenäisyyttä ja sen subjektien lähtökohtaista tasavertaisuutta. Oikeudenmukaisuuden vaatimuksen nimissä on haluttu tasapäistää markkinoilla toimivia oikeussubjekteja. Oikeusperiaatteet on rakennettu alunperin tasapuolisuuden ja yhdenvertaisuuden pohjalle. Vallitseva kehitys kuitenkin selkeästi osoittaa, että myös juridinen käsitys yhtenäisistä markkinoista on muuttumassa. Vaikka yhä enemmän pyritään yhtenäistämään markkinoita niin poliittisesti kuin taloudellisesti (esim. EU, USA ym.), on tämäntyyppinen markkinoiden yhtenäistäminen usein vain horisontaalista. Useissa tilanteissa horisontaalinen markkinoiden yhtenäistäminen on johtanut vertikaaliseen markkinoiden hajaantumiseen. Hajontaa on vaikea juridisesti hallita tai ymmärtää.

Markkinoista voidaan erottaa kaksi selkeää vertikaalista pääkerrostromaa. Käytän näistä nimityksiä *kuluttajamarkkinat* ja *yritysmarkkinat*. Nämä markkinoiden osakäsitteet voidaan jakaa edelleen alaryhmiin. Pyrin selvittämään markkinoiden kerrostumien merkitystä sopimusoikeuden systeemin kehittymisessä ja tätä kautta kuvaamaan kansainvälistä kauppaa ja kansainvälisen kaupan liikesopimuksia osana yritysmarkkinoita.

Markkinoiden vertikaalisissa kerrostumissa voidaan nähdä myös sopimusoikeuden painopisteiden siirtymisiä.⁴⁷ Markkinoiden kerrostumat ovat kiinteästi sidoksissa sopimusoikeuden muuttumiseen (lähinnä kuluttajamarkkinoiden osal-

⁴⁷ Ks. *Wilhelmsson* 1993 II s. 26 sekä *Wilhelmsson* 1992 esimerkiksi s. 51–79.

ta). Markkinat ja niiden eri kerrostumat on kyettävä näkemään myös yksittäisten sopimuskäytäntöjen muuttumisen kautta.

Markkinoiden kerrostumat on tuotu tutkimuksessa korostetusti esille, koska kansainvälisen kaupan toimintaympäristön hahmottaminen ja ymmärtäminen helpottaa liikesopimusten, sopimusverkkojen ja maksujärjestelyjen tulkintaa ja systematisointia.⁴⁸

3.3.1 Kuluttajamarkkinat

Vaikka tarkoituksena ei ole perehtyä kuluttajamarkkinoihin, on niiden yleisluontoinen kuvaus tarpeen. Yksilöllä tarkoitetaan seuraavassa luonnollisia henkilöitä ja sellaisia pienyrityksiä, jotka meillä usein käytännössä rinnastetaan, varsinkin verotuksessa, luonnollisiin henkilöihin. Yritys-termi on tässä tutkimuksessa rajattu koskemaan ainoastaan liiketoimintaa harjoittavia oikeushenkilöitä, joissa yrityksen toiminta ei perustu pelkästään omistajan työpanokseen.⁴⁹

Yksilötasolla markkinoiden rajaaminen on tässä tehty yksinkertaisesti. Yksilö tekee pääsääntöisesti oikeustoimia markkinoilla kuluttajana. Kuluttajan tekemät sopimukset ovat käytännössä useimmiten välttämättömiä jokapäiväisiä hankintoja. Kuluttaja luottaa lähtökohtaisesti siihen, että sopimuskumppani (yleensä vähittäismyyjä) tietää ja tuntee tarjoamansa tuotteen ja antaa siitä oikeat tiedot. Toisaalta tulee muistaa, että esimerkiksi myyjien ja valmistajien antamat laatu- ja muut takuut edesauttavat tämän luottamuksen syntymistä.

Kuluttaja-asemaa on haluttu tukea ja vahvistaa lainsäädännöllisin ja poliittisin toimin. Pääsääntöisesti kuluttajan asemaa on haluttu pitää ”riskittömänä” siten, ettei kuluttajan tarvitsisi ottaa jokapäiväisen elämisensä vuoksi riskejä. Mikäli kuluttaja ryhtyy harjoittamaan liiketoimintaa, hän siirtyy osittain kuluttajamarkkinoiden rajan yli yritysmarkkinoiden puolelle. Tällöin kuluttaja-asemaan liittyvä ”riskittömyyssuoja” pääsääntöisesti poistuu.

Kuluttajamarkkinat painottuvat käyttötalouteen ja yksilön realiteetteihin. Lainsäädännössä on yksilön tarpeet ja toisaalta ongelmat markkinoilla usein kyetty näkemään. Näitä yksilöön liittyviä seikkoja (esimerkiksi sairaus) ei yritysten ja liiketoiminnan piirissä periaatteessa edes ole. Esimerkkinä osamaksukauppalain 2 §:n 2 momentti:

”... viivästyminen on johtunut maksuvaikeuksista, joihin ostaja *sairauden, työttömyyden tai muun erityisen* seikan vuoksi pääasiallisesti omaa syyttään on joutunut...” [Kursiivi tässä.]

⁴⁸ Ks. Aarnio 1978 s. 52–59.

⁴⁹ Tässä on oletettu, että selvittäessä jonkin yksilön asemaa ja tekemisiä kyseinen toimija on oikeustoimikelpoinen.

Kuluttajamarkkinoita tutkittaessa nousee esille kysymys siitä, onko niillä takanaan institutionaalinen tuki.⁵⁰ Edelleen voidaan kysyä, mihin perustuu kuluttajien sekä kuluttajamarkkinoiden erityisasema. Oikeustieteellisen tutkimuksessa ei juuri ole tutkittu institutionaalisen tuen tai sen puuttumisen vaikutuksia – lukuun ottamatta *Hannu Tolosen* teosta *Oikeuslähdeoppi* (2003).

Tolonen toteaa: ”...materiaalisen oikeuslähteen kannalta oikeuslähteellä tulee olla institutionaalinen tuki” ja hän jatkaa: ”Se tarkoittaa, että oikeusperiaatteella tulee olla kiinne kohta oikeudellisessa systeemissä. Jos tällaista kiinnekohtaa ei löydy, on kyseessä ainoastaan moraalinen periaate”.⁵¹

Erityisesti kuluttajamarkkinoiden vaatima institutionaalinen tuki ja toisaalta kuluttajamarkkinoiden merkitys institutionaalisen tuen antajana olisivat mielenkiintoisia tutkimuskohteita.

3.3.2 Yritysmarkkinat

Kansainvälisen kaupan liikesopimukset sekä maksu- ja vakuusjärjestelyt tehdään yritysmarkkinoilla. Yritysmarkkinoiden rajaaminen ei ole yhtä yksinkertaista kuin kuluttajamarkkinoiden. Toisaalta juuri epämääräisyys ja rajojen vaikea määrittely ovat tunnusmerkkejä yritysmarkkinoille. Yritysmarkkinoiden erityispiirteenä voidaan pitää, että yrityksillä on käytettävissään tietoa sanan kattavassa merkityksessä. Tämä perustuu siihen, että yritys⁵² voi periaatteessa hankkia kallistakin asiantuntemusta, mutta asiantuntemukselle joudutaan aina laskemaan hinta.⁵³ Tiedon hinta siirtyy lopulta yrityksen asiakkaan kannettavaksi. Yrityksen oma tieto on sen pääomaa. Tietopääoma antaa omistajalleen valtaa yritysmarkkinoilla.⁵⁴

Yritysmarkkinat toimivat ja määräytyvät pitkälti liikesopimuksien avulla. Yritysmarkkinoilla liikesopimus käsitetään yleensä hyvin traditionaalisenä sopimuksena. Traditionaalinen sopimuskäsitys tukeutuu ankariin sopimuksen sitovuutta ja toisaalta sopimuskumppanien sopimusvapautta korostaviin oikeudellisiin periaatteisiin.⁵⁵ Vaihdon instrumenttina sopimus mahdollistaa myös useiden sopimusten yhdistämisen. Sopimusten verkottumista voidaan pitää nykyisten

⁵⁰ Institutionaalisen tuen määrittelystä ks. *Tolonen* 2003 s. 42–43.

⁵¹ *Tolonen* 2003 s. 42.

⁵² Yrityksillä tarkoitetaan tässä keskisuuria ja suuria yrityksiä. Pienyritykset ja perheyrytykset rinnastan yksityishenkilöihin.

⁵³ Ks. elinkeinoelämän suunnittelusta ja markkinoista *Galbraith* 1968 s. 38–52.

⁵⁴ Ajatusta ”Information as a Resource” on kehitellyt *Collins* artikkelissaan ”Disclosure of Information and Welfarism”, katso *Brownsword – Howells – Wilhelmsson* s. 107. Ks. myös tiedon (informaation) merkityksestä *Häyhä* 1998 ja *Häyhä* 2000.

⁵⁵ Periaatteista ks. *Aarnio* s. 78–83 sekä *Tolonen* 1988 s. 177–194.

yritysmarkkinoiden hallitsevana piirteenä. Yritystoiminnan menestymisen kannalta on tärkeää, ettei vaihdannan välineenä tai sen ”välitysaineena” toimivaa sopimusta liiallisesti tai monimutkaisesti säädöksin rajoiteta. Voidaan vaikkapa kuvitella sopimusten ketjua, jossa tuote siirtyy valmistajalta kuluttajalle. Mikäli jokaisen alihankkijan, myyntiporaan ja välittäjän välillä tulisi ottaa huomioon esineen siirtymisen lisäksi tuota myyntiporrasta koskeva erityissäännös tai ketjussa seuraavana olevan asema (esimerkiksi toisen osapuolen puutteellinen tieto tai muu ns. ”heikkous”), tulisi tavaran valmistuksesta ja toimittamisesta kuluttajalle hyvin kallis, raskas ja hidas prosessi.

Missä sitten kulkee raja kuluttaja- ja yritysmarkkinoiden välillä? Raja ei ole täysin selvä, mutta kuluttajamarkkinoista voidaan puhua vasta kuluttajan astuessaan kuvaan eli pääsääntönä:

Rajan yksilö- ja yritysmarkkinoiden välille muodostaa vähittäismyyntiporras. Riippuen siitä, kenen kanssa vähittäismyyntiporras tekee sopimuksen, kyse on joko kuluttajamarkkinoista tai yritysmarkkinoista. Kun sopimuksia tehdään kuluttajien kanssa tai kuluttajien välillä, kyse on kuluttajamarkkinoista.

Kuluttajamarkkinoiden ulkopuolelle jäävät markkinat ovat kokonaisuudessaan yritysmarkkinoita.

Yritysmarkkinat ovat myös liike-elämän ja yritysten vuorovaikutustila. Yritysmarkkinat ovat vuorovaikutuksessa kuluttajien kanssa kuluttajamarkkinoilla (ja kuluttajamarkkinoiden kautta). Yritysmarkkinoilla toimii vain liiketoimintaa harjoittavia yrityksiä, ei lainkaan kuluttajia. Jos markkinat jaetaan kuluttaja- ja yritysmarkkinoihin, tulee hallinnon ja julkisen vallan sopimukset jättää tämän jaottelun ulkopuolelle. Pääsääntöisesti voidaan kuitenkin todeta, että nämä eivät ole puhtaasti yrityssopimuksia tai kuluttajasopimuksia. Julkisen vallan markkinat ovat erityislaatuiset ja ne kattavat kuitenkin lähtökohtaisesti kaikki markkinat.

Yhtenä tapana määritellä yritysmarkkinoilla liiketoimintaa harjoittavia oikeussubjekteja voidaan pitää Yhdysvaltojen kauppalaissa, UCC:ssa esitettyä *merchant*-termiä. *Merchant*- ja *between merchants* -käsitteet on määritelty UCC:ssa seuraavasti:

[UCC § 2-104. Definitions: ”Merchant”; ”Between Merchants”; ”Financing Agency”]

(1) ”Merchant” means a person who deals in goods of the kind or otherwise by his occupation holds himself out as having knowledge or skill peculiar to the practices or goods involved in the transaction or to whom such knowledge or skill may be attributed by his employment of an agent or broker or other intermediary who by his occupation holds himself out as having such knowledge or skill.

...

(3) "Between Merchants" means in any transaction with respect to which both parties are chargeable with the knowledge or skill of merchants."

((1) "Kauppias" on henkilö, joka käy tavarakauppaa tai muuten ammatinaan tarjoaa itseään liiketoimeen sisältyviä käytäntöjä tai tavaroita koskevaa erityistä tietoa tai taitoa omaavana tai keneen tällainen tieto tai taito voidaan liittää hänen palkkaamansa agentin tai kaupanvälittäjän johdosta tai muu välittäjä, joka ammatinsa johdosta tarjoaa itseään tällaisen taidon tai tiedon omaavana.

...

(3) "Kauppiaiden välinen" tarkoittaa mitä tahansa liiketointa, jossa molemmat osapuolet ovat vastuussa kauppiaiden tiedot ja taidot omaavina.)

UCC:ssa ilmaistuissa merchant- ja between merchants -määritelmässä korostetaan sitä, että merchant-termi tarkoittaa ainoastaan asiantuntijoita ja ammattilaisia, eikä esimerkiksi satunnaisia "kaupantekijöitä". Toisaalta UCC:ssa todettua voidaan tarkastella siten, että määritelmät osoittavat vaatimuksen, jonka mukaan yrittäjällä (merchant) voi olla periaatteessa pelkkä taito (*skill*) tai (or) alansa asiantuntemus(-tieto) (*knowledge*). Kuitenkin taidon ja tiedon tulee olla tavalla tai toisella kaupattavana eli niitä tulee tarjota markkinoilla. Asiantuntemuksen ja taidon erottaminen toisistaan on tältä osin kuitenkin teoreettista, sillä taitoa ei voine olla ilman tietoa. Asiantuntemuksen on katsottava kattavan myös kyseisen alan tapanormiston tuntemisen. Tämän määrittelyn osalta UCC:n sanamuoto on pääosin käyttökelpoinen myös muissa oikeusjärjestelmissä.

Merchant (kauppias)-termiä vastaa suomen kielessä käsite elinkeinonharjoittaja. Elinkeinonharjoittajan määritelmästä esimerkkinä voidaan mainita laki kilpailunrajoituksista 3 §:n 1 momentti, jossa säädetään seuraavasti:

"3 §. Elinkeinonharjoittajalla tarkoitetaan tässä laissa luonnollista henkilöä tai yksityistä tai julkista oikeushenkilöä, joka ammattimaisesti pitää kaupan, ostaa, myy tai muutoin vastiketta vastaan hankkii tai luovuttaa tavaroita tai palveluksia (hyödyke)."

Suomessa yritysmarkkinoilla katsotaan toimijoiden olevan lähtökohtaisesti ammattimaisia ja ammattitaitoisia. Mutta elinkeinonharjoittajalla voidaan tarkoittaa myös yksityishenkilöä, jolla ei välttämättä ole ammattitaitoa. Tämän vuoksi yritysmarkkinat tulisi selkeästi rajata ammattimaisten elinkeinonharjoittajien ja asiantuntijoiden väliseen vuorovaikutukseen.

3.3.3 Sopimuskumppanin määrittelystä markkinoilla

Kysymys siitä, ketkä ovat sopimuksen osapuolia eli sopimuskumppaneita, on saanut osakseen runsaasti huomiota velvoiteoikeudellisessa tutkimuksessa. Sopimuksen osapuolten määrittelemisen sopimuskumppaneihin ja toisaalta kolmansiin eli tavallaan ulkopuolisiin tuntuu myös käytännössä joskus vaikealta. Jos velvoiteoikeudellinen tutkimus kohdistetaan sopimuksen osapuolien lisäksi sopimuksen toimintaympäristöön eli markkinoihin, tarkastelu ja kysymyksenasettelu voitaisiin tehdä pikemminkin: onko kyseessä sopimuksen vaikutusten piirissä oleva taho vai ei? Varsinkin kansainvälisessä kaupassa käytetyt maksu- ja vakuusjärjestelyt tulee nähdä osana kokonaisuutta, jota tässä tutkimuksessa kutsutaan *sopimusverkoksi*.

Perustavana periaatteena velvoiteoikeudessa on pidetty, ettei kolmannen oikeuksista voida ilman tämän suostumusta tai laissa olevaa kelpuutusta sopia. Viime vuosikymmeninä on kuitenkin törmätty nykyaikaisilla yksilö- ja yritysmarkkinoilla tehtyihin hyvin laajoihin ja laajalti vaikuttaviin sopimuksiin. Käytännössä yritysmarkkinoilla sovitaan usein erittäin laaja-alaisista, moniin henkilö- ja yritystahoihin vaikuttavista seikoista. Tällöin perinteinen sopimuskumppanien jako sopimuksen osapuoliin ja ei osapuoliin (*in vs. out* -ajattelu) ei anna selvää vastausta sopimukseen osallisten statuksen arvioinnissa. Toisena esimerkkinä laaja-alaisista sopimuksista voidaan mainita erikseen säännellyt työehtosopimukset, joilla pitkälti määrätään kolmansien oikeuksista ja velvollisuuksista. Työehtosopimusten osalta on huomattava, että niiden kolmansiin ulottuva vaikutus on laissa säädetty.

Edellä esitetyn markkina-ajatuksen mukaisesti kuluttajamarkkinoilla yksilöä voidaan pääsääntöisesti pitää joko sopimuksen osapuolena eli sopimuskumppanina tai sopimuksen ulkopuolisena. Yritysmarkkinoilla tilanne on monimutkaisempi kuin kuluttajamarkkinoilla. Sopimuskumppanien nimeäminen ei välttämättä rajoita edes sopimusvelvoitteiden osoitetta näiden osapuolten piiriin. Yritysmarkkinoilla ei yleensä pystytä rajaamaan tai haluta rajata sopimuskumppaneita tyhjentävästi. Kyse onkin yritysmarkkinoilla vallitsevasta tarpeesta saada jokin taho sidottua ”nimeltä” vastuuseen sopimusvelvoitteiden täyttämisestä. Tällöin kuitenkin on kyse juuri vastuun ilmaisemisesta *inter partes*, ei niinkään sopimuskumppanien rajaamisesta. Yritysmarkkinoilla nykyinen sopijakumppani-käsite osoittaa näin pikemminkin sen, kuka on vastuussa. Kuluttajamarkkinoilla puolestaan on kyse selkeämmin siitä, kuka todellisuudessa täyttää velvoitteen. Sopimuskumppanin nimeäminen ja nimenomainen maininta varsinkin liikesopimuksissa on tärkeää. Liikesopimusten sopimuskumppanien tulee tietää sopimuskumppaninsa. Jos identifiointia ei ole tehty selkeästi jo ennen sopimuksen laadintaa, on tämän korjaaminen jälkeenpäin aina hankalaa.

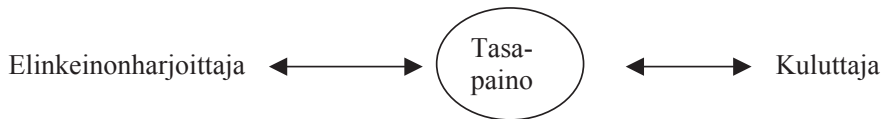
Oikeustieteessä on sopimustasapainoa ja sen merkitystä varsinkin sopimuksen tulkinnassa tutkittu runsaasti. Sopimusta on kuvattu tahtojen yhtymiseksi, minkä jälkeen sopimuskumppanien oikeudet ja velvollisuudet ovat tasapainossa. Sopimuskumppanien katsotaan toimivan vapaasta tahdostaan. Tarjouksen ja siihen annetun myöntävän ja ehdottoman vastauksen jälkeen sopimus sitoo osapuolia. Oikeustieteessä on tämän konstruktion avulla päädytty kuvaamaan sopimusta osapuolten väliseksi tasapainotilaksi.⁵⁶ Valitettavaa on se, että sopimuskumppanien tasapainon pohdinnassa unohdetaan usein itse sopimus, joka on aina tasapainossa *sui generis*; sopimus tulisikin nähdä ensi sijassa aina tasapainotilana, vaikka osapuolet tai sopimusingympäristö olisi ”epätasapainossa”.

Sopimustasapainolla on merkitystä tarkasteltaessa markkinoiden eri kerrostumia. Yleisesti voidaan todeta, että sopimusten tasapainoisuutta joudutaan useimmiten arvioimaan vasta sopimusriitaa selvitettyä. Tällöin sopimuksen tulokseen tyytymättömän osapuolen mielestä tasapainoa ei ole koskaan ollutkaan. Sopimustasapainon arviointi pyritään perustamaan yleisiin ja yhteismitallisiin kriteereihin. Markkinoiden eri kerrostumien ymmärtäminen tuo apua myös yksittäisen sopimuksen sopimustasapainon arviointiin. Sopimusjärjestelyt ovat muuttuneet varsinkin kansainvälisessä kaupassa yhä monimutkaisemmiksi sopimusverkoiksi. Tämän vuoksi yritysmarkkinoiden liikesopimussuhteiden tasapainon tai kohtuullisuuden arviointi on sopimusverkon ulkopuoliselle erittäin vaikeaa. Erityisesti modernien liikesopimusten ja sopimusverkkojen ns. sopimustasapainon arviointi on yhä vaikeampaa.

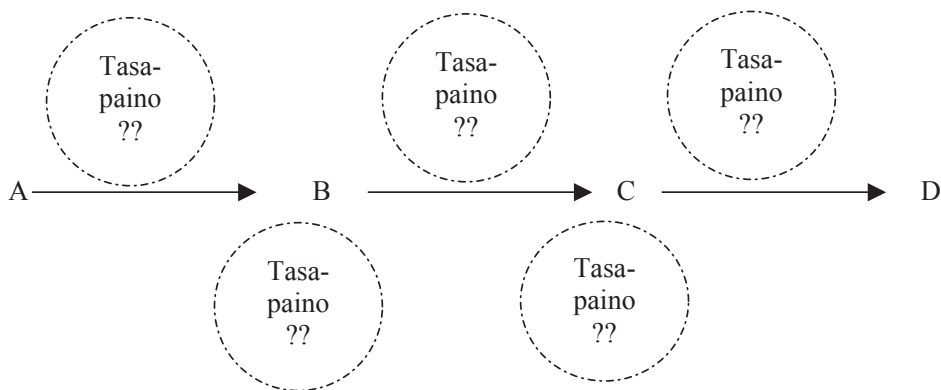
Tasapainoa sopimussuhteissa voidaan tarkastella monella tavalla. Juridinen tasapaino on usein vaikea esittää yleispätevänä käsitteenä ja se aktualisoituu käytännössä tuomioistuimen arviona siitä, onko sopimusta tarve sovitella. Tällöin ratkaisija joutuu arviomaan sopimussuhteen tasapainoa. Seuraavat kaaviot (4 ja 5) pyrkivät havainnollistamaan sitä, miten tasapaino ”sijoittuu” sopimuskumppanien välillä.

⁵⁶ Esimerkiksi oikeustoimilain 36 §:ssä on löydettävissä lähtökohtainen sopimusoapuolten ”tasapainotilan” oletama. Ks. myös HE 247/1981 s. 3–6. Hallituksen esitys Eduskunnalle oikeustoimen kohtuullistamista koskevaiksi lainsäädännöksi 1981 vp n:o 247.

Kuluttajasopimus



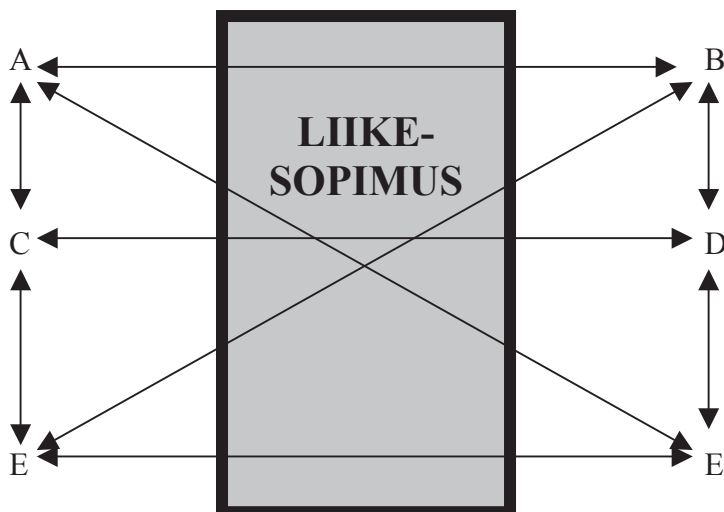
Sopimusketju (missä on tasapaino?)



Kaavio 4. Sopimustasapaino kuluttajasopimuksessa ja sopimusketjussa.

Tasapainon arvioinnissa perussääntönä tulisi pitää sitä, että sopimus on osapuolten laatima tasapainotila. Tasapaino on sopimuskumppaninen sopima ja se on sovittu tasapainotilaksi. Tasapainoinen sopimus voi siis olla myös sopimusverkko, jossa yksi pääsopimus. Pääsopimuksessa ja sopimusverkon muissa sopimuksissa on määriteltä (eli sovittu) se tasapaino, jonka osapuolet ovat halunneet.

Seuraavassa kaaviossa on kuvattu liikesopimus, jonka ympärille muodostuu sopimusverkko. Esimerkin sopimusverkossa on kuusi osallista ja useita eri sopimuksia osapuolten välillä. Näiden yhteisenä tarkoituksena on toteuttaa pääliikesopimuksen tarkoitusta. Miten tämä sopimusverkko voisi olla tasapainossa, jos tasapaino ei perustuisi osapuolten käsitykseen tasapainotilasta?



Kaavio 5. Sopimustasapaino liikesopimuksen sopimusverkossa.

Kuluttajamarkkinoilla kuluttajasopimusta voidaan teoriassa kutsua sopimus-kumppanien väliseksi tasapainotilaksi. Kuluttajasopimuksessa korostuu kaksina-
napaisuus (kuluttaja vs. elinkeinonharjoittaja), minkä vuoksi on tasapainotilan
arviointi periaatteessa helpommin löydettävissä kuin liikesopimuksissa ja liike-
sopimusverkoissa. Yritysmarkkinoilla liikesopimus on lähtökohtaisesti kulutta-
jamarkkinasopimuksia tasapainoisempi, mutta tasapaino ei ole kolmannen ase-
tettävissa. Markkinoiden hajaantuessa on pystyttävä näkemään, millainen tasa-
painotila sopimuskumppanien välillä kulloinkin vallitsee, ja toisaalta, mitä tasa-
paino kulloisessakin markkina- ja sopimustilanteessa todellisuudessa merkitsee.
Sopimustasapainon *in casu* -arviointia helpottaa osaltaan se, jos kyetään erotta-
maan yksilö- ja yritysmarkkinat toisistaan.

3.3.4 Markkinat sääntelyssä ja osana vallanjakoa

Lähtökohtana ja perinteisenä mielipiteenä säädetystä laista voidaan pitää, että
”laki on kaikille sama”. Toisaalta nykyään voidaan tätä perusajatusta täsmentää
toteamalla: ”laki on kaikille niille sama, joihin se soveltuu”. Eri markkinoiden ja
lainsäädännön suhde on mielenkiintoinen, sillä lainsäädäntötyössä kohdistuu
ristipaine markkinoiden ja toimijoiden erilaisuuden hallintaan samalla, kun sää-
dösten sisältöä pyritään lähtökohtaisesti laatimaan tasapuoliseksi.

Eri markkinoita ja markkinoilla toimivia eri henkilöitä on kautta aikojen säännelty eri tavoin. Markkinoiden hajaantuminen on vaikuttanut lainsäädäntöön. Hyvänä esimerkkinä lainsäädännössä esiintyvistä erottelusta yksilö- ja yritys-markkinoihin voidaan pitää kansainvälisiä kauppalakeja, joissa on korostettu säädösten soveltuvuutta vain yritysmarkkinoilla toimivien yritysten välisiin sopimuksiin. Näissä kuluttajasopimukset ja kuluttajat on rajattu säädöksen soveltuvuuden ulkopuolelle. Esimerkiksi YK:n kauppalain 2 artiklassa on todettu:

”Tätä yleissopimusta ei sovelleta:

a) henkilökohtaiseen taikka perheen tai kotitalouden käyttöön ostetun tavaran kauppaan, paitsi jos myyjä ei sopimusta tehtäessä tai sitä ennen tiennyt eikä hänen olisi pitänytkaan tietää, että tavara ostettiin tällaiseen käyttöön...”

Kansallisesta lainsäädännössä eri markkinoiden jako ja erilainen sääntely on todettavissa mm. yksityishenkilön velkajärjestelylain ja yrityksen velkasaneerauslain välisistä eroista. Näissä säädöksissä on huomioitu markkinoiden erilaisuus juridisissa ongelmatilanteissa, kuten maksuvaikeustilanteissa. Maksuvaikeudet ovat yhteinen nimittäjä kummassakin laissa. Markkinat, joilla maksuvaikeuksia esiintyy, on jaettu kahteen ryhmään: yksilö- ja yritysyhmään. Lainsäädäntötasolla on näin normien avulla pyritty ohjaamaan asiantilaa, jossa yritysmarkkinoiden ja toisaalta yksilötason intressit ovat periaatteessa samat. Tavoitteiden saavuttamiseksi käytettävissä olevat lainsäädännölliset keinot eivät ole samanlaisia, vaan ne ovat markkinaohjautuneita.

Toisena esimerkkinä lainsäädännön markkinaohjautuneisuudesta voidaan mainita takauslaki (laki takauksesta ja vierasvelkapanttauksesta 361/1999), jossa on määritelty yksityistakaaja:⁵⁷

Laki takauksesta ja vierasvelkapanttauksesta 2§:

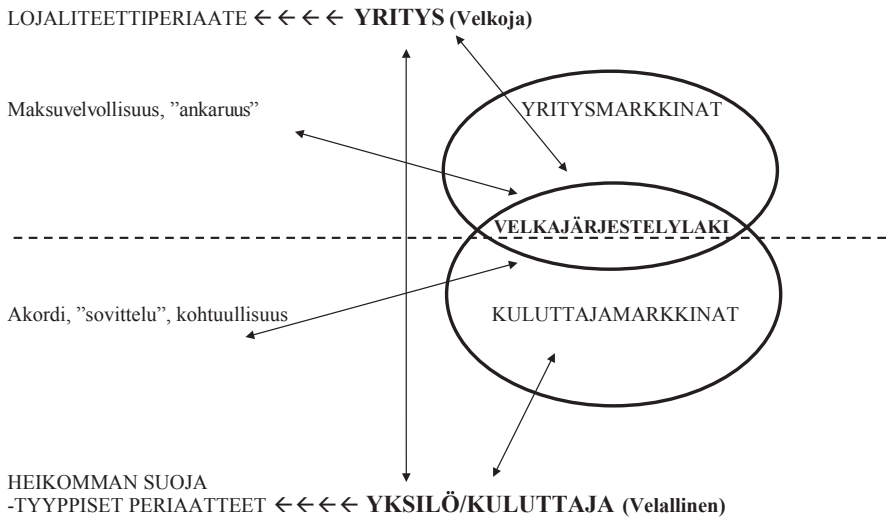
”... 6) *yksityistakaajalla* takauksen antanutta luonnollista henkilöä, ei kuitenkaan henkilöä, joka takauksen antaessaan on velallisenä olevan yhteisön tai säätiön taikka sen emoyhteisön toimitusjohtaja, hallituksen, hallintoneuvoston tai niihin rinnastettavan toimielimen jäsen, vastuunalainen yhtiömies tai yhteisön perustaja taikka jolla on suoraan tai välillisesti vähintään kolmasosa osakeyhtiön osakkeista tai osakkeiden tuottamasta äänivallasta taikka vastaa-va omistus- tai määräämisvalta muussa yhteisössä; ...”

Kuluttajamarkkinoiden sääntely on pitkälti heikomman suojaamiseen ja tasa- puolisuuden periaatteeseen tukeutuvaa. Varsinkin kuluttajansuojalainsäädäntöä voidaan pitää kuluttajien oikeuksien turvaajana. Kuluttajamarkkinoilla sopimus- kumppanit ovat lähtökohtaisesti usein eriarvoisessa asemassa. Eriarvoisuutta ta-

⁵⁷ Ks. KK 10 luku 14 § ja 15 § sekä takaustoimikunnan mietintö s. 118 (Km 1996:3).

soitetaan kuluttajamarkkinoita säätelevillä normeilla, joiden tarkoituksena on suojata heikommassa asemassa olevaa kuluttajaa suhteessa elinkeinonharjoittajaan.⁵⁸ Näissä tapauksissa heikompaa osapuolta suojaamalla pyritään parempaan sopimustasapainoon.

Markkinoiden rajat eivät voi olla täysin tarkkoja ja ehdottomia. Näiden välissä on alueita, joissa yhdistyvät niin kuluttajamarkkinoiden kuin yritysmarkkinoidenkin intressit. Useasti kuluttaja- ja yritysmarkkinat kohtaavat, kun eri markkinoilla toimivien osapuolten välillä syntyy riitoja. Esimerkkitilanteena voidaan mainita kuluttajan maksuvaikeus ja velkajärjestelylaki, jonka tavoitteena on maksuvaikeuksissa olevan kuluttajan suojaaminen. Kuitenkin myös yritysmarkkinoilla toimivien velkojen edut tulee ottaa huomioon velallisen kohdatessa maksuvaikeuksia. On myös velkojen intressissä, että maksukyvyttöntä velallista ei välittömästi ”paloitella” velkojensa vuoksi.⁵⁹ Velkojen hyöty velkajärjestelystä on se, että he saavat ainakin jonkin osan veloistaan takaisin.⁶⁰ Markkinoiden päällekkäistä sääntelyä pyrin selvittämään seuraavan kuvion avulla:



Kuvio 6. Markkinoiden päällekkäinen sääntely.⁶¹

⁵⁸ Ks. *Wilhelmsson* 1995 s. 7.

⁵⁹ Tällä tarkoitan XII taulun lain kuvaamaa tilannetta. Ks. tästä esimerkiksi *Havansi* 1992 II s. 9.

⁶⁰ Velkajärjestelylailla on ollut myös vaikutusta vapaaehtoisten sovintoratkaisujen syntyyn pankin ja asiakkaan välillä. Tämä käy ilmi Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimuksessa ”Velkajärjestelyt neuvotteluratkaisuin”, jossa todettiin lain edesauttaneen asiakkaan neuvotteluasemaa. Ks. *Muttilainen* s. 94.

⁶¹ Kaikki kuvan osat kuuluvat yksilö- tai yritysmarkkinoihin, mutta selvittääkseni velkajärjestelyn merkitystä raja-alueena yritys- ja kuluttajamarkkinoita kuvastavat renkaat on sijoitettu yllä nähtävällä tavalla. Markkinoiden raja on merkitty katkoviivalla.

Markkinoiden sääntely on perinteisesti ollut poliittisten vallanpitäjien tehtävä. Historiallisesti tämän voidaan havaita koskeneen erityisesti yritysmarkkinoita (kuten kansainvälistä kauppaa). Kuluttajamarkkinoilla ei vaihdantaan ole puututtu muutoin kuin lähinnä verotulon saamisen turvaamistarkoituksessa. Tämä on johtunut pitkälti kuluttajamarkkinoiden suhteellisen pienestä volyymista ja vaihdannan määrän vähyydestä. Tulee muistaa, että suurimmalla osalla maailman väestöstä on ongelmana perustoimentulon saavuttaminen ja vain pieni osa on varsinaisia ”kuluttajia”. Kuluttajamarkkinat ovat kuitenkin kasvamassa vauhdilla lähinnä yleisen vaurastumisen ja taloudellisen tuotannon kasvun myötä.

Uuden ajan alussa yritykset kasvoivat vaihdannaistumisen ja teollistumisen mukana. Kaupankäynti vilkastui mm. kauppalaivastojen myötä. Tähän kiihtyvän vaihdannaistumisen tapahtumaketjuun liittyy kiinteästi kaupungistuminen ja suurten kauppakeskusten synty, rahan määrän lisääntyminen ja toisaalta luottamus rahan vaihdannan välineenä. Jo varhaisessa vaiheessa syntyi tarve säädellä kauppiaiden markkinatoimintaa. Kauppiaiden muodostaman yhteisön eli tuolloisten yritysmarkkinoiden sisäisenä sääntelysysteminä olivat erilaiset kauppatavat ja kilit-järjestelmien mahdollistama ohjaus. Valtiovalta puuttui varsinaisesti markkinoiden sääntelyyn vasta, kun yritysten nähtiin vaarantavan valtion tulon saannin tai pikemminkin ohittavan valtion varojen ja varallisuuden määrän. Sinänsä tuolloisten yritysmarkkinoiden sisäinen vapaus ei sääntelystä kärsinyt, vaan kauppiaiden toimintamuodot pysyivät pitkälti samanlaisina ja yhtä tehokaina kuin ne olisivat olleet ilman valtion interventioita.⁶²

Markkinat on nähty 1900-luvun puoliväliin asti – ja nähdään pitkälti vieläkin – ainoastaan tapana toteuttaa vaihdantaa. Markkinoilla ei erityisesti katsottu tarpeelliseksi suojata kuluttajia tai vaihdannan osapuolia sinänsä, vaan markkinoilla vallitsi *caveat emptor* -henki. Tämä koski myös yksilömarkkinoita, mikä oli tavalliselle ihmiselle hyvin turvaton asiantila. Kuluttajien suojaaminen on varsin uusi ilmiö sopimusoikeudessa. Yritysten kannalta kuluttajan aseman parantaminen edistää pohjimmiltaan kuluttajien luottamusta yrityksiin ja kuluttajamarkkinoihin. Kuluttajien luottamuksen lisääntyessä turvataan kulutuksen jatkuvuus ja toisaalta tuotannon kasvattaminen. Kuluttajat muodostavat selkeästi ”uusia markkinoita” samalla tavoin kuin valtiot tai maanosat.

Yhä enenevässä määrin markkinat toimivat myös monentyypisen sääntelyn ohjaajina ja sääntelyä koskevien aloitteiden tekijöinä. Sääntelyn tarve ilmenee usein markkinoilla epävarmuutena. Sääntely voi olla markkinoilla erilaista riippuen siitä, kohdistuuko sääntely yksilö- vai yritysmarkkinoihin. Seuraavassa on

⁶² Markkinakäyttäytymisen ja markkinoiden epäluotettavuuden torjumisen suunnittelusta *Galbraith* 1968 s. 40–44.

otettu esille muutamia seikkoja, jotka erottavat kuluttajamarkkinat ja yritys-markkinat sääntelyn ohjaajina toisistaan.

Yritysmarkkinat kehittyvät jatkuvasti, minkä vuoksi niitä voidaan kuvata perutellusti erittäin dynaamisiksi. Niiden toimintaa on lähes mahdoton ennalta arvioida tai säädellä aukottomasti. Yritysmarkkinoiden elinehto on vaihdanta. Perinteisesti vaihdanta on tuonut varallisuutta menestyville yrityksille. Toisaalta vaihdannan intressien turvaaminen on jo jonkin aikaa nähty myös valtiovallan tehtävänä. Intressejä on turvattu eri aikoina eri tavoilla ja monilla eri tasoilla; protektionistisin keinoin, alueellisesti, kansallisesti, globaalisti jne. Kuitenkin voidaan todeta, että kauppatapojen tai kaupankäynnin tapojen muuttamisen tai sääntelyn muutoin kuin yritysmarkkinoista itsestään lähtevän muutoshalun vuoksi voidaan katsoa olevan käytännössä mahdotonta. Sääntely on toistaiseksi laahannut – muutoin kuin ehkä verotuksen osalta – lähes aina jäljessä. Yritysmarkkinoilla kyetään luomaan nopeastikin sellaisia järjestelyjä, jotka korvaavat säädellyn toiminnan. Toisaalta yritysmarkkinoilla tulee usein esille tarve yritysmarkkinoiden oman tarpeen mukaiseen epäviralliseen sääntelyyn. Yritysmarkkinoiden itsesääntely on osaltaan tuottanut toivottua asiantuntevaa sääntelyä. Liike-elämän itsesääntely on kuitenkin usein ongelmallista.⁶³

Yritysmarkkinoilla sääntelyn tarvetta voidaan kuvata lähinnä ”dispositiivisen sääntelyn tarpeeksi”. Tästä voidaan mainita hyvänä esimerkkinä erilaiset kansainväliset mallisopimukset ja säännöt.⁶⁴ Joissakin tapauksissa on kansainvälisen sopimuksin kyetty saattamaan voimaan laintasoista kansallista sääntelyä. Esimerkkinä voidaan mainita vekselilaki (Geneven sopimus) ja ns. YK:n kauppalaki (Wienin sopimus 1980). Yritystasolla halutaankin käytännössä lähinnä helpottaa ja toisaalta varmistaa vaihdantaa. Yritysmarkkinoilla valtion sääntelyinterventio on useimmiten koettu haitallisena. Tällöin unohdetaan se, että varsinkin teollistuneissa maissa valtiolta toisaalta myös osaltaan mahdollistaa yritysmarkkinoiden toiminnan esimerkiksi erilaisten tukien muodossa.

Ayres ja Braithwaite ovat esittäneet, että yritysten itsesääntelyä tulisi lähtökohtaisesti edistää. Tämän näkemyksen tueksi he ovat tuoneet esille ajatuksen, jonka mukaan vanha valtiovallan tai lainsäätäjän käskemiseen perustuva sääntely ei toimi yrityksissä eli yritysmarkkinoilla. Ayres ja Braithwaite ovat liberalistisen katsontakannan edustajia, ja heidän ajatuksissaan korostuu periaate, jonka mukaan markkinoita ei tulisi rajoittaa valtion käskyin ja komentosääntelyllä

⁶³ Ongelma on ilmeinen esimerkiksi silloin, kun itsesääntelyä ei ohjaa mikään ulkopuolinen taho. Itsesääntelyn määrittelyissä onkin esiintynyt kantoja, joiden mukaan itsesääntelystä on kyse vain silloin, kun normimuodostus tapahtuu viranomaisen kanssa yhteistyössä. Itsesääntelyn määrittelystä katso esimerkiksi *Wuolijoki* s. 53–56.

⁶⁴ Esimerkiksi ICC:n säännöt, joista osapuolet voivat poiketa.

(*command and control*). Heidän ajatusten mukaan liikeyritykset voivat itsesääntelyn keinoin täyttää valtiovallan yhteisöllisiä tavoitteet hyvinkin tehokkaasti.⁶⁵

Markkinat mahdollistavat tehokkaan vaihdannan niin yksilö- kuin yritysmarkkinoilla. Niillä on tämän lisäksi eräs erittäin tärkeä funktio yhteiskunnassa tai systeemeissä. Toimivat markkinat ovat korostetusti yhteiskunnallisen ja taloudellisen vallanjaon forum⁶⁶ ja ne luovat edellytykset vallan kulisseille.⁶⁷ Valta on puolestaan yksi erotteluperuste yritys- ja kuluttajamarkkinoiden välillä. Yksilötasolla henkilökohtaisen vallan kasvattaminen on vaikeaa, olivatpa markkinat tai kulussit minkälaiset tahansa. Yritystasolla vallan tavoittelu on tullut yhä selvemmin tuoton tavoittelun ohella markkinoiden tärkeimmäksi tehtäväksi. Yritysmarkkinoilla perimmäisen taloudellisen vallan haltijoita ovat kuitenkin yritysten omistajat, ei niinkään aina yritysten palkattu johto (ellei johdossa ole em. omistaja).⁶⁸ Vaikka valta onkin näin esitettynä yksilön ominaisuus, on yksilön valta useimmiten organisaatioon perustuvaa tai ainakin organisaation tukeen nojaa-
vaa.⁶⁹ Organisaatiovallan ja organisaatiovastuun suhde on monimutkainen kokonaisuus ja oman tutkimuksen arvoinen.

Yritysmarkkinoiden valta voi olla *Galbraithin* vallan luokittelua käyttäen joko korvaavaa (perustuu omaisuuteen tai varallisuuteen) tai ehdollista (organisaatioon perustuvaa eli organisaatiovaltaa). Kuluttajamarkkinoilla yksilön valta voi olla puolestaan ansaittua (jonka katsotaan perustuvan persoonallisuuteen) tai poikkeuksellisesti edellisen määritelmän mukaisesti korvaavaa valtaa. Korvaavaa valtaa esiintyy siten yritys- ja kuluttajamarkkinoilla; varallisuuden mukanaan tuoma valta ei erottele yrityksiä ja luonnollisia henkilöitä.

3.4 YRITYSMARKKINOIDEN ERITYISPIIRTEITÄ

3.4.1 Riski yritysmarkkinoilla

Riskiä voidaan kuvata esimerkiksi varallisuusosoikeudellisena vastuuasemana⁷⁰ tai markkinoilla esiintyvänä häiriönä⁷¹. Riskillä tarkoitetaan usein sattumanvaraista

⁶⁵ Ayres – Braithwaite s. 37–38. Tuori, Kaarlo: Kriittinen oikeuspositivismi (2000), s. 16–19 (jossa Tuori esittää ajatuksia myös F. A. Hayekista).

⁶⁶ Ks. Collins s. 3: ”Not only does the market provide the principal mechanism of the distribution of wealth, it also establishes some of the significant relations of power in modern society.”

⁶⁷ Vallalla tarkoitetaan tässä sanan englanninkielistä merkitystä *power*, Collins esim. s. 9.

⁶⁸ Vertaa Galbraith 1968 s. 66–81 (pääomasta ja vallasta). Galbraith esittää vallan siirtymisen laajemmalle ryhmälle, jota hän kutsuu ”uudeksi tuotantokijäksi”.

⁶⁹ Vallan eri lajeista ks. Galbraith 1984 s. 27–50.

⁷⁰ Ks. Pöyhönen 1996 s. 312.

⁷¹ Ks. Kanninen – Määttä s. 34.

ja epämiellyttävää tapahtumaa, johon liittyy kiinteästi vaara.⁷² Liiketoiminta ja liikesopimus sisältävät aina jonkinlaisen riskin.⁷³ Riskin toteutuminen tai toteutumatta jääminen ja tästä saatava hyöty tai haitta arvioidaan käytännössä ennen sopimukseen ryhtymistä – yleensä sopimusneuvottelujen aikana. Toisen sopimuskumppanin ottama riski (riskinotto) on toiselle sopimuskumppanille etu, koska tämän ei tarvitse varautua ko. riskin varalta.

Kansainvälisen kaupan sopimusverkoissa riskien hallintamahdollisuudet ovat useimmiten erilaisia kuin kansallisessa kaupassa tai kuluttajakaupassa. Todellisen riskin määrä riippuu nykyisin pitkälti siitä, minkälaisia ”henkilöllisyyksiä” (tai kuten *Wilhelmsson* saattaisi esittää *rooleja*)⁷⁴ sopimusverkon sopimuskumppanit edustavat. Henkilöllisyydellä tarkoitan tässä oikeushenkilö-jaottelua moninaisempaa jakoa. Esimerkkinä sopimusverkon eri henkilöllisyyksistä voidaan mainita pankki, suuri liikeyritys, henkilöyhtiö, ammatinharjoittaja jne. Tyhjentävää luetteloa ei näistä henkilöllisyyksistä voida esittää, mutta sopimusverkon sopimuskumppanin riskin sietokyky on arvioitava *in casu* ja lähinnä juuri henkilöllisyyden mukaan. Sopimuskumppanin henkilöllisyys -käsitteen esille ottaminen on tarpeen tarkasteltaessa riskiin liittyviä tekijöitä kussakin yksittäisessä sopimussuhteessa.

Riskien sietokyky ja hallintamahdollisuudet vaihtelevat yritysmarkkinoilla. Esimerkiksi niillä toimivaa osakeyhtiötä on pidetty omistajilleen, mahdollista sijoitetun pääoman menetystä lukuun ottamatta, riskittömänä oikeussubjektina.

Markkinoiden hajaantuminen yritys- ja kuluttajamarkkinoihin on johtanut siihen, että yksityishenkilöt mieltävät ottamansa riskin olevan usein kohtuuton heidän joutuessaan ”yksin vastuuseen toimistaan”. Käytännössä yhtiön nimiin otettu riski on usein samanarvoinen kuin yksityisenkin ottama riski. Yrityksen riski ei kuitenkaan kohdistu välittömästi yksilötasolle. Vastuu pyritäänkin liiketoiminnassa aina rajaamaan yrityksen (osakeyhtiön tapauksessa) kannettavaksi vastuuksi. Toisaalta yritysmarkkinoiden vakuusjärjestelyistä usein seuraa, että yrityksen omistajat joutuvat käytännössä vastuuseen yhtiön toimista.⁷⁵ On myös esitetty ajatuksia ”yhtiön vastuun rautaverkon” poistamisesta omistajien ja yhtiön välillä. Tämän näkemyksen mukaan voitaisiin myös omistajat ja todelliset toimijat ottaa mukaan kantamaan yhtiön vastuita.⁷⁶ Tällöin kysymys on lähinnä samastukseen liittyvistä kysymyksistä.⁷⁷

⁷² Tämän tarkastelutavan taustalla on *Nuolimaan* esittämä (myös perinteiseen yhteiskuntatieteelliseen näkemykseen tukeutuva) riskin käsitteen arviointi. *Nuolimaa* s. 1268–1270 sekä viitteet.

⁷³ *Grönfors* on käyttänyt osuvasti termiä ”*riskprofil*” (riskiprofiili), kuvatessaan liikesopimusta. *Grönfors* 1995 s. 30.

⁷⁴ Rooleista *Wilhelmsson* esimerkiksi 1987 s. 51 sekä *Wilhelmsson* 1992 s. 80.

⁷⁵ Ks. myös *rigor commercialis* -käsitteestä *Hellner* 1989 s. 15–19.

⁷⁶ Ks. *Hellner* 1989 s. 72.

⁷⁷ Tästä esim. *Villa* 1997 s. 374 ja siinä esitetyt lähteet.

Sopimusverkossa osapuolten henkilöllisyys ja toisen henkilöllisyyden tunnistaminen ovat verkon toimivuuden perusedellytyksiä. Tämän vuoksi samastukseen liittyvät kysymykset ja ongelmat tulisi voida sulkea pois sopimusverkoista. Samastus tuo hallitsemattoman riskin yritysmarkkinoille, koska samastus tarkoittaa käytännössä usein riskin siirtymistä pois yritysmarkkinoilta yksilömarkkinoille (tai yritykseltä toiselle yritykselle esim. konsernisuhteessa).

Yritysmarkkinoilla solmittavat sopimukset ovat korostetusti henkilöllisyyteen liittyvää riskinjakoa.⁷⁸ Sopimukseen ryhtyminen perustuu usein jonkinasteiseen oletamaan markkinoilla tapahtuvasta muutoksesta. Muutos pyritään hyödyntämään mahdollisimman tehokkaasti. Hyvänä esimerkkinä riskinjakamisesta sopimuksin voidaan mainita johdannaissopimukset⁷⁹, joissa on tarkoituksena hyötyä markkinoiden muutoksista. Kuitenkaan yritysmarkkinoilla ei haluta sopimus-kumppanin muutosta samastuksen tai muun seikan takia. Samastaminen muuttaa ja sekoittaa osapuolten käsityksen omasta ja toisen osallisen henkilöllisyydestä. Samastus tarkoittaa käytännössä sitä, että sopimussuhteen ulkopuolinen muuttaa sopimus-kumppanin henkilöllisyyden. Toisaalta samastuskysymys aktualisoituu yleensä velallisen vastuun osalta siten, että ”varakkaampi” samastetaan ”varattomaan”. Osakeyhtiön ja osakkaan tai osakkaiden samastamista on oikeuskirjallisuudessa käsitelty laajasti. Kiistatonta kuitenkin lienee se, ettei osakeyhtiön osakkeenomistajia voida asettaa henkilökohtaiseen vastuuseen osakeyhtiön velvoitteista. Tämä käy ilmi niin osakeyhtiölaista kuin korkeimman oikeuden ratkaisuksista.⁸⁰

Riskinjakoa yritystoiminnassa ja varsinkin kansainvälisessä kaupassa ei voitane täysin ennakoida ja hallita sopimusverkkojenkaan avulla. Markkinoiden nopeus on muokannut yritysmarkkinoilla tehtäviä riskinjakosopimuksia. Kansainvälisen kaupan vakuus- ja maksujärjestelyt ovat kehittyneet tiedonsiirron kehityksessä tehokkaiksi riskienhallintainstrumenteiksi.

Yritysten tekemien uudentyyppisten sopimusten merkitys riskien hallinnassa on kasvanut. Näillä sopimuksilla ohjataan niin suuria riskejä, että jos riski kaikista varotoimenpiteistä huolimatta toteutuu, ei kenelläkään sopimus-kumppanilla ole todellista riskinkantokykyä. Esimerkiksi rahoitusmarkkinoiden johdannaissopimuksilla tehdyillä kaupoilla voidaan hukuttaa ja toisaalta luoda täysin mahdolltomilta tuntuvia summia. Tässä voidaan mainita 28-vuotiaan englantilaisen pörs-simeklar *Nick Leesonin* työnantajalleen, Barings Bankille vuonna 1995 aiheut-

⁷⁸ Riskiteoriasta katso *Kanniainen – Määttä* s. 34.

⁷⁹ Ks. *Kanniainen – Määttä* s. 35, myös *Tarkka* s. 127.

⁸⁰ Osakeyhtiölain 1 luvun 1 § 2 momentti: ”Osakeyhtiön osakkaat eivät ole henkilökohtaisesti vastuussa yhtiön velvoitteista.” Katso *Huttunen* s. 155–159. Katso myös KKO 1975 II 26, KKO 1981 II 99, KKO 1982 II 184 sekä varsinkin ratkaisut KKO 1983 II 185 ja KKO 24.8.1989 n:o 2240, S 86/993. Toisaalta erityistilanteissa vastuu kolmannelle yhtiön toimista voidaan ulottaa osakkeenomistajiin osakeyhtiölain 15 luvussa mainituin edellytyksin.

tama 1,3 miljardin dollarin (noin miljardin euron) tappio johdannaiskaupoissa. Tappiot kaatoivat perinteikkään ja 233-vuotiaan Barings Bankin. Johdannaismarkkinoilla yleensä turvataan ja jaetaan riskejä. Ne voivat hyvin toimiessaan olla erittäin käyttökelpoinen keino yritysmarkkinoilla uhkaavien riskien hallintaan. Toisaalta johdannaiskaupoissa tappiot voivat nousta todella suuriksi.

Riskinjako yritysmarkkinoilla muodostuu ongelmalliseksi silloin, kun joudutaan sopimusriidassa tai sopimuksen tulkinnessa turvautumaan kolmannen osapuolen arvioon siitä, mitä riskejä sopimuskumppanit ovat liikesopimuksissa sitoutuneet kantamaan. Esimerkkinä voidaan mainita KKO:n ratkaisu 2000:102. KKO esitti ratkaisussaan (käsirahaa koskeva riita) seuraavaa:

”Nyt ei kuitenkaan ole kysymys tavanomaisesta, asuntokauppalain 3 luvussa säänneltyihin tapauksiin verrattavasta asuntokaupasta. Kysymys on ollut liiketoimesta, jossa tarjouksen tehneen osakeyhtiön toimialana on ollut muun muassa sijoitusyhtiötoiminta, asunto-osakkeiden osto ja myynti sekä rakennustyöt ja jossa kaupan kohteena on ollut kahden rakentamattoman asunto-osakeyhtiön osakekannat kokonaisuudessaan.

Näissä olosuhteissa Korkein oikeus pitää perusteltuna arvioida ostotarjouksen tehneen mutta kaupanteosta vetäytyneen osapuolen vahingonkorvausvastuuta liike-elämässä yleisesti noudatettavien oikeussäännösten nojalla.”

Näillä perusteluilla KKO on tehnyt ratkaisun, jossa korvausvastuuta ei rajattu käteisrahasuoritukseen, vaan vahinkoa kärsinyt sopimuskumppani on voinut vaatia vahingonkorvausta ns. positiivisen sopimusedun mukaan. Liike-elämässä ja varsinkin kansanvälisessä kaupassa pyritään korvausvastuu aina rajaamaan mahdollisimman tarkasti ja siten, etteivät ainakaan positiivisen sopimusedun kaltaiset vastuut tule korvattavaksi. KKO:n ratkaisussa kunnioitetaan vahingonkorvausta vaatineen osapuolen oikeutta ”laajennettuun” korvaukseen, mutta samalla velallisen ajatusta vastuun rajoittamisesta käteissuorituksen määrään ei ole ilman nimenomaista vastuunrajoitusta katsottu liikesuhteessa mahdolliseksi. KKO:n perusteluissa on mainittu positiivisen sopimusedun korvaamisen osalta, että korvausvastuuta tulee arvioida ”liike-elämässä yleisesti noudatettavien oikeussäännösten nojalla”. Tätä perustelun osaa voitaneen perustellusti arvostella.

Liikesopimusten ja sopimusverkkojen sopimusten laadinnassa on enenevässä määrin pyritty common law -ympäristössä käytettyihin riskin- ja vastuunrajoituslausekkeisiin. Näistä sopimusehdoista voidaan esittää esimerkkinä *boiler plate* -tyyppisesti käytetyt vakioituneet ehdot, joilla on pyritään kattamaan kaikki mahdolliset sopimuksen riskitilanteet.⁸¹

⁸¹ *Boiler plate* -ehdoilla tarkoitetaan vakioituneita sopimusehtoja, joita yleisesti käytetään ja tarvitaan kaikissa sopimuksissa. Esimerkkinä voidaan mainita juuri vastuunrajoitusehdot sekä riidanratkaisuehdot. Boiler plate -ehtojen tulkinnasta Pohjoismaissa esimerkiksi *Hedwall* s. 144. Tässä

Liikesopimukset palvelevat vaihdannan intressejä ja ne ovat yritysten riskinjakovälineitä. Yritysten toiminta liike-maailmassa, yritystoiminta ja yritysten päätoimintakenttä perustuu pääsääntöisesti – pikemminkin aina – jonkin toisen yrityksen toimintamallien ja tavoitteiden seuraamiseen. Tältä osin liike-elämää ja yritysten toimia voidaan pitää pohjimmiltaan perin mielikuvituksettomana, ”play it safe”-toimina. Liikesopimukset ovat pitkään toteuttaneet riskinoton välttelyn ja muiden yritysten seuraamisen ideologiaa. Varsinkin nykymuotoinen angloamerikkalainen liikemaailma ja angloamerikkalainen liikesopimusmalli tullevat jossain vaiheessa tiensä päähän. Angloamerikkalainen liikesopimusmalli on erkaantumassa liike-elämästä, mutta se on kuitenkin kiistatta ollut viime vuosikymmenien aikana perin tehokas ja tuottava. Suurimpana ongelmana voidaan kuitenkin pitää sitä, että nykyisin käytettyjen liikesopimusinstituutioiden korjaavat mekanismit ovat perin puutteellisia: jos jotain menee sopimussuhteessa pieleen, ei nykyinen liikesopimus tai sen sanktiot ole sopijakumppaneiden mielestä yleensä riittävän tehokkaita.

Samalla kun kansainvälisen kaupan innovatiivisuus, informaation määrä, riskinotto ja markkinat tulevaisuudessa kasvavat, korostuvat liikesopimuksissa ja liikesuhteissa sopimuskumppanien lojaalisuus, yhteistyö ja neuvottelut nykyistä enemmän.

3.4.2 Uudelleenneuvottelu yritysmarkkinoiden sopimusten korjausmekanismina

Yritysmarkkinoilla tehdyt liikesopimukset ovat pääsääntöisesti neuvoteltuja sopimuksia. Liikesopimusten sisällöstä yleensä neuvotellaan huolellisesti. Tältä osin neuvotellut liikesopimukset poikkeavat esimerkiksi massasopimuksista, joissa varsinaista sopimusneuvottelua osapuolten välillä ei käydä, vaan sopimus on laadittu jo kokonaisuudeksi, jonka osapuoli hyväksyy tai ei. Liikeneuvottelujen tulos on siis liikesopimus.⁸²

Tässä termillä ”neuvoteltu sopimus” ei tarkoiteta samaa kuin ”räätälöity sopimus”. Rääätälöity sopimus -termillä katson tarkoitetavan kokonaan ”in casu”-ehdoin laadittua sopimusta, kun taas neuvotellussa sopimuksessa ehdot sinänsä voivat olla ja usein ovatkin standardimuotoisia, liikesopimuksissa yleisesti käytettyjä ehtoja. Näin ollen voidaan myös termien ero täsmentää. Toisaalta voidaan todeta, että rääätälöity sopimus on aina neuvoteltu sopimus, mutta neuvoteltu sopimus ei ole aina rääätälöity sopimus.

Hedwall esittää myös tapauksen NJA 1954 s. 573, jossa arvioitiin ruotsalaisen ja norjalaisen yhtiön välistä sopimusta ja sen vaatimusta sopimuksen tulkinnasta englantilaiseen oikeuteen tukeutuen.

⁸² Tässä ”neuvoteltu sopimus”-termin käsitteistön ajatusta on kehitelty tukeutuen *Kurt Grönforsin* teokseen ”Avtalsgrundande rättsfakta”, 1993 s. 65–79.

Eräänä yleisenä piirteenä nykyisillä yritysmarkkinoilla voidaan pitää sopimusteknistä menettelyä, jota ruotsalaisissa tutkimuksissa on kutsuttu termillä *omförhandling*.⁸³ Seuraavassa tästä termistä on käytetty myös suomenkielisenä vastineena termiä *uudelleenneuvottelu*. Tällä tarkoitetaan sopimuksen uudelleenjärjestelyä, jossa varsinaisesti uutta sopimusta ei tehdä, vaan vanhan sopimuksen kehyksiin sovitetaan uusi sopimus. Uudelleenneuvottelu eroaa näin esimerkiksi novaatiosta eli uudistamisesta. Perinteisen määritelmän ja roomalaisessa oikeudessa omaksutun kannan mukaan novaatiossa vanhan sopimuksen velvoitteet ja oikeudet lakkaavat.⁸⁴ Uudelleenneuvottelun tarkoituksena on jatkaa vanhaa sopimusta. Yritykset käyvät uudelleenneuvotellessaan jossain määrin jatkuvaa neuvottelua liikesopimuksistaan. Uudelleenneuvottelun tasapuolinen mahdollisuus on usein kirjattu pitkäkestoisten liikesopimusten ehtoihin. Näiden sopimusten kesto on pitkä, mutta ne pitävät sisällään lähes poikkeuksetta mahdollisuuden sopimussuhteen uudelleenjärjestelyyn tai riskinjaon tarkempaan määrittelyyn sopimussuhteen aikana.⁸⁵

Sopimuksen uudelleenjärjestely ei käytännössä poikkea siitä, että sopimus-kumppanit ovat sopineet mahdollisuudesta muuttaa ehtoja määrätyin edellytyksin sopimussuhteen aikana. Näitä ehtojen muuttamisehtoja kutsutaan käytännössä ”neuvotteluoptioiksi”, mikä kuvastaa hyvin niiden toimintamekanismia. Toisaalta millään edellä esitetyllä ei muuteta sopimusvapauden periaatetta, jonka mukaan sopimus-kumppanit voivat milloin tahansa muuttaa sopimuksen ehtoja – sikäli kuin he voivat muutoksista yhteisesti sopia. Tähän ei tarvita erityistä sopimusehtoa. Rajanveto uudelleenneuvottelun ja *dynaamisen sopimuksen* käsitteistön⁸⁶ välillä on käytännössä usein tarpeeton.

Esimerkiksi yrityksen tehdessä rahoittajan kanssa sopimuksen rahoituksen järjestämisestä voidaan samalla sopia mahdollisuuksista sopimuksen ehtojen uudelleen neuvottelemiseen. Pääsääntöisesti pankkien antama lyhytaikainen luotto on yleensä ankaraehtoinen ja velalliselle kallis vaihtoehto. Toisaalta lyhytaikaisissa luotoissa lainanantajalla on yhtä lailla luottotappion riski. Mitä pitempiaikainen luotto on ja mitä varmemmin sen sisään rakennetut uudelleen-neuvottelua koskevat ”optiot” mahdollistavat sopimusehtojen tarkistamisen, sitä riskittömämpi ja kannattavampi luottosuhde on pääsääntöisesti kummallekin osapuolelle.⁸⁷

⁸³ *Omförhandling*-käsitettä on tutkinut laajasti Grönfors. Ks. esim. Grönfors 1995.

⁸⁴ Halila – Ylöstalo s. 65.

⁸⁵ Grönfors 1995 s. 11–14.

⁸⁶ Dynaamisen sopimuksen käsitteen sisällöstä tarkemmin Annola 2003 s. 49–72.

⁸⁷ Optio-oikeudesta katso Telaranta 1990 s. 178. Optio-oikeudella Telaranta tarkoittaa ”... oikeutta aikaansaada sopimus tahdonilmaisella yksipuolisesti, ts. ilman toisen osapuolen myötävai- kutusta”. Optiosopimuksista Kivimäki – Ylöstalo s. 274–275.

Kansainvälisiin projektivientisopimuksiin on pääsääntöisesti sisällytetty aina jonkinlainen uudelleenneuvotteluehto. Ehto saatetaan myös myöhemmin lisätä sopimukseen, jos sen katsotaan varmistavan sopimusvelvoitteiden täyttämisen. Sopimusehtojen jättäminen osittain avoimiksi edesauttaa monesti projektin toteutumisen varmuutta.⁸⁸ Tällöin sopimuksen päämäärän saavuttaminen katsotaan kaikkien osapuolten tärkeimmäksi tavoitteeksi.⁸⁹

Sopimuksen sitovuuden periaatetta ei horjuteta, mikäli järjestelyn mahdollisuudesta on etukäteen sovittu. Toisaalta tulee muistaa, että sopimusvapauden periaatteen mukaisesti kummankin sopijakumppanin suostuessa sopimusta voidaan aina muuttaa. Sopimusvarmuutta on haluttu lisätä sopimusekonomian kustannuksella, sillä uudelleenneuvotteluehto ja -järjestelyt aiheuttavat eittämättä osapuolille kuluja.

Uudelleenneuvotteluajattelu on siirtynyt yritysmarkkinoilta myös kuluttajamarkkinoille. Osoituksena tästä voidaan mainita pankin ja yksityisasiakkaan väliset, neuvotteluihin perustuvat velkajärjestelyt.⁹⁰ Kuluttajamarkkinoilla esiintyvät uudelleenneuvottelutilanteet poikkeavat kuitenkin yritysmarkkinoilla valitsevista vastaavista tilanteista siten, että kuluttaja ja elinkeinonharjoittaja ovat vain harvoin tasapainoisessa uudelleenneuvottelutilanteessa. Usein kuluttajan uudelleenneuvotteluasema kehittyä vasta silloin, kun kuluttaja ei ole enää lainkaan maksukykyinen tai muutoin on selvää, ettei hän voi velvoitteitaan täyttää. Tällöin elinkeinonharjoittaja on usein ”ota tai jätä”-tilanteessa: mikäli sopimusta ei neuvotella uudelleen, jäävät kuluttajan velvoitteet täyttämättä.

Uudelleenneuvotteluajattelun tyyppinen sopimuksen tasapuolinen järjestelymahdollisuus on sopimuksen staattisuuden kunnioittamista niin, että sopimuksen sitovuutta halutaan tukea kaikin keinoin – siis jopa muuttamalla sopimusta siten, että sopimuksella voidaan saavuttaa sille asetetut tavoitteet. Kyse ei ole dynaamisuudesta, joka olisi ennalta arvaamatonta tai sopimuskumppanien tahdon vastaista. Päinvastoin: uudelleenneuvottelujärjestely tukee perimmiltään sopimuksen staattisuutta. Osapuolet haluavat tasapuolisesti neuvotella sopimusehtoja uudestaan, jolloin uudelleenneuvottelunkin tarkoituksena on saada aikaan staattinen sopimus.

3.4.3 Lojaalisuus yritysmarkkinoilla

Lojaalin toiminnan ja ns. *sopimuslojaliteetin* merkitys korostuu yritysmarkkinoilla ja liikesopimuksissa. Lojaliteettiperiaatteen ja sopimuslojaliteetin taustal-

⁸⁸ Ks. myös *Annola* s. 301, jossa *Annola* selvittää sopimuksen täydentymistä.

⁸⁹ Tämä on tyypillistä juuri sopimusverkkojen osalta.

⁹⁰ Tästä *Muttilainen* tutkimuksessaan *Velkajärjestelyt neuvotteluratkaisuna*, 1996.

ta voidaan löytää luottamusmallin mukainen ajatus sopimuksesta.⁹¹ Toisaalta voidaan todeta, että luottamus sopimuksen sitovuuden kriteerinä on luonut perustaa vilpittömän mielen suojaan sekä *Treu und Glauben*- ja *good faith*-tyyppiin periaatteisiin.⁹² Edelleen lojaalisuuden ja lojaliteettiperiaatteen avulla voidaan lisätä sopimuksen sitovuutta eli sopimuskumppanit ja osalliset tukevat lojaalisuudella toisten sopimuksen osapuolten lisäksi korostetusti myös itse sopimusta.

Lojaliteettiperiaatteen ja lojaalisuuden voidaan katsoa asettavan myös rajoja sopimusvapauden periaatteelle. Lojaalisuuden perusmääritelmän mukaan toisen osapuolen (tai toisten osapuolten) etu tulee ottaa huomioon omassa sopimustoitinnassa. Jos sopimuskumppani toimii lojaalisti, hän joutuu arvioimaan ja punnitsemaan mahdollisuutensa toteuttaa absoluuttisesti sopimusvapauden periaatteen etuja. Yleensä lojaalisuuden vaatimuksen voidaan katsoa rajoittavan sopimusvapautta. Tarkasteltaessa lojaalisuuden vaikutuksia, voidaan kuitenkin huomata, että lojaalisuus saattaa pikemminkin rajoittaa sopimuskumppanin oikeutta vedota täysimääräisesti sopimusvapauden kautta syntyneiden sopimusehtojen sitovuuteen.

Yritysmarkkinoilla osapuolilla on selvästi ainakin jonkinasteinen lojaliteettivelvollisuus toista sopijakumppania kohtaan. Voidaan sanoa, että lojaalisuus on yritysmarkkinoiden toimivuuden tae. Yritysmarkkinoiden lojaalisuutta ja toisaalta lojaalisuusvelvollisuutta kuvastaa esimerkiksi korkeimman oikeuden ratkaisu 1984 II 181, joka koskee lähinnä sopimusneuvottelujen aikaisia velvollisuuksia.⁹³ Useissa korkeimmassa oikeudessa käsitellyissä jutuissa on esiintynyt lojaliteettiin liittyviä argumentteja ja korkein oikeus on perustanut ratkaisujaan sille.⁹⁴ Ratkaisussa 1993:130 on korkein oikeus puolestaan nimenomaisesti maininnut termin *lojaliteettivelvollisuus*.⁹⁵ Myös yritysmarkkinoiden sääntelyssä on huomattavissa lojaalisuuden ja tätä kautta lojaliteettiperiaatteen merkitys. Var-

⁹¹ Lojaliteettiperiaatteen ja lojaalisuuden ilmentymiä sopimusoikeudessa on laajasti tarkastellut Huhtamäki (varsinkin teoksessaan Luotonantajavastuu 1993).

⁹² Tolonen, Hannu 1996 s. 11 sekä alaviitteet.

⁹³ Katso mm. von Hertzen, Hannu: Sopimusneuvottelut, 1983, jossa von Hertzen on tutkinut sopimusneuvottelujen osalta juuri lojaliteettiperiaatetta ja neuvotteluriskiä.

⁹⁴ Korkeimman oikeuden jutuissa esiintyneistä ”lojaalisuusargumenteista” ks. KKO 1996:104 (kantaja esitti, että pankki oli rikkonut lojaliteettivelvoitteensa ulkopuolista pantinhaltijaa kohtaan), KKO 1996:46 (eri mieltä olleen oikeusneuvoksen lausunto, jossa käytetään termiä ”lojaalisuussyistä”), KKO 1996:80 (lautamiesten esteellisyyttä käsitellessään KKO esitti ”pankin ja isännän välille muodostuu lojaliteettiside, jolla on merkitystä lautamiehenä toimivan isännän ja myös tuomioistuimen puolueettomuutta arvioitaessa” myös eri mieltä olleet oikeusneuvokset käyttivät termiä lojaliteettiside), KKO 1995:10 (kanteessa ja vastauksessa esitettiin eri mielipiteet siitä, olisiko vastaaja ”sivuuttanut lojaliteettivelvollisuutensa” kantajaa kohtaan.) katso myös KKO 1986 II 110 ja KKO 1995:32.

⁹⁵ Tapauksen lähempi tarkastelu myöhemmin jaksossa 6.1.4 s. 217–218, lojaliteettiperiaatteesta yleisesti myös Ämmälä s. 5 sekä Häyhä 1996 s. 313.

sinkin kansainvälistä kauppaa koskevissa yleissopimuksissa ja laeissa sopimus-kumppaneiden toiminnalle on asetettu velvoitteita, joiden voidaan katsoa ilmen-tävän lojaalisuutta toista sopimuskumppania kohtaan.⁹⁶

On esitetty, että lojaliteettivelvollisuus on sopimuksen eri kehitysvaiheessa erilainen. On katsottu, että sopimuksen neuvotteluvaiheessa lojaliteettivelvolli-suutta voitaisiin pitää heikompana kuin sopimuksen voimassaolovaiheessa.⁹⁷ Tätä on perusteltu sillä, että sopimuksentekovaiheessa osapuolten edut olisivat perustavasti ristiriitaiset. Vasta sopimuksen syntyminen muodostaisi perusteen varsinaisen sopimuslojaliteetin syntyyn. Sopimusneuvottelujen aikainen lojali-teettiperiaatteen mukainen toiminta neuvottelukumppania kohtaan on korostu-nut. Tätä osoittaa KKO:n ratkaisu 1993:130.

Lojaalisuus ja lojaliteettiperiaate ovat Pohjoismaissa käytettyjä termejä, jotka sisällöllisesti vastaavat pitkälti (edellä esitettyjä) common law'n terminologian good faith- ja fair dealing- sekä osin co-operation-käsitteitä. Nämä termit esiin-tyvät korostetussa asemassa *Unidroit*-periaatteissa.⁹⁸ Esimerkkinä lojaalisuuden sisällöstä ja merkityksestä kansainvälisessä velvoiteoikeudellisessa keskustelus-sa voidaan ottaa esille *Commision on European Contract Law*'n laatima *The Principles of European Contract Law*⁹⁹, jossa todetaan yhteistyövelvoitteesta seuraavasti:

”Article 1:202: Duty to Co-operate

Each party owes to the other a duty to co-operate in order to give full effect to the contract.”

(”Artikla 1:202 Yhteistoimintavelvollisuus

Jokaisella sopimuskumppanilla on yhteistoimintavelvollisuus toista sopimus-kumppania kohtaan, jotta kaikki sopimuksen vaikutukset täyttyisivät.”)

Tässä artiklassa lojaliteettiperiaatteen mukainen yhteistyövelvoite, ”to co-operate”, tarkoittaa nimenomaista velvollisuutta toimia siten, että sopimuksen oikeusvaikutukset täyttyisivät. Kansainvälisen kaupan käytännöistä voidaan kui-tenkin havaita, että sopimusriidoissa yleensä riita koskee juuri sitä, mikä tai mitkä nuo sopimuksen toivotut tai tarkoitetut oikeusvaikutukset ovat. Voidaankin sanoa, että kansainvälisen kaupan osapuolten ja liikesopimusten osapuolten toi-mintavelvollisuus sopimuksen oikeusvaikutusten saamiseksi on yleensä hyväk-

⁹⁶ Esimerkiksi YK:n kauppalaki (CISG) 77 artikla. Kuluttajansuojalain 5 luvun 30 §:ssä on il-maistu samansisältöinen säännös, joka koskee myös kuluttajien velvollisuutta rajoittaa vahinkoa.

⁹⁷ Ks. esimerkiksi *Rudanko* 1989 s. 37, joka on julkaistu ennen KKO:n ratkaisua 1993:130. Katso myös *Tolonen* 2000 s. 165.

⁹⁸ Ks. *Unidroit*'n artikkelit 1.7 ja 5.3.

⁹⁹ Ks. näistä periaatteista *Mähönen* 2000 sekä kyseisten periaatteiden osalta laadittu kommentaa-ri, *Principles of European Contract Law. Parts I and II*.

syttö – mutta osapuolten käsitykset toimintavelvollisuuden määrästä ja sopimuksen oikeusvaikutusten sisällöstä voivat olla erilaisia.

Lojaliteettivelvollisuutta on kuvattu indispositiivisena säännöksenä. Tästä on johdettu, ettei osapuoli voisi tehokkaasti luopua oikeudestaan vedota toisen velvollisuuteen toimia lojaalisti.¹⁰⁰ Tämä tulkinta lojaliteettivelvollisuuden velvoittavuudesta on oikea. Toisensuuntainen tulkinta johtaisi siihen, että epälojaali toiminta voitaisiin katsoa sopimuksenvaraisesti hyväksytyksi. Lojaalisuusperiaatteesta johdettavia toimintaperiaatteita löytyy myös kansallisista säädöksistä. Esimerkkinä voidaan mainita kauppalaan 50 §, jossa on esitetty lojaalisuusvelvoite ostajalle¹⁰¹:

Kauppalaan 50 §

”Ostajan tulee:

- 1) myötävaikuttaa kauppaan sillä tavoin kuin häneltä kohtuudella voidaan edellyttää, jotta myyjä voi täyttää sopimuksen; ja
- 2) noutaa tai vastaanottaa tavara.”

Vaikka ostajan myötävaikutusvelvollisuus on säädetty laissa, kuvastaa kyseinen lainkohta kuitenkin velvoitetta ”myötävaikuttaa kauppaan”. Merkille pantaavaa on, että ostajan myötävaikutuksen kohde olisi säädöksen tarkan sanamuodon mukaan sopimus eikä sopimuskumppani. Kyseinen ajatusmalli voidaan johtaa myös sopimuksen sitovuuden peruseriaatteesta. Kyse on sopimusoikeuden perusajatuksista, *pacta sunt servanda eli sopimusta tulee noudattaa (palvella)*. Lojaalisuuden voidaan katsoa kohdistuvan sopimukseen itseensä, ei niinkään toiseen sopimuskumppaniin. Tämä johtaa väitteeseen, jonka mukaan lojaliteettiperiaatteen mukainen toiminta sopimussuhteissa kohdistuu käytännössä ensin sopimuskumppaniin (”*fair dealing -tilanne*”), mutta lojaliteettiperiaatteen ja -velvollisuuden perimmäinen tarkoitus on se, että sopimuskumppani on lojaali sopimusta kohtaan (”*good faith -tilanne*”).¹⁰² *Lojaliteettiperiaatteen mukaista lojaalisuutta voidaan kutsua velvoitteena neutraaliksi, koska sen kohde on viime kädessä sopimus itse*. Sopimusverkkojen tarkastelussa lojaliteettiperiaatteen neutraalius on tärkeä pitää mielessä.

Toisaalta on säännöksiä, joissa hyvän liiketavan mukaista menettelyä ja samalla lojaalisuutta vaaditaan elinkeinotoiminnassa ja yritysmarkkinoilla toimivilta, vaikka sopimussuhdetta ei yritysten välillä ole. Kyse on tällöin lojaalisuusvelvoitteesta, joka kohdistuu muihin samoilla (yritys-) markkinoilla toimiviin

¹⁰⁰ Mähönen 2000 s. 121–.

¹⁰¹ Ks. myötävaikutusvelvollisuuden täyttämisen osalta myös kauppalaan 53 §.

¹⁰² Tässä käsitteitä *fair dealing* ja *good faith* on käytetty kuvaamaan nimenomaan lojaalisuuden erilaisuutta sopimusprosessin eri vaiheissa.

elinkeinonharjoittajiin. Elinkeinonharjoittajan tulee suunnitella oma elinkeinotoimintansa siten, että se ei ole epälojaalia. Esimerkkinä voidaan mainita laki sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa 1 §:

”Elinkeinotoiminnassa ei saa käyttää hyvän liiketavan vastaista tai muutoin toisen elinkeinonharjoittajan kannalta sopimatonta menettelyä.”

Muukkonen suhtautuu lojaliteettivelvollisuuden merkityksen kasvamiseen epäillen. Hän esittää:¹⁰³

”Lojaliteettivelvollisuuden voimassaolo ei siis perustu yhteenkään nimenomaiseen lainsäädännökseen.”

Toisen suuntaisia mielipiteitä ovat esittäneet esimerkiksi *Routamo*¹⁰⁴ ja *Taxell*¹⁰⁵ sekä *Pöyhönen*¹⁰⁶.

Teoreettinen kysymyksenasettelu siitä, kyetäänkö tai halutaanko lojaalisuus esittää toimintavelvollisuutena tai lainsäädökseen tai periaatteeseen perustuvana itsenäisenä tai epäitsenäisenä velvoitteena, ei ole kovin hedelmällinen. Lojaalisuus on yleinen sopimusoikeudellinen ja varsinkin liikesopimustoimintaan liittyvä toimintatapa.¹⁰⁷ Minkä tasoiseksi tai kuinka vahvaksi lojaalisuus tai lojaalisuusvelvollisuus voidaan yritysmarkkinoilla asettaa, on oma erilliskysymyksenä. Lojaalisuuden sisältö ja aste on arvioitava tapauskohtaisesti. Arvioinnin perustaa voidaan hakea sovellettavasta nimenomaisesta säädöksestä, periaatteesta tai jopa sopimusehdosta. Näkisin kuitenkin, että kansainvälisessä kaupassa valitsee joiltain osin jopa ”faktinen lojaalisuuspakko”. Vaikka lojaalisuuden (tai kuten suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa useammin on käytetty ”lojaliteettivelvollisuuden”) merkitystä on korostettu sopimuksen tulkintatilanteessa, lojaalisuus on kuitenkin siirtymässä korostetummin sopimuskumppanien toiminnan puolelle, niin sopimusta edeltävään neuvotteluvaiheeseen kuin myös sopimuksen täyttövaiheeseen. *Hannu Tolonen* toteaa lojaalisuusperiaatteesta:

”Lojaliteettiperiaate muistuttaa kohtuusperiaatetta, mutta on kuitenkin siihen nähden erilainen. Lojaliteettiperiaate edellyttää positiivista toimimisvelvollisuutta, joka on oikeuskäytännössä usein ollut tiedon eli informaation antaminen sopimukseen liittyvistä seikoista.”¹⁰⁸

¹⁰³ *Muukkonen* 1993 s. 1032.

¹⁰⁴ *Routamo* s. 22.

¹⁰⁵ *Taxell* 1977 s. 150.

¹⁰⁶ *Pöyhönen* 1988 s. 19, jossa hän viittaa esimerkkinä kauppalain säännöksiin.

¹⁰⁷ Lojaliteettiperiaatteen kattavuus on hyväksytty erityyppisten liikesopimusten osaksi, esimerkiksi kauppaedustajien toimintavelvollisuuksien osaksi katso *Telaranta* 1977 s. 60, jossa *Telaranta* käyttää termejä *rehdisti* ja *lojaalisti* rinnakkain.

¹⁰⁸ *Tolonen* 2003 s. 141. Tässä Tolonen viittaa KKO:n ratkaisuihin 1993:130 ja 1992:50.

Sopimuksen tulkintatilanteissa tai sopimusriidoissa esitetty lojaalisuuden ”jälkivaatimus” eli vaatimus siitä, että sopimuskumppanin olisi tullut toimia lojaalisti, on yleensä osapuolten kannalta hyvin ongelmallinen. Asianmukaisen lojaalisuuden tulkitsee ja sen sisällöstä päättää pääsääntöisesti sopimuksen ulkopuolinen, jolla on sopimuksesta ja sen ongelmista jälkikäteen tieto. Sopimuksen voimassaoloaikana kulloinkin lojaalisuuden vaatimus ja lojaali toiminta ovat käytännössä ainoastaan osapuolten arvioitavissa ja päätettävissä.

Lojaliteettivelvollisuus on kuvattu monella eri tavalla oikeuskirjallisuudessamme. Eräiden tutkijoiden mielestä lojaliteettivelvollisuus ja lojaliteettiperiaate nähdään osana oikeusperiaatteita – lähinnä muita oikeusperiaatteita – ja sen katsotaan noudattavan oikeustoimilain 33 §:n asettamaa kunnianvastaisen ja arvottoman oikeustoimen kieltävää säännöstä. Toisaalta lojaliteettivelvollisuuden katsotaan sisältävän myötävaikutus-, tiedonanto-, reklamaatio-, ilmoitus-, uskollisuusvelvollisuus- jne. velvollisuuksia. Kuitenkin kansainvälisen kaupan sopimusvelvoitteiden osalta tulee huomata, että lojaliteettivelvollisuus keskittyy korostetusti tiedonanto- ja myötävaikutusvelvollisuuden täyttämiseen.¹⁰⁹

Lojaalisuuden merkitys liikesuhteissa ja liikesopimuksissa sekä varsinkin liikesopimusneuvotteluissa¹¹⁰ on korostunut jatkuvasti.¹¹¹ Osapuolten lojaalisuus sopimuksesta neuvoteltaessa edesauttaa konsensukseen pääsemistä ja sopimuksen syntymistä.

Liikesopimusneuvottelujen aikana lojaalisuus kohdistuu korostetusti toiseen neuvottelukumppaniin, kun taas sopimuksen syntymisen jälkeen lojaalisuuden kohde siirtyy enemmän itse sopimukseen – joskin sopimuksen kautta lojaalisuus kohdistuu myös sopimuskumppaniin. Voidaan sanoa, että jos lojaalisuuden kohde on sopimus ja sen tarkoitus, samalla määritelmällä rajataan lojaalisuuden sisältöä. Kuluttajasopimuksissa lojaalisuus kohdistuu korostetusti koko sopimuksen prosessin ajan kuluttaja-asemassa olevaan sopimuskumppaniin.¹¹² Tämän vuoksi voidaan väittää, että lojaalisuus on tasapuolisempaa liikesopimuksissa kuin kuluttajasopimuksissa.

Vaikka lojaalisuuden merkitys ja lojaalisuusvelvollisuus yritysmarkkinoilla ovat merkittävässä asemassa, tulee korostaa seuraavaa seikkaa. Epälojaalia toimintaa ei ole se, että osapuolet ovat sopimusneuvotteluissa tai ylipäänsä sopimuksen voimassaolon aikana perustellusti eri mieltä tai että osapuoli ”pitää omia puoliaan” neuvotteluvaiheessa tai sopimussuhteessa.

¹⁰⁹ Tästä mm. Mähönen 2000 s. 131, Muukkonen 1993 s. 1046, Ämmälä 1994 s. 3 ja s. 8.

¹¹⁰ Ns. neuvottelulojaliteetista katso Mähönen 2000 s. 135 sekä KKO 1993:130.

¹¹¹ Mähönen on tutkinut ja verrannut terminologiaa lojaliteetti-liitännäisten ja sitä sivuavien termien välillä. Tältä osin Mähönen on viitannut suomalaisista tutkijoista Zittingin, Ämmälän, Karttion, Taxellin, Aurejärven ja Hemmon tutkimuksiin. Näistä Mähönen s. 215–228 varsinkin s. 218–222.

¹¹² Lojaalisuuteen palataan esityksessä myös sopimusverkkoja koskevan osion yhteydessä.

Lojaliteettivelvollisuudesta on kasvanut siviilioikeuden yleisten oppien peruskäsite ja sen merkitys on korostunut oikeuskirjallisuudessa ja oikeuskäytännössä. Voidaan kuitenkin todeta edellä esitettyyn lojaliteettivelvollisuuden peruskäsitteistöön viitaten, että lojaliteettiperiaatteen sisältö on useissa tutkimuksissa jäänyt epäselväksi.¹¹³

Kansainvälisen kaupan maksujärjestelyissä lojaliteettivelvollisuudella tarkoitetaan usein kaksisuuntaista lojaalisuutta. Esimerkkinä kaksisuuntaisesta lojaalisuudesta voidaan mainita pankin lojaalisuus kansainvälisen kaupan maksu- ja vakuusjärjestelyissä. Lojaalisuus kohdistuu sekä asiakkaaseen eli toimeksiantajaan sekä maksutoimeksiannossa edunsaajaan, joka tulee kyseisen maksusuorituksen saajaksi. Lojaliteettivelvollisuutta koskevien yleisesitysten mukaan sopimuskumppanin tulee kohtuullisessa määrin ottaa huomioon toisen sopimuskumppanin intressi. Kyse ei pankin maksujärjestelyssä suinkaan ole sopimuksen tasapainotilasta sen perinteisessä muodossa, vaan pankin tulee pyrkiä tasapainotamaan omat intressinsä myös asiakkaaseen ja toisaalta edunsaajaan nähden. Kyse ei voi olla siitä, että kumpikin olisi yhtäläisten lojaliteettivelvollisuuksien kohteena, vaan pankin on toimittava siten, että kummankin erityislaatuisuus otetaan maksujärjestelyssä huomioon.

Pankin lojaliteettivelvollisuus ilmenee yhteistoimintavelvollisuutena suhteessa edellä mainittuihin tahoihin. Maksutoimeksiantojen osalta yleensä halutaan sopia siitä, että pankki toimii neutraalisti ja lojaalisti. Maksujärjestelyihin liittyvien sopimussuhteiden tarkastelun kannalta on tärkeä huomata, että pankki maksutoimeksiannon saajana ei pääsääntöisesti ole sopimussuhteessa edunsaajaan eli maksunsaajaan.¹¹⁴ Pankin lojaliteettivelvollisuus voidaan johtaa siitä perusajatuksesta, että pankkitoimintaan on perinteisesti luotettu. Historiallisesti tarkasteltuna tämä luottamus on ilmennyt mm. pankin asiakkaiden luottamuksena siihen, että pankkiin voidaan tallettaa asiakkaan rahoja. Pankin asiakkaan luottamuksen vastapainoksi on perustellusti noussut esille pankille asetettu lojaalisuusvelvollisuus. *Liikesopimusten osalta voidaan väittää, että mitä suurempi osapuolen luottamus toista sopimuskumppania kohtaan on, sitä suurempi tulisi luottamuksen kohteena olevan sopimuskumppanin lojaliteettivelvollisuuden olla luottamusta osoittanutta kohtaan.*

Pankin lojaliteettivelvollisuuden sekä sopimusoikeudessa hyväksytyn huolellisuusvaatimuksen välillä on kiinteä yhteys. Nykyisen sopimusoikeuden doktriinin mukaan sopimuskumppaneiden huolellisuusvaatimus on korostunut varsinkin silloin, kun sopimuskumppani nimenomaisesti tarjoaa asiantuntija- tai osaa-

¹¹³ Mähönen 2000, s. 131.

¹¹⁴ Tässä ei tarkoiteta tilisuhdetta tai tilisopimusta pankin ja maksunsaajan välillä, joka toki on sopimussuhde.

mispalveluita.¹¹⁵ Pankin maksutoimeksiannon hoitamisessa noudattama huolellisuusvelvollisuus kohdistuu juuri siihen, että se suorittaa maksun siten kuin toimeksiantaja on vaatinut. Tältä osin tulee muistaa, että maksutoimeksianto ja maksutapa on sovittu jo pääsopimuksessa pääsopijakumppaneiden välillä eli pankin asiakkaan/päämiehen ja tämän sopimuskumppanin eli edunsaajan välillä. Tämän vuoksi pankin sinänsä ainoastaan toimeksiannon mukainen suoritus on kummankin sopijakumppanin alun perin yhdessä muotoilema ja hyväksymä maksuehto kauppasopimuksessa.

Liikesopimusten neuvotteluvaiheessa lojaliteettivelvollisuudet ovat korostusti esillä. Tällöin osapuolten tulee pyrkiä antamaan vastapuolelle mm. riittävät ja oikeat tiedot kaupan kohteesta. Kuten edellä on todettu, tällöin korostuu *fair dealing* -tyyppinen toiminta. Varsinkin sopimusverkkojen neuvotteluvaiheessa verkon osapuolten tulee kyetä ottamaan huomioon myös toiset verkon osapuolet. Lojaalisuus neuvotteluvaiheessa on lähinnä tiedonantoa niistä seikoista, joiden perusteella toiset sopimuskumppanit (sopimusverkon osalliset) ovat valmiita tulemaan mukaan sopimusverkkoon. Lojaliteettivelvollisuuden täyttäminen on edellytysopin tematiikkaa mukaillen sopimusverkkoon osallistumisen edellytys. Vaikka lojaalisuutta ei olisikaan määritelty osapuolten välillä, tulee sopimusverkossa noudattaa lojaalisuutta muita sopimusverkon osapuolia kohtaan.

Sopimusverkon osapuolten lojaalisuus ”muuttuu” kuitenkin sopimusverkon voimassaoloaikana, mutta kaikkien osapuolten toimien tulee perustua *rigor commercialis* -ajatuksen kuvaamalle ankaralle sopimuksenmukaiselle toiminnalle. Näen kuitenkin, ettei lojaliteettivelvollisuuden täyttäminen voi tarkalleen ottaen koskaan olla rigor commercialis -periaatteen vastaista eli lojaliteettivelvollisuus (ja korostetusti tiedonantovelvollisuuden täyttäminen) ei voi olla sopimuksen ehtojen vastaista toimintaa. Esimerkiksi sopimusverkon sisällä määritellyt salasapitovelvoitteet eivät väisty tiedonantovelvollisuuden tai lojaliteettiperiaatteen edessä.

Lojaalisuus edesauttaa sopimustoimintaa. Jos sopimusverkon osapuolen toiminta ei ole sopimuksen mukaista, se on käytännössä aina epälojaalia.¹¹⁶ Sopimusverkon herkkä tasapainotila järkkyy jo pienestäkin epälojaalista toiminnasta. Toisaalta voidaan todeta, että sopimusverkossa ”ylilojaali” toiminta voi olla epälojaalia toimintaa. Esimerkkinä ylilojaalista toiminnasta voidaan pitää sitä, että jokin sopimusverkon osapuoli antaa toisesta verkkoon kuuluvasta sopimuksesta

¹¹⁵ Ks. Hemmo 2002 s. 25 sekä Halila – Hemmo s. 158–.

¹¹⁶ Voidaan kuitenkin todeta, että sopimusverkon ja sopimusten ehtojen ulkopuolelle menevä toiminta voi myös olla lojaalia, jos sillä tuetaan sopimuksen tai sopimusverkon toimintaa. Esimerkkinä voidaan mainita tilanne, jossa sopimusverkon rahoittaja antaa lisärahoitusta ilman mitään lisärahoitukseen velvoittavaa nimenomaista sopimusehtoa.

salaisia tietoja jollekin kolmannelle, joskin samaan sopimusverkkoon kuuluvalla osapuolella.

Lojaalisuus sopimussuhteessa edistää sopimusehtojen toimivuutta ja sopimusehtojen toteutumista. Lojaalisuus on käytännössä usein sopimusehtojen ”puskuri”, joka voi suojata ehtoja monissa sopimuskriisitilanteissa.

Lojaalisuuden tavoite ja termin käytännön merkitys ovat suurempia, jos yleisistä lojaalisuusvelvoitteista ja lojaliteettiperiaatetta ei sekoiteta nimenomaisesti lain säätämiin ”lojaalisuuksiin”. Jos nimittäin esimerkiksi informaationantovelvollisuuden osalta vedotaan lojaalisuusvelvoitteeseen, jonka sisältö etsitään nimenomaisesta normista (esimerkiksi vakuutusopimuslain 4 luvun säädöksistä), syntyy helposti erheellinen kuva lojaalisuuden sisällön ennalta määrättävyydestä. Jos lojaalisuusvelvoitetta kunnioitetaan ainoastaan säädöksenä, syntyy lojaalisuudelle käytännössä jokin ”maksimi ja minimi” eli lojaalisuutta ei enää välttämättä osata arvioida ja toteuttaa *in casu*. Varsinkin liikesopimuksissa ja sopimusverkoissa lojaalisuuden merkitys periaatetason normina on huomattavasti suurempi kuin lojaalisuuden merkitys liikesopimuksia koskevalla säädöstasolla. Yleensä säädöstason lojaalisuudesta voidaan säädösten dispositiivisuuden perusteella poiketa, mikä osaltaan rapauttaa lojaalisuuden perusajatusta.

Minkälaista lojaalisuutta yritysmarkkinoilla toimivien liikesopimuskumppanien tulisi noudattaa, jotta nämä toimisivat ”lojaalisti ja oikein”? Tyhjentävää vastausta tähän on mahdotonta antaa, mutta käyttökelpoisia ja suuntaa-antavia ohjeita lojaliteettitoiminnan sisällöstä voidaan löytää monista lähteistä. Esimerkiksi Raamattuun on kirjattu ns. kultainen sääntö¹¹⁷:

”Kaikki, minkä tahdotte ihmisten tekevän teille, tehkää te heille. [Tässä on laki ja profeetat.]”
(Matt. 7:12).”

Tämän ohjeen mukaista toimintaa ei ainakaan voitane pitää epälojaalina. Lojaalisuuden konkreettinen sisältö on korostetusti riippuvainen kunkin sopimuskumppanin omasta lojaalisuuskäsityksestä. Edelleen on syytä huomata, että liikesopimuskumppanien lojaalista toiminnasta toisiaan kohtaan ei periaatteessa voi koskaan olla haittaa. Päinvastoin: lojaalisuus pääsääntöisesti

¹¹⁷ Kulusta sääntöä vastaavia ohjeita on löydettävissä myös Uutta testamenttia edeltäneistä uskonnollisista kirjoituksista. Kysymyksenasettelu tältä osin on lähinnä se, kuinka laaja on näissä säännöissä kuvattu ”lähimmäisten piiri” eli ovatko esimerkiksi eriuskoiset ja toisella mantereella asuvat toisen valtion kansalaiset ”lähimmäisiä”. Kristinuskossa lähimmäisrajaa ei ole, vaan Jeesuksen oppien mukaan jopa ”vihollista” tulisi rakastaa. Toisaalta esimerkiksi islamin oppien mukaan ”läheispiiri” rajataan lähtökohtaisesti islaminuskoisiin. Tätä kuvaavat mm. islamin käsitteet *umma* (uskovien yhteisö) ja *Dar al-Islam* (islamin alue, rauhan alue. Vastakohtana on *Dar al-Harb* eli alue, jossa islam ei vallitse; sodan ja kaaoksen alue.).

- parantaa osapuolten neuvotteluasemaa,
- lisää sopimuskumppanien välistä luottamusta,
- tukee liikesopimuksen toteutumista ja
- mahdollistaa jopa korjausmekanismin moniin sopimushäiriötilanteisiin.

Se, käytetäänkö lojaliteettiperiaatteesta johdettavia instrumentteja ja korjausmekanismeja sopimussuhteissa, on perimmiltään sopimuskumppanien tahdosta kiinni.

3.4.4 Yritysmarkkinat ja kuluttajien luottamus

Yritysmarkkinoiden ja kuluttajamarkkinoiden välinen erilaisuus ilmenee kuluttajamarkkinoiden yleisenä ja ajoittain sokeana luottamuksena yritysmarkkinoita kohtaan. Yksilöiden luottamus vallitsee yleensä silloin, kun yritysmarkkinat toimivat hyvin ja tuottavasti. Mikäli yritys jostain syystä menettää tämän luottamuksen, on kuluttajamarkkinoiden tuomio pettymyksestä johtuen yleensä kova.

Luottamus voi horjua silloinkin, kun yritysmarkkinoilla esitetään tappiollisen toiminnansyyksi vaikkapatietämättömyystai inhimillinen erehdys. Kuluttajamarkkinoilla ei näitä selityksiä yleensä hyväksytä. Esimerkiksi pankkien historiasta voidaan ottaa esille useita tapauksia, joissa lynkkausmieliset tallettajat ovat vaatineet joukolla rahojaan liiketoimissaan epäonnistuneelta ja näin ollen asiakkaiden mielestä epäluotettavalta pankilta.¹¹⁸

Yritysmarkkinoiden itsestään luoma kuva omasta kyvykkyydestä ei salli inhimillisten puutteiden olemassaoloa. Epäonnistumisia kuitenkin tapahtuu. Tällöin huomataan, että kyseessä on kuitenkin aina yksilön (yksilöiden) tekemä päätös tai arviointi. Kuluttajamarkkinoilla ei yritysmarkkinoiden vastuukysymyksiä osata pääsääntöisesti hahmottaa. Lähtökohtaisesti tulisi kyetä erottamaan esimerkiksi epäonnistunut liiketoiminta ja rikollinen liiketoiminta toisistaan. Näidenkin osalta kuluttajat helposti luovat vääriä käsityksiä.

Kansainvälisen kaupan osalta yksilöiden luottamus on periaatteessa vieläkin selvempi, sillä maallikkotasolla kansainvälisestä kaupasta tiedetään hyvin vähän. Yleinen tietämättömyys antaa toisaalta mahdollisuuden kansainvälisessä kaupassa mukana oleville toimia melko vapaasti. Jos taas kansainvälisessä kaupassa epäonnistutaan ja tieto tulee julkiseksi, on ulkopuolisten helppo tuomita toiminta ”lähtökohtaisesti hallitsemattomaksi riskinotoksi”. Tulisi kuitenkin muistaa, että liiketoimintaan sisältyy aina riskejä, jotka voidaan minimoida, muttei täysin poistaa.

¹¹⁸ Ks. näistä konflikteista yleisesityksinä mm. *Galbraith* teoksessaan *Raha 1979* ja *Chancellor: Devil Take the Hindmost: A History of Financial Speculation*, 1999.

3.5 YHTEENVETO MARKKINOIDEN KERROSTUMISTA

Tämän tutkimuksen osalta markkinoiden eri kerrostumien kuvaaminen on välttämätöntä, sillä kansainvälinen kauppa on pääsääntöisesti luokiteltavissa yritys-markkinoilla tapahtuvaksi toiminnaksi. Tutkimuksen seuraavissa jaksoissa keskitytään tarkastelemaan kansainvälisen kaupan liikesopimuksia ja dokumenttimaksuja osana yritysmarkkinoita.

Edellä on tuotu esille seikkoja, joiden suoranainen juridinen merkitys voi dokumenttimaksujen yhteydessä tuntua vähäiseltä. Markkinoilla ja yhteiskunnassa tapahtuvat muutokset heijastuvat kuitenkin jatkuvasti lainsäädäntöön, tuomioistuintoimintaan sekä oikeustieteeseen. Konservatiivinen tarkastelukulma on jo oikeustieteen luonteen vuoksi usein ensisijainen. Olisi kuitenkin toivottavaa, että markkinoiden hajaantumisen kaltaisille ilmiöille voitaisiin esittää uusi juridinen viitekehys. Toisaalta yhtä rakentavaa oikeustieteellisen tutkimuksen kannalta saattaisi olla, että edellä esitetyt markkinakäsitykset ja markkinoiden eri kerrostumat osoitetaan vääriksi tai tarpeettomiksi johtopäätöksiksi.

4 Kansainvälisen kaupan sopimusmalli

4.1 KANSAINVÄLISEN KAUPAN SOPIMUS ON LIIKESOPIMUS

4.1.1 Johdatus liikesopimukseen: kertomus liikesopimuksesta

Lähtökohtana kansainvälisen kaupan liikesopimuksien laadinnassa ja niiden sitovuutta arvioitaessa on korostunut *inter partes* -aspekti. Seuraavassa kansainvälisen kaupan liikesopimuksella tarkoitetaan lähtökohtaisesti irtaimen kauppaa, ei kansainvälistä luotto- tms. puhtaasti rahoitus- tai muu pankki-instrumentein tehtyä kauppaa. Liikesalaisuuksien ja liiketoiminnan harjoittajien riskipelkojen vuoksi liikesopimukset laaditaan yrityksissä yhä enenevässä määrin perusosiltaan samankaltaisiksi riippumatta sopimuksen kaupallisesta substanssista. Tämä johtuu siitä, että yritykset haluavat tuntea ja hallita käyttämänsä sopimukset läpikotaisin.

Merkittäviä ja taloudelliselta arvoltaan mittavia liikesopimuksia ei kansainvälisillä yritysmarkkinoilla juurikaan ole tutkimuksia varten saatavilla. Pääsääntöisesti liikesopimukset laaditaan liiketoimintaa varten ja vasta niistä aiheutuneiden riitojen seurauksena liikesopimus saatetaan avata ulkopuoliselle (välimiesoikeudelle tai tuomioistuimelle). Voidaankin sanoa, että terve liikesopimus ei kaipaakaan sopimuksen ulkopuolisia tai julkisuutta. Jotta kansainvälisen kaupan sopimuksista ja liikesopimuksista voidaan lausua juridisia arvioita, tulee arvioitsijan aina tutustua kansainvälisen kaupan ja liikesopimusten toimintamalleihin ja sopimustodellisuuteen. Seuraavassa eräs esimerkki liikesopimuksesta yritysmailmassa.

Maailman merkittävimpiin yhtiöihin kuuluvien Chryslerin ja Daimler-Benzin välinen fuusio toteutettiin 1998. Fuusiosopimuksen katsottiin edistävän kummankin yrityksen etua. Fuusio on toistaiseksi maailman suurin teollisuusfuusio ja sen arvo oli n. 36 miljardia dollaria. Yhdysvaltalainen miljardöörijohtaja *Kirk Kerkorian* aloitti muutama vuosi fuusion toteutumisen jälkeen oikeudenkäynnin, jossa hän esitti kyseisen järjestelyn olleen Daimler-Benzin Chrysleriin kohdistunut yritysvaltaus eikä aito fuusio. Fuusion sopimusta neuvotellessa Kerkorian oli Chryslerin suurin omistaja. Jutussa kuultujen todistajien mukaan Chryslerin ja Daimler-Benzin hallitusten jäsenet, puheenjohtajat, pääjohtajat ja suurimmat osakkeenomistajat eivät koskaan olleet lukeneet 102-sivuisen fuusiosopimuksen sopimustekstiä – ainakaan huolella. Fuusioekspertti, asianajaja *Alan Paulin*¹ esitti

¹ *Paulin* toimii asianajotoimisto Allen & Overyn palveluksessa Lontoossa.

lehtihaastattelussa² fuusiosopimuksista: ”I’m afraid they can get to be rather long and immensely tedious, which is why chairmen don’t read them.”³

Kerkorian perusti vaatimuksensa sille, että yhtiö olisi antanut väärää (*fraudulent*) tietoja ja johtanut harhaan omistajia. Kerkorianin mukaan tarkoitus oli fuusioda yhtiöt yhtäläisin oikeuksin (*“merger of equals”*), eikä suinkaan tarkoituksena ollut se, että Chrysleristä tulisi Daimler-Benzin divisioona. Kerkorian vaati korvauksia ja rangaistuksenluontoisia vahingonkorvauksia yhteensä noin 1,2 miljardia dollaria. Kerkorian lausui oikeudessa: ”You have to have trust and honesty ... Instead, if you get deceit and fraudulence, which I feel has happened here with Daimler, it doesn’t work.”⁴

Delawaren tuomioistuin päätyi huhtikuussa 2005 ratkaisuun, jonka mukaan Kerkorian vaatimuksia ei hyväksytty. Mielenkiintoista tuomioistuimen päätöksessä on se, että päätöksen mukaan Kerkorian ei kyennyt osoittamaan, että hän olisi luottanut fuusiosopimusneuvottelujen aikana Daimler-Benzin edustajien vakuutteluihin siitä, että kyse olisi ollut *merger of equals*ista Daimler-Benzin ei katsottu johtaneen Kerkoriania harhaan.⁵

Miten tämäntyyppistä liikesopimusta tulisi arvioida? Mitä esimerkki osoittaa liikesopimuksista?

4.1.2 Liikesopimus perussopimuksena

Liikesopimusta on tarkasteltu oikeuskirjallisuudessa sopimuksena, joka liittyy liiketoimintaan, ja joka näin ollen on taloudellista hyötyä tavoittelevaa sopimus-toimintaa. Samalla on kuitenkin korostettu sitä, että liikesopimussuhteisiin soveltuvat yleiset sopimusoikeudelliset periaatteet. Liikesopimusten tarkastelu on kuitenkin jäänyt viime vuosien oikeudellisessa tutkimuksessa taka-alalle, kun sopimusoikeudellinen tutkimus on keskittynyt lähinnä kuluttajien oikeuksien ja kuluttajasopimusten tarkasteluun.⁶ Liikesopimuksien arvioinnissa ja tutkimuksessa tulisi kuitenkin muistaa, että liikesopimuksen perusta on edelleen perinteinen ja selkeän konservatiivinen. Tärkeää olisi, että liikesopimusten osalta tunnistettaisiin modernin ja usein sopimusteknisesti monimutkaisen kuoren alta perinteinen juridinen sopimuskonsepti.

² Financial Times England 16. ja 17.12.2003.

³ ”Pelkäänpä, että ne [fuusiosopimukset] voivat olla melko pitkiä ja suunnattoman ikävystyttäviä, minkä vuoksi johtajat eivät lue niitä.”

⁴ ”Täytyy olla luottamusta ja rehellisyyttä... Jos sen sijaan saa petosta ja vilppiä, kuten uskon tapahtuneen tässä tapauksessa Daimlerin kanssa, se ei käy.”

⁵ Tuomiossa todettiin, että Kerkorian on *sophisticated investor* (valistunut sijoittaja) ja että Daimler-Benzin fuusioneuvotteluissa esittämä *merger of equals* oli ollut vain *promotional phrase* eli kaupan edistämistä varten esitetty lausuma.

⁶ Ks. kuitenkin mm. Rudanko 1998 B ja Mononen.

Liikesopimukset ovat yritysten välistä sopimustoimintaa. Niitä voidaan kuva-
ta myös henkilöneutraaleiksi sopimuksiksi, koska luonnollisiin henkilöihin tyy-
pillisesti liittyvillä ominaisuuksilla⁷ ei perinteisesti ole annettu merkitystä liike-
sopimuksissa.

Liikesopimukset voidaan jaotella kahteen pääryhmään: kansallisiin liikesopi-
muksiin ja kansainvälisiin liikesopimuksiin. Kansainvälinen kauppa perustuu
kansainvälisiin liikesopimuksiin. Kansainvälisen kaupan liikesopimusten laati-
minen ja tulkinta on mahdollista, jos tuntee liikesopimuksen ja sen erityispiir-
teet.

Käsitys liikesopimuksista vaihtelee tarkastelijan ja tarkasteltavan liikesopi-
mustyyppin mukaan. Viime vuosina on kuitenkin ollut havaittavissa monenlaisten
ennakkoluulojen korostuminen liikesopimuksista puhuttaessa. Usein on esitetty,
että liikesopimukset ovat monimutkaisia, laajoja ja vaikeaselkoisia sopimuksia.
Sopimusteknisesti ja *ulkoisesti* tämä arvio pitää paikkansa. Kuitenkin liikesopi-
mukset ovat sopimusoikeudellisilta periaatteiltaan ehkä konservatiivisimpia ja
yksinkertaisimpia sopimuksia. Sopimuksen sisältö ja sopimusten kattamat oi-
keudet, velvoitteet ja asiakokonaisuudet ovat sen sijaan yhä laajempia.

Tämän tutkimuksen tarkoituksena on poistaa liikesopimuksiin liitettyä ”ma-
giaa” siten, että liikesopimusten sekä varsinkin kansainvälisen kaupan sopimus-
suhteiden maksujärjestelyiden oikeudellinen tarkastelu olisi mahdollista. Mie-
lenkiintoista on huomata, että yritysmarkkinoilla toimivat liikeyritykset ovat
melkein pä pakonomaisesti pyrkineet pitämään ”magian verhon” liikesopimusten
ja varsinkin kansainvälisen kaupan sopimusten yllä. On valitettavaa, että joissa-
kin sopimusoikeudellisissa tutkimuksissa on annettu liike-elämän esittämille
”magiavaatimuksille” ehkäpä tarpeettomasti periksi. Näissä tutkimuksissa on
lähdetty etsimään uusia vaihtoehtoja perinteisen ja hyvin toimivan sopimusoi-
keudellisen peruskäsitteistön tilalle.

Usein toistettu väittäjä yritysmarkkinoilla on ollut se, että ”vanha sopimusoi-
keus” ei riitä nykyisten monimutkaisen kansainvälisen kaupan sopimusoikeudel-
listen ongelmien ratkaisuun. Väittäjä on mielenkiintoinen mutta väärä. Kan-
sainvälisen kaupan sopimukset rakennetaan edelleen ”vanhan sopimusmallin”
peruskäsitteistön varaan. Sopimuksia tehdään, jotta ne sitoisivat osapuolia toimi-
maan sovitulla tavalla. Kansainvälisen kaupan liikesopimuksien taustalla on aina
sopimuskumppanien halu tukea ja edistää omaa liiketoimintaa.⁸ Toisaalta vaih-
danan intressien turvaamiseksi osapuolten itsekkyyttä liikesopimussuhteissa
tulee voida joissain tilanteissa rajoittaa. Tämä voi tapahtua joko osapuolten omin
toimin tai esimerkiksi erityisin säädöksin.

⁷ Näitä ominaisuuksia ovat esimerkiksi terveys, koulutus, varallisuuden määrä jne.

⁸ Kyse on siis lähtökohtaisesti sopimuskumppanin itsekkyyydestä, ks. *partsegoism*-termistä *Taxell*
1987 s. 11.

Liikesopimusta voidaan luonnehtia *perussopimukseksi*. Kansainvälisen kaupan sopimukset ovat liikesopimuksia, jotka puolestaan muodostavat sopimusverkkoja. Liikesopimuksista tai kansainvälisen kaupan sopimuksista ei juuri ole muokattu sopimusoikeudellista mallia, jossa olisi eritelty liikesopimuksen tunnusmerkit.

Liikesopimuksen tarkoituksena on toteuttaa vaihdantaa ja jakaa liiketoimintaan liittyviä riskejä. Liiketoiminta ja varsinkin kansainvälinen liiketoiminta sisältää aina riskejä. Kaikkia riskejä ei voida tehokkaasti poistaa juridisin tai liiketoiminnallisin keinoin. Hypoteesina voidaan esittää väite, että liiketoiminnan kaikki riskit voidaan vakuuttaa, jolloin liiketoimintaa harjoittavalle ei synny mitään riskiä liiketoiminnassa. Velvoitteiden tehokas rajaaminen ja kaikkien ajateltavissa olevien riskien vakuuttaminen tai ”riskien myyminen” kolmansille on periaatteessa mahdollista, mutta tällöin liiketoiminnan perusedellytys eli voiton saaminen on käytännössä hyvin vaikea transaktion sivukulujen noustessa korkeiksi.

Kansainvälisessä kaupassa riskin tarkastelu voidaan tehdä esimerkiksi seuraavan karkean jaottelun mukaan:

1. Tavaraan kohdistuvat riskit
 - tavarantoimituksen turvaaminen
 - tavaran saamisen turvaaminen
2. Tavaran ominaisuuksiin liittyvät riskit
 - sopimuksenmukaisuuteen liittyvät riskit
3. Maksuun liittyvät riskit
 - rahasaamisen turvaamiseen (myyjän puolelta)
 - rahasuorituksen turvaamiseen (ostajan puolelta)
4. Muut riskit
 - valuuttariskit
 - poliittiset riskit.

Kansainvälisen kaupan sopimuksessa pyritään siihen, että yllä mainitut riskit voidaan välttää tai että niiden jakamisesta sopimuskumppanien ja osallisten välillä sovitaan mahdollisimman hyvin.

Kansainvälisen kaupan liikesopimuksissa ilmenee osapuolten halu korostaa sopimusvapauttaan. Toisaalta liikesopimuksia tarkasteltaessa voidaan perustellusti esittää ajatus muodon uudesta tulemisesta.⁹ Liikesopimuksissa muutovapaus on saanut siirtyä – usein käytännön syistä – ja muutovapauden tilalle on liike-elämän sopimuskäytännöissä syntynyt jopa muutopakkoja. Esimerkiksi kirjallinen muoto on liikesopimuksissa ja varsinkin kansainvälisen kaupan sopi-

⁹ Ks. muutosäännöksistä Aarnio LM 1994 ja varsinkin Aarnion esittämät muodon edut s. 278–280.

muksissa muodostunut käytännön sanelemaksi pääsäännöksi ja sitä pidetään välttämättömänä muutovaatimuksena.¹⁰ Kirjallista muotoa voidaan pitää kansainvälisen kaupan ja pankkien maksu- ja vakuusjärjestelyissä pääsääntönä ja jopa sitovana ”kauppatapana”.

Kirjallisen muodon osalta voidaan ainakin puhua *Muukkosen* terminologiaa käyttäen *sopimukseen perustuvana muutovaatimuksesta*,¹¹ jonka sivuuttaminen ei periaatteessa johtane muutoin pätevän sopimusverkon tai sopimusjärjestelyn pätemättömyyteen tai mitättömyyteen. Kyse on kuitenkin siitä, että kirjallisen muodon määräävää sopimusehtoa tulisi noudattaa. Jos sopimuskumppani ei noudata muutovaatimusta koskevaa sopimusehtoa, hän rikkoo sopimusvelvoitteitaan. Varsin vaikeaksi käytännössä muodostuu tilanne, jossa toinen sopimuskumppani toimii suullisen tahdonilmaisun tai sopimuksen perusteella. Kuitenkin liikesopimusten ja sopimusverkon sopimusten muoto on aina kirjallinen.¹² Kyse ei siis ole varsinaisesta muutosäännöstä vaan käytännön muotopakosta. Jos taas liikesopimuksen osapuoli, esimerkiksi pankki tai liikeyritys, ilmoittaa sopimuksen pätevyyden tai voimaantulon ehdoksi kirjallisen muodon, aiheuttaa tämän tyyppisen sopimuksenvaraisen muutosäännöksen sivuuttaminen pääsääntöisesti sopimuksen pätemättömyyden tai pikemminkin tehottomuuden. Kansainvälisen kaupan liikesopimusverkossa, kuten pankkien maksu- ja vakuusjärjestelyissä on kehittynyt *waiver*-instituutio, jolla tarvittaessa voidaan kumota ja korvata sopimuskumppanien aikaisemmin sopimat muutovaatimukset. Waiverilla on luotu myös kansainväliseen pankkitoimintaan maksujen ja vakuusjärjestelyiden käyttöön dynaamisuuden¹³ mekanismi, jossa sitovaa sopimusta, pätemätöntä sopimusta, mitätöntä sopimusta tai muutoin sopimusneuvotteluvaiheessa olevaa ”sopimusta” muutetaan tai korjataan siten, että saadaan aikaan pätevä ja toimiva sopimus. Kyse on tällöin sopimusvapauden käyttämisestä siten, että liikesopimuksen ehtoja muutetaan. Waiver-instituutiossa on lähtökohtaisesti kyse jo laaditun ja pätevän sopimuksen pätevästä muuttamisesta. Tämän vuoksi liikesopimukseen liittyvän waiverin tulkitsijan tulee kyetä selvittämään, mitä tarkoittavat pätemätön sopimus, mitätön sopimus ja uudelleen neuvoteltu sopimus. Jos kyse

¹⁰ Eräänä osoituksena tästä kirjallisesta muutosidonnaisuudesta voidaan pitää liikesopimuksissa hyvin yleistä sopimusehtoa, jonka mukaan kaikki muutokset sopimukseen tulee tehdä kirjallisesti. Toki kyse on sopimusedhosta, mutta ehto on kansainvälisessä kaupassa pikemminkin sääntö kuin poikkeus.

¹¹ Ks. *Muukkonen* 1958 s. 73–. *Muukkonen* käyttää tämän tyyppisestä muutovaatimuksesta nimitystä *yksityisautonominen muutosäännös* ks. myös *Muukkonen* 1958 s. 158–.

¹² Kirjallinen muoto kattaa tässä myös elektronisessa muodossa olevan kirjoitetun tekstitiedoston. Kirjallinen tarkoittaa tässä kaikkia luettavissa oleva tallenteita. Tästä myös *Railas*.

¹³ Dynaamisuuden merkityksestä sopimuksissa, uudesta tulkintatavasta ja määrittelystä *Annola* 2003.

on pätemättömästä, mitättömästä tai neuvotteluvaiheesta olevasta ”sopimuksesta”, ei tulisi puhua sitovasta sopimuksesta tai sopimuksesta ylipäänsä.

Kansainvälistä kauppaa harjoittavat liikeyritykset eivät enää tee suullisia tai ”kättä päälle” -sopimuksia – tai ainakin ne ovat hyvin harvinaisia. Kirjallisen muodon vaatimus johtuu yksinkertaisesti siitä, että yhtiöt joutuvat kirjanpidossa ja muussa yhtiötä koskevassa dokumentaatiossa käsittelemään sopimuksia huomattavalla tarkkuudella ja yhä enenevässä määrin jopa julkisesti ”avaamaan sopimuksen sisällön”.¹⁴ Liikesopimuksiin kohdistuva viranomaisvalvonta olisi myös vaikeaa, jos valvonnan kohteena olevia sopimuksia ei laadittaisi kirjallisesti.

On tärkeää tehdä selvä ero käsitteiden ”sopimuksen sitovuuden dynaamisuus” ja toisaalta ”sopimusehtojen dynaamisuus” välillä. Sopimuksen dynaamisuudella tarkoitetaan suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa lähinnä *Annolan* väitöskirjassaan ”Sopimuksen dynaamisuus” tarkastelemaa sopimuksen täydentymisen mekanisme. Tämäntyyppisessä dynaamisuudessa lieenee kuitenkin kyse käytännössä *sitovan sopimuksen täydentämisestä* lähinnä siltä osin, kun sitovuutta ei ole saavutettu, tai tilanteesta, jossa sopimuksesta vasta neuvotellaan. Dynaamisen sopimuksen käsitteen ongelmaksi muodostuukin se, että sopimuksesta ei voida perinteisen ja toisaalta vallitsevan liikesopimuskäytännön mukaisesti lainkaan puhua, jos sopimusta ei ole syntynyt tai jos ”sopimus” ei ole sitova.

Ajatus sitomattomasta tai dynaamisesta sopimuksesta ei yleensä sovellu liikesuhteisiin. Käsitteellinen ero dynaamisen sopimusmallin ja liikesopimusmallin välillä on se, että liikesopimusten halutaan nimenomaisesti olevan sitovia. Jos ”sopimuksen” ei haluta olevan sitova, käytetään ”sopimuksesta” toisia nimityksiä, kuten ”luonnos” tai ”muistio”. Sopimus ja yksipuolinen sitoumus on aina katsottu liiketoiminnassa lähtökohtaisesti sitoviksi instrumenteiksi ja sitovuuden perustaa on haettu *pacta sunt servanda* -periaatteen mukaisesti.¹⁵ Kuten edellä on todettu, *pacta sunt servanda* eli yleinen sopimuksen sitovuusperiaate tarkoittaa, että sopimus sitoo sopimuskumppaneita.¹⁶ Kaikentyyppisten sopimuksien sitovuuden määritelmä on yleinen ja hyväksytty: sopimus sitoo.

¹⁴ Dokumentaation laadinta- ja hallintatavoista esimerkkinä Suositus listayhtiöiden hallinnointi- ja ohjausjärjestelmistä (Corporate Governance) Hex, Kauppakamari ja Teollisuus ja työnantajat. 2003. Edelleen voidaan mainita, että kilpailuoikeudellinen valvonta perustuu sille, että sopimuksen sisältö sekä tosiasiallinen sisältö ja tätä kautta velvoitteet selvitetään valvovalle viranomaisille.

¹⁵ Jan Hellner: Köp och avtal, 1992 s. 85–102. Hellner toteaa s. 102: ”... Den [tarkoittaa *pacta sunt servanda* -periaatetta] kan som sådan sägas vara i det närmaste en tautologi – den utsäger en självklarhet. Vatten är vatt, klot är runda, och avtal skall hållas.” (”Tämän voidaan katsoa olevan lähinnä tarpeetonta toistoa – se ilmaisee itsestäänselvyyden. Vesi on märkää, pallo on pyöreä ja sopimus pitää.”)

¹⁶ Ks. *Telaranta* 1990 s. 130–131.

Edellä esitetyn liikesopimusmallin voidaan kuitenkin sanoa olevan dynaaminen juuri sopimusehtojen osalta eli liikesopimuksissa sitova ehto voi olla dynaaminen. Sen sijaan väite ”dynaamisen sopimuksen sitomattomuudesta” johtaa harhaan liikesopimuksen osapuolia ja liikesopimuksen tulkitsijaa. Pätevä liikesopimus voi olla dynaaminen, mutta se on lähtökohtaisesti aina sitova. Mikäli sopimusta ryhdytään arvioimaan edes jollain tasolla sitomattomana oikeustoitmena, syntyy liikesopimuskäytännöissä ja yritysten välisissä neuvotteluissa *e contrario* -tyyppisiä väitteitä ja päätelmiä liikesopimusten ”yleisestä sitomattomuudesta”. Esimerkiksi Suomessa oli tämäntyyppinen tilanne 1990-luvun alussa. Tuolloin oli vallalla melko yleinen erhekäsitys kansainvälisessä kaupassa runsaasti käytetyn first demand -takuun sitovuudesta. Tämä perustui pitkälti korkeimman oikeuden ratkaisuun 1991:148, jossa todettiin kyseessä olevan takausmuotoinen vakuus. Korkein oikeus mainitsee myös ratkaisussaan 1992:145, että pankin oli mahdollista kieltäytyä first demand -takuun maksusta ”oikeuden väärinkäyttötilanteessa”.

KKO 1991:148

KKO:n perusteluista:

”On first demand -tyyppinen *takaussitoumus*, jollainen osuuspankin Vee Tee Ilma Oy:n velvoitteista 18.12.1985 antama takaus on ollut, on erityisehtoinen, ilman liittännäissuhdetta päävelkaan oleva *takaussitoumus*. Tällaisen *takaussitoumuksen* antaneen on siten täytettävä sitoumuksensa, vaikka sitoumuksen saajan oikeus suoritukseen päävelalliselta olisi epäselvä tai riitainen. Vain milloin sitoumuksen saajan tällaisen sitoumuksen perusteella esittämää vaadetta on pidettävä vilpillisenä taikka vaatimuksen esittämistä oikeuden väärinkäyttämisenä, on *takaajalla* oikeus kieltäytyä suorituksesta.”

KKO 1992:145

Niin sanottuun on first demand -takaussitoumukseen ei sovellettu takausmiehen edesvastaus-velvollisuuden tarkemmasta määrittämisestä annetun asetuksen säännöksiä.

Takaussitoumukseen perustuva maksuvaatimus hylättiin sillä perusteella, että sen esittäminen oli asiassa saadun selvityksen mukaan oikeuden väärinkäyttämistä.

Korkeimman oikeuden ratkaisut ymmärrettiin suomalaisilla yritysmarkkinoilla laajasti niin, että:

- first demand -takuu olisi takaus
- first demand -takuun antajan ei tarvitse vakuutta maksaa ja
- first demand -takuun antaja voisi maksusta kieltäytymisperusteena käyttää ”aina” pääsopimussuhteen oikeuden väärinkäyttöä.

Edellä esitettyä first demand -takuuta ja sen käyttöä koskevien korkeimman oikeuden ratkaisujen vaikutus osoittaa sen, kuinka helposti yritysmarkkinat voi-

vat käsittää väärin viranomaisen auktoratiivisen ratkaisun sisällön, jos ratkaisu antaa edes osittain väärän kuvan tai väärän tulkinnan mahdollisuuden jonkin oikeustoimen juridisesta sisällöstä tai sen sitovuudesta.

Kuitenkin sopimuksen määritelmään ja sen sitovuuteen on esitetty niin lain-säädännössä kuin oikeustieteessä ”lievennyksiä”, joista esimerkkinä voidaan mainita erityyppiset kuluttajasopimuksia koskevat sovittelusäännökset. Voidaan perustellusti esittää, että sopimuksen sitovuus on aina sama, mutta sitovuuden toteutumisasteet ovat erilaisia riippuen osapuolista ja markkinoista. Käytännössä sitovuuden peruskäsite on sopimussuhteesta ja sopimustyyppistä riippumatta pitkälti yhtenevä.

Liikesopimuksen pääsitovuusperustetta, *pacta sunt servanda* -periaatetta on korostettu kuvaamalla liikesopimuksien sitovuutta *rigor commercialis* -käsitteellä. Rigor commercialiksella tarkoitetaan yleensä sitä, että liikesopimuksissa sopimuskumppanien on erityisen huolellisesti noudatettava sopimuksen ehtoja. Sopimuksen sitovuus ja ”jäykkyys” ovat korostetussa asemassa liikesopimuksissa. Voidaankin sanoa, että *rigor commercialis* on liikesopimuksissa noudatettava vahvennettu *pacta sunt servanda*.

Liikesopimusmallissa sopimuksen ja toisaalta myös liikesopimukseen liittyvän yksipuolisen sitoumuksen sitovuus on ensisijaisen tärkeää. Sopimuksen ja sitoumuksen sitovuuden välisestä erosta liike-elämässä voidaan todeta, että sitovuuden kannalta oikeustoimen nimeämisellä yksipuoliseksi sitoumukseksi tai kaksipuoliseksi sopimukseksi ei ole merkitystä; kummassakin tapauksessa on annettu lupaus, tahdonilmaisu siitä, että liikekumppani tekee jotain sovittua tai täyttää velvoitteensa. Kansainvälisessä liike-elämässä yksipuolisen tahdonilmaisen sitovuuden astetta pidetään kuitenkin käytännössä vielä huomattavasti korkeampana kuin tavallisen kaksipuolisen sopimusvelvoitteen. Tämä perustunee ajatukseen siitä, että yksipuolisen sitoumuksen antajan katsotaan liike-elämässä harkinneen tavanomaista huomattavasti huolellisemmin yksipuolisen sitoumuksen antamista. Tämän tyyppisestä kansainvälisen liiketoiminnan sitoumuksen sitovuuden asteesta voidaan ottaa esimerkiksi juuri remburssissa avaajapankin sitoumus maksaa remburssi sovittuja asiakirjoja vastaan. Edelleen kansainvälisessä kaupassa käytettyjen sitoumusten sitovuuden osalta voidaan mainita esimerkkinä vakuustakuuna annettu *first demand* -takuu, jossa vakuudenantajan sitoutumista pidetään erittäin vahvasti velvoittavana.

	”Sitovuusperiaate”	Sitovuuden toteutuminen
Tavallinen sopimus	Pacta sunt servanda	Normaali sitovuus
Liikesopimus	Rigor commercialis	Ankara sitovuus
Liikesopimukseen liittyvä yksipuolinen sitoumus	Rigor commercialis	Erittäin ankara sitovuus
Kuluttajasopimus	Pacta sunt servanda	Lähtökohtaisesti aina ”kuluttajaystävällinen” (kuluttajansuojalaki, ym.) ja tämän vuoksi normaalia hieman ”heikompi” sitovuus

Kuvio 7. Erilaisten sopimusten ja sitoumusten sitovuuden toteutuminen.

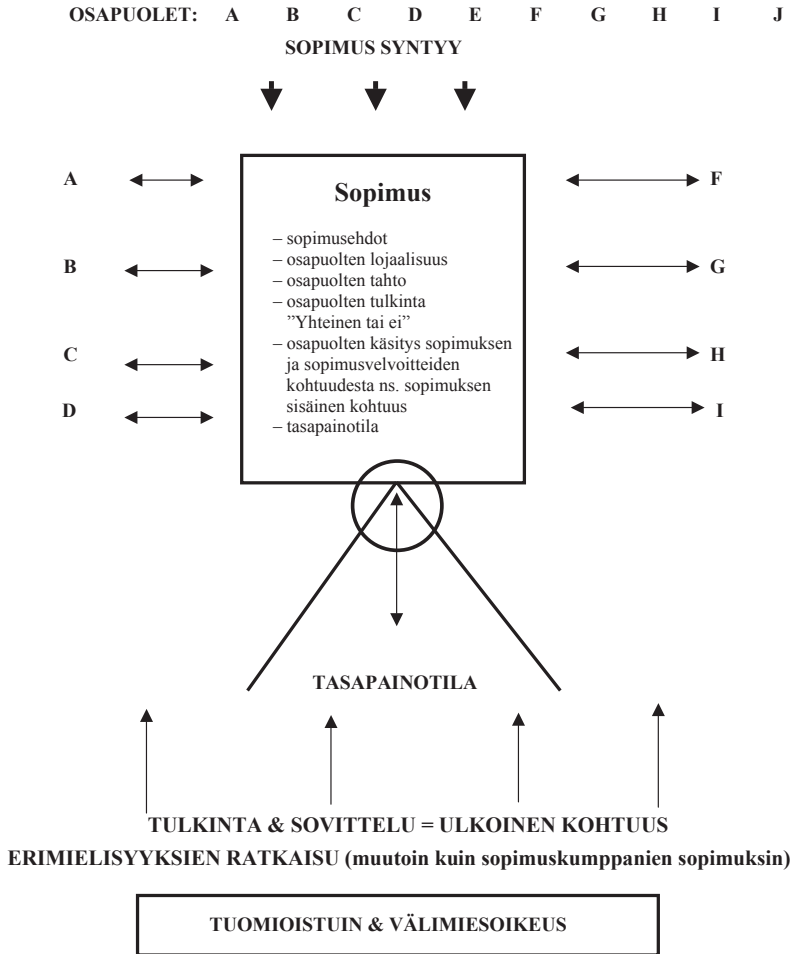
Liikesopimusmallin tahdonilmaisuja ja syntynyttä sopimuskumppanien konsensusta voidaan tarkastella myös in casu ”sopijapuolten lakina”, josta on käytetty *lex contractus* -termiä. Tämän ajatuksen sopijakumppaneita sitovasta ”laista” (eli sitovasta liikesopimuksesta) merkitys korostuu liiketoiminnassa. Kansallisen lain säännökset toki velvoittavat sopimuskumppaneita (yleisvelvoittavuusominaisuus), mutta liikesopimuskumppanit eivät yleensä halua rajoittaa kauppaa ja vaihdannan intressejä lainsäädöksiin. Jos liikesopimusten osapuolet ovat toimitaan sidottuja jonkin säädetyin lain normeihin, halutaan sopimukset yleensä laatia sopimusvapauden puitteissa mahdollisimman vapaasti ja tapauskohtaisesti kaikkien sopimusosapuolten intressit yhteen sovittaen.¹⁷ Kyse on tältä osin myös periaatteellisesta seikasta; *liikesopimuksien osapuolet haluavat usein olla ”lain ulkopuolella”*.

¹⁷ Pohjoismaisesta liikesopimusajatuksista ja rigor commercialis -ajatuksista artikkeli Kai Krüger: ”Financial Force Majeure”. Teoksessa Rättsvetenskapliga studier till minnet av Tore Almén, 1999 s. 239–273.

YLEISESTI HYVÄKSYTTY EPÄTASAPAINOTILA

Sopimusneuvottelut

Osapuolten lojaalisuus, indispositiiviset + dispositiiviset säädökset, tapaoikeus jne.



Kaavio 8. Liikesopimusmalli.

Kaaviossa pyritään esittämään, että sovittelu on ulkopuolisen näkemys ja arvio kohtuudesta. Kohtuudella tarkoitetaan tässä oikeustoimilain 36 §:ssä kuvatun tyyppistä ajatusta sopimuksen kohtuullisuudesta ja mahdollisen kohtuuttoman sopimuksen tai sen yksittäisen ehdon sovittelusta. Kaavion mukaisessa tilanteessa ulkopuolisen käsitys kohtuullisuudesta ja sen perusteella mahdollisesti tapah-

tuva sovittelu rikkoo sopimuksen osapuolten sopimuksella laatimaa tasapainotilaa (ympyrä kuvastaa sopimustasapainon ja ulkopuolisen sovittelun kollisiokoh-
taa).

Yllä esitetty kaavio tukee myös sitä, että liikesopimus on tasapainossa, vaikka sopimuskumppanien välillä olisi epäsuhta. Esimerkiksi liikesopimuskumppaneina voivat olla yhden miehen osakeyhtiö ja monikansallinen suuryritys, mutta sopimus on siltä sopimuskumppanien mielestä tasapainossa. Sopimuskumppanien mielestä liikesopimus on lähtökohtaisesti aina tasapainossa, muutoin sopimuskumppani ei sopimusta haluaisi. Tässä tulee korostaa sitä, että tasapaino on saavutettu usein pitkien ja huolellisten sopimusneuvottelujen tuloksena.

Esitetty liikesopimusmalli tukee osin angloamerikkalaiseen *four-corners*-ajatteluun, jonka mukaan kirjallinen sopimusdokumentti itsessään muodostaa koko sopimussuhteen sisällön.¹⁸ Toisin kuin angloamerikkalaisessa oikeustieteessä on katsottu, ei yllä esitetty liikesopimusmalli suinkaan rajoita sopimuksen sisältöä pelkästään sopimusdokumentissa sovittuun. Siinä sopimuskumppanien tulee noudattaa myös sopimuksia koskevia säädöksiä, kauppa-, liike- ym. tapanormeja, sopimusoikeudellisia periaatteita jne. Merkittävänä ongelmana kansainvälisessä kaupassa on kuitenkin se, että niin säädökset kuin tapaoikeuskin ovat yleensä paikkasidonnaisia. Tämä johtaa siihen, että osapuolten kotimaassaan tai muutoin kotimarkkinoillaan noudattamat säädökset tai tavat saattavat vaihdella sopimuskumppanin oikeusjärjestelmän tai markkinoiden mukaan. Sopimuskumppanien lähtökohtaisesti vilpittömässä mielessä tehdyt sopimukset voivat muodostua osapuolten vilpittömästä mielestä huolimatta riittäviksi esimerkiksi sen vuoksi, että osapuolten kauppatavat ovat hyvin erilaisia. Tältä osin voidaan todeta, että liikesopimuksien sitovuudessa on perimmiltään kyse hyvin klassisesta seikasta; mitä osapuolten välillä on sovittu ja onko ylipäänsä sovittu mitään?

Liikesopimusta voidaan kuvata staattiseksi. Liikesopimusten, kuten kaikkien sopimusten, halutaan sitovan sopimuksen osapuolia. Sopimuksen sitovuus on sopimuksen perusta. Jos sopimusta ei haluta joltain osin haluta sitovaksi tai sen ehto halutaan joustavaksi, voidaan siitäkin sopia; mutta tällöin kyse on sitovasta ehdosta sopimuksessa ja tätä osapuolten sopimaa sitovaa joustavuutta tulee osapuolten kunnioittaa.

Ongelmalliseksi sopimuksen sitovuus muuttuu, kun sopimusinstituuttia ja nimenomaan sen sitovuuden perusteita ryhdytän sopimussuhteen ulkopuolelta muuttamaan. Esimerkiksi suomalaisen oikeustoimilain sovittelusäännöksen so-

¹⁸ Tältä osin voidaan *four corneria* tarkastella vertaamalla sitä common law'n *privity of contract*-ajattukseen, jonka mukaan sopimus sitoo vain sopimuskumppaneita. Ks. esimerkiksi *Treitel* s. 534–. Kyse on kummankin käsitteen osalta perimmiltään common law'n formalismista, jonka ilmenemismuodot eivät aina välttämättä toteuta sopimuksen tarkoitusta tai sopimuskumppanien ”tahtoa”, ellei tahdonilmaisu täytä muutovaatimuksia.

veltaminen on tällainen tilanne. Ongelmallisena ei tältä osin voida pitää sitä, että ulkopuolinen ratkaisee sopimuskumppanien välillä syntyneen tulkintariidan. Jos sopimuskumppaneilla on sopimuksen tulkinnasta erimielisyyttä, on sopimuskumppaneilla yhteinen intressi saada tulkintaristiriita sovituksi. Tällöin vilpittömässä mielessä olevilla sopimuskumppaneilla (varsinkin liikesopimuskumppaneilla) on yleensä tarve ja aito halu jatkaa sopimussuhdetta. Koko sopimuksen sitovuuteen tai voimassaoloon ei liikesopimuksien tulkintaristiriidoissa yleensä haluta muutosta.

Jos sopimuksen ulkopuoliselle annetaan mahdollisuus muuttaa sopimuksen sitovuuden perusteita tapauskohtaisella in casu -harkinnalla, kyse ei ole useinkaan enää sopimusoikeudesta vaan esimerkiksi prosessioikeuden alaan kuuluvasta seikasta. Sopimuksen perusajatuksot ovat edelleen

- sitovuus (sitova osapuolen asemasta riippumatta)
- neutraalius (epäpoliittinen) ja
- inter partes -ajatus eli vain sopimuskumppaneita koskeva (epäsosiaalisuus tai asosiaalisuus).

Mikäli uusia sopimusoikeudellisia ajatuksia halutaan esittää pätevyyden, sitovuuden ja sovittelun osalta, tulisi kuitenkin muistaa, että sovittelun mahdollisuudessa ja pätevyyden arvioinnissa on kyse aina poikkeustilanteesta. Uuden sopimusoikeudellisen ajattelutavan mukaan sovittelussa ei kyse yleensä ole niinkään velvoiteoikeudellisesta argumentaatiosta, vaan sovittelua tai sopimuksen pätemättömyyttä perustellaan pääsääntöisesti sopimuksen ulkopuolisin seikoin. Sosiaalisen ja dynaamisen sopimusoikeuden argumentaatiotavan vastapainoksi voidaan nostaa esille seuraavat vastaperustelut ja kysymykset:

1. Miksi tasapuolisten sopimuskumppanien pätevää, mutta ulkopuolisen asiantuntijan mukaan täysin epätasapainoista sopimusta ei sovitella? Eli miksi kukaan ei puutu selkeästi epätasapainoiseen sopimukseen ”ex officio” sopimuskumppanien ollessa sitä mieltä, että sopimus on tasapainossa?
2. Miksi sopimuksien pätevyyden edellytykseksi ei ole asetettu mitään yleistä, kaikki sopimukset kattavaa viranomaistarkastusmenettelyä jo ennalta?

Vastaukset näihin kysymyksiin ovat yksinkertaiset: sopimus nauttii yksityisautonomiata, sopimus sitoo inter partes, sopimus on osoitus osapuolten tahdosta ja sopimusvapauden puitteissa tehdyt lainmukaiset, pätevät sopimukset nauttivat (jopa perustus-) lain suojaa.

4.1.3 Liikesopimus ja sen dynaamisuus

Lähtökohtana sille, että sopimuskumppanit solmivat liikesopimuksia, voidaan pitää sitä hyvinkin yksinkertaista seikkaa, että sopimuskumppanit haluavat jol-

lain tavoin hyötyä liikesopimuksessa. Hyötyminen voi olla monenlaista, mutta ennen kaikkea kyse on sopimuskumppanin subjektiivisesta käsityksestä sopimuksesta odotettavissa olevasta hyödystä. Toisaalta liikesopimusten sopimusverkoissa yksipuolinen oikeustoimi tai sitoumus voi olla osa sopimusverkkoa, jolloin sopimuskumppanin tai ”sitoumuskumppanin” sopimuksista voidaan hyötyä.¹⁹

Liikesopimuksen dynaamisuus on usein esillä.²⁰ Dynaamisuutta voidaan arvioida monella eri tavalla, mutta tärkeää on erottaa toisistaan

- sopimuskumppanien sopima dynaamisuus, joka toteutetaan sopimusehdoin ja
- sopimuksen sitovuuteen liitetty dynaamisuus, jota on tarkasteltu uusien sopimusmallien avulla.

Sopimuksen sitovuuteen liitetty dynaamisuus ja kohtuullisuus ovat olleet esillä kuluttajasopimuksien tarkastelussa mahdollisena sopimustasapainoa korjaavana konstruktiona. Sopimuksen sitovuuden dynaamisuus on kuitenkin hyvin vierasta liikesopimuksille. Itse asiassa tämän tutkimuksen tutkimustuloksena on, että sopimuksen sitovuus ei ole millään markkinoilla tai missään sopimuksissa dynaamista. Sopimuksen halutaan aina olevan sitova. Jos sopimukseen liitetään dynaamisia aspektejia tai ehtoja, halutaan näidenkin olevan sitovia.

Jotta liikesopimuksen dynaamisuuden ja sitovuuden pohdintaa voidaan syventää, tulee ensin tehdä eroa talouden liberalistisiin ajatuksiin. Liberalismia ei tule kritiikittömästi yhdistää dynaamisuuteen, eikä talouden vapautumista ja taloudellista liberalismista tule johtaa sopimuksen ”dynaamisuutta” tai sopimuksen sitovuuden dynaamisuutta.

Toisin kuin usein on esitetty, liikesopimuksia tehdään sen vuoksi, että sopimuskumppanit haluavat liikesuhteessaan luoda staattisen eli pysyvän tilan yhteistoimintaansa varten. Liikesopimus on staattinen tila liikesopimuskumppanien muutoin dynaamisessa liikemaailmassa.

Tässä tutkimuksessa termien *staattisuus* ja *dynaamisuus* määrittelyssä on tyydytty perinteiseen oikeustieteessä käytettyyn määrittelyyn. Perinteisesti staattisuudella on tarkoitettu lähinnä *pysyvää* ja *jäykkää* (johdettu kreikan kielestä sanasta *statós* eli seisova; myös latinassa *status* eli seisominen ja asema saattaa olla sanan alkuperänä) ja dynaamisuudella on tarkoitettu lähinnä *joustavuutta*. Perinteisessä juridisessa argumentaatiossa ja erilaisissa määrittelyissä dynaamisuus ja staattisuus ovat toistensa vastakohtia. Tarkalleen ottaen kuitenkin dynaamisuus-termin etymologia johtaa kreikkalaiseen sanaan *dynamis*,

¹⁹ Esimerkkinä omintakeisesta sopimusoikeudellisesta ajattelutavasta common law’n piirissä voidaan ottaa esille *Michael D. Baylesin* teos *Principles of Law, A Normative Analysis*, 1987.

²⁰ Merkittävimmän suomalaisen tutkimuksen dynaamisuudesta on tehnyt *Annola*. (Ks. *Annola* 2003).

joka tarkoittaa *voimaa*. Dynaamisuus tarkoittaa *voimallista* ja *omalla voimalla toimivaa seikkaa*.

Sopimuksen voimallisuus ja omavoimaisuus tukisivat termeinä seuraavassa esitettyjä ajatuksia liikesopimuksesta ja vahvistaisivat tässä esitettyä argumentointia – huomattavasti paremmin kuin perinteinen sopimuksen dynaamisuus -termi.

Koska liike-elämä ja taloudelliset suhdanteet ovat jatkuvasti muuttuvia ja ennalta-arvaamattomia, on liikesopimusten staattinen luonne korostunut. Staattisuudella tarkoitetaan nimenomaan liikesopimuksen sitovuuden korostumista. Viime aikoina oikeustieteellisissä tutkimuksissa on kuitenkin päädytty usein esittämään, että markkinoiden jousto vaatisi myös sopimuksen joustoa. Näin ei kuitenkaan käytännössä ole. Sopimus voidaan laatia joustavaehtoiseksi, mutta sitovuudeltaan se halutaan silti hyvin staattiseksi. Mitä vaihtelevammat markkinat ovat tai mitä mutkikkaampi sopimuksen toimintaympäristö on, sitä sitovammaksi ja staattisemmaksi sopimus käytännössä halutaan.

Sitomattoman sopimuksen ajatusta on pyritty tuomaan esiin eräissä oikeustieteellisissä ja teoreettisissa kirjoituksissa.²¹ Kuitenkin sopimuskumppanien halu sitoa toinen sopimuskumppani juuri sopimuksessa ilmaistuun tahtoon on liikesopimuksissa saanut korostetun aseman. Sitovuuden korostaminen on nimenomaisesti todettavissa liikesopimuksissa siten, että sopimusten ehtoja on ryhdytty kirjoittamaan mahdollisimman kattaviksi. Kyse on osaltaan common law -ympäristöstä omaksutuista sopimusteknisistä malleista, mutta taustalla on myös halu saada aikaan mahdollisimman staattinen ja pitävä sopimus.

Sopimusten sitovuuden tärkeyden korostuminen ja sopimusten laajentuminen eivät voine johtua muusta kuin siitä, että osapuolet haluavat nimenomaisesti yksityiskohtaisin sopimusehdoin turvata sopimuksen sitovuuden mitä erilaisimmissa tilanteissa. Liikesuhteissa on myös merkittävä määrä ns. epäjuridista yhteistoimintaa, jossa sopimuksia ei nimenomaisesti haluta tehdä. Tällöin osapuolet toimivat totutuille ja hyvän liikesuhteen edellyttämällä tavoilla, esimerkiksi markkinoiden toisen osapuolen tuotteita omassa liiketoiminnassaan ilman mitään velvoitetta. Useimmiten hyvien liikesuhteiden taustalla onkin merkittävä määrä epäjuridisia ja sopimukseen liittymättömiä seikkoja.

Liiketoiminnan dynaamisuuden muotoja on useita. Seuraavassa luetellut esimerkit liiketoiminnassa esiintyvistä dynaamisuudesta ovat epäjuridisia tai ainakin ”ulkokontraktuaalisia”, sopimuksen ulkopuolisia seikkoja. Esimerkit ovat seuraavia:

1. Sopimuskumppaneilla on käytännössä valta päättää siitä, miten ja missä määrin he vaativat toiselta osapuolelta suoritusta. Ainoastaan poikkeuksel-

²¹ Ks. Annola 2003 s. 126–183 ja Rudanko 1998.

lisissä tapauksissa velkojalla saattaa olla velvollisuus velkoa saatavansa, mutta nämä poikkeustapaukset liittyvät useimmiten insolvenssioikeuden määrittelemiin tilanteisiin (esimerkiksi konkurssipesän omat valvonnat jne.). Muutoin sopimuskumppanilla ei ole yleistä velvollisuutta vaatia vastapuolta täyttämään velvoitettaan. Tämä mahdollisuus antaa sopimussuhteessa velkojalle perustavaa laatua olevan mahdollisuuden käytännön dynaamisuuden toteuttamiseen. Kuitenkaan sopimussuhteen sitovuuteen ei tällä vapaaehtoisella dynaamisuudella puututa.

2. Sopimussuhteen osapuolet voivat vapaasti neuvotella sopimussuhteensa ehdoista uudelleen (omförhandling-käsite). Sopimussuhteen omförhandling voi perustua pääsääntöisesti kahteen eri seikkaan: se voi olla joko sopimuksessa nimenomaisesti sovitusta ehdosta johtuvaa (sopimuksessa on sovittu, että osapuolet neuvottelevat uudestaan sopimuksen ehdoista) tai sopimuksen tekemisen jälkeen ilmenneen tarpeen vuoksi osapuolet ovat päättäneet ”palata neuvottelupöytään”. Ensiksi mainitussa tilanteessa kyse on eräällä tavoin sopimuksen sisään rakennetusta ”dynaamisesta” ehdosta. Kyse on sitovasta sopimusehdosta, jota osapuolten tulee noudattaa. Sopimusehdon velvoitteena on nimenomainen velvollisuus neuvotella. Joissain sopimussuhteissa neuvotteluvelvoitteen lisäksi on myös sovittu, että sopimuskumppanien tulee päätyä uudelleenneuvotteluissa johonkin tulokseen. Tämänäyttypisten sopimukseen velvoittavien sopimusehtojen käyttö tuottaa kuitenkin usein käytännössä ongelmia.²²

Uudelleenneuvottelu-, omförhandling- ja re-negotiation -keskustelussa on kuitenkin syytä muistaa, että sopimuksessa ei tarvitse olla uudelleenneuvotteluun velvoittavaa tai sen kaltaista nimenomaista sopimusehtoa, jotta osapuolet voisivat neuvotella sopimuksesta uudestaan tai jotta nämä voisivat yhteisesti muuttaa jo laadittua sopimusta. Sopimusvapauden periaate ja sen myötä sopimuskumppanien sopimusvapaus kattaa uudelleenneuvottelu-tilanteet eli mahdollisuuden neuvotella ja muuttaa vapaasti jo laadittuja sopimuksia. Tämän vuoksi liikeneuvotteluissa uudelleenneuvottelua koskevien sopimusehtojen osalta käyty keskustelu ja uudelleenneuvotteluvelvollisuudesta sopiminen on käytännössä usein tarpeetonta.

²² Kansainvälisen kaupan sopimuskäytännöissä esiintyy tämänäyttypisiä neuvottelun lopputulosta koskevia sopimusvelvoitteita. Neuvottelutulosta edellyttävän sopimusehdon osalta ensisijainen ongelma kohdistuu täytäntöönpanoon; voidaanko osapuolet velvoittaa päättämään sopimukseen ja minkä sisältöinen uuden sopimuksen tai neuvottelutuloksen pitäisi olla (uudelleenneuvottelutilanne). Sinänsä mahdotonta ei ole, että osapuolet velvoitetaan neuvottelemaan, mutta sopimukseen pääseminen ja ”neuvoteltavana olevan sopimuksen” sopimusvelvoitteiden yksilöiminen esimerkiksi tuomioistuimen päätöksellä lienee mahdotonta. Eri tilanne on käsillä silloin, kun kyse on pätevistä esisopimuksesta.

3. Sopimuskumppanit voivat sopia, että toisella sopimuskumppanilla on yksipuolinen mahdollisuus täsmentää, valita tai muutoin yksilöidä (tietyissä rajoissa tai vapaasti) suoritus tai sen sisältö. Tämä määräämisvalta voidaan sopia kenen tahansa sopimuskumppanin eduksi, eli niin velkojan kuin velallisen eduksi. Tämän tyyppisessä dynaamisuutta luovassa sopimusehdossa on kyse suorituksen määrättävyyden ongelmasta ja valinnaisvelvoitteen käsitteestä.²³ Mielenkiintoisen näkökannan tuo se, että *Hakulisen* mukaan määräysvaltaa käyttävän sopimuskumppanin oikeuden rajana voidaan ja tulee pitää juuri kohtuutta:

”Sille, jonka tehtäväksi määrääminen jää voidaan uskoa sangen laaja harkintavalta sen tarkoituksen puitteissa, joka sopimuksessa on suoritukselle osoitettu. Ehdottomana rajoituksena on ainoastaan, että määräämisvallan käytössä on noudatettava kohtuutta. Määräämiseen oikeutettua ei voida kelpuuttaa determinaatioon, joka olisi ristiriidassa hyvän tavan kanssa tai muutoin johtaisi ilmeiseen kohtuuttomuuteen määräämiseen osallistumaton sopimuspuolta kohtaan”.²⁴

4. Sopimusehtomuutos oikeudesta luopumisen kautta eli ns. waiver-dynaamisuus.²⁵ Tällä dynaamisuudella tarkoitan tilannetta, jossa kyse on sopimuksen muuttamisesta sopimuskumppanien nimenomaisella ja yhteisellä sopimusmuutoksella tai uudelleen sopimisjärjestelyn (omförhandling) mahdollistavasta sopimusehdosta. Waiver- dynaamisuudesta on usein sovittu osapuolten välillä myös niin, että waiver voi olla vain yksipuolisesti käytettävissä. Waivereita käytetään common law -maista tulevien osapuolten sopimussuhteissa.

Liikesopimus on hyvin staattinen instituutio. Toisaalta oikeustieteellisessä tutkimuksessa on yhä enemmän korostettu sopimusten dynaamisuutta. Kun sopimuksen dynaamisuuden ja staattisuuden mahdollisuuksia tarkastellaan, unohdetaan niiden erittäin selvä liityntä markkinoiden dynaamisuuteen ja staattisuuteen. Toisin kuin yleensä on luultu, eivät dynaamiset markkinat lainkaan kaipa dynaamista sopimusta. Päinvastoin: dynaamiset markkinat tarvitsevat staattisia sopimuksia. Hyvin mielenkiintoinen on se havainto, että staattiset markkinat voivat hyödyntää dynaamisuutta. Toisaalta staattisen markkinat kaipaavat ja sietävät dynaamisuutta. Tästä on johdettavissa tämän tutkimuksen sopimuksen tasapainoa kuvaava teesi:

²³ *Hakulinen* käyttää valinnaisvelvoitteen käsitettä kirjassaan *Velvoiteoikeus*, 1958 s. 58–64.

²⁴ *Hakulinen* s. 59. *Hakulinen* viittaa tässä tuolloin voimassa olleeseen VKL 8 §:ään.

²⁵ Oxford Advanced learner’s dictionaryssa (Oxford 1989) *waiver* on määritelty seuraavasti: ”(document that records) the waiving of a legal right”.

Staattisilla kuluttajamarkkinoilla voidaan käyttää dynaamisuutta eli kuluttajasopimuksia voidaan arvioida dynaamisesti.

Toimiakseen tasapainoisesti dynaamiset yritysmarkkinat puolestaan tarvitsevat erittäin staattista sopimuskäsitystä.

Sopimuksien dynaamisuuden ja staattisuuden määrää voidaan tarkastella vertaamalla niiden määrää markkinoilla vallitsevaan yleiseen dynaamisuuteen ja staattisuuteen. Markkinoilla vallitsevan ja sopimukset staattisuuden ja dynaamisuuden summa on vakio. Tätä ajatusta on pyritty havainnollistamaan seuraavalla kaaviolla:

Kuluttajamarkkinat & kuluttajasopimukset

SOPIMUKSEN DYNAAMISUUSASPEKTI ”Paino” 75/100
Markkinat STAATTISUUSASPEKTI ”Paino” 25/100

”Painosumma” 100/100

Yritysmarkkinat & liikesopimukset

SOPIMUKSEN STAATTISUUSASPEKTI ”Paino” 75/100
Markkinat DYNAAMISUUSASPEKTI ”Paino” 25/100

”Painosumma” 100/100

Kaavio 9. Sopimuksien dynaamisuuden ja staattisuuden yhtälö.

Liikesopimusten dynaamisuudella ja ”joustolla” tarkoitetaan usein samoja seikkoja. Sopimuksen tai tarkemmin sanottuna sopimuskumppanin jouston yhteydessä on esitetty mm., että sopimuskumppanit olisivat valmiita joustamaan oikeudellisista eduistaan silloin, kun se on sopimuskumppanien yhteisen edun mukaista.²⁶ Käytännössä jousto aktualisoituu, kun ”vahvemmassa” asemassa oleva sopimuskumppani ei vaadi vastapuolelta täyttä suoritusta tai sopimusehdon täyttämistä, koska vaarana on (”heikomman”) sopimusosapuolen joutumisen taloudellisiin vaikeuksiin tai sopimuskumppanin menettäminen. Käytännössä joustavuuden taustalla on joustaneen sopimuskumppanin oma intressi. Jos liikesopimuskumppani vaatii oikeuksiaan täysmittaisesti, hän laskee mahdollisesti menettävänsä enemmän kuin joudaessaan oikeuksissaan. Pyyteettömästi tai ”oikeudenmukaisesta” joustosta ei liikesopimuksissa yleensä ole kyse.

²⁶ Tästä esim. *Macaulay*.

4.1.4 Liikesopimus ja kolmas

Liikesopimusverkossa kaikkien osapuolten tarkoituksena on edistää sopimusverkon tarkoitusta. Pääsopimuksesta ja sen ehtoista annettava informaatio ratkaisee usein teoriassa sen, keitä voidaan pitää sopimuksen osallisina ja keitä kolmansina tahoina. Sopimuksen ulkopuoliset eli kolmannet eivät periaatteessa tiedä liikesopimuksesta mitään. Käytännössä tämä ulkopuolisten tietämättömyys varmistetaan liikesopimuksissa sovittavilla erityyppisillä salassapitoehdoilla.

Sopimuskumppanit ovat sopimuksen allekirjoittajat, joiden tulee tietää ja tuntee sopimus läpikotaisin. Tältä osin voidaan ottaa esille myös ns. suljetun sopimuskumppanin käsite.²⁷ Kansainvälisen kaupan osalta voidaan todeta, että sopimuskumppanin ”allekirjoitus” ratkaisee edelleenkin pitkälti sen, pidetäänkö osapuolta sopimuksessa mukana olevana vai sen ulkopuolisena kolmantena. Tärkeää on huomata, että kansainvälisessä kaupassa kaupan kohteen omistusoikeuteen kohdistuvat ongelmat ja kysymykset jäävät usein taka-alalle. Kansainvälisen kaupan sopimusneuvotteluissa kaupan kohteen määrittely ja rahoituskysymykset ovat sen sijaan usein esillä. Ainoastaan kansainvälisen kaupan osapuolen konkurssi tai sopimusneuvotteluissa esille tuotu omistusoikeudenpidätysehto voivat johtaa siihen, että kaupan kohteen omistusoikeuskysymykset saattavat nousta esille.

Lähtökohtana kansainvälisen kaupan käytännöissä on, että (lähinnä myyjän) väitettyyn omistusoikeuteen luotetaan. Omistusoikeuden todentaminen ja varmistaminen vieraassa maassa ja vieraassa oikeuskulttuurissa on vaikeaa. Tätä ”omistusoikeusriskiä” pyritään rajaamaan riittävän tehokkailla vakuuksilla sekä turvaavilla maksuehdoilla.

Kansainvälisen kaupan liikesopimuksessa voi olla varsinaisten sopimuskumppanien lisäksi mukana useita eri osallisia.²⁸ Liikesopimuksen tulkinnan ja ymmärtämisen selkeyttämiseksi ja helpottamiseksi voidaan näitä eri henkilöitä ja osallisia ryhmitellä esimerkiksi seuraavasti:

1. Varsinaiset sopimuskumppanit
2. Kansainvälisen kaupan liikesopimusten ja niiden sopimusverkkoihin liittyvät muut tahot eli ”osalliset” (esimerkiksi pankki tai vakuutuslaitos, joka antaa vakuuden)
3. Liikesopimuksen ja -sopimusverkon ulkopuoliset eli ”ulkopuolinen & kolmas”
4. Kansainvälisen kaupan viranomaiset (kilpailuviranomaiset, verotus, ym.)

²⁷ Ks. *Pöyhönen* 2000 s. 146 ja 149. Tältä osin voidaan *Pöyhösen* tarkastelukulmaa pitää selkeän varallisuus oikeudellisenä.

²⁸ Tematiikasta ks. esimerkiksi *Eva Tammi-Salmisen* esitystä Sopimus, kompetenssi ja kolmas, 2001 sekä *Kartio, Leena*: Sopimus ja kolmas, teoksessa *Juhla julkaisu Aulis Aarnio, 1997 s. 152–163*.

Sopimuskumppanin käsite on periaatteessa selkeä: sopimuskumppani on se, joka on nimetty sopimuksen osapuoleksi ja joka on allekirjoittanut sopimuksen.

Kansainvälisen kaupan sopimusverkon *osallinen* (ei siis sopimuskumppani) on oikeussubjekti, joka on liittynyt toimeksiantosuhteen tms. perusteella kansainvälisen kaupan sopimusverkkoon. Yleensä osallinen hoitaa kansainvälisen kaupan sopimusverkossa ”tukitoimintoja”, jotka palvelevat pääsopimusta ja sopimuskumppaneita. Osallisten velvollisuutena on varsinaisten sitoumus- tai sopimusvelvoitteidensa lisäksi toimia lojaalisti sopimusverkossa. Lojaalisuus aktualisoituu lähinnä osallisen tullessa mukaan sopimusverkkoon. Tällöin osallisen tulisi mahdollisuuksien mukaan pyrkiä selkeästi tuomaan esille sopimusverkon muille osapuolille, miten osallinen on mukana sopimusverkossa. Tämänäköisen tehtäväjakoilmoituksen tekee käytännössä usein sopimuskumppani samalla, kun sopimuskumppani selvittää sopimusverkon muille tahoille omia vastuunrajojaan.²⁹ Jos sopimuskumppani ei tee tällaista kattavaa ilmoitusta vastuunrajoista muille sopimusverkon tahoille, syntyy käytännössä usein ongelmia. Näistä vastuunrajoihin liittyvistä ongelmista aiheutuneet vahingot kanavoituvat käytännössä viime kädessä sopimuskumppanin vastuulle.³⁰

Sopimusverkossa voi toimia myös sopijakumppanin määräämä apulainen. Sopijakumppanin apulainen on yleensä katsottava sopimuskumppanin veroiseksi subjektiksi sopimusverkossa, eikä häntä voida pitää osallisena. Tämä kuitenkin edellyttää sitä, että apulainen toimii ”täysin sopimuskumppanin asemassa”, ja että apulaisella ei ole itsenäistä päätäntävaltaa ryhtyä sopimusverkkoon. Osallisella on pääsääntöisesti mahdollisuus ja oikeus itse päättää, ryhtyykö hän sopimusverkkoon (esimerkiksi pankilla on sopimusverkon osallisena tällainen oikeus). Apulaiselta tämä mahdollisuus periaatteessa puuttuu. Tämä ei toki tarkoita sitä, että apulainen ei voisi (ja ettei hänen nimenomaisesti tulisi) kieltäytyä lainvastaisesta toiminnasta.

Sopimuskumppanin ja osallisen eroa voidaan selvittää henkilövakuusesimerkkiä käyttäen. Pankki on osallinen, velallinen pääsopimuskumppani ja velkoja pääsopimuskumppani. Osallisten velvoitteet poikkeavat säännönmukaisesti pääsopimuskumppanien velvollisuuksista. Osallisten velvoitteiden sisältö poikkeaa lähinnä sen vuoksi, että osallisella ei ole yleensä pääsopimuskumppanille kuuluvaa tietoa pääsopimuksen ehdoista. Joskus osallisen tietoa on rajoitettu siten, että hän ei tiedä edes kaikkia sopimusverkon osapuolia. Kansainvälisen kaupan sopimusverkoissa pääsopimuskumppanit voivat pääsääntöisesti vapaasti sopia siitä, miten osallisia informoidaan sopimussuhteesta ja sopimusverkosta.

²⁹ Erityyppisissä sopimusverkon toimeksiantoissa ilmoitukset ”toimeksisaajana” tai ”edustajana” selvittävät toimeksisaajan ja edustajan asemaa sopimusverkossa. *Hedwall* s. 20–21.

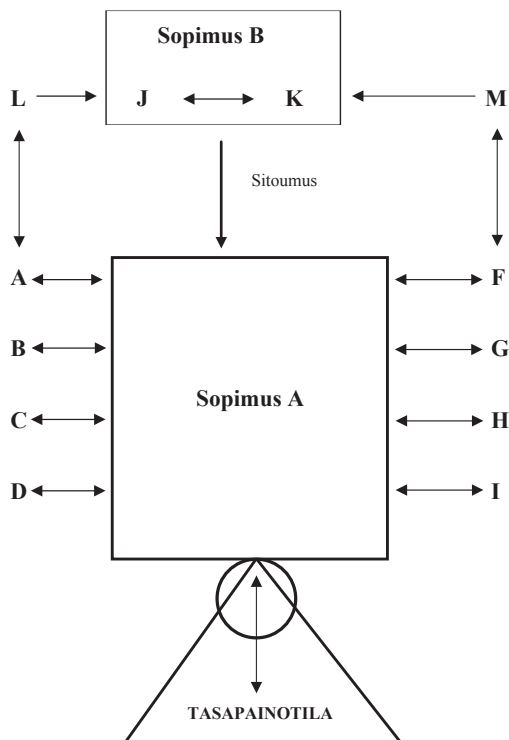
³⁰ Tähän liittyy myöhemmin jaksossa 6.1.1 s. 208 esiteltävä sopimusdominoteoria.

Kansainvälisen kaupan sopimusverkkoihin liittyy eräs sopimuskumppanuutta ja osallisuutta koskeva mielenkiintoinen piirre. Kansainvälisen kaupan liikesopimusten ja sopimusverkkojen tarkastelussa voi mukana olevien tietoisuus ja asema vaihdella myös sääntöjen tai säädösten perusteella. Esimerkiksi remburssimaksujärjestelyissä tämä ajatus on luettavissa UCP (ICC 500) -sääntöjen artiklan 3 b-kohdassa, jossa on todettu:

”Remburssinsaaja ei voi missään tapauksessa vedota pankkien välisiin tai toimeksiantajan ja avaajapankin välisiin sopimussuhteisiin.”

Remburssinsaaja on käytännössä pääsopimussuhteen allekirjoittaja eli myyjä-sopimuskumppani, joka on vaatinut remburssimaksua. Kun myyjä on vaatinut remburssimaksua, hän on samalla remburssisääntöjen mukaan sulkenut itsensä pois niiden varsinaisten sopimuskumppanien ja osallisten joukosta, jotka voivat vaikuttaa remburssinmaksuun (muutoin kuin toki vaatimalla remburssimaksua sovittuja asiakirjoja vastaan).

Liikesopimusmallin mukaisia osallisia voidaan tarkastella seuraavan esimerkin valossa:



Kaavio 10. Liikesopimuksen sopimuskumppanit ja osalliset.

Sopimuksen A sopimuskumppaneita ovat A–I ja osalliset J ja K. Sen sijaan L ja M ovat periaatteessa edellä esitetyn jaottelun mukaan sopimuksen ulkopuolisia. Ongelmana voi toki olla se, että sopimuskumppanien, osallisten ja ulkopuolisen välillä voi olla suhde, joka antaa ”ulkopuoliselle” tietoa sopimuksesta. Se voi johtua esimerkiksi siitä, että osapuolten ja ulkopuolisten tosiasiallinen läheisyys perustuu henkilöstä tai omistuksesta johtuvaan seikkaan. Tieto voi kulkeutua sopimuksen ulkopuoliselle, mutta tällöinkään ei ulkopuolista tulisi arvioida sopimuksen osallisena, eikä varsinkaan sopimuskumppanina. Sopimukseen osallisen tunnusmerkkinä voidaan pitää sitä, että osallinen toimittaa jonkin osan pääsopimusta täysin itsenäisesti. Esimerkkinä voidaan mainita rakennusurakan aliurakoitsijat, (pääsopimuksen) rahoittajat (pankit) sekä vakuutusyhtiöt. Näillä on yleensä hyvinkin tarkat tiedot pääsopimuksesta sekä itsenäinen asema sopimusverkossa.

Osallinen on yleensä vain yhden sopimuskumppanin kanssa sopimussuhteessa. Osallisen (O) ongelmaksi muodostuu yleensä se, että osallisen lojaliteettivelvollisuuden halutaan usein kattavan osallisen sopimuskumppanin (X) edun lisäksi osallisen sopimuskumppanin pääsopimuskumppani(e)n (Y) edut. Tällainen lojaliteettivelvollisuuden laajentaminen on käytännössä vaikeaa. Lojaliteettia ja lojaliteettivelvollisuuden täyttämistä koskeva normisto kohdistuu pääsääntöisesti sopimuskumppanien väliseen toimintaan. Kuitenkin on huomattava, että sopimusverkon sopimuskumppanin (X) lojaliteettivelvollisuus sopimuskumppaniaan (Y) kohtaan sisältää sen, että X:n tulee huolehtia myös siitä, että osallisen (O) toimintaa voidaan pitää lojaalina Y:tä kohtaan. Ongelmaksi muodostuu kuitenkin käytännössä, miten osallisen lojaliteettivelvollisuuden sisältöä tulee arvioida. Ensisijainen lojaliteettivelvollisuus osallisella (O) on kuitenkin sopimuskumppaniaan (X) kohtaan. X:n sopimusperusteinen lojaliteettivelvollisuus kohdistuu tasapuolisesti Y:hyn ja O:hon, sillä X:n asema ei ole edellä esitetyn mukainen ”osallisasema”, vaan X on niin O:n kuin Z:n sopimuskumppani.

Vaikka osallisen lojaliteettivelvollisuuden sisältöä muita sopimusverkon osapuolia tai jopa sopimuskumppania kohtaan voidaan pitää edellä mainituin perustein osin ongelmallisena, on osallisella edellä neutraaliksi kuvattu lojaliteettivelvollisuus sopimusta ja sopimusverkkoa kohtaan.

Tässä tulee kuitenkin huomata, että sopimusverkon osalliset ja sopimuskumppanit eivät saa missään tapauksessa toimia epälojaalisti verkon muita sopimuskumppaneita tai osapuolia kohtaan. Vaikka sopimusverkossa hyöty kohdistuisi pääosin ainoastaan yhdelle sopimuskumppanille, ei lojaliteettivaatimuksesta voida tällöinkään tinkiä. Käytännössä tässä tilanteessa lojaalisuusvaatimus kohdistuu korostetusti hyötävään sopimuskumppaniin. Hänen tulisi kyetä toimimaan lojaalisti muita sopimusverkon tahoja kohtaan mm. siten, etteivät nämä kärsisi vahinkoa.

4.1.5 Kansainvälisen kaupan liikesopimuksen rajat

Kansainvälisessä kaupassa ovat muodostuneet sopimusvapauden periaatteen vastapainoksi seuraavat reunaehdot:

1. vilpillinen toiminta (fraud) muodostaa rajan kansainvälisen kaupan toiminnalle
2. ylivoimainen este (force majeure³¹, hardship ja frustration)
3. pakottava lainsäädäntö
4. ordre public -sääntö.

Vilpillisen toiminnan kieltö on säädöksissä ja ohjeissa esitetty kansainvälisen kaupan osapuolien velvollisuutena toimia vilpittömästi. Tätä kuvataan common law -ympäristössä usein good faith -periaatteena. Kansainvälisessä kaupassa esiintyy kysymyksiä siitä, onko olemassa jokin ”hyväksyttävä vilppi”. Hyväksytystä vilpistä on käytetty latinankielistä nimitystä *fraus pia* eli hurskas vilppi. Tämän tyyppisessä tilanteessa on asetettu kysymys, voiko vilpille olla jokin hyväksyttävä syy, esim. vilppiä koskeva force majeure -tilanne, jossa liikesopimus-kumppanin tai sopimusosapuolen on mielestään pakko käyttää vilppiä. Pääsääntö on, että vilppiä ei voida missään tilanteessa hyväksyä. Vilpillistä toimintaa ei saa myöskään tukea; mitään ”hurskasta” vilppiä ei voida hyväksyä kansainvälisen kaupan liikesopimuksissa ja sopimusverkossa.

Force majeure -doktriinia on pidetty ranskalaisen oikeuden käsitteenä.³² Common law -ympäristössä (lähinnä englantilaisessa oikeusjärjestelmässä) sitä vastaa *frustration*-oppi. Näiden käsitteiden erosta on kirjoitettu lukuisia oikeustieteellisiä julkaisuja. Kyseisten doktriinien käytännön erona on lähinnä pidetty siitä, että englantilaisen frustration-opin mukaan sopimus päättyy automaattisesti. Force majeure -doktriini antaa taas käsitteenä huomattavasti enemmän liikkumavaraa. Force majeure -käsitteeseen kuuluvat käsitteellisesti ”*force majeure clauses*” eli mahdottomuutta koskevat sopimusehdot. Käytännössä ranskalaisen käsityksen mukaan sopimusvelvoite voi jo sopimuksen tekohetkellä (osittain) olla tai myöhemmin muodostua mahdottomaksi. Toisaalta tuomioistuinkin voi arvioida force majeureen kokonaan tai osittain mahdottomana, lopullisesti tai tilapäisesti mahdottomaksi jne. Force majeureen ja frustrationin arviointi lienee samanlainen; määrätynlaiset tyyppitilanteet muodostavat esteen ja tämän esteen vaikutukset sopimusvelvoitteisiin ovat riippuvaisia kunkin oikeusjärjestelmän

³¹ Pohjoismaisesta liikesopimusbudoksesta *force majeure* -tilanteiden suhteesta *rigor commercialis* -ajatukseseen ks. *Krüger, Kai*: ”Financial Force Majeure”, teoksessa *Rättsvetenskapliga studier till minnet av Tore Almén*, 1999 s. 239–273.

³² Tästä mm. *McKendricks*. s. 6 ja siinä mainitut alaviitteet. Ks. myös *Southerington, Tom*: *Impossibility of Performance and Other Excuses in International Trade*, 2001 ja sen laaja lähdeluettelo.

antamista oikeussuoja- ym. keinoista. Toisaalta kyse on siitä, onko osapuolilla sopimusta tehdessään tieto mahdottomuudesta tai suoritusesteestä, minkälainen tieto sopimuskumppanilla on ja toisaalta minkäasteinen selonottovelvollisuus sopimuskumppaneilla on ”mahdottomuuksista” ja esteistä.³³

Suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa kysymys kontrollivastuusta on noussut esille juuri tässä yhteydessä. Kansainvälisen kaupan osalta käsitteet ”laillinen este”, *force majeure*, *act of God* jne. on useimmiten hyväksytty suoritusesteiksi, mikäli ne ovat sopimuskumppanien kontrollin ulkopuolella. Mielenkiintoisen lisän kansainvälisen kaupan *force majeure* -tyyppisten tilanteiden käytännön arvioon on tuonut se, että osapuolten suoritusesteeksi on kansainvälisten kaupan järjestöissä sovittu jo ennakolta ne ”yllätykset”, jotka hyväksytään suoritusesteiksi.³⁴ Tämän tyyppinen sopimusperusteinen *force majeure* -käsitelmä muuttaa perinteistä ajatusta *force majeure* -käsitteen yllätyksellisyydestä ja ennalta-arvaamattomuudesta.³⁵

Sopimusoikeudellisesti tulee erottaa toisistaan:

- sopijakumppaneiden ennalta sopimat ehdot (myös sopimuksessa viitatus mahdolliset vakioehdot), jotka koskevat sopimuksen mahdottomuustilanteita,
- sattumalta tapahtunut ja sopimuksessa mainitsematon mahdottomuus ja
- tilanteet, joissa osapuolet ovat olleet jo tietoisia ”mahdottomuudesta”.

Useimmissa oikeuskulttuureissa tunnetaan *act of God* -tyyppitilanne ja suoritushahdottomuus esimerkiksi yllättävän luonnontapahtuman johdosta. Yhä enenevässä määrin suoritushahdottomuus on käytännössä pyritty sopimusehdoin sulkemaan kokonaan pois tai ainakin rajoittamaan sopimuskumppanien mahdollisuutta vedota *force majeure* -tyyppisiin tilanteisiin. Sopimusehdot, joissa suljetaan suoritusesteet pois ja kuvataan sopimusvelvoitteiden täyttämisen ankaruutta ja ehdottomuutta olosuhteista riippumatta, esimerkiksi ilmaisulla ”*come hell or high water*”, ovat yleisiä kansainvälisissä projektisopimuksissa. On selvää, että osaa tällaisista ehdoista voitaneen usein käytännössä arvioida *de facto* mahdottomina, tyyppikohtuuttomina tai mitättöminä. Esimerkiksi sopimusehto, jossa ”A korvaa ydinsodan aiheuttaman maailmanlopun tulipalossa aiheutuneet vahingot”, lienee turha ja käytännössä mahdoton täyttää.

Jos ennalta sovitaan mitä on pidettävä suoritusesteenä, kyse on sopimusehdosta ja sitä tulee arvioida sellaisena. Toisaalta ei voitane katsoa, että sopimuskump-

³³ Ks. myös Pöyhönen: Sopimuksen kohtuuttomuus anglo-amerikkalaisissa sopimusjärjestelmissä. Oikeustiede–Jurisprudentia XXVI:1993 s. 205–291.

³⁴ Näistä esimerkkinä ICC-säännöt, ICC *Force Majeure* Clause 2003 ja ICC *Hardship* Clause 2003.

³⁵ Tältä osin voidaan ottaa esille esimerkiksi oikeustoimilain mukaisten ”yllättävien ja ankarien ehtojen” käyttö vakioehtoina.

panit voisivat täysin rajoittaa mahdollisuutta vedota ”ennalta-arvaamattomaan suorituksen mahdottomuuteen”, vaikka sopimuksessa olisi mainittu tyhjentävä luettelo tilanteista, joissa mahdottomuuden voidaan katsoa esiintyvän. Jos tämäntyyppinen luettelo on laadittu siten, että sanamuodon mukaan kyse olisi tyhjentävästä luettelosta, voidaan arviointi tehdä käytännössä hyvinkin ankaranä. Tällöin joudutaan kuitenkin väitettyä force majeure -asiantilaa ja kirjattua sopimusehtoa vertaamaan toisiinsa ja tämän jälkeen tekemään in casu -ratkaisu. Asiantilan arvioissa tulevat esille myös kulloinkin ja kulloisessakin oikeusjärjestyksessä käytettävissä olevat kohtuullisuusarviot sekä mm. ordre public -tyyppiset säännöt. Mikäli sopimuskumppani vetoaa mahdottomuuteen, joudutaan ainakin kaikki edellä mainitut seikat tutkimaan mahdottomuusväitettä arvioitaessa.

Frustration-opilla³⁶ tarkoitetaan common law -ympäristössä sitä, että sopimuskumppani voi vedota osoitettuun suorituksen mahdottomuuteen, vaikka sopimuksen sanamuoto viittaisi hyvinkin ehdottomaan suoritusvelvollisuuteen. Frustrationia on kuvattu mm. seuraavasti:³⁷

”...a contractual obligation has become incapable of being performed because the circumstances in which performance is called for would render it a thing radically different from that which was undertaken by the contract.”

(”...sopimukseen perustuva velvollisuus on tullut mahdottomaksi täyttää, koska ne olosuhteet, joissa velvoitetta vaaditaan, antaisivat sille täysin toisen sisällön kuin mitä sopimusta laadittaessa oli otettu vastattavaksi.”)

Käytännössä kontrollivastuun ajatuksen voidaan huomata olevan kansainvälisen kaupan organisaatioiden piirissä yleisesti hyväksyttävissä oleva vahingonkorvauksen vastuuperuste ja toisaalta velallisen velvoitteistaan vapautumisen perusteiden ydin.³⁸ Suomalaisesta oikeuskäytännöstä voidaan mainita ratkaisu KKO 1989:98. Vaikka tapauksessa oli kyse kuluttajasuhteesta, oli ylivoimaiseen esteeseen vedonnut osapuoli luottokorttiyhteisö (eli yritys). Yhteisön mielestä tietoliikennehäiriö muodosti ylivoimaisen esteen, josta luottokorttiyhteisö luottokortin käyttöehtojen mukaan ei olisi ollut vastuussa. Luottokorttiyhteisö oli elinkeinonharjoittaja ja kortinhaltijan sopimuskumppani.³⁹

³⁶ *Frustration*-opista käytetään englanninkielisissä julkaisuissa termiä *doktriini*, ”*Doctrine of frustration*”.

³⁷ *McKendrick, Ewan*: Force Majeure and Frustration of Contract. London 1991. s. 5–6. Tässä kohdassa viitattu oikeustapaus on Davis Contractors Ltd. v. Fareham U.D.C. [1956] A.C. 696, s. 729.

³⁸ Katso *Hemmon* esitykset, joissa *Hemmo* viittaa teoksiin *Ramberg, Jan*, Köplagen s. 345 ja *Herre, Johnny*, Ersättningar i köprätten, 1996 s. 55 sekä *Mestad*: Om force majeure og risikofordeling i kontrakt.

³⁹ Ks. myös KKO:n tilisiirtoa koskevat ratkaisut 1992:3 ja 1998:45, jotka on annettu ennen tilisiirtolain voimaantuloa.

KKO 1989:98

”Luottokorttiyhteisö oli luottokorttiohjelmansa käyttöehdoissa sitoutunut toimimaan niin, että luottokorttia voitiin käyttää maksuvälineenä. Ehtojen mukaan yhteisö ei vastannut niin sanottujen force majeure -tekijöiden sen toiminnalle aiheuttamista häiriöistä.

Yhteisön jäsenyritys oli kieltäytynyt hyväksymästä asiakkaan luottokorttia maksuvälineenä, koska yritys tietoliikenteessä selvittämättömästä syystä satuneen tilapäisen häiriön vuoksi ei ollut saanut tarkistetuksi kortinhaltijan luottorajan enimmäismäärää. Häiriötä ei pidetty ylivoimaisena esteenä. Luottokorttiyhteisö velvoitettiin korvaamaan kortinhaltijalle kortin käytön epäamisestä aiheutunut vahinko.”

Force majeure -tilanne ei ole osapuolten toimesta syntynyt, muutettavissa tai lopetettavissa. Juuri tämä absoluuttinen ja sopimussuhteen ulkoinen piirre on force majeure -tilanteelle tunnusomainen.⁴⁰

Pacta sunt servanda tarkoittaa tarkalleen käännettynä ”sopimusta tulee palvella”⁴¹. Sopimuksen noudattamisen yhteydessä on uuden sopimusoikeudellisen ajattelun valossa löydetty sopimukselle muitakin tehtäviä kuin perinteinen ”sopimuksen noudattaminen”.⁴² Sopimusoikeuden materiaalisuudella ja materiaalisella rationaalisuudella on pyritty kuvaamaan ja perustelemaan uutta sopimusoikeudellista ajattelua, joka on osaltaan yhdistänyt perusoikeudellisen ajattelun ja sen mukanaan tuoman järjestelmän varallisuus- ja velvoiteoikeuden kautta sopimusoikeuden osaksi. *Mononen* on todennut, että materiaalsen sopimusoikeuden ajattelun perusta rakentuu materiaalsen oikeusturvan toteutumiseen.⁴³ Samalla *Mononen* viittaa *Tuorin* ajatuksiin⁴⁴ sekä ajatukseen siitä, että sopimusoikeuden materiaalisuudessa on sisäänrakennettu ideologinen kerrostuma. Kyse on *Tuorin* ajatuksia lainaten materiaalisesta rationaalisuudesta, jossa korostetaan materiaalista oikeusturvaa toteuttavaa sääntelyä, harkintaa ja argumentaatiota sopimusoikeudellisessa ajattelussa.⁴⁵

Sopimusoikeuden materiaalisuutta ja rationaalista materiaalisuutta korostavissa esityksissä ei kuitenkaan pureuduta sopimuksen perusluonteeseen tai sopimuksen perusolemukseen. *Mononen* esittää sopimuksen perusmallin ja toteaa,

⁴⁰ Force majeure- ja ylivoimainen este -termien määrittelystä *Encyclopedia Iuridica Fennica*, I osa, Varallisuus- ja yritys-oikeus s. 1090–1092 sekä *Jyrki Siivola* DL 1997 s. 903–913. Artikkelissaan s. 907 *Siivola* kritisoi aiheellisesti IT-alalla olleita omintakeisia ajatuksia vastuista ns. Vuosi 2000 -tilanteissa. Ks. myös *Mestad*. Suomalaisesta oikeuskäytännöstä voidaan mainita myös KKO 1992:145, jossa esiintyi ajatus suorituksen mahdottomuudesta vakuuden kohteena olleen pääsuorituksen täyttämisen osalta.

⁴¹ Tässä servanda on korostetusti käännetty *palvella*, eikä *noudattaa*.

⁴² Esimerkkinä mm. *Juha Pöyhösen* esitys Uusi varallisuus-oikeus, 2000.

⁴³ *Mononen, Marko*: Sopimusoikeuden materiaalisuudesta, 2001.

⁴⁴ Tässä nimenomaan *Tuori* teoksessaan Kriittinen oikeuspositivismi, 2000 s. 202–212.

⁴⁵ *Mononen* s. 171.

että perusmallia on arvosteltu sen takia, että se olisi jollain tavoin vieraantunut todellisuudesta.⁴⁶ Mononen jatkaa edelleen, että perusmalliin liitetyt odotukset eivät vastaisi niitä olosuhteita, joissa sopimuksia tosiasiaassa solmitaan.

Kansainvälisen kaupan liikesopimusmalli ja sopimustodellisuus eivät ole sellaisia kuin eräissä kansallisissa tutkimuksissa on esitetty. Kansainvälisen kaupan liikesopimuksissa halutaan sitoutua johonkin suoritukseen, saada suorituksia ja tehdä kauppaa. Kansainvälisessä kaupassa liikesopimuksen tekeminen ei ole itseisarvo. Toisaalta voidaan havaita, että perusliikesopimuksille asetetut odotukset ovat edelleen samat, vaikka olosuhteet muuttuvat. Jos juridisessa tarkastelussa olosuhdemuutokset hyväksytään, miksi ei samalla voida juridisesti hyväksyä sopimuksen perusmallin pysyvyyttä? Itse asiassa liikesopimuksen perusmalliin on sopimuskäytännöissä liitetty odotukset, jotka ovat juuri sitovuuden osalta sopimus-kumppanien vaikutusmahdollisuuksien rajoissa. Sen sijaan sopimuksen ulkoisten olosuhteiden muutoksiin voivat sopimusosapuolet vaikuttaa varsin vähän.

Seuraavassa tuodaan esille liikesopimuskäsitys, jota voidaan perustellusti pitää konservatiivisena. Tämän tutkimuksen tarkoituksena on esittää ajatus sopimusmallista ja sopimuskäytännöstä, jossa korostuvat sopimusvapaus ja kunnioitus itse sopimusta ja sopimusinstituutiota kohtaan. Liikesopimus- ja sopimusverkkoajatusten jälkeen palautetaan kysymyksenasettelu sopimukseen ja sopimusjärjestelyihin yleensä; liikesopimuksissa esiintyvä sopimuksen kunnioituksen perusajatus pätee edelleen kaikissa sopimussuhteissa. Samalla kansainvälisen kaupan liikesopimus voidaan johtaa tästä peruskäsitteistöstä.

Sopimus:

1. Sopimus muodostuu abstraktista illuusiosta, jossa kahdella tai useammalla sopimus-kumppanilla on yhteinen tahtotila, luottamus ja ajatus konsensusesta. Jos sopimus-kumppanien välillä on erimielisyys eli dissensus, sopimusta ei ainakaan tältä dissensuksen osalta ole syntynyt. Tämä ajatus on kaikessa yksinkertaisuudessaan sopimuksen syntymekanismi. Sillä, kutsutaanko sopimuksen peruselementtejä tarjoukseksi ja vastaukseksi, ei ole tässä yhteydessä merkitystä. Sopimus syntyy osapuolten yhteisestä halusta sopia jotain ja yhteisymmärryksestä, jota osapuolet pitävät sopimuksena. Oikeustoimilaissa on juuri tämän mukainen osapuolten yhteisymmärrystä korostava sopimuskäsitys.
2. Sopimuksen perusolemuksesta ja justifikaatiosta on esitetty runsaasti mielipiteitä, joiden mukaan kaikilla sopimuksilla olisi myös jokin poliittinen tai yhteiskunnallinen tehtävä. Sopimusta koskevat tutkimukset ovat suurelta osin perustuneet korostetusti jonkinasteisen hyvinvointiyhteiskunnan, rationaalisuuden ja oikeudenmukaisuuden ajatuksille. Valitettavaa on se,

⁴⁶ Mononen s. 135.

että perusajatus sopimuksesta ja sen tarkoituksesta on unohtunut. Samalla sopimukselle on asetettu uusia yhteiskunnallisia vaatimuksia ja tehtäviä. Periaatteessa sopimusoikeudelle tulisi olla vierasta se, että sopimusta on yhä enenevässä määrin ryhdytty tulkitsemaan kolmansien toimesta. Käytännössä näyttääkin siltä, että sopimuksen (oikeudellisena perusinstituutiona ja vaihdannan määräävimpänä oikeudellisena instrumenttina) on haluttu toimivan yhteiskunnan mukana muuttuvana instituutiona. Sopimus ei kuitenkaan ole kolmannen määrittelemä tila, eikä liioin kolmannen asettaman kohtuullisuuden toteutumisen mitta.

3. Sopimuksen tarkoitus ei ole kuvata pelkästään sopimuksen syntyolosuhteita tai laatimishetkeä; sopimuksen tarkoituksena on edesauttaa ja toteuttaa ajatusta kuvitellusta tulevaisuudesta. Itse asiassa sopimuksen ”johdanto-osissa” yleensä kuvataan imperfektiä eli mennyttä, joka antaa sopimuksen instituutiolle edellytykset. Sopi tarkoitus on sopimuksen imperfektilä kuvata edellytysopin kaltaista näkemystä jo eletystä todellisuudesta. Liikesopimusta tehtäessä sopimuskumppanien tärkeimpänä tehtävänä voidaan pitää sitä, että he (projisoivat mennyttä ja) asettavat olemassa olevan tilanteen tulevaisuuteen kohdistuvien odotusten kanssa yhteen siten, että sopimus kuvaaisi ja toteuttaisi sopimuskumppanien tavoitteita mahdollisimman hyvin. Perinteisen sopimusmallin arvostelijoiden huolena on ollut se, että sopimus ei pystyisi vastaamaan osapuolten vaatimuksia tai tahtoa. Tämä huoli on lähtökohtaisesti perusteeton, sillä perinteinen sopimuskäsitys on edelleen arvostettu ja hyväksytty nimenomaan yritysmarkkinoilla. Varsinkin liikesopimuksien osalta tulisi kuitenkin huomata, että liikesopimus kuvaa tai säätelee vain hyvin harvoin niitä seikkoja ja olosuhteita, missä se on tehty. Liikesopimus ja sopimus yleensä hahmottelevat tavoiteltua kuvaa tulevaisuudesta.

Oikeustieteessä on esitetty myös teoreettinen huoli siitä, että ”vanha sopimusmalli” ei riittävästi joustaisi markkinoiden mukaan ja että sopimus ei vastaisi vallitsevia vaihdannan olosuhteita. Käytännössä kuitenkin yritykset ja liikemaailma edelleenkin luottavat sopimuksiin. Sopimus on kansainvälisesti hyväksytty tapa järjestää yhä monimutkaistuvampaa vaihdantaa. Uudet sopimusmallit puolestaan tuntuvat karkottavan liiketoimintaa, koska niitä pidetään yritysmarkkinoilla epävarmuustekijöinä. Varsinkin talouden epävarmoina aikoina sopimuskumppanit etsivät nimenomaan yksinkertaisia, selkeitä, sitovia ja luotettavia instrumentteja – kuten perinteinen sitova sopimus. Merkityksetöntä ei ole myöskään se, että vanhan sopimusmallin kriitikot eivät ole tuoneet kansainväliseen kauppaan vanhaa sopimusta korvaavaa ja yleisesti hyväksyttyä uutta sopimusmallia. Kansainvälisen kaupan toimijat soveltavat perinteistä sitovan sopimuksen mallia, jonka mukaan pääosa kansainvälisen kaupan liikesopimuksista edelleen toteutetaan (*pacta sunt servanda*).

4.1.6 Toimeksiannot kansainvälisen kaupan sopimusverkossa

Kansainvälisen kaupan sopimusverkon ja nimenomaan vakuus- ja maksujärjestelyjen perustan luo toimeksiantosuhte. Sopimusverkon osapuolten välillä käytetyt toimeksiantosopimukset eivät ole juridisesti arvioituna suinkaan mitään erityisiä tai uusia toimeksiannon oikeudellisia muotoja. Itse asiassa kyse on varsin perinteisestä ilmiöstä. Sopimusverkon toimeksiantosuhteet perustuvat pitkälle roomalaisen oikeuden *mandatum*iin. Roomalaisen oikeuden mukaan mandatum sisälsi sekä valtuutuksen että perussuhteen. Näillä käsitteillä katetaan nykyään käsitteet ”valtuutus ja toimeksianto”.

Sopimusverkon toimeksiantosuhteissa tärkeän osan muodostaa toimeksisaajan velvollisuus toimia toimeksiantosopimuksessa sovitulla tavalla. Toimeksiantosopimuksen ehdot voivat sopimusverkossa määräytyä monen eri dokumentaation perusteella, mutta toimeksiantajan tarkoituksena on pääsääntöisesti määrittellä toimeksisaajan toimimisvelvollisuus mahdollisimman selkeästi ja tyhjentävästi. Jos sopimusverkon toimeksiantosopimuksen laatimisessa on epäonnistuttu, tulee asiantuntija-asemassa olevan toimeksisaajan tiedustella toimeksiannossa havaitsemistaan epäselvistä toimiohjeista. Tyypillisimmillään tämä kyselyvelvollisuus on pankilla, joka on saanut epämääräisen maksujärjestelytoimeksiannon.

Yritysmarkkinoilla toimivalla ja asiantuntija-asemassa olevalla yrityksellä voidaan katsoa olevan lojaliteettiperiaatteesta johdettavissa oleva velvollisuus ilmoittaa toimeksiantajalle toimeksiannossa havaitsemistaan puutteista ja/tai epäselvyyksistä. Toisaalta asiantuntija-asemassa olevan toimeksisaajan lojaliteettivelvollisuuden vastapainoksi voidaan esittää asiantuntija-asemassa olevan toimeksiantajan lojaliteettivelvollisuus toimeksisaajaa kohtaan, mikä ilmenee esimerkiksi huolellisuusvelvollisuutena toimeksiantoa suoritettaessa. Tämä tarkoittaa käytännössä sitä, että toimeksiantajan tulee antaa selkeät toimiohjeet toimeksisaajalle. Lisäksi toimeksiantaja vastaa tuki omien toimiohjeittensa oikeellisuudesta.⁴⁷

Rudanko on esittänyt eräänlaiseen sopimusverkkoajatuksen rakennusurakka-sopimuksien osalta⁴⁸ ja siihen liittyen ajatuksen lojaliteetista ja myötävaikutuksesta rakennusurakassa.⁴⁹ *Rudanko* korostaa esityksessään lojaliteetin in casu-luonnetta viitaten samalla *Taxellin* ajatuksiin.⁵⁰ *Taxellin* mukaan sopimuskump-

⁴⁷ Toimeksiantosopimukseen liittyvien vastuiden rajoista esim. KKO 1993:30, KKO 1992:166 ja 1999:19

⁴⁸ Sopimusverkkoon viittaavan termin ”sopimusorganisaatio” *Rudanko* esittää väitöskirjassaan *Rakennuttajan myötävaikutushäiriöistä rakennusurakassa*, 1989.

⁴⁹ *Rudanko* 1989 s. 35–54

⁵⁰ *Taxell* DL 1977 s. 148

panien yhteisen edun tavoittelu ja yhteinen intressi nousevat sopimuskumppanien omien intressien vastakkain asettelun rinnalle. Lojaliteetin merkitys korostuu pitkäkestoisissa sopimuksissa ja niihin liittyvissä toimeksiantosuhteissa. Sopimusoikeudellisen lojaalisuuden kokonaisuutta pitkäkestoisissa sopimuksissa on tutkinut *Nystén-Haarala* väitöskirjassaan *The Long Term Contract: Contract Law and Contracting*.⁵¹

Lojaliteettivelvollisuuden tai lojaalisuuden määritelmää on pidetty eräiltä osin epäselvänä ja kritiikkiä on esitetty sen soveltuvuuteen sopimusoikeudessa.⁵² Tässä esityksessä lojaliteettiperiaate ja siitä johdettava lojaliteettivelvollisuus eri ilmenemismuodoissaan (tiedonantovelvollisuus jne.) ovat osa toimivaa sopimusverkkoa. Tämä perustuu siihen, että sopimusverkossa sen osapuolille annettavan tiedon määrä ei ole yhteismitallista eikä yhtä suurta. Sopimusverkon osapuolille annetaan tarkoituksella vain haluttu tieto käyttöön. Yleensä se annetaan toimeksiannon yhteydessä.

Sopimusverkossa käytettyjen toimeksiantojen sisältämä toimimisvelvoite sisältää käytännössä sopimusverkon sopimus- tai sitoumussuhteen lojaalisuuden kokonaisuudessaan. Joissain tapauksissa asiantuntija-asemassa olevan sopimusverkon osapuolen tai osallisen tulee toimia sopimusverkon kokonaisuuden puolesta eli edellä kuvatun tavoin toteuttaa itsenäisin toimin sopimusverkon yhteinäistä tavoitetta. Tämän rajana on kuitenkin se, että sopimusverkkolajaalisuudesta ja sen vaatimista toimenpiteistä ei saisi aiheutua vahinkoa tai haittaa lojaalisti toimivalle osapuolelle. Edellytyksenä on, että kyseinen sopimusverkon osapuoli tuntee ja tietää sopimusverkon perimmäisen tarkoituksen. Useissa tapauksissa sopimusverkon osallinen (ei osapuoli) ei ole tietoinen sopimusverkon tarkoituksesta tai verkon muista toimijoista.

Summa summarum: lojaalisuus ja lojaliteettiperiaate ovat tärkeä osa toimivaa sopimusverkkoa, mutta lojaliteettiperiaatteesta johdettavat toimimisvelvoitteet tulee arvioida aina in casu. Arvioinnissa erityistä painoarvoa tulee antaa sopimusverkon osapuolten ja osallisten tiedolle ja asiantuntemukselle. Sopimusverkko on yritysmarkkinoiden yhteistoiminnan pitkälle kehittynyt muoto, jossa ei voida hyväksyä shikaani-tyyppistä toimintaa tai ainoastaan oman edun tavoittelua.

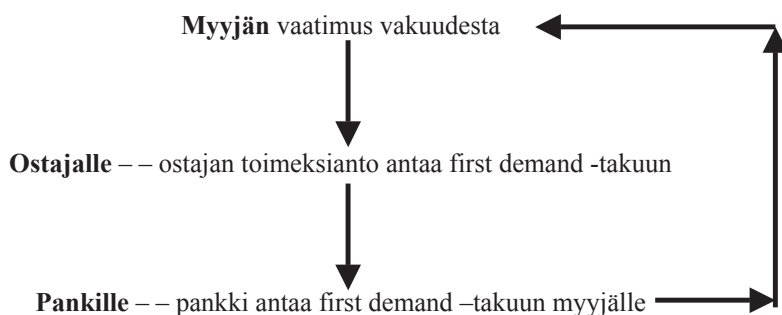
Suomalaisessa oikeustieteellisessä tutkimuksessa valtuutuksen on katsottu sisältävän lähtökohtaisesti kaksi pääelementtiä: valtuutuksen ja perussuhteen.⁵³

⁵¹ *Nystén-Haarala, Soili*: The long term contract. Contract law and contracting, 1998. Lojaliteetista ja lojaalisuudesta s. 34–35 ja 124–129. Lojaliteetista ks. myös KKO 1993:130.

⁵² Ks. esimerkiksi *Halila, Heikki*: Rakennuttajan tiedonantovelvollisuudesta rakennusurakassa, 1981 s. 42–, jossa *Halila* toteaa tiedonantovelvollisuuden ja lojaliteetin olevan lähellä toisiaan. Lojaliteettiperiaatteen määrittelystä myös *Muukkonen* LM 1993 s. 1030–1048.

⁵³ Yhtenä siviilioikeuden perusteoksena voidaan ottaa esille *Kivimäki* 1946 s. 103–.

Mielenkiintoista on huomata kansainvälisen kaupan sopimusverkoissa havaittu käytäntö, jossa toimeksiannolla halutaan nimenomaisesti ”irrottaa” toimeksiantaja varsinaisesta toimeksiannon mukaisesta velvoitteesta. Toimeksiannon olennainen osa johtaa siihen, että toimeksisaaja joutuu korostetusti toimimaan edunsaajan hyväksi ja toimeksiantajan toimiohjeiden mukaan. Toimeksiantajalla itsellään ei puolestaan ole mahdollisuutta puuttua toimeksiantoon sen jälkeen, kun toimeksianto on annettu. Tämä johtuu siitä, että itse toimeksianto on sopimusverkoissa usein ketjuuntunut ja verkottunut. Esimerkiksi myyjän vaatiessa ostajaa järjestämään ankaraehtoisen first demand -pankkitakuun edunsaaja eli takuun saaja on myyjä. Tällöin toimeksianto on kulkenut seuraavan kehän:



Kuvio 11. Toimeksiannon ketjuuntuminen.

Esimerkin mukaisessa tapauksessa (kuten myös remburssimaksujärjestelyssä) pankin tulee toimeksiannossa toimia ainoastaan edunsaajan vaatimuksesta. Pankilla ei ole mahdollisuuksia enää toimeksiantosopimuksen päättämisen ja edunsaajalle annetun sitoumuksen jälkeen toimia ainoastaan toimeksiantajan vaatimusten mukaan. Pankin tulee kunnioittaa edunsaajalle annettua sitoumusta – eli toimeksiannossakin sovittua. Pankki ei voi esimerkiksi muuttaa antamansa takuusitoumuksen ehtoja ainoastaan toimeksiantajan vaatimuksesta, ellei näin ole edunsaajan kanssa nimenomaisesti sovittu.⁵⁴ Vakuustakuun antanut pankki joutuu kuvainnollisesti kääntämään selkensä ostajalle toimeksiannon jälkeen. Tämäntyyppinen toimintamekanismi edellyttää sopimusverkon osapuolilta keskinäistä luottamusta sekä tarkkaa ja huolellista suunnittelua.

⁵⁴ Näin ei käytännössä koskaan sovita. Poikkeuksena pääsääntöön voidaan mainita peruutettavissa oleva remburssi, jonka avaajapankki voi yksipuolisesti peruuttaa. Peruutettavissa olevaa remburssia ei enää käytetä kansainvälisessä kaupassa.

Toimeksiantajan toimiohjeiden noudattamiselle on esitetty erilaisia velvoittavuuden asteita. *Hiekkarannan* mukaan toimeksisaajan toimiohjeiden noudattaminen vaihtelisi jossain määrin eri sopimussuhteiden osalta.⁵⁵ Hiekkaranta toteaa:

”Milloin toimeksisaajalla on myös päätävältä toimeksiantajan puolesta, on erittäin tärkeää, että toimiohjeita noudatetaan tarkoin”.

Kansainvälisen kaupan sopimusverkkojen ja varsinkin maksujärjestelyiden osalta voidaan todeta, että toimeksisaajalla on usein nimenomainen ja itsenäinen päätävältä päämiehen antamien toimiohjeiden mukaan – mutta korostetusti juuri toimiohjeiden mukaan. Kansainvälisen kaupan sopimuskumppanien ja osapuolten ammattimaisuuden mittana pidetään juuri sitä, kuinka tarkasti ne pystyvät noudattamaan sovittuja toimiohjeita. Ammatillisena ei pidetä eikä voida pitää sellaista toimeksisaajaa, joka ei osaa toimia toimeksiannon mukaan.⁵⁶

Toimiohjeiden ja toimeksiantosopimuksien tarkasta noudattamisesta voidaan mainita esimerkkinä remburssimaksujärjestely, jossa remburssin avaajapankki on saanut toimeksiantajalta tarkat ohjeet siitä, mitä asiakirjoja vastaan remburssi tulee maksaa. Näistä toimiohjeista ei toimeksisaajana oleva avaajapankki saa poiketa missään olosuhteissa.⁵⁷ Tarkkojen toimiohjeiden antaja on toisaalta vastuussa niistä seurauksista, jotka aiheutuvat siitä, että toimeksisaaja noudattaa toimiohjeita. Remburssin osalta voidaan ottaa esimerkiksi se, että toimeksiantaja on ilmoittanut väärät asiakirjat remburssimaksuun oikeuttaviksi asiakirjoiksi. Jos avaajapankki maksaa remburssissa sovittuja tai ilmoitettuja asiakirjoja vastaan, toimii se toimeksiannon mukaisesti oikein, vaikka toimeksiantaja olisi ilmoittanut väärät asiakirjat. Toimeksiantaja kantaa pääsäännön mukaisesti vastuun antamistaan toimiohjeista.

Esimerkkinä liikesopimuksen ehdon ankaruudesta common law -ympäristön sopimuskäytännössä ja sopimusehdon ankarasta tulkinnassa voidaan mainita *best efforts* -termin tulkinta. Mikäli liikesopimuksessa toimeksisaaja ilmoittaa täyttävänsä sopimusvelvoitteensa *with best efforts*, tämä tulee tulkita siten, että yhtiö on valmis tekemään periaatteessa mitä tahansa, jotta sopimusvelvoite täytetään. Erityisen ankarasti tämän tyyppistä ilmaisua tulkitaan silloin, kun on kyse kolmannen antamasta sitoumuksesta, joka on annettu *best efforts* -ehdoin. Jos

⁵⁵ *Hiekkaranta* s. 317–318.

⁵⁶ *Krüger* on esittänyt pankin eriaisteisista vastuista toimeksiantosopimuksissa. *Krüger* jakaa pankin vastuut (objektiivinen vastuu, tuottamusvastuu ja *force majeure* -tilanne) ja virheet (pankkitoimihenkilöiden tekemät inhimilliset virheet, tekniikkaan liittyvät virheet ja muut systeemin ulkopuoliset virheet, kuten viranomaisten toimista aiheutuneet virheet). *Krüger* 1984 s. 266–. Ks. myös *Pöyhönen* LM 1992.

⁵⁷ Poikkeuksen muodostavat vilpilliset tilanteet. Näistä myöhemmin jaksossa 9.1 s. 359–368.

taas yritys ilmaisee toimivansa esimerkiksi termillä *with reasonable efforts*, tarkoittaa se velvoitteiden täyttämistä ”järkevästi ajateltavissa olevin keinoin”. Tästä common law’n käsiteparista on tehty käytännössä johtopäätös, jonka mukaan sopimuskumppanin ilmoittaessa käyttävänsä ”best efforts”, on sopimusvelvoitteet täytettävä aina.⁵⁸ Kysymys voidaankin asettaa; minkä tyyppinen kohtuus vallitsee liikesopimuksissa common law -ympäristössä ja eroaako tämä liikesopimusten kohtuus esimerkiksi suomalaisesta oikeustieteessä esitetystä kohtuullisuudesta?⁵⁹

4.1.7 Selonottovelvollisuus ja tiedonantovelvollisuus liikesopimuksissa

Lojaliteettiperiaatteesta johdetun lojaliteettivelvollisuuden suhdetta tiedonantovelvollisuuteen (velvollisuus antaa toiselle osapuolelle oikeat ja tarvittavat tiedot)⁶⁰ ja myötävaikutusvelvollisuuteen (velvollisuus edistää toisen osapuolen mahdollisuuksia täyttää sopimusvelvollisuutensa)⁶¹ on pohdittu useissa tutkimuksissa. Lojaliteettivelvollisuudet, jotka voidaan johtaa lojaliteettiperiaatteesta, ovat määräytyvät pääsääntöisesti tapauskohtaisesti. Yleisellä tasolla lojaliteettivelvollisuus kattaa sopimusosapuolten velvollisuuden ottaa huomioon myös toisen neuvottelu- ja sopimuskumppanin etu. Tiedonanto- ja selonottovelvollisuutta on kuitenkin syytä tarkastella itsenäisinä velvollisuuksinaan.

Sopimuskumppanilla on selonottovelvollisuus, mikäli hän aikoo vedota perusteltuun vilpittömään mieleen. Perustellun vilpittömän mielen käsitteeseen kuuluu se, että henkilön olisi tullut tietää seikasta, joka on ollut olemassa sopimusta tehtäessä. Kyse on siis siitä, mitä sopimuskumppanin olisi pitänyt tietää.⁶² Selonottovelvollisuuden vastapainona on sopimuskumppanin velvollisuus antaa tietoja sopimussuhteen neuvotteluvaiheessa ja sopimussuhteen aikana.

Tiedonantovelvollisuuden osalta on esitetty, että kyse olisi lojaliteettiperiaatteen ilmentymästä tai itsenäisestä yleisestä velvoitteesta.⁶³ Tältä osin tiedonantovelvollisuuden ja lojaalisuuden velvoittavuuden osalta on esitetty esimerkkinä mm. Suomen vakuutusopimuslain tiedonantovelvollisuus. Vakuutusopimus-

⁵⁸ Näin, vaikka velvoitteiden täyttäminen vaatisikin täysin kohtuuttomia velvoittautuneelta sopimuskumppanilta.

⁵⁹ Ks. Pöyhönen: Sopimuksen kohtuuttomuus anglo-amerikkalaisissa oikeusjärjestelmissä. Pöyhönen 1993 s. 203–291.

⁶⁰ Esimerkiksi *Taxell* 1972 s. 120.

⁶¹ Ks. esimerkiksi *Ämmälä* 1994 s. 10.

⁶² Varallisuus oikeus (*Saarnilehto* toim.) s. 846.

⁶³ Ks. tästä lojaalisuuden, lojaalisuusvelvollisuuden, lojaliteettiperiaatteen ja tiedonantovelvollisuuden suhteesta esimerkiksi *Muukkonen* LM 1993 s. 1046. *Muukkonen* erottaa lojaalisuusvelvoitteesta muut sopimusoikeudelliset velvoitteet, kuten tiedonantovelvollisuuden.

lain 4 luvun säännöksiin on viitattu useissa yhteyksissä peruteltaessa tiedonantovelvollisuuden yleispätevyyttä ja jonkinlaista tiedonantoperiaatteen olemassaoloa. Tätä käsitystä voidaan perustellusti kritisoida. Vakuutuslainsäädännön 4 luku on kuitenkin erityistilanne. Vakuutuslainsäädännön koskeva säädos ei pohjaudu liikesopimuksissa vallitseviin tai yritysmarkkinoilla hyväksyttyihin periaatteisiin.

Mihin tiedonantovelvollisuus liikesopimussuhteissa perustuu ja miten kattava tuo velvollisuus voi olla? Liikesopimuksen sopimuskumppanin tiedonantovelvollisuus voidaan perustella esimerkiksi:

- sopimukseen sovellettavalla säädöksellä,
- sopimukseen sovellettavilla säännöillä tai ohjeilla (esimerkiksi kansainvälisen kauppakamarin säännöillä),
- sopimuksen ehdolla tai
- lojaalisuudella (lojaliteettiperiaatteella).

Lojaliteettiperiaatteeseen perustuva tiedonantovelvollisuus tulee siis erottaa säädökseen, sovellettavaan sääntöön tai ohjeeseen taikka sopimusehtoon perustuvasta tiedonantovelvollisuudesta. Eräänlaisena erotteluperusteena voidaan pitää sitä, että lojaliteettiperiaatteen mukainen tiedonantovelvollisuus ei koske tietoa, jota jokin toinen osapuoli sopimuksen mukaan ”ostaa”. Jos osapuolen voidaan katsoa myyvän sopimuksessa määriteltyä tietoa osana sopimusvelvoitteita, ja tiedon luovuttamisesta on nimenomaisesti sovittu, ei kyse ole lojaalisuudesta vaan sopimusvelvoitteiden mukaisesta toiminnasta.

Tiedonantovelvollisuus voi perustua suoraan sopimukseen sovellettavaan lakiin.⁶⁴ Voidaan sanoa, että pääsääntöisesti tiedonantovelvollisuus on sopimuksen velvoitteiden täyttämistä. Kuitenkin liikesopimussuhteissa perustan tiedonantovelvollisuuden arvioinnille luo yleinen lojaliteettiperiaate; tietoa antaessaan liikesopimuksen sopimuskumppani toimii lojaalisti ottamalla huomioon myös toisen sopimuskumppanin tai osapuolten edut. Yleispätevää sääntöä liikesopimussuhteiden osapuolten tiedonantovelvollisuuden määrälle tai laajuudelle on vaikea antaa, ellei sopimuksessa tai sovellettavassa laissa ole tällaista määritetty.

Kansainväliseen kauppaan ryhtyvien sopimuskumppaneiden katsotaan olevan oman alansa asiantuntijoita jo pelkästään sillä perusteella, että he ovat ryhtyneet tekemään kauppaa kansainvälisillä yritysmarkkinoilla. Asiantuntemuksella on erittäin tärkeä rooli, kun kyse on kansainvälisestä kaupasta yleensä ja kansainvälisen kaupan maksujärjestelyistä erityisesti. Kansainvälisestä kaupasta koskevassa oikeuskirjallisuudessa, suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa ja oikeuskäytännössä on asiantuntemuksen katsottu asettavan sopimuskumppanin tiedonantovelvollisuuden lähtötason huomattavasti korkeammalle kuin ”asiantuntemattoman”

⁶⁴ Esimerkkinä edellä mainittu vakuutuslainsäädännön 4 luku.

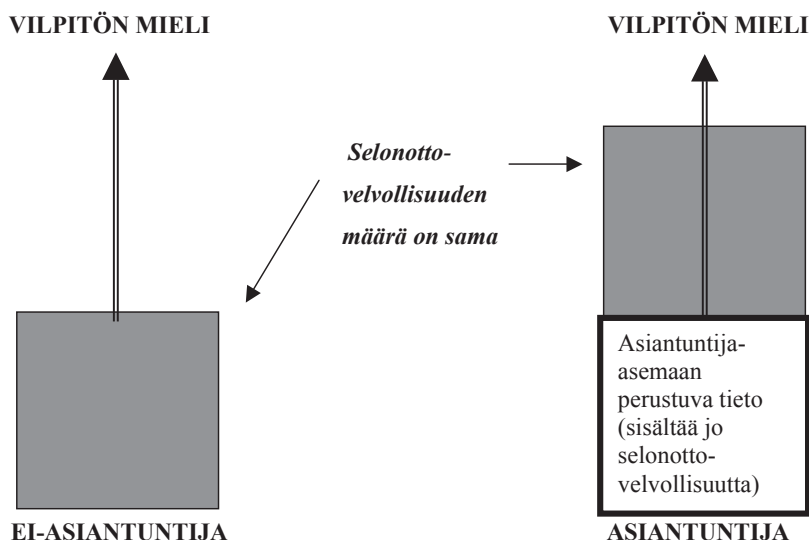
sopimuskumppanin selonottovelvollisuuden lähtötason.⁶⁵ Tämä tarkoittaa käytännössä sitä, että asiantunteva sopimuskumppani on velvollinen omalta osaltaan myös toimimaan selonottovelvollisuuden puitteissa eikä hän voi vedota perusteltuun vilpittömään mieleen ainoastaan sen vuoksi, että hänellä on kyseinen asiantuntemus.

Usein esitetään, että asiantuntijalla olisi myös laajempi selonottovelvollisuus kuin asiantuntemattomalla. Käytännössä tilanne on kuitenkin yleensä toinen. Asiantuntevan sopimuskumppanin selonottovelvollisuuden *määrä* (jotta perusteltuun vilpittömään mieleen voitaisiin vedota) on käytännössä sama kuin asiantuntemattoman sopimuskumppanin selonottovelvollisuuden määrä. Itse asiassa merkityksellistä on selonottovelvollisuuden lähtötason määrittäminen, eikä niinkään selonottovelvollisuuden määrä tai laatu sopimuskumppanin vedotessa perusteltuun vilpittömään mieleen. Jos asiantuntijan selonottovelvollisuuden lähtötaso hyväksytään yleisesti korkeammaksi kuin asiantuntemattoman, voidaan vaikeasti ja aina in casu tapahtuvan ”selonottovelvollisuuden määrän” arviointi jättää vähemmälle huomiolle.

Edellä esitetty ajatus tarkoittaa käytännössä sitä, että jos ei-asiantuntija vetoaa vilpittömään mieleen, on hänellä katsottava kuitenkin olevan jonkinasteinen ja -määräinen selonottovelvollisuus. Jos taas asiantuntija vetoaa vilpittömään mieleen, on hänen selonottovelvollisuutensa määrä sama kuin ei-asiantuntijan selonottovelvollisuuden määrä tavallisessa vilpittömän mielen tilanteessa. Kuitenkin asiantuntijan selonottovelvollisuuden lähtötaso on korkeammalla kuin asiantuntemattomalla. Selonottovelvollisuuden määrän mittaaminen on aina mittajaan oma arvio, mutta selonottovelvollisuuden lähtötason merkitys ja toisaalta määrän yhteismitallisuus on mahdollista havainnollistaa edellä esitetyn tavoin (ja seuraavan kuvan avulla).

⁶⁵ Tässä on lähtöolettamana se, että selonoton määrää voidaan jotenkin mitata.

Selonottovelvollisuuden täytyminen perustellun vilpittömän mielen osalta eli



Kuvio 12. Vilpitön mieli ja selonottovelvollisuuden määrä.

Perustellun vilpittömän mielen tilanteessa selonottovelvollisuuden määrään ja laajuuteen vaikuttavat tekijät tulee arvioida kuitenkin aina tapauskohtaisesti. Selonottovelvollisuuden sisältö riippuu kunkin konkreettisen tapauksen ominaispiirteistä. Selonottovelvollisuuden ja vilpittömän mielen suhteesta voidaan mainita esimerkkinä korkeimman oikeuden ratkaisu KKO 1994:136. Kyseisessä ratkaisussa oli otettu kantaa siihen, minkäasteinen selonottovelvollisuus omalla alallaan toimivalla sopimuskumppanilla on, ja toisaalta, millaisessa asemassa oleva henkilö ei voi käytännössä vedota vilpittömään mieleen. Tapauksessa kyse ei itse asiassa ollut selonottovelvollisuuden määrästä vaan selonottovelvollisuuden lähtötasosta.

Kansainvälisen kaupan sopimussuhteissa ja varsinkin kansainvälisen kaupan maksujärjestelyissä ei voida koskaan lähteä siitä olettamasta, että sopimuskumppanit tai maksujärjestelyyn osallistuva ei olisi oman alansa asiantuntija. Mikäli jokin kansainvälisen kaupan sopimussuhteen tai kansainvälisen kaupan sopimusverkon osapuolista ei ole asiantuntija tai ei muutoin toimi ”omalla alallaan”, tulisi hänen tästä tietämättömyydestään tai asiantuntemattomuudestaan lojaalisuuden ja lojaliteettiperiaatteen mukaisesti informoida muita osapuolia. Tällöin

lienee itsestään selvää, että kaupan tai maksujärjestelyn muut osapuolet eivät tämän tiedon saatuaan ole välttämättä halukkaita enää jatkamaan yhteistyötä kyseisen asiantuntemattoman tahon kanssa. Toisaalta voidaan ottaa esimerkiksi remburssi ja first demand -takuu, joissa avaajapankki ja takuunantaja nimenomaisesti irrottavat pääsopimussuhteen tosiseikat ja pääsopimussuhteen väitteet omista velvoitteistaan. Remburssijärjestelyt ja vakuustakuut osoittavat sen, että kansainvälisen kaupan sopimussuhteessa on voitu sopia siitä, että jokin osapuoli tai projektiin osallinen on periaatteessa aina vilpittömässä mielessä (tai pikemminkin jonkin sopimuskumppanin sovitaan olevan perustellusti tietämätön pääsopimukseen liittyvistä seikoista).

Kansainvälisessä kaupassa ja liikesopimuksissa yleensäkin sopimuskumppanin ”asiantuntemattomuusstatus” poistuu sopimuskumppanin käyttäessä apunaan asiantuntijaa. Esimerkiksi kirjanpitoon perehtyneen tilitoimiston tai asianajajan käyttö nostaa hypoteettisen selonottovelvollisuuden lähtötason näiden alojen osalta ja poistaa sopimuskumppanin asiantuntemattomuuden. Tämä ajatusmalli korostaa myös sitä, että asiantuntijan toimiin tulee voida luottaa, ja tätä luottamusta halutaan suojata.

4.1.8 Sopimuskäsitys: uusi vai vanha malli?

Viimeaikaisessa oikeudellisessa tutkimuksessa on korostettu sitä, että ns. perinteinen sopimuskäsitelmä soveltuisi huonosti nykyaikaiseen, monimutkaiseen ja kovin tekniseen yhteiskuntaan. Usein kuultu väittämä on, että oikeustoimilain 1 luvun mukainen tarjous–vastaus-malli ja sen soveltaminen modernin tai uuden velvoiteoikeuden ja sopimusoikeuden alalla olisi jollakin tavalla keinotekoisia. Esimerkiksi *Rudanko* ja *Pöyhönen* ovat tuoneet esille ajatuksia, joiden mukaan sopimusoikeudellisia malleja tulisi kehittää siten, että ns. avoin systeemi tai sopimuksen prosessikäsitys voitaisiin ottaa käyttöön sopimusta hahmoteltaessa.⁶⁶ Näissä ajatuksissa on kuitenkin esillä etupäässä sopimuksen ulkoinen tarkastelu ja ulkopuolisen tulkinnan mahdollisuuksien parantaminen. Uusien sopimusmallien mukainen arviointi onkin tarkoitettu lähinnä sopimuksen ulkopuolisia varten.

Sopimusmalleja koskevissa tutkimuksissa ja niiden kehittämisessä jää usein vähälle huomiolle se, että sopimus on lähtökohtaisesti vain sopimuskumppaneita sitova ja sopimuskumppaneiden tarpeita varten tehty. Toisaalta uusien sopimusmallien osalta voidaan havaita, että sopimuksen peruskäsitteistö tukeutuu edelleen sitovuuteen ja päteväen sopimuksen staattisuuteen.

⁶⁶ Ks. *Rudanko* 1998 C s. 45–52 ja *Pöyhönen* 1988 s. 214–.

Tutkimuksessa ei syvennytä pohtimaan, mitä tarkoittavat *moderni* ja *traditionaalinen* sopimusoikeus.⁶⁷ Erottelu yleisten käsitteiden kuten ”uuden” ja ”vanhan” välillä ei aina ole täysin perusteltua eikä liioin aina mielekäästä. Oltiin syytä pyrkiä välttämään vastakkainasettelua ”uuden ja vanhan” tai ”modernin ja traditionaalisen” välillä.

Sopimuksen peruskäsitteistö ei näytä muuttuneen vuosien varrella, ei edes yhteiskunnan ja tekniikan kehittyessä. Sopimuskumppanit haluavat edelleen sitoutua sopimukseen ja toisaalta he odottavat sopimuskumppaninsa sitoutuvan laadittuun sopimukseen. Sopimuksen peruskäsitteistö ei lähtökohtaisesti tue sopimusta dynaamisena instituutiona, vaan sopimus on (vaikka avoimen systeemin osana ja prosessikäsitteisenä) erittäin staattinen instituutio. Sopimuskumppanit haluavat nykyään sopimukselta korostetusti staattisuutta. Mikäli sopimuksen sisälle rakennetaan dynaamisia osia, tämä voidaan tehdä helposti erilaisin sopimusehdoin (kuten esim. indeksiehtoa tms. käyttäen).

Sopimuskumppanien tahtona kansainvälisessä kaupassa on edelleenkin se, että he voivat luottaa sopimukseen juuri staattisena instituutiona, joka on ”kertomus” sopijakumppanien yhteisestä tahdosta sitoutua sopimukseen ei pelkästään sen laitimishetkellä vaan myös tulevaisuudessa. Vaikka sopimus on nykyään osa avointa ja mahdollisesti vuorovaikutusten ristiriidoissa tapahtuvaa kaupallista toimintaa, siltä edelleen odotetaan staattista ominaisuutta. Siitä, että sopimusta pidetään tarjous–vastaus-mallin mukaisena ”vanhanaikaisena sopimuksena”, ei voida tehdä johtopäätöstä, että sopimus ei olisi ympäristönsä kanssa vuorovaikutuksessa tai että sopimus ei olisi jatkuvasti käynnissä oleva prosessi. Sopimusneuvottelu eli tarjous–vastaus-vaihe on oma prosessinsa, joka voi johtaa tahtojen yhtymisessä sopimukseen. Mikäli tahtojen yhtymistä ei osapuolten välillä ole, ei sopimustakaan ole syntynyt. Vaikka tämä saattaa tuntua vanhanaikaiselta, eivät esimerkiksi tuomioistuimet pääsääntöisesti hyväksy väitettyä asiantilaa sopimuksena, mikäli kyseisessä asiantilassa ei toteudu jonkinlaisen tarjous–vastauskonstruktion jälkeen tahtojen yhtyminen.

Sopimus voi olla staattisuudestaan huolimatta koko ajan aktiivisesti vuorovaikutuksessa ympäristönsä kanssa.

Oikeuskirjallisuudessa on esitetty, että sopimuksen prosessikäsitteily analyttisessä sopimusoikeudessa olisi sopimuksen identifioimista dynaamiseksi, muuttuvaksi tai rajoiltaan ulkopuoliseen oikeusympäristöön joustavaksi instituutioksi.⁶⁸ Tämä käsitys on käytännössä kansainvälisen kaupan sopimussuhteissa ja varsinkin maksujärjestelyissä hyvin vaikea ja jopa vieras.

⁶⁷ Wilhelmsson 1993 II s. 84–95.

⁶⁸ Tämä ajatusmalli on löydettävissä esimerkiksi teoksesta Pöyhönen 1988 ja Annolan hahmottelemassa dynaamisessa sopimusjärjestelmässä.

Jos sopimus nähdään jatkuvasti muuttuvana prosessina, avoimena systeeminä tai muuna vaikeasti selvitettävänä järjestyksen muotona, voidaan samalla hyväksellä käsitys sopimuksesta. Korostettakoon edelleen, että tässä ei ole kyseessä sopimusehtojen avulla luotujen joustojen tai epätarkkuuksien kritisointi, vaan koko sopimuksen ajatuksen ja koko sopimussidonnaisuuden ajatuksen muuttamisen kritisointi edellä mainittuun dynaamiseen suuntaan.

Sopimuksen osapuolet haluavat sitoutua sopimukseen. Tarjous–vastaus-prosessin aikana osapuolten tahdonilmaisut muokkaantuvat (tahtoteorian mukaisesti) yhteen, mikä johtaa sopimuksen tekemiseen.

4.2 LIIKESOPIMUKSEN TULKINNASTA

Kansainvälisen kaupan sopimuksen sisällön selvittämiseen saatetaan joutua siitä huolimatta, että osapuolilla on ollut sitä allekirjoitettaessa sisällöstä yhteinen käsitys. Ulkopuolisen tulkitsijan apua tarvitaan, koska osapuolilla on sopimuksen sisällöstä kaikesta huolimatta erilaiset näkemykset. Seuraavassa esitetty sopimuksen tulkinta aktualisoituu vasta sen jälkeen, kun sopimuksen sisältö on selvitetty. Sopimuksen sisältöä voivat selvittää niin sopimuskumppanit kuin sopimuksen ulkopuoliset.⁶⁹

Sopimuksen sisältöä koskevan erimielisyyden syntyessä sopimuskumppanit ensisijassa selvittävät sopimuksen sisällön, minkä jälkeen he yleensä keskenään ryhtyvät tulkitsemaan sopimusta. Tätä tapahtumaa kutsutaan seuraavassa *sopimuksen sisäiseksi tulkinnaksi*. Liikesopimuksen tulkinnasta ja sovellettavista tulkintasäännöistä voidaan sopimuskumppanien välillä periaatteessa sopia, mutta ulkopuoliselle tulkitsijalle annettua tulkintatehtävää eli sopimuksen *ulkoista tulkintaa*, voidaan kutsua aidoksi tulkintatilanteeksi.

Liikesopimuksen ulkoista tulkintaa voidaan verrata perusasetelmaltaan tilanteeseen, jota *Brusiin* kuvaa väitöskirjassaan Tuomarin harkinta normin puuttuessa.⁷⁰ Kansainvälisen kaupan liikesopimusta tulkittaessa on nimittäin hyvin harvoin löydettävissä tulkintaa ohjaava nimenomainen normi. Tämän vuoksi kansainvälisen kaupan liikesopimusten tulkinta ja tulkintatilanteet ovat pitkälti periaatehjautuneita. Mikäli osapuolilla on ollut jo sopimuksen tekovaiheessa selvästi eriävät käsitykset sopimuksen jonkin kohdan sisällöstä, voidaan jo ennen ulkoisen tulkinnan aloittamista esittää perustellusti kysymys siitä, onko sopimus tuolta riidan kohteena olevalta osin edes syntynyt.

⁶⁹ Sopimuksen tulkinnasta Aho, Matti L.: Varallisuus oikeudellisen oikeustoimen tulkinnasta, 1968.

⁷⁰ *Brusiin*, Otto: Tuomarin harkinta normin puuttuessa, 1938.

Kysymyksenasettelu voidaan kansainvälisen kaupan sopimuksien tulkinnassa (kuten myös kansallisten sopimusten osalta) asettaa myös kaksipuolaisesti:

- mikä on kansainvälisen kaupan sopimuksen sisältö? ja toisaalta
- miten tuota sisältöä tulee tulkita?

Onko näillä käsitteillä eroa? Kyse on periaatteessa samasta toiminnasta, jota voidaan kutsua yleisnimityksellä tulkinnaksi, mutta tulkinnan kohde on eri. Ensimmäisessä on kyse siitä, mitä on sovittu ja miten sopimuskumppanit tulkitsevat sopimustaan. Toisessa taas sopimuksen ulkopuolinen tulkitsee sopimusta ja sopimuskumppaneiden sopimustoimia. Kansainvälisen kaupan sopimuksen tulkinta voi olla sisäistä tai ulkoista tulkintaa – tai samanaikaisesti kumpaakin.

Tärkeää on huomata, että tulkintatilanne on eri silloin, kun sopimuskumppani itse tulkitsee sopimusta. Tällöin kysymyksenasettelu on usein muotoa: ”Mitä minun nyt pitäisi tehdä tai mitä olisi pitänyt tehdä?” Jos sopimuksen ulkopuolinen tulkitsee sopimusta, on myös tulkintakysymyksen asettaja käytännössä eri kuin sopimuksen laatija. Tyypillisimmillään tulkitsija on tuomioistuimen tuomari, joka ratkaisee kantajan tai vastaajan asettaman tulkintakysymyksen. Tällöin tulkintakysymys on tyyppiä: ”Mikä on näytetty sopimuksen sisällöksi? Miten näytettyä sisältöä tulisi tulkita? Kuka on toiminut sopimuksen mukaisesti ja kuka ei.”

Sisäisessä tulkinnassa sopimuskumppanit tulkinnallaan päättävät siitä, mitä tehdään, kun taas ulkoisessa tulkinnassa sopimuskumppanit antavat käytännössä päätävävallan toimiensa sopimuksen mukaisuuden arvioinnista ulkopuoliselle. Ulkoista tulkintaa voitaisiin kutsua klassiseksi tulkintatilanteeksi. Sopimuksen dynaamisuutta korostavissa tutkimuksissa on sopimuksia arvioitu ja tulkittu juuri sisäisen tulkinnan mahdollisuuksien antamissa rajoissa. Tällöin kyse ei kuitenkaan ole sopimuksen dynaamisuudesta vaan sopimuskumppanien dynaamisuudesta toisiaan ja sopimusta kohtaan. Sopimus on staattinen, mutta sopimuskumppanien yhteistyö mahdollistaa sen, että osapuolten tulkitessa sopimusta he voivat niin halutessa muuttaa sopimusta dynaamiseen ja joustavaan suuntaan.⁷¹

Sopimuksen sisäinen tulkinta liittyy sopimuksen dynamiikkaan. Sopimuksen sisäisessä tulkinnassa kyse ei ole ensisijaisesti osapuolten ristiriidasta tai jonkinlaisesta ”in dubio contra” -tulkintasääntöjen tyyppisestä tilanteesta. Sisäisessä tulkinnassa kyse on osapuolten omasta tulkinnasta ja tähän liittyvistä tulkintasäännöistä. Sopimuksen sisäisessä tulkinnassa sopimuskumppanit ovat lähtökohdaisesti yhdessä tehneet sopimuksen, jossa kumpikin osapuoli on oikeassa ja tulkinta kohdistuu siihen, ”mitä on sovittu yhdessä tehtäväksi”. Toki sopimuskumppanien sisäisessä tulkinnassa ulkoisen tulkinnan yleiset periaatteet ohjaavat myös osapuolten tulkintaa. Edelleen on selvää, että mikäli sopimuskumppanit

⁷¹ Ks. *Annola* 2003 s. 212–.

eivät pääse yhteisessä sisäisessä tulkinnassaan samaan (yhteiseen) lopputulokseen, joudutaan ristiriitatilanteessa sopimuksen tulkinta siirtämään ulkoisen tulkinnan ja siinä vallitsevien periaatteiden varaan.

Sopimuksen sisäisessä tulkinnassa sopimuksen tulkinta-aineisto muodostuu ainoastaan ”sopimuksesta itsestään”, koska sopimuskumppanit ovat luottamus-teorian mukaisesti luottaneet siihen, että sopimusasiakirja sisältää sopimusai-
neiston. Sopimuksen sisäisellä tulkinnalla sopimuskumppanit voivat jopa korjata sopimukseen liittyviä virheellisiä käsityksiään, ja käytännössä tässä ollaan hyvin lähellä sopimuksen täydentämistä.⁷²

Sopimuksen ulkoisella tulkinnalla tarkoitetaan tässä ulkopuolisen tekemää sopimuksen tulkintaa hänelle annetun tulkinta-aineiston avulla. Sopimuksen tul-
kinnalla katsotaan perinteisesti tarkoitettavan juuri ulkoista tulkintaa. Sopimuk-
sen sisällön selvittämisessä käytettävät lähteet voidaan asettaa jonkinlaiseen ar-
vojärjestykseen. *Saarnilehdon* mukaan sopimuksen sisällön selvittämisen lähteet
voidaan asettaa seuraavaan arvojärjestykseen: 1. pakottavat lain säännökset, 2.
sopimus ja se, mitä voidaan katsoa sovitun, 3. kauppatapa ja muu vastaava tapa,
4. dispositiiviset lainsäännökset.⁷³ Sopimuksen sisällön selvittämisessä käytettä-
vät lähteet muodostavat siis tulkinta-aineiston, vaikkakin *Saarnilehdon* esittä-
mien lähteiden jaottelussa voisi lainsäännöksiä ja tapaa pitää ehkäpä erillään
muusta tulkinta-aineistosta.

Liikesopimuksen sisällön selvittämisessä voidaan nykyaikaisin keinoin ottaa
esille hyvin paljon erilaista tietoa ja materiaalia siitä, mitä mahdollisesti voidaan
pitää sopimuksen sisältönä. Ulkoisessa tulkinnassa sopimuksen sisältö pyritään
selvittämään keräämällä tulkintamateriaalia, joka on paljon muutakin kuin pelkkä
sopimusasiakirja. Tällöin tulkintamateriaalin kerääminen itsessään ei ole vielä
varsinaista tulkintaa – joskin ulkopuolisen tulkitsijan käytössä oleva tulkintamate-
riaali ratkaisee käytännössä pitkälti tulkinnan lopputuloksen.⁷⁴ Tältä osin on myös
vaara, että ulkoisen tulkinnan suorittaja ei kykene rajaamaan tulkinta-aineistoa.

Yleistäen voidaan todeta, että nimenomaan kansainvälisen kaupan sopimuk-
siin soveltuvien pakottavien lain säännöksien määrä on suhteellisen pieni. Täl-
löin tulee kuitenkin ottaa huomioon se, että kussakin kansainvälisen kaupan so-
pimussuhteessa tulee periaatteessa aina sovellettavaksi jonkin maan laki.⁷⁵

Kansainvälisen kaupan sopimuskumppanien ja kansainvälisen kaupan maksu-
järjestelyjen osapuolilla on halu käytännössä aina rajoittaa mahdollisesti sovel-
tuvien pakottavien lain säännösten määrä mahdollisimman pieneksi. Sopimus-

⁷² Ks. täydentävä tulkinta -termistä esimerkiksi *Aho* s. 129.

⁷³ *Saarnilehto* 2005 s. 144.

⁷⁴ Ks. *Hedwall* s. 31.

⁷⁵ Kysymyksenasettelua henkilövakuuksien osalta ks. *Kurkela* 1993 s. 37–43 sekä *Esko* DL 1982 s. 26–40.

kumppanien tarkoituksena on käyttää sopimusvapauttaan ja toimia mahdollisimman vapaasti sekä näin hallita täydellisesti itse (ainakin omasta mielestään) kansainvälisen kaupan sopimussuhdettaan. Tästä syystä kansainvälisen kaupan sopimuskumppanit ja osalliset käytännössä yleensä pyrkivät siihen, että lain valinnassa⁷⁶ toteutetaan mahdollisimman vähän osapuolia ja osallisia pakottavasti määräävää kansallista lakia. Pakottavien lainsäännöksen merkitys kansainvälisessä kaupassa onkin yleensä melko pieni.

Kansainvälisen kaupan sopimussuhteissa ja kansainvälisen kaupan maksujärjestelyissä varsinaisena sopimuksen sisällön selvittämisen instrumenttina ja lähteenä⁷⁷ tulee ensisijassa pitää sopimusta ja sitä, mitä voidaan katsoa sovitun. Tämän lisäksi merkittävässä roolissa on kauppatapa ja muu vastaava tapa, joka, kuten myöhemmin tulen esittämään, on hyvin usein kodifioitu kansainvälisen kaupan organisaatioissa erityyppisiksi ohjeiksi ja säännöiksi.

Sopimuksen sisällön selvittämisessä käytettävänä lähteenä voidaan kansainvälisen kaupan sopimussuhteessa pitää siis myös dispositiivisia lainsäännöksiä. Dispositiivisuus on monelta osin ongelmallinen käsite kansainvälisessä kaupassa. Oman tutkimuksensa arvoisena voidaan pitää myös sitä, että kansainvälisen kaupan sopimuksissa on useimmiten mainittu, että ainoastaan sopimustekstissä mainittu muodostaa sopimuksen sisällön. Käytännön esimerkkinä tästä ongelmasta voidaan esittää seuraava dispositiivisen lainsäädännön soveltumista (tai soveltumattomuutta) koskevat yleiset ns. *severability*- ja *entire agreement* -sopimusehdot, joista on jo edellä mainittu:

”Severability: In the event that any part of these terms and conditions shall be determined by any competent authority to be invalid, unlawful or unenforceable to any extent such term, condition or provision shall be severed from the remaining terms and conditions which shall continue to be valid and enforceable to the fullest extent permitted by law.”

”Entire Agreement. This Agreement constitutes the entire understanding between the Parties rendering all previous understanding ineffective.”

(”Sopimuslausekkeiden erillisuus: Mikäli toimivaltainen viranomainen katsoo jonkin näistä ehdoista joiltakin osin pätemättömäksi, laittomaksi tai täytäntöönpanokelvottomaksi, tällainen ehto katsotaan (sopimuksen) muista ehdoista erilliseksi eikä se vaikuta (sopimuksen) muiden ehtojen pätevyyteen tai täytäntöönpanokelpoisuuteen lain sallimissa rajoissa.”

”Koko sopimus. Tähän sopimukseen sisältyy kaikki sopimuskumppanien välillä asiassa sovittu, ja se syrjäyttää kaikki sopimuskumppanien aikaisemmat asiaa koskevat neuvottelut.”)

⁷⁶ Lain ja oikeuspaikan valintaan liittyvät sopimusneuvottelut tunnetaan monilla termeillä kuten *”forum shopping”* tai *”forum/law cherry picking”*)

⁷⁷ Sopimus ei kuitenkaan ole *oikeuslähde*.

Osapuolten sopimuksen sisältöä koskevissa kysymyksissä voitaneen perustellusti tulla siihen johtopäätökseen, että kansainvälisen liikesopimuksen *entire agreement* -ehdolla voitaisiin sulkea sopimuksen ulkopuolelle kansalliset dispositiiviset normit. On kuitenkin selvää, että kyseiseen kansainvälisen kaupan sopimukseen soveltuva kauppaa- tai liiketapaa ei *entire agreement* -ehdolla voida poistaa. Jos kauppatapa halutaan sivuuttaa, tulee kyseisen kauppatapan poissulkeva ehto nimenomaisesti ottaa sopimukseen. Tällöin voidaan sopimuksessa todeta ”Kauppatavasta poiketaan seuraavasti...” -tyyppinen ilmaisu tai sopimusehdolla nimenomaisesti ilmaista kauppatavasta poikettavan sopimuksessa mainitun ehdon mukaisesti.

Mikäli kuitenkin se sopimuskumppani, jolla voidaan katsoa olevan ”kotikenttäläki”, ei informoi oman lakinsa indispositiivisesta säännöksestä, joka voi olla haitallinen ”vieraskentällä toimivalle osapuolelle”, ei tämän ilmoittamatta jättävän sopimuskumppanin voida katsoa toimivan lojaalisti.⁷⁸

Sopimuksen tulkinnassa voidaan ja tuleekin tarvittaessa voida käyttää niin dispositiivisia normeja kuin muitakin sopimuksen ulkopuolisia seikkoja erilaisen tulkintavaihtoehtojen tukena. Kyse on tällöin laajasta sopimuksen tulkinnasta, jonka osalta ei voida rajoittaa kulloinkin esitettävää tulkinta-aineistoa. Sopimuksen ulkopuolinen tulkitsija päättää, mitä lopputuloksia kustakin tulkintamallista hän tekee ja minkälaisen arvion hän antaa esitetylle tulkintamateriaalille. Tilanne aktualisoituu lähinnä sopimusriidoissa, joissa tuomari tai välimies joutuu ottamaan kantaa sopimuksen sisältöön tulkintatilanteessa. Tällöin tulkintamateriaalin käsittelyä voidaan verrata tuomioistuimen vapaaseen todistusharkintaan suomalaisessa riitaprosessissa.

Entire agreement -ehdolla ei voida sulkea pois sopimukseen sovellettavaa pakottavaa kansallista lainsäädäntöä eikä myöskään kauppatappaa, jos sellainen on vaikeuksista ja selvästi kyseisellä kansainvälisen kaupan alalla todettavissa. Kauppatapan vetoavan on kyettävä kuitenkin näyttämään kyseisen tavan olemassaolo. Sen sijaan ei liene merkitystä sillä, tiesikö tai olisiko tämän toisen sopimuskumppanin pitänyt tietää kyseisen kansainvälisen kaupanalan kauppatavasta. Lähtökohtana on edellä esitetty oletus siitä, että jokainen kansainvälisessä kaupassa mukana oleva tuntee ja hänen tulee tuntea kyseisen alan kauppatapa. Jos kauppatavasta halutaan poiketa, tulisi tämä poikkeus selvästi ilmaista sopimuksessa. Jos ehtoa ei ole selkeästi kirjattu sopimukseen (tai muuten riidattomasti ja todistettavasti sisällytetty sopimukseen), syntyy oletus siitä, että kauppatappaa tulee ja halutaan noudattaa. Kauppatavasta poikkeaminen on niin poik-

⁷⁸ Jos sopimuskumppani johtaa toista osapuolta tietoisesti harhaan väittämällä, että esimerkiksi *entire agreement* -ehto poistaisi tehokkaasti sopimukseen soveltuvan pakottavan lain tai mikäli hän sallii ehdon käytön tietäen sen johtavan sopimuskumppanille suoranaisesti haitallisiin seurauksiin, voi kyseessä olla jopa petos tai muu rikos.

keuksellista, että oletus on se, ettei sitä haluta tehdä. Jos kauppatastavasta poiketaan, tekevät asiantuntevat kansainvälisen kaupan osapuolet tästä varmasti nimenomaisen ehdon sopimukseen. Se, joka vetoaa kauppatastavasta poikkeavaan menettelyyn sopimussuhteessa, on periaatteessa velvollinen näyttämään tämän kauppatastavasta poikkeavan menettelyn perusteen. Tämänkin vuoksi on oletettavaa, että näin poikkeuksellisesta ehdosta (eli kauppatastavan vastaisesta ehdosta) tehdään merkintä sopimukseen. Edelleen voidaan korostaa, että toisen sopimuskumppanin tietämättömyys kauppatastavasta ei vaikuta kauppatastavan soveltumiseen edellyttäen, että sopimuskumppanit toimivat samalla alalla.

Voidaanko yleisesti ja perustellusti katsoa, että kulloinkin sovellettavissa olevia kansallisia dispositiivisia säädöksiä ei voida soveltaa kansainvälisen kaupan liikesopimuksen sisällön selvittämisessä? Dispositiivisten kansallisen lainsäädännön ongelmana kansainvälisessä kaupassa voidaan pitää sitä, että eri valtioissa ja eri oikeusjärjestyksissä ei vallitse yhtenäinen käsitys siitä, mitä lainsäädäntöä voidaan pitää dispositiivisena ja mitä pakottavana tai indispositiivisena lainsäädäntönä. Mikäli taas pakottavan ja dispositiivisen sääntelyn väli on selvä, riippuu eri oikeuskulttuureista se, miten ja millaiset vaikutukset dispositiivisilla lainsäädännöksillä on tai tulisi olla kansainvälisen kaupan sopimussuhteissa.

Esimerkkinä kansainvälisen kaupan sopijakumppaneiden ja osallisten näkemyksestä kansainvälisen kaupan dispositiivisesta ”perusluonteesta” voidaan pitää seuraavaa. Käytännössä kansainvälisen kaupan yhteistyöorganisaatioiden (esimerkiksi YK:n organisaatiot ja ICC) laatimissa säännöissä ja ohjeissa ilmaistaan pääsääntöisesti aina, että laaditut säännöt ovat tahdonvaraisia ja että sääntöjä sovelletaan ainoastaan, jos muuta ei ole sovittu.⁷⁹ Tämä tarkoittaa sitä, että osapuolten halu ainakin organisatorisella tasolla ja kansainvälisissä forumeissa on se, että osapuolilla tulee edelleen säilyä täysi valta siihen, minkäsisältöisen sopimuksen he laativat.

Dispositiivisen ja pakottavan lainsäädännön sisällön osalta katsoisin, että sen sopijakumppanin, jonka maan lakia sovelletaan, tulee lojaalisuusvelvoitteensa perusteella informoida toista sopimuskumppania niistä kansallisen lain säädöksistä, joilla voi olla vaikutusta sopimukseen. Vapautuakseen tästä lojaliteettiperiaatteeseen perustuvasta ilmoitusvelvollisuudesta, ilmoitusvelvollisen tulisi osoittaa toisen sopimuskumppanin selvästi ilmoittaneen ”ottavansa asiasta itse selvää” esimerkiksi käyttämällä apunaan paikallista asianajajaa tai asiantuntijaa.

⁷⁹ Esimerkkinä voidaan mainita. ICC:n yhdenmukaisista remburssisäännöt UCP Artikla 1 sekä ICC:n vakuustakuita koskevien Uniform Rules for Demand Guarantees -sääntöjen Artikla 1: ”These rules apply to ... are binding on all parties thereto except as otherwise expressly stated in the Guarantee or any amendment thereto.”

avustajaa.⁸⁰ Esimerkkinä epälojaalista toiminnasta voitaisiin kuvitella tilanne, jossa toinen kansainvälisen kaupan sopimuskumppaneista vaatisi ensiksi oman kansallisen lakinsa soveltamista sopimukseen. Sopimuksen solmimisen jälkeen tämä sopimuskumppani sitten vetoaisi jo sopimusta neuvoteltaessa hänen tiedossa olleeseen kansallisen lainsäädännön pakottavaan säädökseen, joka aiheuttaisi sopimuksen mitättömyyden.⁸¹

Kansainvälisen kaupan osapuolten kannalta pelottavimpana pidetään sitä, että pakottavaa lainsäädäntöä sovellettaisiin laadittuun sopimukseen osapuolen tietämättä. Pakottavaa kansallista lainsäädäntöä pelätään silloin, kun osapuolet ovat sopineet toisin kuin pakottavassa lainsäädännössä määrätään. Tämä on kansainvälisessä kaupassa kummankin osapuolen kannalta ehkä vähiten toivottu tilanne. Täytyy kuitenkin muistaa, että kansainvälisessäkin kaupassa usein kumpikaan sopimuskumppaneista ei tunne sopimukseen sovellettavan lain sisältöä – olipa sovellettava laki sitten toisen sopimuskumppanin kansallinen laki tai ei.

Lähtökohtana kansainvälisen kaupan liikesopimusten tulkinnassa tulisi osapuolten yksimielisesti tarkoittamalle merkitykselle antaa tulkinnassa etusija. Tulkitsijan perisyntinä voidaan pitää sitä, että hän ryhtyy tulkitsemaan oikeustointia ilman, että tulkintaa edes tarvitaan, ja samalla luo tulkintaratkaisun, joka rikkoo osapuolten välisen konsensuksen. Sopimusten, kuten oikeustoimien yleensä, tulkinnassa perustulkintamallina voidaan pitää *falsa demonstratio non nocet* -periaatetta, jonka mukaan oikeustoimelle tulee antaa se merkitys, jonka osapuolet ovat sille halunneet, eikä mahdollisesti jonkun ulkopuolisen tulkitsijan käsityksen mukaista tulkintaa. *Aho* on kuvannut periaatetta seuraavasti:

”Sääntöä, jonka mukaan ilmaisun vastaanottajan todellisuudessa havaitsema ilmaisijan tarkoittama merkitys tai, sopimuksen ollessa kyseessä sopijapuolten yksimielisesti tarkoittama sopimuksen merkitys pätee siitä riippumatta, onko tarkoitettu merkitys saanut asianmukaisen ilmauksen ilmaisussa tai sopimuksessa itsessään (tai objektiivisessa tulkinta-aineistossa), kutsutaan *falsa demonstratio non nocet* -periaatteeksi”.⁸²

Voidaan myös huomata, että kansallisissa kauppalaissa ja velvoitteita koskeissa laeissa on osapuolten (yhteinen) tahto asetettu tulkinnassa etusijalle. Esi-

⁸⁰ Kansainvälisen kaupan sopimuksissa on hyvin yleistä, että nämä seikat tutkitaan joko *due diligence* -tyyppistä selvitysmenettelyä käyttäen tai pyytämällä paikalliselta asianajotoimistolta *legal opinion* -lausunto soveltuvan lain osalta.

⁸¹ Esimerkkitalanteessa tämän tyyppinen erehdyttäminen täyttäisi varmasti jonkin rikoksen tunnusmerkistön (petos?).

⁸² *Falsa demonstratio* -periaatteesta ja sen suhteesta mm. objektiivin tulkintaperiaatteeseen ks. *Aho* s. 166–170.

merkkinä voidaan mainita Sveitsin velvoitelain⁸³ 18 artiklan 1-kohta, jossa säädetään, että osapuolten yhteinen tahto ratkaisee sopimuksen sisällön mahdollisesta ilmaisuvirheestä ym. riippumatta.

”Art. 18

1. Bei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form als nach Inhalt ist der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen.”

(”18 artikla

1. Sekä sopimuksen muodon että sisällön suhteen sopimuskumppanien yhteisesti sopima tarkoitus tulee ottaa huomioon, eikä sopimuskumppanien virheellinen lausuma tai ilmaisutapa, olipa tämän syynä vahinko tai tahallinen tarkoitus salata sopimuksen oikea luonto.”)

Falsa demonstratio non nocet -periaatteessa ilmaistu perusajatus on löydetävissä myös esimerkiksi oikeustoimilain ilmaisuerhdystä kokevassa säännöksessä (oikeustoimilain 32 §:n 1 mom.).

Osapuolten tahdon merkitys tulkinnassa kuvastuu myös YK:n kauppalaain 8 artiklassa, jossa ohjataan sopimuksen tulkintaa seuraavasti:

”1) Tämän yleissopimuksen kannalta sopijapuolen lausumia ja muuta käyttäytymistä on tulkittava sopijapuolen tarkoituksen mukaisesti, mikäli toinen sopijapuoli tiesi tai hän ei voinut olla tietämättä tästä tarkoituksesta.

2) Jos edellistä kappaletta ei voida soveltaa, sopijapuolten lausumia ja muuta käyttäytymistä on tulkittava sen käsityksen mukaisesti, jonka vastapuolen asemassa oleva järkevä ja huolellinen henkilö olisi samassa tilanteessa niistä saanut.

3) Ratkaistaessa, mikä oli sopijapuolten tarkoitus tai minkä käsityksen järkevä ja huolellinen henkilö olisi saanut, on kiinnitettävä asianmukaista huomiota kaikkiin tapaukseen liittyviin merkityksellisiin asianhaaroihin, kuten sopimusneuvotteluihin, sopijapuolten välille muodostuneeseen käytäntöön, kauppatapaan sekä sopijapuolten myöhempään käyttäytymiseen.”

Kyse on sopimusosapuolien yhteisestä tahdosta, jota halutaan tulkinnassa kunnioittaa. Voidaan perustellusti pohtia, ovatko *falsa demonstratio non nocet* -periaate ja sitä vastaavat tulkintaohjeet ylipäänsä sopimuksen tulkintaan liittyviä periaatteita? Vai onko näiden periaatteen osalta kysymys siitä, miten tulee

⁸³ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches. Fünfter Teil: Obligationenrecht vom 30. März 1911 (Stand am 21. Dezember 2004).

arvioida pätevän sopimuksen syntymistä: onko sopimus syntynyt ja miltä osin sopimus on mahdollisesti syntynyt? Edelleen voidaan esittää kysymys: jos kyse on tulkintasäännöistä, onko kyse edellä mainitusta sisäisestä vai ulkoisesta tulkinnasta? Aitoa tulkintaristiriitaa ei falsa demonstratio non nocet -periaatteen ohjaamassa tilanteessa sopimussuhteessa eli inter partes -suhteessa ole. Kuitenkin falsa demonstratio non nocet -periaatteella ”tulkitun” sopimuksen ulkopuolisten tulkinnat samaisesta sopimuksesta voivat vaihdella. Eräänlaisena falsa demonstratio non nocet -periaatteen tyyppisenä tulkintaratkaisuna voidaan mainita vanha KKO:n ratkaisu 1927 II 120:

”Kun sopimuskumppanit olivat suomalaisia ja sopimus oli tehty Suomessa, sopimuksessa käytetylle kauppatermille oli annettava se sisältö, mikä sillä oli Suomessa, vaikka tavara olikin lähetettävä ulkomaille.”

Liikesopimuksen tulkinnassa ei käytännössä ole otettu kantaa kohtuuttomuuteen tai osapuolen asemaan yleisellä tasolla vaan arvio tehdään tapauskohtaisesti. Kysymys kuuluu: mikä on osapuolen asema juuri tuossa sopimussuhteessa. Liikesopimusten tulkinnassa ja oikeuskäytännössä on korostunut enenevässä määrin tiedon haltijan aseman arviointi (*access to knowledge*) ja tietävämmän osapuolen lojaliteettivelvollisuuksiin luettava velvollisuus informoida vastapuolta soveltumisesta. Kyse ei ole siitä, että tuomioistuin olisi asettanut toisen sopimuskumppanin toista vahvemmaksi. Esimerkiksi voidaan mainita KKO 2003:26:⁸⁴

”Yhtiö on laatinut sopimuksen ja on sopimusta tehtäessä ollut asiantuntemuksensa perusteella muutenkin selvästi paremmassa asemassa arvioimaan sopimustekstin sisältöä kuin seurakunta. Tämän johdosta sopimusta tulkittaessa on pantava erityistä painoa sille, minkä käsityksen sopimuksen sisällöstä yhtiön tarjoama sopimusteksti perustellusti seurakunnalle antoi. Yhtiö ei ole seurakunnalle selvittänyt esittämiensä sopimusehtojen sisältöä eikä se ole näyttänyt seurakunnan muuten tienneen taikka pitäneen tietää, ettei sopimukseen sisältyvällä maininnalla 5 000 000 markan konsulttivakuutuksen voimassa pitämisestä ollut tarkoitettu olevan merkitystä yhtiön korvausvastuun enimmäismäärään.

Näissä olosuhteissa sopimusta on tulkittava siten, ettei yhtiön korvausvastuuta ole rajoitettu vain palkkion määrään sopimuksessa viitattuihin yleisiin sopimusehtoihin sisältyvän toissijaisen ja sopimusta täydentävän lausekkeen perusteella.”

Tämä KKO:n ratkaisu on lähinnä sopimuksen tulkinnasta annettu ratkaisu. Korkeimman oikeuden esittämistä tulkintaratkaisun perusteista ja johtopäätök-

⁸⁴ Ks. myös Juha Laineen kommentti LM 2003 s. 1028–1033.

sistä voidaan olla eri mieltä, kuten tulkintaratkaisuksista aina. Korkein oikeus on ratkaisussaan sivuuttanut vastuunrajoituslausekkeen (tai -ehdon) perimmäisen tarkoituksen eli riskin rajaamisen liikesopimuksessa.⁸⁵ Korkeimman oikeuden ratkaisusta voidaan todeta, että konsulttiyhtiö olisi ottanut 46 000 markan panoksella (palkkiolla) vastaavasti 5 000 000 markan riskin. Itse asiassa 46 000 markan palkkio sisälsi yhtiön kuluja, ja yhtiön tarkoituksena oli rajata vastuunsa katteen ja kulujen suuruiseksi.⁸⁶ Nämä luvut osoittavat selvästi, että tähän sopimukseen sisällytettyä vastuunrajoitusta ja vastuun toteutumista voidaan riidattomasti pitää vähintäänkin epäsuhtaisena ja epäonnistuneena. Tämän tyyppisissä sopimuksissa ja merkittävissä epätasapainoisissa riskiposition jaoissa voisi sopimuksen tulkinnassa käyttää suuntaa antavana myös *falsa demonstratio non nocet* -periaatteen mukaista tulkintaperiaatetta.⁸⁷ Tällöin osapuolten alkuperäiselle yhteiselle tahdolle vastuun rajoittamisesta (olipa rajoitus onnistuttu kirjaamaan sopimukseen miten tahansa) tulisi antaa tulkinnassa edes jokin painoarvo. Ongelmana tapauksessa oli se, että osapuoli luuli ehdon perusteella voimassa olevan vakuutuksen, joka kattoi vahingot 5 000 000 markkaan asti. Tämän vuoksi osapuoli ei tehnyt itse mitään. Kyse on myös tiedonanto- ja informaatiovelvollisuudesta ja sen täyttämisen onnistumisesta.

Euroopan sopimusoikeuden komissio on yhtenäisiä säädöksiä ja periaatekoelman eurooppalaiseksi sopimusoikeudeksi.⁸⁸ Seuraavassa on kerätty näiden periaatteiden viidennestä luvusta tulkintasääntöjä, joita voidaan hyvin käyttää kansainvälisen kaupan sopimusverkkojen sopimusten tulkinnassa.

Article 5:101: General Rules of Interpretation

- (1) A contract is to be interpreted according to the common intention of the parties even if this differs from the literal meaning of the words.
- (2) If it is established that one party intended the contract to have a particular meaning, and at the time of the conclusion of the contract the other party could

⁸⁵ Tältä osin osuvasti myös *Laine* s. 1033.

⁸⁶ Taloustieteen perusteita suurpiirteisesti soveltaen yrityksen liiketoimi sisälsi n. 100-kertaisen riskiposition ja toisaalta tilaajayhtiö sai 0,92 % sijoituksella eräänlaisen vakuutuksen potentiaalisen vahingon varalta.

⁸⁷ *Falsa demonstratio non nocet* -tulkintaperiaatteessa osapuolten yhteinen ymmärrys ja tarkoitus otetaan tulkinnan perustaksi yleisesti katsottuna epäonnistuneesta sopimuksen sanamuodosta huolimatta. Selvää on varmasti ollut se, että KKO tapauksessa 2003:26 konsultin vastuuta oli lähtökohtaisesti tarkoitus rajoittaa. Kysymyksenasettelu voidaan tehdä myös siten, että pohditaan, oliko vastuun ylärajana summa A vai B? Entä jos B on 100-kertainen A:han verrattuna? Tulisiko tämän tyyppiseen epäsuhtaan kiinnittää ratkaisussa huomiota? Korkein oikeus painotti ratkaisussaan selvästi sitä, että sopimuksen sopimusta tulisi tulkita laatijan vahingoksi, jos yhteistä tulkintalinjaa ei ole löydetävissä ("in dubio contra stipulatorem").

⁸⁸ The Principles of European Contract Law Prepared by the Commission on European Contract Law 1999. (Eurooppalaista sopimusoikeutta käsittelevän toimikunnan vuonna 1999 laatimat eurooppalaisen sopimusoikeuden periaatteet).

not have been unaware of the first party's intention, the contract is to be interpreted in the way intended by the first party.

(3) If an intention cannot be established according to (1) or (2), the contract is to be interpreted according to the meaning that reasonable persons of the same kind as the parties would give to it in the same circumstances.

Article 5:102: Relevant Circumstances

In interpreting the contract, regard shall be had, in particular, to:

- (a) the circumstances in which it was concluded, including the preliminary negotiations;
- (b) the conduct of the parties, even subsequent to the conclusion of the contract;
- (c) the nature and purpose of the contract;
- (d) the interpretation which has already been given to similar clauses by the parties and the practices they have established between themselves;
- (e) the meaning commonly given to terms and expressions in the branch of activity concerned and the interpretation similar clauses may already have received;
- (f) usages; and
- (g) good faith and fair dealing

Article 5:103: Contra Proferentem Rule

Where there is doubt about the meaning of a contract term not individually negotiated, an interpretation of the term against the party who supplied it is to be preferred.

Article 5:104: Preference to Negotiated Terms

Terms which have been individually negotiated take preference over those which are not.

Article 5:105: Reference to Contract as a Whole

Terms are to be interpreted in the light of the whole contract in which they appear.

Article 5:106: Terms to Be Given Effect

An interpretation which renders the terms of the contract lawful, or effective, is to be preferred to one which would not.

Article 5:107: Linguistic Discrepancies

Where a contract is drawn up in two or more language versions none of which is stated to be authoritative, there is, in case of discrepancy between the versions, a preference for the interpretation according to the version in which the contract was originally drawn up.

(5:101 artikla: Yleiset tulkintasäännöt

(1) Sopimusta tulkittaessa sopijapuolten yhteinen tarkoitus syrjäyttää siitä poikkeavan sopimuksen sanamuodon.

(2) Jos osoitetaan sopimuksella olleen toiselle sopijapuolelle tietty merkitys, josta toisen sopijapuolen piti sopimuksen tekohetkellä tietää, on sopimusta tulkittava ensimmäisen sopijapuolen tarkoittamalla tavalla.

(3) Jollei tarkoitusta voida osoittaa kohdan (1) tai (2) mukaisesti, on sopimusta tulkittava sopijapuolten kaltaisten järkevien henkilöiden sille samankaltaisessa tilanteessa antaman tarkoituksen mukaisesti.

5:102 artikla: Merkitykselliset olosuhteet

Sopimusta tulkittaessa on erityisesti otettava huomioon

(a) sopimuksen tekohetkellä vallinneet olosuhteet ja alustavat sopimusneuvottelut,

(b) sopijapuolten menettely ennen sopimuksen tekohetkeä ja sen jälkeen,

(c) sopimuksen luonne ja tarkoitus,

(d) sopijapuolten vastaaville sopimuslausekkeille aiemmin antama tulkinta ja niiden välille muodostunut käytäntö,

(e) sopimusehdoille ja sopimuksen ilmaisuille kyseisellä toimialalla yleisesti annettu merkitys ja vastaaville sopimuslausekkeille mahdollisesti annettu tulkinta,

(f) kauppatapa, ja

(g) vilpitön mieli ja lojaalisuus⁸⁹.

5:103 artikla: Epäselvyyssääntö

Epäselvää sopimusehtoa, josta ei ole erikseen neuvoteltu, on tulkittava ensisijaisesti sen laatineen sopijapuolen vahingoksi.

5:104 artikla: Neuvoteltujen sopimusehtojen etusija

Erikseen neuvotellut sopimusehdot saavat etusijan muihin sopimusehtoihin nähden.

5:105 artikla: Koko sopimus

Sopimusehtoja on tulkittava ottaen huomioon sopimuskokonaisuus.

5:106 artikla: Pätevyyssääntö

Sopimusehtoja tulkittaessa on ensisijaisesti valittava sopimusehtojen pätevyyteen johtava tulkinta.

5:107 artikla: Kielelliset eroavuudet

Jos sopimus laaditaan kahtena tai useampana kieliversiona, joista yhtäkään ei ole määrätty ratkaisevaksi, on kieliversioiden poiketessa toisistaan etusija annettava sen version mukaiselle tulkinnalle, jona sopimus alun perin laadittiin.)

Näiden tulkintaa koskevien säädösten sisältö ei juuri poikkea Pohjoismaissa vallitsevista käsityksistä sopimusten tulkinnassa. On kuitenkin huomioitava, että

⁸⁹ Tässä termit *good faith* ja *fair dealing* on suomennettu termeillä vilpitön mieli ja lojaalisuus, joskin periaatteiden kyseisessä artiklassa kyse lienee lähinnä vilpittömän mielen periaatteesta ja lojaliteettiperiaatteesta, jotka tulisi ottaa huomioon sopimusta tulkittaessa.

ne edustavat jonkinlaista yhteiseurooppalaista kompromissia sopimuksen tulkintaperiaatteista.

4.2.1 Kohtuusperiaatteen soveltuminen liikesopimuksiin

Taxell on esittänyt, että kohtuusperiaate olisi – lojaliteettiperiaatteen rinnalla – varallisuus oikeuden alan yleisiä periaatteita.⁹⁰ *Tolonen* on puolestaan todennut, että yhdenvertaisuusperiaatteella on keskeinen merkitys monien muidenkin oikeusperiaatteiden kannalta. Tolonen jatkaa, että taloudellisesti ja tiedollisesti tasavertaisten sopijakumppaneiden välisiä sopimuksia voitaisiin sovitella ainoastaan poikkeustapauksissa.⁹¹

Mitä sitten sopimuksilta lähtökohtaisesti vaadittu kohtuus on? Kohtuuden tarkastelun lähtökohdaksi on seuraavassa esitetty seikkoja, jotka varsinkin liikesopimusten käytännössä ovat realiteetteja. Kuitenkin nämä kohtuusarvioinnin käytännön kysymyksiin liittyvät seikat on usein sivuutettu. Juridinen kohtuusarviointi ajankohtaistuu pääsääntöisesti vasta silloin, kun

- sopimus on syntynyt,
- kohtuuttomaksi väitetty sopimus on osapuolten mielestä aikaisemmin ollut pätevä ja kohtuullinen,
- sopimussuhteessa ”tappiolla jäänyt osapuoli” vetoaa kohtuuttomuuteen,
- kohtuuttomuusarviointi siirretään sopimuksen ulkopuolisen (tuomioistuim) tehtäväksi,
- sopimuskumppanit / sopimusverkon osapuolet ovat asemaltaan eriarvoisia ja
- kohtuuttomaksi väitetty liikesopimus on pitkäkestoinen sopimus⁹², jossa joidenkin olosuhteiden muutos on olennainen osa sopimussuhdetta tai jopa edellytys sopimuksen syntymiselle.

Näiden seikkojen ymmärtäminen ja huomioon ottaminen on ensiarvoisen tärkeää, kun ryhdytään tarkastelemaan liikesopimusten kohtuullisuutta ja kohtuullisuuden arviointia.

Kohtuusperiaatteen puhtaana ilmentymänä on pohjoismaisten oikeustoimilakien (avtalslag) 36 §:ssä mainittu oikeusohje. Säännöksessä luonnehditaan sovitelun kohteena olevaa sopimusta eriarvoisten osapuolten väliseksi sopimukseksi tai jostain syystä epätasapainoiseksi sopimustilaksi. Sovittelun mahdollisuus on katsottu tarpeelliseksi silloin, kun sopimuskumppaneiden ”yhdenvertaisuusperiaatetta” ei ole noudatettu. Tarkoituksena on ollut sovittelusäännösten avulla luoda tuki sopimuskumppanien yhdenvertaisuudelle. Yhdenvertaisuutta arvioitaessa

⁹⁰ *Taxell* 1987 s. 65–.

⁹¹ *Tolonen* 2000 s. 82–.

⁹² Pitkäkestoisista sopimuksista ks. *Nystén-Haarala* 1998.

on viitattu sopimuskumppaneiden mahdollisuuksiin ja kykyyn arvioida ja toteuttaa omia etujaan sopimussuhteessa. Lisäksi on korostettu osapuolten kykyä arvioida oikeustoimen merkitystä heidän omien intressiensä valossa. Kohtuullisuuden osalta joudutaan kuitenkin usein siihen, että oikeustoimilain kohtuullisuussäännön kaltaisten säädösten määrittelemien ”sovittelun edellytysten” lisäksi joudutaan arvioimaan, ”mitä kyseisessä sopimussuhteessa voidaan pitää kohtuullisena”. Kohtuullisuuden mittana on käytetty puhtaan subjektiivisia metodeja.

Mikä on soviteltavan ehdon (tai sopimuksen) kohtuullisuuden mitta tai määrä? Oikeusteoreettisissa keskustelussa ja lähinnä sosiaalisen siviilioikeuden tutkijoiden piirissä on katsottu, että sopimuskumppanien eriarvoisuus voisi jollain tavalla korjautua sovittelemalla oikeustoimen ehtoa. Samalla on esitetty, että eriarvoisuuden on tullut johtua edellä kuvatun mukaisesti ”osapuolen asemasta” tai ”muuttuneista olosuhteista”. Näiden edellytysten osalta voidaan riidattomasti todeta, että liikesopimuksissa, sopimusverkoissa ja ketjuuntuneissa liikesopimusjärjestelyissä on hyvin vaikea löytää kohtuusarvioinnin kohteena olevia osapuolia.

Esimerkiksi alla kuvattu sopimusketju, jossa yksi ketjun sopimuksista on kohtuuton: kenen asemaa tulisi arvioida suhteessa muiden asemaan? Miten kohtuullistaminen/sovittelu muuttaisi sopimustasapainoa? Onko tavoiteltavaa se, että yhden sopimuksen sovittelu johtaa koko sopimusketjun sovitteluun?



Kuvio 13. Kohtuuton sopimus sopimusketjussa?

Kohtuuton ja sen vuoksi mahdollisesti soviteltava epätasapainotila on verrattavissa edellä kuvatun liikesopimusajatuksen mukaisesti yleiseen epätasapainotilaan ennen sopimuksen syntymistä. Sopimusta edeltävä epätasapainotila valitsee kaikissa sopimusneuvottelusuhteissa – niin liike- kuin kuluttajasopimuksissa. Kuitenkin sopimuksen laatimisen perimmäisenä tarkoituksena on sopimuksin luoda osapuolten välinen tasapainotila. Näin sopimus on osapuolten yhteinen vakautta luova instituutio. Sopimuksen hypoteesina on, että sopimuskumppanit voivat sopimustilassa periaatteessa toimia taustoistaan riippumatta ja yhdenvertaisina.⁹³ Kansainvälisen kaupan liikesopimuksen päämäärä on vaih-

⁹³ Tämä on toki hypoteesi, sillä sopimuskumppanien resurssit ratkaisevat pitkälle sopimuksen sisällön.

dannan mahdollistaminen ja riskien paikallistaminen ja tämän mukainen riskinjako. Sopimuskumppanien tarkoituksena on sopimuksella suunnitella ja toteuttaa tulevaisuutta sopimuksessa kuvatulla tavalla. Liikesopimussuhteissa osapuolilla on usein tietoa aikaisemmista tapahtumista ja tosiseikoista; heillä on tietoa, joka perustuu asiantuntemukseen ja aikaisemmin havaittuun. Liikesopimusten taustalla on usein sopimuskumppanien välinen pitkäaikainen liikesuhde. Tämän vuoksi sopimuskumppanit voivat arvioida liikesopimuksen kohtuullisuuden *in casu* liikesuhteessa hyvin tarkoin.

Sopimuksen kohtuuttomuuden ja olosuhteiden muutosten suhde on ollut paljon esillä oikeudellisessa kirjallisuudessa. Mitä ja millaisia muutoksia sopimussuhteessa tai sopimusingympäristössä voidaan pitää kohtuuttomina osapuolelle? Onko olosuhteista johtuva kohtuuttomuus poistettavissa sopimusehdoin? Voidaanko vastuunrajoitus tai muunlaisin ”exit-ehdoin” tehokkaasti välttää kohtuuttomat olosuhteet? Auttaisivatko oikeustoimilain 3 luvun pätemättömyyssäännöt tai *force majeure* -oppi? Tulisiko liikesopimuksien laatijoilta edellyttää, että he sopimusalan ammattilaisina kykenisivät sopimusehdoin välttämään olosuhteiden muutosten aiheuttamat kohtuuttomat tilanteet? Miten liikesopimuksien arviointi puhtaina riskinjakosopimuksina vaikuttaa siihen, mitä voidaan pitää osapuolten kannalta kohtuuttomana? Näihin kysymyksiin voidaan vastata ainoastaan suuntaa-antavasti, mutta pääsääntönä liikesopimuksen kohtuuden ja olosuhteiden muutosten osalta voidaan esittää seuraava ratkaisujatous: kaikkia sopimusriskejä ei voida hallita ja vielä rajallisempaa on sopimuksen ulkoisten olosuhteiden muutosten täydellinen sopimustekninen hallinta.

Yleisesti voidaan todeta, että vilpillinen toiminta on kiellettyä, eikä vilpillistä tai rikollista toimintaa voida kategorisoida ”olosuhteiden muutokseksi” tai edes kohtuullisuutta koskevaksi seikaksi. Samoin *force majeure* -tilanteita tulisi tarkastella omana ryhmänään ja arvioida erillään kohtuusarvionnista. Olosuhteiden muutos kohtuusarvionnissa on useimmiten joko piilevä sopimuskumppanien dissensus tai sopimusepäonnistuminen, jonka riskin kantaa se, jolle olosuhteen muutos on epäedullinen. Jos taas sopimuksin kyseinen olosuhteen muutos on voitu ennakoida ja jopa välttää, on sopimuksen laadinnassa onnistuttu.

Vähälle huomiolle jää usein se seikka, että sopimuksen syntymisen jälkeen toisen sopimuskumppanin esittämä kohtuuttomuusväite ja mahdollinen tähän perustuva sovitteluvaade sekä kohtuuden arviointi liittyvät kiinteästi sopimuksen tulkintaristiriitaan. Itse asiassa kohtuusarviointi perustaa samoihin peruselementteihin, joita sopimuksen tulkintaristiriidassa käytetään. Sopimuksen yhtenä peruselementtinä voidaan pitää yllä esitettyä ”sopimuksen sisäistä” kohtuutta. Tällä tarkoitetaan sopimuskumppanien lähtökohtaisesti vilpittömyyden ajatusta siitä, että pätevässä sopimustilassa (sopimuksessa ja sopimuksen voimassa ollessa) vallitsee lähtökohtainen kohtuus ja tasapaino. Sopimuksin laadittu tasapaino ja kohtuullisuus ovat korostetusti subjektiivisesti arvioituja seikkoja eli nimenomaan ja

ainoastaan sopimuskumppanien keskenään arvioimia. Sopimusneuvottelujen ja sopimuksen laadinnan subjektiivisuus unohtetaan usein sopimusta tulkittaessa.

Liikesopimuksissa on eräissä tapauksissa nimenomaisesti mainittu, että millään muulla sopimuksella tai sitoumuksella ”ei ole mitään yhteyttä tämän sopimuksen kanssa eikä tämä sopimus ole mistään muusta riippuvainen kuin juuri tässä sopimuksessa mainituista seikoista”. Ei ole sattumaa, että tällaisia ehtoja kirjataan sopimuksiin ja sitoumuksiin. Sopimuskumppanit antavat käytännössä erillisen sitoumuksen tai sopimusehdon, jossa he nimenomaisesti sulkevat ”tietoisuudesta pois” sopimuksen ulkopuoliset seikat. Tämäntyyppinen sokeus on juuri remburssin avaajapankin vastuu remburssin ehtojen mukaisen maksun suorittamisesta. Kuinka tällaisessa tapauksessa voidaan kohtuusarvioinnilla ja tulkinnalla ohittaa sopimuskumppanien selkeästi ilmaisema tahto ja arvioida kyseistä sopimustasapainoa tai tasapuolisuutta sopimuksen ulkopuolisilla seikoilla?

Jos sopimuksen sisäistä kohtuullisuutta ja tasapainoa tulkitaan ulkopuolisen toimesta, tulee huomata, että

- niitä tulkitaan on aina jälkeinpäin; tulkintatilanteessa ovat jo tiedossa ne toteutuneet riskit, joita sopimusta neuvoteltaessa korkeintaan voitiin arvailla,
- ulkopuolisen tulkitsijan arvio kohtuullisuudesta ei voi olla (eikä sen tulisi-kaan olla) subjektiivista; ulkopuolisen tulkinta voi olla parhaimmillaan yhdistelmä sopimuskumppanien subjektiivisista väitteistä tulkintaristiriidan synnyttää ja
- sopimuksen laadinnassa ovat erilaiset riskit aina korostetusti läsnä, kun taas tulkitsijan ei tarvitse riskeistä välittää: arvaillut tai ennalta arvaamattomat riskit ovat joko toteutuneet tai jääneet toteutumatta.

Kun arvioidaan liikesopimuksen kohtuullisuutta, on tilanne toinen kuin täysin yhdenvertaisten sopimuskumppanien laatiessa sopimusta. Tämän vuoksi liikesopimuksen kohtuullisuuden arviointi on käytännössä aina toista sopimuskumppania suosivaa: eihän kohtuutonta liikesopimusta edes voida tulkita tasapuolisesti, koska ”onnistuessaankin” kohtuusarviointi tehdään ”heikomman osapuolen eli kohtuuttomuuteen vetoavan” eduksi.

Kun oikeuskirjallisuudessa ja oikeustieteellisessä tutkimuksessa on punnittu sovittelun mahdollisuuksia, on usein keskitytty kuluttajasopimuksiin. Vaikka kuluttajasopimukset määrällisesti muodostavat merkittävän osan laadituista sopimuksista, ei sovittelun tyyppisten instituutioiden soveltuvuutta voida hyväksyä kaikkia sopimuksia koskevaksi yleisperiaatteeksi; jos se hyväksytään, tällöin jätetään sivuun eräitä liikesopimuksiin liittyviä perusasioita. Ensimmäisenä tulee kyetä erottamaan sovittelun ja kohtuullisuuden mittaaminen kahdessa eri tilanteessa (jotka on usein kuvattu yhdeksi ja samaksi sopimusvelvoitteeksi):

1. sopimusvelvoitteen kohtuullisuus
2. korvausvelvollisuuden kohtuullisuus.

Kyse on kahdesta eri tason ja eri aikaulottuvuuden käsitteestä. 1. kohdassa kyse on sopimusvelvoitteen sisällön arvioinnista jonkinlaisella kohtuullisuuden mittatikulla. Kohdassa 2 on taas kyse jälkikäteisestä arvioista siitä, a) mitä on tapahtunut, b) mikä on ”kohtuullinen seuraus” eli mitä voidaan pitää kohtuullisesti arvioituna vahingon määränä ja c) mikä on korvausvelvollisen korvausvastuun kohtuullinen määrä.

Arvioitaessa sovittelun mahdollisuutta liikesopimuksissa ja kansainvälisessä kaupassa voidaan todeta, että edellä esitettyjen sopimusverkko- ja sopimustasapainoteorioiden valossa sopimusvelvoitteen kohtuullistamisen tai sovittelun ei pitäisi tulla kysymykseen. Sen sijaan korvausvastuun arvioiminen ja arvostus ovat aina käytännössä ongelmallista ja ne perustuvat useimmiten jonkinasteiseen kohtuusharkintaan. Tämän vuoksi korvausvelvollisuuden sovittelu on mahdollista ja käytännössä yleistä.

Kansainvälisessä kaupassa on esiintynyt ja edelleen esiintyy kohtuusperiaatteita, jotka perustuvat lakiin. Esimerkkinä voidaan ottaa esille koronkiskontaa koskeva kieltö. Lukuisissa oikeus- ja kauppakulttuureissa on perinteisesti katsottu, että koronkiskominen on kohtuutonta ja se on kielletty useissa kansallisissa laeissa. Kansallisten lakien perusteella on taas viime kädessä tulkittava, missä kulkee laillisen koron (jos korko on ylipäänsä sallittu) ja koronkiskomisen raja.

Mielenkiintoisena esimerkkinä kohtuullisuuskäsityksestä voidaan mainita islaminuskossa esiintyvää korkokieltoa. Koraanissa määrättyä korkokieltoa (*riba*) pidetään islaminuskoisten maiden liike-elämässä kohtuullisuuden ilmentymänä.⁹⁴ Korkokiellon vuoksi islaminuskoisissa maissa pankkitoiminnan harjoittamisen mahdollisuudet ja rajat riippuvat käytännössä siitä, kuinka tarkasti kyseinen pankki noudattaa islamin sääntöjä.

Varsin usein liikesopimuksia arvioitaessa on jäänyt vaille huomiota ns. perusoikeudet ja perusoikeusajattelu. Erityisesti kohtuusperiaate ja sen soveltaminen tulee kyetä asettamaan oikeaan suhteeseen siten, että myös perusoikeudet otetaan huomioon. Tällöin voidaan esittää kaksi perustavaa kysymystä:

- miten perusoikeudet toimivat inter partes -suhteissa (eli horistontaalisesti) ja
- ulottuuko perusoikeussuoja oikeushenkilöihin ja mahdollisesti liikesopimuksiin?

⁹⁴ Koraanin toinen suura (lehmän suura) 275 jae: ”Mutta ne, jotka ahnehtivat voittoa koronkiskomisesta, kokevat samanlaisen ylösnousemuksen kuin hän, jonka Saatana on villinnyt tartunnallaan. Tämä sen tähden, että he sanovat: ’Kauppavoittohan on samaa kuin koronkiskominen.’ Mutta Jumala on sallinut kaupan ja kieltänyt koronkiskomisen. ...” (Epävirallinen käännös ks. <http://www.islamopas.com/koraani/002.htm>, joskin islamin perusoppien mukaan koraanin tulkinta voidaan ja tulee suorittaa ainoastaan alkuperäiskielisenä.)

Aluksi on todettava, että tämä ei ole perusoikeudellinen tutkimus ja perusoikeuksien osalta tukeudun lähinnä *Länsinevan* väitöskirjassaan esittämään. Horisontaalisesta perusoikeuksien toteutumisesta⁹⁵ ei voitane kokonaan sulkea pois oikeushenkilöitä, vaikka perusoikeuksien osalta perinteisesti on korostettu luonnollisten henkilöiden suojaa.⁹⁶ Tämä tarkoittaa sitä, että perusoikeuksilla tulee turvata myös liikesopimusten osapuolia ja tasapuolisesti kaikkien osapuolten perusoikeuksia – ei pelkästään luonnollisten henkilöiden perinteisiä perusoikeuksia suhteessa julkiseen valtaan. Länsineva kiteyttää ajatuksensa oikeushenkilön perusoikeudensuojasta:

”Kuitenkin monet perusoikeudet ovat sellaisia, että ne suojaavat oikeushenkilöitäkin, vaikkei tämä suoja välttämättä olekaan yhtä tehokasta kuin yksilöiden kohdalla.”

Eräiden perusoikeuksien suojan ottaminen osaksi liikesopimusten arviointia on vielä uutta ja monille varmasti vaikeaa. Perusoikeuksien soveltamista ja laajentamista oikeushenkilöitä koskevaksi voidaan pitää osoituksena terveestä vastapainosta luonnollisten henkilöiden oikeuksien korostumiselle. Perusoikeuksien tasaaminen horisontaalisti ja tasapuolisesti oikeussubjektien välillä poistaa perinteistä vastakkainasettelua ”oikeushenkilön oikeudet vs. luonnollisen henkilön oikeudet”. Nähtäväksi jää, millä tavoin ja kuinka laajasti oikeushenkilöt vetoavat tulevaisuudessa perusoikeuksiin esimerkiksi liikesopimuksia koskevissa riidoissa.

4.2.2 Riitojen ratkaisumallit ja itsesääntely kansainvälisen kaupan sopimussuhteissa

Varsinaisia yleiseen tuomioistuimeen tai välimiesoikeuteen asti vietyjä liikesopimuksia koskevia riitoja esiintyy yritysmarkkinoilla solmittujen sopimusten määrään nähden varsin vähän. Tämä johtuu useimmiten siitä, että yritysosapuolet pyrkivät välttämään kalliit, hitaat ja lopputulokseltaan epävarmoina pidetyt oikeudenkäynnit. Näiden ongelmatilanteiden poistamiseksi kansainvälisen kaupan liikesopimuksissa sovitaan usein, että sopimussuhteessa mahdollisesti syntyvät riidat ratkaistaan välimiesoikeudessa.⁹⁷ Välimiesoikeuksien kokoonpanot, sääntely ja toimintamallit ovat kehittyneet *ad hoc* -tyyppisiksi instituutioiksi. Välimiesmenettelyn erityislaatuisuutta on korostettu esittämällä, että välimiesoikeus

⁹⁵ *Länsineva* s. 103–104.

⁹⁶ *Länsineva* s. 105–116 viitteineen.

⁹⁷ UNCITRAL ja kansainvälinen kauppakamari ovat laatineet välimiesmenettelyä koskevia sääntelyjä. Katso esimerkiksi kansainvälinen kauppakamarin julkaisut ICC 414/2, 480/1 ja 480/4.

voi käyttää oikeuslähteenä tai pikemminkin soveltaa *lex mercatoriaa*.⁹⁸ Tähän toteamukseen tulee suhtautua varauksellisesti.⁹⁹

Välimiesoikeuden käyttö yleisen tuomioistuinprosessin sijaan ei kuitenkaan poista kaikkia liikesopimusriitoihin liittyviä ongelmia. Osittain tämän vuoksi on kehitetty uusia vaihtoehtoisia riidanratkaisumenetelmiä. Liikesopimuksia koskevien riitojen ratkaiseminen vaihtoehtoisissa menettelyissä ei ole suinkaan uusi ajatus. Esimerkiksi jo *Daniel Defoe* ehdotti An Essay Upon Project -kirjassaan kuusijäsenistä ”Court of Merchant” -erityistuomioistuinta ratkomaan kauppiaiden liikesopimusriitoja mm. kansainvälisessä kaupassa. Defoe esitti ehdotuksensa perusteluina mm.:

”The affairs of merchants are accompanied with such variety of circumstances, such new and unusual contingencies, which change and differ in every age, with a multitude of niceties and punctilios (and those, again, altering as the customs and usages of countries and states do alter), that it has been found impracticable to make any laws that could extend to all cases. And our law it self does tacitly acknowledge its own imperfection in this case, by allowing the custom of merchants to pass as a kind of law in cases of difficulty.”¹⁰⁰

(”Kauppiaiden väliset suhteisiin liittyy niin monipuolisia olosuhteita, sellaisia uusia ja epätavallisia tapahtumia, jotka muuttuvat ja ovat erilaisia joka aikakautena, joihin liittyy erilaisia käyttäytymis- ja etikettisääntöjä (ja jotka taas muuttuvat maiden ja valtioiden tapojen ja käytäntöjen muuttuessa), että on huomattu kaikkiin tapauksiin soveltuvien lakien säätäminen mahdottomaksi. Ja meidän lakimme tunnustaa epäsuorasti oman epätäydellisyytensä tässä tapauksessa hyväksymällä kauppiaiden tavat tavallaan laiksi vaikeissa tapauksissa.”)

Defoe julkaisi käsityksensä kauppiaiden erityistuomioistuimen tarpeellisuudesta vuonna 1693, mutta samat ajatukset ovat tänäinkin ajankohtaisia kansainvälisten liikesopimusriitojen forumkysymyksiä arvioitaessa

Vaihtoehtoisia riidanratkaisumenetelmiä kutsutaan yleisesti lyhenteellä *ADR* (*Alternative Dispute Resolutions*). Kansainvälisesti ADR on saavuttanut suosiota ”pehmeän” sopimusoikeudellisen riitojen ratkaisun ilmentymänä. ADR:n ongelmana on yleensä se, ettei ADR:n kautta saatu päätös tai ratkaisu yleensä sido osapuolia, elleivät ne nimenomaisesti sitoudu noudattamaan päätöstä. Käytännössä ADR:stä muodostuu riidan synnyttävä sovintoneuvottelun viimeinen vaihe,

⁹⁸ Välimiesmenettelystä ja *lex mercatoria*sta ks. *Sainio* s. 402–403, ks. myös *Kurkela – Uoti* s. 19–20.

⁹⁹ *Lex mercatoria*sta jaksossa 4.3.4 s. 164.

¹⁰⁰ *Defoe* s. 103. Poliitikasta, taloudesta ja hallinnosta hyvin vaihtelevasti kirjoittanut *Defoe* oli oman aikanaan kiistelty persoona, joka sittemmin niitti mainetta Robinson Crusoe -romaanin kirjoittajana.

jossa ulkopuolinen antaa asiassa tosiasiaa sovintoratkaisuehdotuksen riidan osapuolille. Tämän vuoksi olisi ehkä osuvampaa kuvata ADR-tyyppisiä instituutteja sovintoehdotusinstituuteiksi kuin riidanratkaisufoorumeiksi.¹⁰¹ Yritysmarkkinoille on syntynyt monenlaisia uusia vaihtoehtoja välimiesoikeustyyppisten instituutioiden rinnalle. Näitä ovat mm. erilaiset sovitteluinstituutiot kuten Suomen Asianajajaliiton sovintomenettely ja Kansainvälisen kauppakamarin Docdex-menettely (Documentary Instruments Dispute Resolution Expertise).

Yritysmarkkinoilla on yleistymässä juridisten riitojen ratkaisumenetelmien ”yksityistäminen”. Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että yhä enenevässä määrin riidat ratkaistaan varsinaisten tuomioistuinten ulkopuolella erityyppisissä välimiesoikeuksissa.¹⁰² Varsinkin kansainvälistä kauppaa koskevissa suurissa sopimuksissa on päädytty käyttämään lähes poikkeuksetta välimiesoikeutta riidanratkaisumenetelmänä.¹⁰³ Tämä johtuu usein siitä, että sopimuskumppanit haluavat riidanratkaisijoiksi oman alansa asiantuntijoita. Edelleen välimiesoikeuden suhteellinen nopeus ja tuomion lopullisuus edesauttavat välimiesoikeuksien käyttöä.

Välimieslausekkeiden tulkinta ei kuitenkaan ole aina ongelmatonta. Välimiesoikeuksien ja kansallisten tuomioistuimien välinen jännite saattaa purkautua jo ennen välimiesmenettelyn alkua siten, että toinen osapuoli kiistää välityslausekkeen pätevyyden. Toisaalta välitystuomiota voidaan periaatteessa kansallisissa laeissa mainituilla erityisperusteilla vaatia kumottavaksi tuomion antamisen jälkeen. Esimerkkinä kansallisen yleisen tuomioistuimen suhtautumisesta välityslausekkeisiin voidaan mainita korkeimman oikeuden ratkaisut KKO 1990:106, 1996:27 ja 2003:60.

Korkein oikeus on tutkinut välityslausekkeen pätevyyttä ratkaisussaan 1990:106 päätyen seuraavaan ratkaisuun:

”Sopimuksessa, jolla A oli myöntänyt B:lle oikeuden myydä valokuvien ja filmien kehityspalveluja määrättyä pikakehitysjärjestelmää hyväksi käyttäen, oli ehto, jonka mukaan sopimuksesta johtuvat riitaisuudet ratkaistiin välimiesmenettelyssä. Sen jälkeen B osti A:lta tarvitsemansa kehityslaitteiston osamaksusopimuksella, jonka mukaan siitä johtuvat riitaisuudet voitiin käsitellä Helsingin raastuvanoikeudessa ja välipuheet, joita ei ollut otettu sopimukseen,

¹⁰¹ Välimiesoikeudet eivät kuulu ADR:ään vaan niitä pidetään kansainvälisesti ”puhtaina” tuomioistuimina.

¹⁰² Ks. esim. *Kurkela – Uoti* s. 10–11.

¹⁰³ Tästä voidaan mainita esimerkkinä hyvin kuuluisiksi tulleet Iranin vallankumouksen jälkeiset riidat Iranin ja tämän kauppakumppanien välillä. Varsin ongelmalliseksi ovat muodostuneet pankkivakuusjärjestelyt. Ks. esim. *Pellonpää – Caron: The UNCITRAL Arbitration Rules*, jossa käsitellään Iranin ja USA:n välistä välimiesoikeudenkäyntiä. Ks. myös *Lehtinen* 1994 s. 188–192.

olivat mitättömiä. B vaati raastuvanoikeudessa nostamassaan kanteessa osamaksusopimukseen perustuvan kaupan julistamista mitättömäksi.

Sopimusten katsottiin olevan toisiinsa verrattuina itsenäisiä. A ei ollut näyttänyt, että osamaksusopimuksen ehdosta poiketen olisi sovittu välityslausekkeen koskevan myös osamaksusopimuksesta johtuvia riitaisuuksia. Kanne ei myöskään välittömästi perustunut välityslausekkeen sisältävän sopimuksen ehtojen rikkomiseen. Raastuvanoikeus oli näin ollen toimivaltainen käsittelemään kanteen.”

KKO:n ratkaisussa 1996:27 on puolestaan todettu:

”Siirtola on kanteessaan vaatinut, paitsi suorittamansa liittymismaksun palauttamista, vahingonkorvauksena yhteistoimintasopimuksen perusteettomasta irtisanomisesta 100 000 markkaa. Hän on vedonnut muun muassa siihen, ettei hän sopimusta tehtäessä ollut saanut riittäviä tietoja toiminnan kannattavuudesta, todennäköisistä tuotoista ja muista toimintaedellytyksistä sekä toisaalta siihen, että kysymyksessä olevan kaltaisen, yleensä pitkäaikaiseksi tarkoitetun sopimuksen päättyessä pian toiminnan aloittamisen jälkeen hänen tappiokseen olivat jääneet aloittamisesta aiheutuneet sijoitukset ja vaaditun vakuusjärjestelyn kulut. Kysymyksessä ei ole ollut määrältään pieni eikä laadultaan selvä vaatimus. Tällaisten riitakysymysten ratkaiseminen välimiesmenettelyssä ei ole epätavallista. Edellä Siirtolan elinkeinotoiminnan luonteesta ja riitakysymysten laadusta lausutun perusteella kysymyksessä olevien riitakysymysten saattaminen välimiesmenettelyssä ratkaistavaksi ei ole Siirtolalle kohtuutonta.

Näin ollen ei ole perustetta jättää välityslauseke huomioon ottamatta.”

Korkein oikeus on todennut ratkaisussaan 2003:60 välityslausekkeen kohtuuttomuudesta seuraavaa:

”Asiassa on selvitetty, ettei Pertti K:lla ole varoja eikä ansiotuloja. Näin ollen voidaan lähteä siitä, ettei hän pysty suorittamaan välimiehen häneltä todennäköisesti vaatimaa ennakkoa tai vakuutta välimiehelle tulevasta korvauksesta. Kun Opstock Oy ei ole edes väittänyt olevansa valmis suorittamaan Pertti K:n osuutta tällaisesta ennakosta tai antamaan siitä vakuutta, Pertti K tuskin saisi kannettaan tutkituksi välimiesmenettelyssä. Tästä ei kuitenkaan seuraisi, että Pertti K saisi kanteensa tutkituksi yleisessä tuomioistuimessa välityslausekkeen estämättä.

Pertti K:lle on tässä oikeudenkäynnissä myönnetty maksuton oikeudenkäynti ilman korvausvelvollisuutta ja määrätty avustaja. Vastaavaa etua Pertti K:lle ei voida myöntää välimiesmenettelyssä. Pertti K ei ilmeisesti ilman ammatitaitoista avustajaa kykenisi valvomaan etuaan ja oikeuttaan välimiesmenettelyssä eikä hänellä ole taloudellisia mahdollisuuksia kustantaa itselleen tällaista avustajaa.

Edellä lausutuilla perusteilla välityslausekkeen soveltaminen tässä tapauksessa johtaisi kohtuuttomuuteen. Sen vuoksi Korkein oikeus oikeustoimilain 36 §:n nojalla jättää välityslausekkeen huomioon ottamatta.”

Korkeimman oikeuden ratkaisuihin voidaan huomata, että välityslausekkeen käyttö ei voine johtaa siihen tilanteeseen, että sopimuskumppani ei voi käytännössä saada asiaansa ratkaistua missään tuomioistuimessa. *Access to justice* -näkökanta on selkeästi esillä korkeimman oikeuden perusteluissa, varsinkin ratkaisussa 2003:60. Toisaalta ratkaisut osoittavat liiketoiminnallisen riskinoton hyväksymisen myös välityslausekkeen käytön muodossa. Tulee huomata, että sopimusehtoina välityslausekkeet eivät näytä saavan korkeimmalta oikeudelta erityiskohtelua.

Tärkeänä syynä välimiesmenettelyn käyttöön on ollut lähinnä pelko siitä, että tuomioistuimilta puuttuu asiantuntemus riidan ratkaisemiseksi. Merkittävänä käytännön sanelemana syynä voidaan pitää myös sitä, että kansallisten tuomioistuinten päätöksien täytäntönpantavuus on ollut (kansainvälisistä täytäntönpaanoa koskevista sopimuksista huolimatta) ongelmallista. Toisaalta kansainvälisen kaupan sopimuskumppanit pelkäävät, että riitojen käsittely kestää liian kauan tavallisissa tuomioistuimissa. Näiden lisäksi syynä on usein se, että liikesopimuksia koskevat riidat ja niiden ratkaisut halutaan pitää mahdollisimman pitkälle ainoastaan osapuolten välisenä tietona. Vaikka kansainvälisen kaupan sopimusverkkojen sopimuksien riitojenratkaisun osalta sovitaan usein käytettäväksi välimiesmenettelyä, ei tämä poista sovellettavan lain ongelmaa. Välimiesoikeudet eivät yleisesti ottaen ole myöskään kulujen osalta halvempia kuin yleiset tuomioistuimet.

Ratkaisumallien yksityistäminen on siirtymässä myös kuluttajamarkkinoille.¹⁰⁴ Merkittävänä ongelmana voidaan pitää sitä, että on olemassa vaara yleisten tuomioistuinten muuttumisesta vain rikostuomioistuimiksi samalla kun siviiliriidat siirtyvät yksilömarkkinoille ”kuluttajasuojainstituutioille” tai luottamuspuolan vuoksi jätetään riitelemättä – ja merkittävät siviilijutut siirtyvät välimiesoikeuksiin. Vaihtoehtoisten riidanratkaisumenetelmien¹⁰⁵ käyttö ei saisi johtaa siihen, että riitajutuissa vaihtoehtoiset menetelmät tulisivat pääsääntöisiksi ratkaisumalleiksi. Vaihtoehtoiset riidanratkaisumenetelmät voivat joissakin tapauksissa muodostua selkeästi kohtuuttomiksi osapuolille tai jopa turhiksi kuluttajan ollessa osapuolena.¹⁰⁶

Välimiesoikeusjärjestelmän kehittyessä ovat samanaikaisesti myös erityyppiset itsesääntelymekanismit eri muodoissaan kehittyneet kiinteäksi osaksi yritysmarkkinoita. Elinkeinoelämän itsesääntelymekanismeilla tarkoitetaan vapaaeh-

¹⁰⁴ Tärkeissä ja intressiltään suurissa jutuissa on Suomessa käytetty välimiesoikeuden jäseninä myös korkeimman oikeuden oikeusneuvoksia.

¹⁰⁵ Näitä ovat myös sinänsä onnistunut vaihtoehtoinen riitojen ratkaisumalli, Suomen Asianajajaliiton sovintomenettely. Sovintomenettelyä tai asianajajaliiton muitakaan riidanratkaisumenetelmiä ja toimia ei kuitenkaan voitane pitää puhtaina itsesääntelymalleina, sillä asianajajaliiton ja sen toiminnan perusta ja erikoisasema on lailla säädelty.

¹⁰⁶ Tästä esimerkiksi edellä esitetty KKO 2003:60.

toista ja omatoimista sääntöjen laatimista ja valvontaa.¹⁰⁷ Tässä voidaan mainita esimerkkeinä markkinoinnin itsesääntely, arvopaperimarkkinoiden itsesääntely, tilintarkastusta koskeva itsesääntely ja tavarantarkastuksen itsesääntely. Monet yritysmarkkinoiden itsesääntelymekanismit ovat ottaneet käyttöönsä välimiesoi-
keuksien kaltaisia institutionaalisia riitojen ratkaisutapoja (esim. lääkemarkki-
nointi).

Yritysmarkkinoilla ei ole suinkaan järkevää pyrkiä aukottomasti itse säätele-
mään liiketoimintaa, sillä toimiessaan joko ”väärin”, epälojaalisti tai ”epäherras-
miesmäisesti” yritys yleensä joutuu markkinoillaan vastuuseen teoistaan. Toi-
saalta esimerkiksi luotonantajiin kohdistuva sopimuksen vastainen toiminta ai-
heuttaa luottotietoihin merkinnän, joka johtaa väistämättä luoton saannin vai-
keutumiseen. Tämän jälkeen asiakkaat ja yrityssuhteet katoavat usein maineen
mukana. Riidat yritysmarkkinoilla heikentävät aina riidan osapuolia muutoinkin
kuin oikeudenkäyntikulujen muodossa. Voidaan havaita, että esimerkiksi kulut-
tajien epämääräisinä pitämät yritysmarkkinoilla toimivat riidanratkaisuin-
stanssit helposti murentavat omaa uskottavuuttaan sinänsä riidan ulkopuolisten (kuten
kuluttajien) piirissä. Tämän tyyppistä epäluottamusta voidaan hälventää lisää-
mällä instanssien avoimuutta ja julkisuutta – mikä ei taas ole yritysmarkkinoiden
ensisijainen intressi riidanratkaisumenettelyssä.

Ratkaisumallien yksityistämisuuntausta kuvaa myös yritysmarkkinoilla ja
kansainvälisessä kaupassa syntynyt tapa ajatella sopimusta ainoana mahdollise-
na perustana riitojen selvittämisessä. Ongelmana on usein myös se, että yritys-
markkinoilla sopimusta pidetään usein – perinteisen oikeuslähdeopin vastaisesti
– oikeuslähteenä. Sopimuksella ei tätä asemaa ole, eikä sopimuksen mahdolli-
suuksia tulisi liioitella oikeuslähteen suuntaan.

4.3 TAPAOIKEUDEN DILEMMA KANSAINVÄLISESSÄ KAUPASSA

4.3.1 Hyvä tapa kansainvälisessä kaupassa

Hyvä tapa ja hyvä kauppiastapa on ollut useasti esillä liikesopimusten tulkin-
nassa. Kauppa- sekä muiden tapojen merkitys on korostuneessa asemassa liike-
sopimuksissa ja kansainvälisessä kaupassa. Kansainvälisessä kaupassa hyvällä
kauppataavalla saattaa olla paikkakunta- ja maakohtaisia eroja. Mitä on sitten pi-
dettävä hyvänä kauppias- tai muuna liiketapana?

¹⁰⁷ Ks. esim. *Wuolijoki* s. 53 ja Keskuskauppakamarin laatima muistio ”Keskuskauppakamarin
kannanotto elinkeinoelämän itsesääntelyn kehittämiseen.” (23.1.2001 laatinut Pentti Mäkinen).

Tapaoikeuden tutkimuksissa on harvoin otettu kantaa siihen, mitä on *hyvä* liiketapa ja miten kyseinen *hyvä* tapa ilmenee. Toisaalta kansainvälisessä kaupassa korostuvat monenlaiset hyvät tavat, millä tarkoitetaan usein nimenomaan hyviä käytöstapoja. Kansainvälisessä kaupassa korostuu osapuolten hyvätapaisuus, jonka perusta on täysin epäjuridinen.

Korkein oikeus on ottanut kantaa siihen, mitä voidaan pitää hyvänä tapana tai kauppatavan mukaisena toimintana. Tulee kuitenkin huomata, että kansainvälisen kaupan määrän kasvaessa on syntynyt monia eri toimijoita ja lukuisia tapoja toimia kansainvälisessä kaupassa. Toimijoiden määrän kasvu on vaikuttanut myös kansallisen tapaoikeuden hajaantumiseen. Vielä 1920- ja 1940-luvuilla korkein oikeus saattoi lausua melkoisella varmuudella vallitsevasta kauppatavast, koska kaupankäynti oli rajallisempaa ja toimijoita oli vähän. Esimerkkinä tästä seuraavat ratkaisut:

KKO 1927 II 265

Koska kankaiden myyjä oli englantilainen, myyntiä koskevaa sopimusta tulkittaessa oli noudatettava Englannissa voimassa olevaa kauppatapaa.

KKO 1929 II 508

Puutavaran kaupassa kauppatavan mukaan tuumasta puhuttaessa tarkoitettiin yksinomaan Englannin tuumaa.

KKO 1932 II 79

Sitoumus, jonka velkojan edustaja oli taivuttanut velallisen antamaan akordisopimuksen hyväksymisen ehdoksi ja jolla muut velkojat sivuuttamalla oli sanotulle velkojalle pidätetty olennainen taloudellinen etu, julistettiin hyvän ja rehellisen liikemiestavan vastaisena pätemättömäksi.

KKO on sittemmin tapaoikeudellisia kysymyksiä ratkaistessaan päätenyt myös esittämään, että jotain toimintaa ei tule pitää vallitsevana tapana.

KKO 1984 II 119

Kiinteistönvälittäjän myötävaikutuksella oli tehty osakekauppa, jossa omistusoikeus siirtyi kauppahinnan tultua suoritetuksi. Toimeksiantosopimuksessa ei ollut mainintaa välityspalkkion erääntymisestä. Välittäjä sai oikeuden palkkioon vasta, kun em. ehto oli täyttynyt.

Kiinteistönvälittäjien yleisesti käyttämissä sopimuskavakkeissa olevaa määräystä ei pidetty todisteena vastaavasta kauppatavast.

KKO 2001:34

Urakoitsija ei ole näyttänyt, että sen ja asunto-osakeyhtiön välisessä sopimussuhteessa olisi noudatettava jotakin sellaista kauppatapaa, jonka perusteella sopimuksen mukainen urakkahinta ei sisältäisi arvonlisäveroa.

Samalla voitaneen esittää huomio, jonka mukaan KKO on siirtynyt laaja-alaisista tapaoikeuden määrittelyistä kohti *inter partes* -tapoja. Kun aikaisemmin esitettiin, että kyse on esimerkiksi puutavaran kaupassa tai kansainvälisessä kaupassa noudatettavasta tavasta, on nyttemmin siirrytty selvittämään sopimuskumppanien välistä tapaa toimia ja sen mahdollista merkitystä sopimussuhteissa. Esimerkkinä voidaan mainita KKO:n ratkaisu 1997:174:

”Pekka Johannes ja Maila Anita Tilli ovat käyneet Meira Nova Oy:n kanssa käräjäoikeuden tuomiosta ilmenevällä tavalla kauppapuutarhatoimintaan liittyvää kauppaa usean vuoden ajan. Heidän välisessä kaupankäynnissään on vakiintuneesti noudatettu kauppatapaa, jonka mukaan molempinpuolisten kauppojen laskutusten suorittamiseen on käytetty rahasuoritusten lisäksi myös vastakkaisten tavaratoimituksiin perustuvien saatavien kuittausta ...

... Tältä osin käytäntö on vastannut aiempaa osapuolten keskinäistä kauppatapaa...”

Vaikka osassa edellä esitetyistä ratkaisuista onkin kansainvälisen kaupan aspekteja, osoittavat ratkaisut lähinnä suomalaista tulkintaa, oikeuskäytäntöä ja käsitystä tapaoikeudesta. Tapaoikeudelliset kysymykset liittyvät usein liikesopimusriitoihin, joita ratkaistaan välimiesoikeuksissa. Tämän vuoksi liikesopimukseen liittyvät tapaoikeudelliset ratkaisut jäävät usein salaisiksi.

Tapaoikeudessa voidaan erottaa

- yleinen kauppatapa
- yksityiskohtaisempi liiketapa ja
- sopimuskäytäntö.

Kun tapaoikeutta tutkitaan osana kansainvälisen kaupan sopimuksia, tarkastelussa erottuvat seuraavat osakysymykset:

- tapaoikeuden osapuolet
- hyvä tapa / huono tapa
- tapa tekemisen ja tahdonilmaisun muotona
- tavan kesto
- tavan alueellisuus
- tavan sitovuus
- tavasta tietoisuus
- tavasta poikkeaminen ja sanktiot.

Tapaoikeudellisissa kysymyksissä osapuolilla tarkoitetaan käytännössä aina kyseisen riidan tai tulkintatilanteen osapuolia. Kuitenkin tapaoikeuden osapuolten joukko on käytännössä hyvin laaja, ellei kyse ole vain kyseisessä sopimussuhteessa vallitsevasta tavasta, *inter partes* -tavasta. Tapaoikeuden velvoittavuutta perusteltaessa on historiallisesti korostettu tapaa noudattavien osallisten määrää. Ajatus tavan velvoittavuudesta tietyllä liiketoiminnan alalla on perustunut ajatukseen ”kun muut noudattavat, tulee sinunkin noudattaa”.

Adjektiivit hyvä ja huono liitetään usein tapaoikeuden kysymyksenasetteluun. *Virtanen* selvittää käytännön tasolla sanan ”hyvä” merkitystä hyvän tavan käsitteessä.¹⁰⁸ Hän korostaa merkityseroa sanojen ”hyvä” ja ”oikea” välillä. Tästä voidaan johtaa, että hyvä liiketapa on enemmän kuin oikea liiketapa. Varsinkin kansainvälisessä kaupassa hyvä liiketapa ja rahoituksessa hyvä pankkitapa¹⁰⁹ ovat paljon enemmän kuin oikea liiketapa tai ”oikein toimittu”. Hyvän liiketavan ja pankkitavan merkitys korostuu mm. siten, että liiketoimintaa harjoittavalla on katsottu olevan velvollisuus tuntea hyvä liiketapa (ja pankkialalla pankkitapa).

Yrityksen velvollisuuden tuntea liiketapa on katsottu rajoittuvan yrityksen omaan liiketoimintaan. Liikesopimuksia tehdään kuitenkin usein eri liiketoiminta-aloilla toimivien välillä. Tällöin liikesopimuskumppanit eivät yleensä tunne toisiaan, eikä heidän tarvitse tuntea toistensa oletettuja liiketapoja. On mielenkiintoista havaita, että eri aloilla toimivat sopimuskumppanit vetoavat käytännössä melko kritiikittömästi toisen alalla vallitseviin tai oletettuihin liiketapoihin. Varsin mielenkiintoiseksi tämäntyyppinen väite muodostuu juuri sen vuoksi, että tavan tai hyvän tavan osoittaminen on käytännössä erittäin vaikeaa jopa samalla alalla toimivien sopimuskumppanien välillä. Oman erityispiirteensä liikesopimuksissa vallitsevan tapaoikeuden tulkintaan on tuonut kysymys siitä, miten sopimosapuolen käyttämän apulaisen tai työntekijän asiantuntemus tai kauppatavan tuntemus vaikuttaa osapuolen vastuisiin ja millainen merkitys tälle apulaisen asiantuntemukselle voidaan antaa. Miten voidaan ratkaista esimerkiksi tilanne, jossa apulaisen asiantuntemus ja kauppatapatuntemus on laajempaa kuin varsinaisen sopimuskumppanin. Voiko tällöin edes olla kyseessä ”kaikkien alalla toimivien tuntema tapa”, jota tulisi noudattaa?

Tavan tuntemiseen liittyvistä ongelmista voidaan ottaa esille seuraava esimerkki. Tarvitseeko remburssia käyttävän pankin asiakkaan eli itse liiketoimintaa harjoittavan yrityksen tuntea remburssisäännöissä mainittu ”hyvä pankkitapa”? Käytännössä Kansainvälisen kauppakamarin remburssisääntöjen käyttö yleisinä sopimusehtoina remburssimaksuissa ja standby-remburssisitoumuksissa välittää näkemyksen hyvästä kansainvälisestä pankkitavasta asiakasyritykselle, jolla ei välttämättä ole tietoa pankkitavan sisällöstä. Tulee kuitenkin huomata, että remburssijärjestelyssä mukana olevien pankkien välisissä toimitissa pankkitapa on osa sopimus- ja sitoumussuhteita. Tämän vuoksi remburssisääntöjen käyttö pankkitavan soveltumisen ilmoittamiseksi ei periaatteessa ole tarpeellista, koska pankkien tulee tuntea dokumenttimaksuissa käytössä oleva pankkitapa.

¹⁰⁸ *Virtanen, Unto*: Hyvä kauppiastapa ja kirjanpidon periaatteet, 1959, tältä osin esim. s. 32–.

¹⁰⁹ Hyvän pankkitavan merkityksestä kansainvälisen kaupan osalta voidaan mainita ICC:n lukuisat julkaisut dokumenttimaksuja (lähinnä remburseja) koskevista tapauksista, joissa ICC:n asiantuntijoiden sääntötulkinta ja hyvän pankkitavan määrittely kulkevat käsi kädessä. Esimerkkinä *Opinions of the ICC Banking commission practice*, jota on julkaisu jo vuodesta 1975 alkaen.

Kansainvälisessä kaupassa tavat vaihtelevat suuresti eri kaupan alojen ja kaupakulttuurien välillä. Esimerkiksi joissain kauppakulttuureissa sopimuskumppaneita sitovan tapaoikeuden saatetaan katsoa syntyneen jo yhden ”onnistuneen” kauppasopimuksen jälkeen.¹¹⁰ Toisaalta esimerkiksi kansainvälisesti arvioituna pankkitapa näyttää olevan hyväksytty ”dynaamiseksi ja eläväksi” tavaksi. Kun pankkitapa tai dokumenttimaksuissa käytetty muu tapa tuodaan dokumenttimaksujen asiakirjoihin erillisenä ja nimenomaisena ehtona (jossa viitataan remburssisääntöihin), voitaisiin teoriassa sääntöjä pitää paremminkin yleisinä sopimusehtoina kuin pankkitavan kirjallisina ilmentyminä. Kirjatun pankkitavan ja yleisen sopimusehdon erottelu on remburssin osallisten osalta teoreettinen, mutta sen sijaan sillä on käytännön merkitystä remburssin sopimusverkon ulkopuolisen tarkastelun kannalta. Sopimusverkossa osapuolia velvoittavat sopimusehdot ja toisaalta säännöt ja periaatteet sekä tapanormit voivat olla eri velvoittavuustasoilla. Tällöin voidaan kysyä, velvoittaako esimerkiksi tapa osapuolia enemmän kuin sopimukseen otettu ehto tai miten tavan merkitystä tulee arvioida, jos tapa on jatkuvasti muuttuvaa kansainvälisen kaupan normistoa? Periaate on ollut aikaisemmin selvä: jos sopimukseen on kirjattu jokin ehto, se soveltuu ja ristiriitainen kauppatapa sivuutetaan. Tämä toki edellyttää sitä, että kyseinen kauppatapa ja nimenomainen sopimusehto koskevat samaa seikkaa. Perusesimerkkinä voidaan ottaa esille KKO:n vanha ratkaisu.

KKO 1938 II 586

Kun kauppaehdojen mukaan muistutukset tavaran laadusta oli tehtävä suoraan myyjälle, ostajalla ei katsottu olleen oikeutta kieltäytyä ottamasta tavaraa vastaan sillä perusteella, että hän oli kauppatavan mukaisesti tehnyt muistutuksen ulkomaalaisen myyjän paikalliselle edustajalle.

4.3.2 Tapanormisto

Yhteiskunnassa ja sen eri ryhmissä vallitsee lähtökohtaisesti yleinen hyvän tavan vaatimus.¹¹¹ Kaiken inhimillisen toiminnan toivotaan olevan hyvän tavan mukaista. Myös oikeusteoriassa ja oikeuskirjallisuudessa on esitetty laajasti kannanottoja, joiden mukaan oikeusjärjestyksessä olisi hyvää tapaa koskeva oikeusperiaate.¹¹² Varsin vähän on toisaalta tutkittu sitä, miten kansainvälisiin ja kansal-

¹¹⁰ Esimerkiksi Intiassa saatetaan törmätä paikalliseen käsitykseen nopeasti syntyvästä tapaoikeudesta. Intialainen kauppakumppani saattaa vedota siihen, että aikaisemmin tehty ja päättynyt yksittäinen sopimus luo automaattisesti tapaoikeutta, jota tulisi noudattaa myös neuvoteltavana olevaan uuteen sopimukseen.

¹¹¹ Tästä laajemmin Turun yliopiston julkaisussa Hyvä tapa, oikeusperiaatteet ja oikeuskäytäntö -tutkimusprojektin seminaarin 12.11.1992 alustukset, 1992.

¹¹² Hyvä tapa -oikeusperiaatteesta *Wuolijoki* s. 7.

lisiin liikesopimuksiin mahdollisesti soveltuvat eri tapanormistot järjestyvät toisiinsa nähden ja mikä on niiden hierarkkinen järjestys. Esimerkkinä seuraava tilanne:

Pankki A:n toiminta kansainvälisessä kaupassa on

- kansainvälisen pankkitavan mukaista,
- kyseisen kaupan alan kansallisen liiketavan vastaista, mutta
- ei kuitenkaan kansallisen hyvän pankkitavan vastaista.

Miten Pankki A:n toimintaa tulee arvioida ja onko tällainen ristiriita yleensä hyväksyttävissä? Miten Pankki A:n tulee toimia ja kuinka tuomittavaa liike- tai pankkitavan vastaisuus on?

Kansainvälisen kaupan liikesopimuksissa tavan tuntemiselle on annettu ensisijaisen tärkeä asema. Kun tämäntyyppinen yleinen vaatimus tavan noudattamisesta esitetään, unohdetaan tapojen moninaisuus. Tapaoikeuden ensisijaisuuden puolustajille voidaankin esittää kysymys, missä järjestyksessä tulisi noudattaa seuraavia tapoja:

- osapuolten välinen ”inter partes” -tapa
- kansallinen kauppatapa
- kansainvälinen kauppatapa
- kansainvälinen pankkitapa
- kansallinen pankkitapa

Samalla voidaan kysyä, tuleeko kansallisen tuomioistuimen perustella ratkaisussaan erillisten tapojen ja kansallisten tapojen soveltuvuus? Tuleeko kansallisen tuomioistuimen kyetä arvioimaan kansainvälisen tavan merkitys, sitovuus ja mahdollinen hierarkia? Miten tulee suhtautua siihen, että jokin kansallinen tapa on sama kuin kansainvälinen tapa? Onko kansainvälinen pankkitapa ensisijainen jonkin alan kansainväliseen liiketapaan nähden? Edellä esitettyjen lukuisten kysymysten valossa voidaan huomata, että tapaa ja tapaoikeutta koskevat kysymykset synnyttävät pääsääntöisesti lisää kysymyksiä, joihin perusteltu juridinen vastaaminen on käytännössä mahdotonta.¹¹³

Vaikka tapaoikeutta koskevien normien hierarkkista järjestystä ei voitane asettaa aukottomasti yleispätevään järjestyksen, voidaan huomata, että tapojen hierarkkisuus ei ole tapaoikeuden ongelman ydin. Ongelman ytimen muodostaa in casu -kysymyksenasettelu siitä, onko osapuolten toimintaa ohjaavaa tai määräävää tapaa. Yleensä tällaista yleisesti hyväksyttävää tapaa ei löydy, jos osapuolet ovat jo joutuneet sopimusriitaan.

Toisaalta usein unohdetaan se, että kirjoitetut säännöt tai sääntökokoelmat jonkin alan hyvästä liiketavasta eivät muodosta perinteisessä mielessä tapaoi-

¹¹³ Tapaoikeuden tulkinta saattaa myös vaatia erillistä arviointia. Ks. tästä *Lehrberg* s. 60–62, jossa *Lehrberg* erottaa toisistaan sopimuskumppanien välisen tavan ja kauppatavan.

keutta. Kysymys siitä, onko kyseessä kirjattu ja alalla vallitsevaksi väitetty tapaoikeus vai kirjalliset yleiset sopimusehdot, sisältää jo usein vastauksen: kyse on yleisistä sopimusehdoista. Käytännössä kirjatut ”tapanormit”, jotka on otettu osaksi sopimusta, eivät mitenkään käytännössä eroa yleisistä sopimusehdoista. Hyvänä esimerkkinä voidaan tämäntyyppisestä tapanormien kirjaamisesta pitää Kansainvälisen kauppakamarin kokoamaa ohjeistusta *International Standard Banking Practise* (ISBP). Kyseisen säännösten tarkoituksena on kirjallisesti ilmaista se, mitä on pidettävä kansainvälisenä pankkitapana.

ISBP:n osalta on kuitenkin jätetty kansainvälisessä terminologiassa pois ”hyvä” adjektiivi, jolloin periaatteessa pankkitapaa on noudatettava ja tavan hyvyyden arviointi on jätettävä muiden kuin soveltavien pankkien tehtäväksi. Perustelu tälle neutraalille pankkitavalle on se, että kansainvälinen pankkitapa hyväksytään usein kriitikittömästi olemassa olevaksi käsitteeksi, mutta sen hyvyyttä ei haluta eikä toisaalta voida kansainvälisesti arvioida.

ISBP:n tarkastelu osoittaa kuitenkin, että kansainvälistä ehjää tai yksiselitteistä pankkitapaa ei tapaoikeuden juridisen määritelmän merkityksessä ole. Tämän vuoksi kansainvälinen pankkitapa ei käsitteellisesti poikkea kansainvälisestä kauppatastavasta. Kansainvälistä pankkitapaa voidaan kuvata kauppatastavaksi. Kansainvälisen pankkitavan ja kauppatastan osalta voidaan todeta, että jostain syystä käsitys kansainvälisen kauppatastan tai tapaoikeuden sisällöstä himmenee, kun osapuolten välillä syntyy riitaa. Tällöin ilmenee tapaoikeudellisiin kysymyksiin liittyvä käsitteellinen perusristiriita; voiko kansainvälistä kauppatastavaa olla edes teoriassa olemassa, jos osapuolet ovat vilpittömästi sitä mieltä, että

- alalla ei ole kauppatastavaa
- tai
- osapuolilla on vilpittömästi täysin eri käsitys soveltuvan kauppatastan sisällöstä?

Esimerkiksi voidaan ottaa tilanne, jossa kansainväliseen kauppatastapaan vetoava argumentoi tapaoikeudellisen säännöllä, joka on toisen sopimuskumppanin uskonnon ja lain vastainen. Onko tällöin olemassa kansainvälistä tapaoikeutta?

Tapaa koskevissa riidoissa kyse on lopulta näyttökysymyksestä. Se sopimuskumppani, joka kykenee esittämään vahvemman näytön siitä, ”mitä ja miten on sovittu”, on yleensä paremmassa asemassa kuin se, joka pyrkii esittämään näyttöä kansainvälisestä tai kansallisesta tapaoikeudesta. Samantyyppinen problematiikka liittyy konkludenttisen tahdonilmauksen tulkintaan.

4.3.3 Kauppatavasta yritysmarkkinoilla

Kansainvälisen kaupan yritysmarkkinoilla on arvostettu ja perinteisesti noudatettu syntyneitä kauppatapoja.¹¹⁴ Osa kauppatavoista on sittemmin kirjattu yhte-näisiksi säännöiksi joko lakiin tai kansainvälisten järjestöjen kokoamiin ohjeisiin.¹¹⁵ Kauppatapojen ja kaupassa käytettyjen ehtojen tulkintaa koskevien ohjeiden ero ei aina ole selvä. Esimerkkinä sopimusehdon ja kirjatun kauppatavan välisestä rajanvedosta voidaan mainita kansainvälisessä kaupassa usein esiintyvät Incoterms-ehdot, joita meillä on pidetty kirjattuna kauppatapana.¹¹⁶ Incotermsit ovat (seuraavassa esitetyin perustein) kuitenkin yleisesti käytettyjen kauppaehtojen lyhenteiden tulkintaohjeita. Seuraavassa tuon esille seikkoja, joiden tarkoituksena on suosittaa kriittistä suhtautumista usein esiin tulevaan väitteeseen: ”Tämä on vallitseva kauppatapa kansainvälisessä kaupassa. Siksi tätä tulee noudattaa.” Kansainvälisen kaupan sopimussuhteissa on kyettävä erottamaan sopimusehto ja sitova kauppatapa toisistaan. Käsitteet pyritään tässä pitämään erillään ja niitä täsmennetään käyttämällä esimerkkinä Incoterms-ehdoja.

Kauppatavalla on ollut tärkeä asema kansainvälisen kaupan ja yleensä liikesopimusten historiassa ja kehityksessä.¹¹⁷ Tästä osoituksena voidaan mainita, että kaupallisten sopimusten sääntelyssä kauppatavalle on annettu joissakin tapauksissa jopa etusija lakiin nähden.

Kauppalain 3 §:ssä on ilmaistu kauppatavan korostuneesta merkityksestä sopimuksissa:

”Lain säännöksiä ei sovelleta, mikäli sopimuksesta, sopijapuolten omaksumasta käytännöstä taikka kauppatavastai muusta tavasta, jota on pidettävä sopijapuolia sitovana, johtuu muuta.”

Tässäkin kauppalain säännöksessä jää epävarmaksi, mitä kauppatapaa voidaan käytännön juridisen arvioinnin kannalta pitää sitovana.

Wilhelmsson esittää kauppatavan tarkoittavan:¹¹⁸

¹¹⁴ Katso termeistä *Ius mercatorum* (ei siis *lex mercatoria*) ja ”Kaufmannsgilde”, sekä historian osalta yleisesitys *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, 1978. Kauppiastapa ja tätä kautta kauppatapa sekä kauppiastoimintaan liittyvät säännöt ovat syntyneet lähinnä keskiajan kaupungistumisen, kauppiassäädyn (osittain myös kiltajärjestelmän) ja (perinteisessä mielessä) markkinoiden kehittymisen myötä.

¹¹⁵ Tapaoikeudesta ks. *Tolonen* 2003, s. 144–152.

¹¹⁶ Ks. esim. *Wilhelmsson* s. 49, *Telaranta* 1990 s. 104–106 ja *Taxell* 1987 s. 57–58.

¹¹⁷ Ks. *Auer* s. 92–95, jossa *Auer* selvittää hyvin kaupallisten tapojen merkitystä edellytysten ja oletusten suhteesta (Commercial Custom and the Protection of Reasonable Expectations).

¹¹⁸ *Wilhelmsson* 1995 s. 58 ja *Wilhelmsson* 1992 s. 80–100.

”... liike-elämän erilaisia tapoja, joita on noudatettu niin kauan ja laajalti, että kyseisillä aloilla niitä voidaan pitää luonnollisena ja vakiintuneena järjestyksenä, jota pitää noudattaa. Tällaisen kauppatavan katsotaan sitovan osapuolina olevia elinkeinonharjoittajia, *vaikka mitään tämän suuntaista tahdonilmaisua ei olisikaan annettu.*” [Kursiivi tässä.]

Kauppatapa ei toisaalta voi olla suoranaisesti indispositiivisen lain vastaista. Kauppatavan sitovuus ei ole ongelma, jos noudatettu kauppatapa on sopimuskumppaneiden hyväksymä. Mahdollinen lainvastainen kauppatapa ei kuitenkaan voi kenenkään hyväksymisellä muuttua sallituksi. Kauppatavan merkityksestä ja sen käytöstä on esitetty ajatuksia myös viimeaikaisessa oikeustieteellisessä tutkimuksessa.¹¹⁹

Incotermsit eivät periaatteessa voi olla ”puhdasta” kauppatapaa, koska kauppatavan katsotaan sitovan ilman, että siitä on sopimuksessa mainittu. Tässä tulee myös huomioida se, että Incotermsit muuttuvat tai paremminkin niitä muutetaan. Sen sijaan ei voine olla erimielisyyttä siitä, että Incoterms-ehtoien perimmäinen ajatus on jonkinasteisen tavan kirjaaminen ja tapojen ja tulkintatapojen yhtenäistäminen. Näin säännöt ovat huomattavan läheisessä kosketuksessa varsinaiseen tapaoikeuteen.¹²⁰ Voidaan myös kysyä, tarvitseeko tapaa määritellä sopimuskumppaneiden välillä. Vastaus tähän kysymykseen on kielteinen. Toisaalta osapuolten on syytä kirjata ”kauppatavaksi ymmärretty” toiminta, oikeus tai velvollisuus nimenomaisesti sopimusehdoksi, jos sopimuskumppaneilla on toisistaan poikkeavia käsityksiä kauppatavoista ja niiden sisällöstä – tai jos sopimuskumppanilla on pelko tällaisesta erimielisyydestä.¹²¹

Jotta sopimuskumppaneiden harjoittamaa tai omaksumaa toimintaa voitaisiin pitää vallitsevana ja vakiintuneena liike- tai kauppatapana, on toiminnan tullut jatkua kauan. Minkä pituisen ajanjakson voidaan sitten katsoa olevan riittävän pitkä, jotta tapaoikeuden keston perusedellytys täyttyy ja tavasta voitaisiin juridisessa mielessä puhua? Tähän ei voida antaa yhtä oikeaa vastausta. Riittävän ajanjakson määrittelemineen on tapauskohtaista. Varsinkin kansainvälisen kaupan osalta riittävän ajanjakson määrittäminen muodostuu ongelmaksi esimerkiksi silloin, kun jo tavaksi katsottu toiminta osittain tai kokonaan muuttuu. Kysymyksenä on tällöin: ”Milloin uusi toiminta on riittävän vakiintunut, jotta sitä voidaan pitää kansainvälisen kaupan tapana?”¹²²

¹¹⁹ Esimerkiksi *Annola* 2003 s. 288–289, jossa *Annola* viittaa laajaan tapamateriaalin käyttöön.

¹²⁰ *Klami* 1986 s. 134, jossa hän selvittää kauppatapojen velvoittavuuden perusteiden merkitystä.

¹²¹ Kauppatavan ja sopimusehdon osalta esimerkiksi KKO 1996:19, sekä tapauksen esittelijän (ja esittelijän lausuntoon yhtyneen eri mieltä olleen oikeusneuvoksen) lausunto.

¹²² Muutosten ei tarvitse koskea koko kyseistä tapaa, vaan ainoastaan osa tavasta muuttuu. Näissä tapauksissa vanha tapa osittain pysyy voimassa. Muuttuneiden käytäntöjen osalta on tällöin vaikea ratkaista, milloin ne tulevat osaksi tapaa.

Sikäli kuin pohditaan nyt esimerkkinä käytettyjen Incotermsien soveltamisen ajallista perspektiiviä, täytynee todeta, että sääntöjä on käytetty ”riittävän” kauan. Ensimmäiset Kansainvälisen kauppakamarin laatimat Incoterms-ehdot julkaistiin vuonna 1936, jonka jälkeen ehtoja on uusittu ja täydennetty 1953, 1967, 1976, 1980 ja 1990. *Hopun* mukaan Incoterms-ehtojen toimituslausekkeet pohjautuvat purjevenekaudella syntyneisiin kuljetuslausekkeisiin.¹²³

Tavat muuttuvat, mutta onko kyse samasta tavasta muutoksen jälkeen? Ongelmana sääntöjen tapaoikeudellisessa arvioinnissa on sääntöjen uusimisen mahdollisuus ja uusimismenettely. Voidaanko esimerkiksi Incotermsien eri versioita arvioida yhtenä ja samana toimintamallina?” Nähdäkseni näin ei voida tehdä, mikäli halutaan pysyä perinteisessä juridisen tai paremminkin oikeuslähdeopillisen *tapa*-käsitteen määrittelyssä. Jos Incotermsit olisivat kauppatapa, ongelman muodostasi mitä ilmeisimmin myös se, että Incotermsin kuvaama tapa muuttuisivat sopimussuhteen aikana. Miten voitaisiin esimerkiksi arvioida vuonna 1991 ”vallitsevaa kauppatapa”, joka on sopimuksen tekohetkellä vuonna 1985 määriteltä ”vuoden 1980 kauppatapaksi”.

Esimerkkinä tapaa koskevista oikeustapauksista voidaan ottaa korkeimman oikeuden ratkaisu KKO 1961 II 25:

”Hankintasopimuksessa puutavaran määrää osoittavan merkinnän edessä oleva sana ’noin’ tarkoitti yleisen kauppatavan mukaan sitä, että 5 prosentin poikkeama toimitettavasta määrästä oli sallittu.”

Liiketavasta korkein oikeus on todennut mm. ratkaisussaan 1965 II 67:

”Ns. grynderien katsottiin rakennusallalla yleisesti vallitsevan liiketavan mukaan vastaavan perustamansa as.oy:n talon rakentamista varten yhtiön nimissä ostettujen luottojen rakennusaikaisista koroista.”

Korkeimman oikeuden ratkaisussa 1983 II 178 on otettu kantaa kauppatapaan ja sen velvoittavuuteen ”liikekaupassa”. Tapauksessa hovioikeus lausui tuomiossaan:

”Liikekaupassa ostaja oli velvollinen suorittamaan kaupan kohteen suhteen sellaisen tarkastuksen kuin hänen ammattitaitonsa ja hyvä kauppatapa edellyttävät...”

Toisaalta korkein oikeus on ratkaisussaan 1984 II 119 selventänyt rajanvetoa kauppatavan ja sopimusehdon suhteesta tilanteessa, jossa kiinteistövälittäjien

¹²³ *Hoppu* 1991 s. 17.

yleisesti käyttämissä sopimuskavakkeissa olevaa määräystä ei pidetty todisteenä kauppataavasta.

Suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa on oltu usein sitä mieltä, että Incoterms-ehdot olisivat kauppataava. Seuraavassa eräiden oikeustieteilijöiden näkemyksiä asiasta:

Wilhelmsson on sitä mieltä, että Incotermsejä olisi – hänen edellä esitetystä kannanotoistaan huolimatta – pidettävä ”jossain suhteessa” kauppataavana:¹²⁴

”Niitä käytetään tosin niin laajasti kansainvälisessä kaupassa, että voidaan kysyä, voidaanko niitä jo jossain suhteessa pitää kauppataavana.”

Toisaalta *Wilhelmsson* toteaa vakioehtojen osalta:¹²⁵

”Tiettyjä vakioehtoja ei tule pitää kauppataavana tai muuna sitovana tapana vain sillä perusteella, että niitä käytetään yleisesti tai ehkä jopa enemmän tai vähemmän yksinomaisina tietyllä alalla.”

Myös *Telaranta* on esittänyt, että Incotermsit olisivat kauppataava:¹²⁶

”Kauppataavat, joita ulkomaankaupassa yleisesti noudatetaan, on Kansainvälisen kauppakamarin toimesta koottu erityiseksi ’Incoterms 1981’ -nimiseksi säännöstöksi.”

Samoin *Taxell* on ymmärtääkseni kauppataavan kannalla:¹²⁷

”Ett avtal kan föreskriva att en kutym skall gälla. Det kan ske genom hänvisning varvid den ifrågavarande sedvänjan – t.ex. en transportklausul av typen cif eller fob – får samma betydelse som ett avtalsvilkor.”¹²⁸

(”Sopimuksessa voidaan määrätä, että jokin tapa on voimassa. Tämä voi tapahtua viittauksella jolloin kyseessä oleva tapa – esimerkiksi kuljetuslauseke tyyppeä cif tai fob – saa saman merkityksen kuin sopimusehto.”)

Edellä mainittujen tapanormin puolestapuhujien lisäksi voidaan ottaa esille *Raninen*. Hän on kirjassaan ”FOB-lauseke” ottanut sen kannan, että FOB-lauseke ”osoittaa” kauppataava.¹²⁹ *Ranisen* esittämään mielipiteeseen voidaan pitkälti yhtyä, kun otetaan huomioon, että hänen kirjansa valmistui vuonna 1934. Ensimmäiset Incoterms-ehdot julkaistiin vuonna 1936. Hän ei siis viittaa Incoterms-

¹²⁴ *Wilhelmsson* 1995 s. 49 ja varsinkin s. 69.

¹²⁵ *Wilhelmsson* 1995 s. 68.

¹²⁶ *Telaranta* 1990 s. 105.

¹²⁷ *Taxell* 1987 s. 57–58.

¹²⁸ *Taxell* käyttää esityksessään termejä *kutym* ja *sedvänja* rinnakkain.

¹²⁹ *Raninen* s. 20–81.

ehtoihin vaan vakiintuneeseen FOB-lausekkeeseen tai pikemminkin lausekkeen vakiintuneeseen tulkintatapaan.¹³⁰ Raninen esittää FOB-lausekkeen olleen käytössä 1800-luvulta lähtien.¹³¹ Hän kiteyttää näkemyksensä kauppataavan velvoitavuudesta:¹³²

”Annamme siis kauppatavalle ratkaisuvallan aina silloinkin, kun se poikkeaa tahdonvaltaisista oikeussäännöksistä ja kun siihen ei lainsäädännössä ole viitattu eikä sitä ole sitouduttu noudattamaan.”

Raninen sivuuttaa sen lähtökohtaisen seikan, että FOB-lausekkeesta tulee osapuolten nimenomaisesti mainita sopimuksessa, jotta kyseessä olisi FOB-lausekkeen tarkoittama toimitustapa siihen kuuluvine vastuunjakoineen. Raninen määrittää kauppataavan oikein, mutta FOB-lauseke on kuitenkin sopimukseen otettu lauseke eli ehto eikä kauppatapa.

Hoppu puolestaan esittää selkeän määritelmän Incotermsien luonteesta:¹³³

”Incoterms ovat luonteeltaan sopimusehtoja, jotka tulevat sovellettaviksi kaupan ehtoina.”

Tässä herää myös kysymys, voidaanko itse kauppatapaa muuttaa. Voidaanko kauppatapaa muuttaa siten, että varsinaiset kauppa harjoittavat osapuolet eivät ole mukana tavan muuttamisessa? Voidaanko tapa muuttaa edustajien välityksellä? Onko mahdollista, että esimerkiksi Kansainvälisen kauppakamarin päättävä elin ilmoittaa: ”Uudet Incoterms 1998 -säännöt astuvat voimaan 1.1.1998, vanha tapa on kuollut!” Tämän ajatusmallin mukaan tapa voitaisiin kirjata eräänlaiseksi säännöksi ennen kuin se on yleistynyt käytännössä – tai paremminkin ennen kuin sitä on edes käytetty. Kyse ei voi Incotermsien osalta olla sellaisesta tavasta, jota pidetään oikeustieteessä omana normityyppinä.¹³⁴

Mikäli Incoterms-ehtoja pidetään kauppatapana, voidaan esittää vastaväitteenä seuraava ajatus:

A ja B tekevät kauppasopimuksen, jossa B ostaa A:lta auton. B maksaa kauppahinnan käteisellä.

1. Kumpikin sopimuskumppani on tehnyt aikaisemmin autokauppoja, ja he toimivat samalla toimialalla (autokauppiaat).
2. ”Käteinen maksu” on käsitteellisesti yleisesti tunnettu.

¹³⁰ On huomattava, että Kansainvälisen kauppakamarin julkaisuissa on jo ennen Incotermsien syntyä selvitetty, mitä yleisimpien toimitustapalausekkeiden lyhenteet tarkoittavat.

¹³¹ Raninen s. 82.

¹³² Raninen s. 81.

¹³³ *Hoppu* 1991 s. 18. Toisaalta *Hoppu* on myös esittänyt Incotermsien olevan ”kauppatapojen tulkintasääntöjä”. Ks. *Hoppu* 1993 s. 68.

¹³⁴ Vaikka Kansainvälisessä kauppakamarissa voidaan katsoa olevan edustettuina kattavasti kansainvälistä kauppa harjoittavien tahojen edustajia eri maista.

Voidaanko nyt johtaa perustellusti väite siitä, että ”käteinen maksu” on kyseisellä toimialalla sovellettava kauppatala? Vastaus tähän kysymykseen on kieltävä. Esimerkissä voidaan sijoittaa ”käteinen” kohdalle mikä tahansa muu maksutapa, esimerkiksi ”osamaksulla”, jolloin ehdon ja samalla koko sopimuksen sisältö muuttuu. Kyse ei tällöinkään voi ole kauppatalasta.

Jos Incoterms-ehdot olisivat kauppatalaa, ei noudatettavaa Incotermsien ehtoa tarvitsisi lainkaan sopimukseen kirjata. Tällöin olisi esimerkiksi täysin tarpeetonta kirjata sopimukseen ”kauppatalaa CIF”.

Kansainvälisen kaupan kauppatala tai usein kansainvälisen kaupan tutkimuksissa viitattu *lex mercatoria* ei ole koko kansainvälisen kaupan kattava yleiskäsite.¹³⁵ Tulee huomata, että kauppatala kansainvälisessä kaupassa liittyy kyseiseen liiketoiminnan alaan. Voidaan kuitenkin todeta, että kansainvälisessä kaupassa on yleisesti hyväksyttyjä toimintataloja ja -periaatteita. Varsinkin kansainvälisen kaupan maksujärjestelyiden osalta voidaan havaita hyvin yhtenäisiä menettelytaloja ja kauppa- sekä pankkitaloja pitää vakiintuneina.¹³⁶ Esimerkiksi Kansainvälisen kaupan maksujärjestelyjen ominaispiirteenä on, että järjestelyissä on käytännössä poikkeuksetta mukana pankki. Pankkialalle on kehittynyt kansainvälisen kaupan mukana pankkitaloja, joita noudatetaan pankeissa hyvinkin itsenäisesti. Kansainvälisessä pankkitoiminnassa on pyritty kehittämään maksujärjestelyjä ja vakuusjärjestelyjä ensisijaisesti asiakkaitaan varten. Kansainvälisen kaupan osina pankit ovat aina löytäneet omat tapansa toimia, ja samalla ne ovat aina onnistuneet kehittämään omia lainsäädännöstä riippumattomia sitoumus- ja sopimusmalleja. Esimerkkinä voidaan mainita standby-remburssit, joiden käyttöön ryhdyttiin Yhdysvalloissa, kun pankeilta kiellettiin takauksien antaminen. Pankkiala on tyypillisesti ”ylikansallista” ja kansainvälistä liiketoimintaa, jossa kehittyneet tavat ovat yleensä helposti adoptoitavia käytäntöjä.

Kauppatalan on katsottu sitovan ainoastaan elinkeinonharjoittajia. Toisaalta on väitetty, että osapuolten tulisi toimia alalla ainakin jossakin määrin ammattimaisesti, jotta kauppatala sitoisi.¹³⁷ Tältä osin on myös huomattava, että kauppatala sitoo aina kyseisen alan elinkeinonharjoittajia. Tämä tarkoittaa sitä, että elinkeinonharjoittajaa sitova kauppatala tulee ottaa soveltuvaksi normiksi, jos se muodostaa kuluttaja-asemassa olevan toisen sopijakumppanin kannalta paremman lopputuloksen, ellei muuta ole nimenomaisesti sovittu. Tähän voidaan *e contrario* -päätelmällä jatkaa, että kuluttajia vastaan kansainväliseen kauppatalaan ei voida vedota. Tämä tarkoittaa sitä, että kuluttajan vahingoksi ei voida

¹³⁵ *Lex mercatoria* -termin käytöstä katso esimerkiksi Kurkela 1993, jossa käsite ei ole yksiselitteinen. Tästä huolimatta kyseistä termiä on käytetty paljon.

¹³⁶ Tästä osoituksena ICC:n remburssikäytäntöä ja tulkintaohjeita koskevat ohjeet sekä julkaisu Schütze, Rolf A. – Fontane, Gabriele: Documentary Credit Law throughout the World, 2001, s. 9.

¹³⁷ Routamo 1996, s. 14.

kauppatapaan vedota – joskin kuluttajan tulisi voida vedota elinkeinonharjoittajan puolella vallitsevaan kauppatapaan.

On tärkeä huomata, että kauppatapaa ei tarvitse nimenomaisesti ilmaista sopimussuhteessa, jotta se sitoisi liikesopimuksissa ja kansainvälisessä kaupassa. Kauppataka sitoo lähtökohtaisesti kansainvälisen kaupan osapuolia koska: 1. kansainvälistä kauppaa harjoittavien sopimuskumppaneiden katsotaan aina olevan ammattimaisia liikkeen- tai elinkeinonharjoittajia, 2. kauppatavan on katsottava sitovan sopimuskumppaneita myös sen vuoksi, että heillä tulisi olla perusteltu vilpitiön mieli siitä, että he eivät ole tienneet kyseisen kauppatavan olemassaoloa, 3. kauppatavastaa voidaan aina sopimuksin poiketa.

Ammattimaisesti kansainvälistä kauppaa harjoittava sopimuskumppani ei käytännössä voi vedota tietämättömyyteensä kansainvälisen kaupan tai kyseisen kaupan alan kauppatavan osalta. Poikkeuksellisesti voitaisiin kuvitella, että ammattimaisesti kansainvälisen kaupan ympäristössä elinkeinotoimintaa harjoittava ammatinharjoittaja olisi erehtynyt käsityksessään siitä, mikä on kauppatavan sisältö. Sopimuskumppanin vilpitiön väärä käsitys kauppatavastaa voi perustua esimerkiksi siihen, että hän on toiminut kansallisen kauppatavan mukaan (joka voi poiketa kansainvälisen kaupan kauppatavoista). Tällöin menettely on ollut perustellusti kansallisen, mutta ei kansainvälisen kauppatavan mukaista. Ongelma kansainvälisen ja kansallisen kauppatavan mahdollisessa ristiriidassa on ilmeinen. Mikäli kansallinen ja kansainvälinen kauppataka eroavat toisistaan, voidaan soveltuvan kauppatavan sisältöä joutua tulkitsemaan *battle of forms* -tyyppisessä tulkintatilanteessa¹³⁸. Tällöin arviointiin liittyy usein myös kysymys siitä, voidaananko esimerkiksi *ordre public* -periaatteen tilanteessa pohtia mahdollisen kansainvälisen tai toisen kansallisen kauppatavan sisällöltään loukkaavan toisen sopijakumppanivaltion ns. perusarvoja.¹³⁹ Kuitenkin *ordre public* -periaatteen mukaisesti voitaneen todeta, että mikään kauppataka ei sinänsä voine olla lainvastainen. Poikkeuksesta esimerkkinä voidaan mainita se, että kauppahinnan osana katsotaan suoritettavaksi myös kauppahinnan maksuksi annettu vakuus.

Tilanne aktualisoituu usein first demand -takuun käytössä sellaisissa maissa, joissa first demand -takuu katsotaan itse asiassa osaksi kauppahintaa. Silloin esimerkiksi myyjän antama first demand -takuu jonkin tuotteen sopimuksen mukaisuudesta käytetään poikkeuksetta ostajayhtiössä ns. kauppahinnan alennuksena. Tällöin ostaja esittää sinänsä virheettöman ja sopimuksen mukaisen kaupan kohteen saatuaan first demand -takuun ehtojen mukaisen maksuvaatimuksen myyjälle ja myyjä (tai tarkalleen ottaen kolmas taho kuten esimerkiksi myyjän pankki) suorittaa first demand -takuun maksun, vaikka myyjän

¹³⁸ *Battle of forms* -tilanteiden arviosta esimerkiksi *Treitel* s. 19–20.

¹³⁹ Ks. tästä *Kurkela* 1994 s. 31–33.

pankki suorittaa kyseisen maksun ostajalle itse asiassa sovittuna ”kauppahinnan alennuksena”.

Kuitenkaan kyse ei välttämättä ole suoranaisesti lainvastaaisesta menettelys-
tä, vaan nimenomaan tavasta, jolla kauppahintaa maksetaan. Esimerkiksi isla-
minuskoisissa maissa kauppahinta rakentuu usein monista eri tekijöistä.
Kauppahinnan maksu joudutaan muotoilemaan uskonnon ja pankkikäytännön
syistä toisella tavoin. Kauppatapa (siis vakuuden käyttäminen, kun se ei länsi-
maisesti ajateltuna ole perusteltua) tulisi ymmärtää sitovana, kulttuurisidon-
naisena kauppatapana. Tällöin kyseisiin maihin ja kyseisen kauppatavan pii-
rissä oleviin maihin suuntautuvan kaupan osalta ammattimaisten yritysten tu-
lee tuntea nämä riskit. Tulee ottaa huomioon, että islaminuskoisissakaan mais-
sa kauppatapa ei synny hetkessä, vaan taustalla on pitkä aikajatkumo, jonka
aikana kyseistä kauppatapaa on noudatettu.

Mikäli kansainvälistä kauppaa harjoittava sopimuskumppani puolestaan
haluaa varmistua siitä, että kyseistä summaa ei käytetä muuhun tarkoitukseen
tai kyseistä vakuutta ei käytetä muuhun tarkoitukseen kuin mitä on sovittu,
voidaan tästä sopia erikseen sekä vakuudenantajan että sopimuskumppanin
kanssa. Tällöin asiasta varmistuminen sopimusteitse omalta osaltaan tukee
sopimuskumppanin käsitystä kauppahinnan maksamisesta ja kauppahinnan
todellisesta määrästä.

Kauppatavan osalta on esitetty näkemyksiä, joiden mukaan kauppatavan ja
tavanomaisen oikeuden alan välillä olisi eroja. Kysymyksiä on esitetty mm. siitä,
sisältääkö kauppatapa ainoastaan toimintamuodon ja tavanomainen oikeus puo-
lestaan sanktion tai oikeussuojakeinin.¹⁴⁰ Suomalaisen OK:n mukaan ”maan ta-
paa” koskeva sääntö voi velvoittaa viran puolesta ottamaan huomioon jonkin
tavan; tämä koskee tavanomaista oikeutta. Tavanomainen oikeus on siis tunnet-
tava viranpuolesta. Kauppatapaa tuomioistuin ei ole viran puolesta velvollinen
tuntemaan. Kysymyksenasettelu sanktion ja oikeussuojan sekä toimintamuodon
osalta on osittain tarpeeton. Kauppatavan, tavanomaisen oikeuden (kuten väite-
tyn *lex mercatorian* ym.) ja tapaoikeutta kuvaavien instituutioiden merkitys ko-
rostuu nimenomaan sopimuksen tulkinnassa. Tällöin kysymyksenasettelu on
yksinkertaisimmillaan puettava muotoon ”toimiko sopijakumppani kauppa-
van, tavanomaisen oikeuden tai *lex mercatorian* sääntöjen mukaan”. Edelleenkin
erotan tavanomaisesta oikeudesta, ”*lex mercatoriasta*” ja kauppatavasta kodifioi-
dut säännöt ja ohjeet, joita kansainvälisten organisaatioiden toimesta julkaistaan.
Näihin sääntöihin viittaaminen sopimuksessa tai näiden sääntöjen tai ohjeiden
käytöstä sopiminen sopimuskumppanien välillä muodostaa kyseisistä ehdoista
sopimusehtoja. Kyse ei tällöin ole tavanomaisen oikeuden normeista, *lex merca-*
toriasta tai kauppatavasta. Tällöin esimerkiksi *Jokelan* määritelmä kauppatavan

¹⁴⁰ Kurkela 1993 s. 74–79.

osalta siitä, että kaupan alalla vallitsee tavanomainen oikeus, jota voidaan kutsua kauppatavaksi, on ehkä itse asiassa turha.¹⁴¹

Toisaalta *lex mercatoria* -käsitteen¹⁴² ja kauppatavan samastaminen voisi olla hyvinkin perusteltua. Tällöin kyse on edelleenkin oikeustoimen tai sopimuksen tulkinta-aineiston hallitsemisesta. On varsin selvää, että mikäli kansainvälisen kaupan sopimuskumppanit ovat yhtä mieltä kauppatavan tai *lex mercatorian* sisällöstä, tilannetta voidaan verrata normaaliin sopimusoikeudelliseen tulkintaan, jota *falsa demonstratio non nocet* -periaate ohjaa. Kauppatapa voidaan kirjata sellaisenaan sopimukseen tai kansainvälisen kaupan organisaatioiden sääntöihin ja ohjeisiin. Kauppatavan kirjaamisen sopimustekninen merkitys on se, että tällöin todetaan ”yhteinen kauppatapa”. Liikesopimuksen tulkinta-aineiston osana kauppatapaa, *lex mercatoriaa* tai tavanomaista oikeutta voidaan hallita, jos kytetään erottamaan kauppatapa yksittäisestä sopimusehdosta. Kuten edellä on todettu, kauppatapaa ei tarvitse erikseen sopimukseen kirjata, vaan se tulee noudatettavaksi ilman nimenomaista mainintaa.

Kauppatapa ei ole sama kuin kauppamoraali. Eri kulttuureissa kauppiaiden moraalit ovat erilaisia. Voidaan yksinkertaisesti todeta, että kauppatapa on pitkälle moraaliiin perustuvaa jo etymologiankin perusteella: moraali = tapa. Tällöin voimme hyvin erottaa käsitteet kansainvälisen kauppatavan moraalinen sitovuus ja legaalinen sitovuus.

Kansainvälisen kaupan maksuliikenteessä tulee korostetusti esille kansainvälinen pankkitapa. Nykyaikainen tiedonsiirtotekniikka on mahdollistanut sen, että pankkitapaa voidaan perustellusti pitää kansainvälisen kaupan alalla yhtenäisimpänä kauppatapana (tältä osin voidaan katsoa, että kansallinen ja kansainvälinen pankkitapa eivät voi nykyaikana suuressa määrin poiketa toisistaan).¹⁴³ Kansainvälisen kaupan maksujen osalta voidaan myös todeta, että pankkitapa soveltuu nimenomaisesti pankkien väliseen toimintaan (ns. interbank-toimintaan). Olen kuitenkin taipuvainen tulkitsemaan pankkitapaa edellä esitetyn kauppatavan tavoin siltä osin kuin tavan soveltuvuutta pyritään rajaamaan ammatinharjoittajan tai elinkeinoharjoittajan ja asiakkaan tai kyseisen alan ulkopuolisen välillä. Tällä tarkoitan sitä, että pankkitapa on kauppatapa, jota pankin tulee aina noudattaa, olipa pankin sopimuskumppanina tai sitoumuksen kohteena oleva edunsaaja minkä alan yritys tahansa tai vaikkapa kuluttaja-asemassa oleva henkilö. Pankin asiakas tai kyseisen vakuus- tai maksujärjestelyn edunsaaja voi vedota vallitsevaan pankkitapaan pankkia vastaan. Pankki ei puolestaan voi itse vedota pankki-

¹⁴¹ Jokela 1960 s. 56–57.

¹⁴² *Lex mercatorian* määrittelystä tarkemmin seuraavassa jaksossa.

¹⁴³ Esimerkkinä direktiivi kansainvälisistä pankkisiirroista, joka säädettiin koskemaan Suomessa kansallisiakin tilisiirtoja.

tapaan asiakasta tai edunsaajaa vastaan, mikäli tämä ei toimi rahoitus- tai pankkialalla.

4.3.4 ”Lex mercatoria”

Lex mercatoria -nimitystä on käytetty laajasti ja usein huolimattomasti kuvaamaan kauppatapaa tai kansainvälistä kauppatapaa. Kuitenkin lex mercatoria -termin käyttöön ja koko käsitteeseen tulisi suhtautua varauksellisesti. Seuraavassa on tuotu esille seikkoja, jotka on usein sivuutettu lex mercatoriasta koskevissa esityksissä.

Roomalainen kaupankäyntikulttuuri kehittyi roomalaisen yhteiskuntajärjestyksen kehittymistä hitaammin.¹⁴⁴ Roomassa tasavallan ajan alussa kauppaa kävivät ja kauppiaita olivat lähinnä kreikkalaiset, karthagolaiset ja etruskit. Kauppiaiden kaupantekotavat liittyivät usein lähinnä uskonnollisiin auktoriteetteihin ja riitteihin. Esimerkiksi kreikkalaisten tuli kutsua aina jumala tai jumaluus kauppasopimuksen vahvistajaksi, jotta kauppa olisi ollut pätevä. Kreikkalaisen jumalan tuli myös olla kaupanteossa läsnä, jotta kaupan osapuolet olisivat olleet sidottuja sopimukseen, ts. jumala toimi sanktiopelotteena sopimusta mahdollisesti rikkovalle osapuolelle. Rooman laajentuminen puolestaan johti siihen, että varsinaisia syntyperäisiä roomalaisia kauppiaita oli yhä vähemmän valloitetuilta alueilta tullessiin kauppiaisiin verrattuna. Kun tämä otetaan huomioon kansainvälisen kaupan kehityksen tutkimuksessa, on ymmärrettävää, että Rooman alueella tapahtunut kauppa oli luonteeltaan hyvin kansainvälistä. Mikäli Rooman lainsäädäntö tai poliittinen järjestelmä olisi vaatinut kaikilta kauppiailta yhtenäistä ja *ius strictum* -tyyppistä kaupankäynnin tapaa tuon ajan yhteiskunnassa, olisi se johtanut kaupankäynnin tyrehtymiseen ja valtion verotulojen (käytännössä lähinnä tullimaksujen) vähentymiseen. Rooman aikana kauppiaiden yhtenäinen sääntely ja ohjaaminen olivat käytännössä mahdotonta, eikä tähän tuolloin vallinneen personaliteettiperiaatteen vallitessa tunnettu edes tarvetta.

Roomalaisessa oikeudessa ei ollut nimenomaista lex mercatoria -nimistä säädöstä. Nimitystä ryhdyttiin käyttämään vasta myöhemmin keskiajalla.¹⁴⁵

Lex mercatoria on viimeisien vuosikymmenien aikana kuvattu kansainvälisessä kaupassa vallitsevaksi, kirjoittamattomaksi säännöstökseksi. Sen sääntöjen on katsottu kehittyneen kansainvälisen kaupan käytännöistä. Lex mercatorian olemassaolon ja yhtenäisyyden puolestapuhujat ovat esittäneet, että kyseisten sääntöjen katsotaan olevan yhteneviä eri valtioissa.¹⁴⁶ Lex mercatoria on nostettu

¹⁴⁴ Tutkimuksessa on käytetty lähteenä Paavo Castrénin Antiikin käsikirjaa, 2000.

¹⁴⁵ Esimerkiksi Tamm s. 290, sekä Kaius Tuorin tutkimus Ancient Roman Lawyers and Modern Legal Ideas, 2006.

¹⁴⁶ Bogdan s. 11. Ks. myös Kurkela 1982 s. 12–14.

esille kauppiaita koskevana ylikansallisenä oikeutena, jonka olemassaolosta ja syntytavasta ei olla kuitenkaan tutkijoiden keskuudessa aivan yksimielisiä.¹⁴⁷

Historialliselta taustaltaan *lex mercatoria* -ajatuksen kannattajien näkemys pohjautunee roomalaisen oikeuden *bona fides*’n sekä *aequitas*in antamaan jouston mahdollisuuteen kauppiaiden välisissä oikeussuhteissa. Kuitenkin *lex mercatoria* on pikemminkin roomalaisen oikeuden käsitteistöön jälkikäteen tuotu yleisnimitys kauppiaiden välisestä tavasta tehdä kauppaa.¹⁴⁸ Kaupan tekemisen tapa hyväksyttiin vähitellen periaatteessa sitovaksi normiksi kauppiaiden välillä. Kyse oli kauppatavan ja jouston hyväksymisestä. Alun perin roomalaisten kauppiaiden välillä oletettavasti vallitsi riidaton käsitys siitä, mikä (noudatettu) kauppiaistapa oli. Sittemmin näitä tapoja alettiin eräissä yhteyksissä kutsua keskiajalla *lex mercatoriaksi*, ”kauppiaiden laiksi”.¹⁴⁹ Vaikka *lex mercatoria* on usein esiintynyt ja varmasti jossain määrin vakiintunut termi, sen itsenäistä sisältöä ei ole kyetty määrittelemään. Se johtuu siitä, ettei varsinaista itsenäistä ja selvää *lex mercatoria* -normistoa ole koskaan ollut. Myöskään mitään *lex mercatoria* -normistoa ei ole kyetty yleisellä tasolla määrittelemään itsenäiseksi normistoksi (tai oikeuslähteeksi).¹⁵⁰ *Lex mercatoria* -termillä tarkoitetaan yleensä itse asiassa kauppatappaa, minkä vuoksi käsitettä tulisi tarkastella pikemminkin tapaoikeuden oikeuslähteen tavoin.

Varsin usein on edelleen esillä väite, että kansainvälisessä kaupassa vallitsisi kirjoittamaton mutta sitova *lex mercatoria*. Ne, joille väite esitetään, eivät useinkaan tunne käsitettä eivätkä liioin kansainvälisen kaupan liiketapoja. Toisaalta on muistettava, että kansallisilla tuomioistuimilla tai edes erikoistuntijoista koostuvalla välimiesoikeudella ei ole velvollisuutta viran puolesta tuntea kauppatappaa. Kauppatappojen noudattaminen riippuu aina kustakin kauppasuhteesta, kauppasuhteen alalla vallitsevasta tavasta ja toiminnan alueella vallitsevasta käsityksestä kauppatavan sisällöstä ja merkityksestä. Selvyiden ja terminologisen täsmällisyyden nimissä olisi syytä määritellä *lex mercatoria* -käsite hyväksymällä se, että *lex mercatoria* on käytännössä sama kuin kauppatappa. Tämän määrittelyn jälkeen voidaan keskittyä tutkimaan olemassa olevia kauppatappoja; kirjattuja tai abstraktien käytäntöjen varassa toimivia tapoja, joita joko noudatetaan tai ei.

¹⁴⁷ Esim. *Kurkela* 1993 s. 8 sekä ICC:n julkaisu ”UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts: A New *Lex mercatoria*”, 1995. Ks. myös *Sainio* esim. s. 402.

¹⁴⁸ Roomalaisen oikeuden historiasta katso myös *Tuori, Kaius* 2006.

¹⁴⁹ *Mercatoria* = kaupanteko, kauppa: samaa alkuperää myös nimi *Mercurius*, joka oli kaupan jumala ja kauppavoiton jumala, teiden ja liikenteen suojelija (*Salmi, J. W. – Linkomies, Edwin*: Latinalais-suomalainen sanakirja, 1955).

¹⁵⁰ Tästä *Boggiano, Antonio*: *International Standard Contracts*, 1991 s. 13–.

Edelleen voidaan esittää, että tapaoikeuden sitovuus riippuu kunkin valtion kansallisesta sääntelystä ja tavalle annetusta merkityksestä kussakin oikeusjärjestelmässä. Aina ei ole selvää tai välttämätöntä, että tuomioistuimelle selvitetty ja täysin riidattomasti näytetty tapa olisi kansallista tuomioistuinta kansallisen lain mukaan *in casu* sitova. Tapaoikeuden määrittelyn perusproblematiikka johtaa siihen ongelmaan, että kauppiaiden välisissä riidoissa kauppatavan sisällön määrittely ja selvittäminen (nyt nimenomaan *in casu*) riitaa ratkaisevalle välimiesoikeudelle tai tuomioistuimelle on aina hyvin hankalaa.¹⁵¹

Varsinkin common law -maiden oikeudellisissa tutkimuksissa on esitetty paljon puolustavia näkökantoja *lex mercatorian* itsenäisyydestä tai omalaatuisuudesta. Kyse lienee kuitenkin siitä, että *lex mercatoria* on eräällä tavalla haluttu mystifioida ”kaupan ylimmäksi laiksi”, jonka tunteminen perustuisi kunkin asian-tuntijan tai tutkijan pitkään kokemukseen liike-elämästä. Edellä esitetyn perusteella *lex mercatoria* -käsitteen syvempi tarkastelu johtaa siihen, että tutkimusmetodit ja -mallit ovat käytännössä pakostakin perinteistä tapaoikeuden tutkimusta. Myös kysymyksenasettelu tulisi tällöin tehdä tapaoikeuteen perustuen.

Mikäli *lex mercatoriaa* halutaan pitää itsenäisenä ja sitovana kansainvälisen kaupan kauppiaiden *sui generis* -normistona, voidaan sen eroa kansainvälisessä kaupassa syntyneeseen kauppatapaan pitää tällöin lähinnä teoreettisena. Mikäli *lex mercatoria* on ainoastaan kauppatapa-termin latinankielinen käännös, on *lex mercatoria*lla merkitys niin kansallisessa kuin kansainvälisessäkin kaupassa. Kuten edellä kauppatapa koskevassa osiossa on osoitettu, kauppatapojen merkityksen on katsottu korostuvan pitkäkestoisissa sopimuksissa.¹⁵²

Jos *lex mercatoria* olisi olemassa, miksi sitä tai sen sisältöä ei voida määritellä tai selvittää ja tätä tietoa siirtää kaupan osapuolten välillä? Mikäli *lex mercatoria* -tyyppinen sääntely olisi itsestään ja itsenäisesti olemassa, johtaisi se siihen, että se velvoittaisi kauppasopimuksen osapuolia kauppatavan tavoin. Jatkokysymyksenä tulee tällöin väistämättä esille, onko olemassa kansallista *lex mercatoriaa* ja kansainvälistä *lex mercatoriaa*? *Lex mercatoria* voidaan hyväksyä liikeyritysten välistä kauppatapa vastaavaksi termiksi. Pelkän *lex mercatoria* -termin käyttö ei kuitenkaan auta tapaoikeuteen liittyvien vaikeiden kysymysten ratkaisussa. On edelleen kiistatonta, että jonkin tavan oikeudelliselle sitovuudelle tai velvoittavuudelle on asetettava hyvin ankarat edellytykset. Mikä tahansa paikallinen ja lyhytaikainen liikesuhteessa käytetty menettely ei voi muodostaa kauppatapa.

¹⁵¹ Problematiikkaa on teoreettisesti osuvasti kuvannut Aarnio 1989 s. 224–.

¹⁵² Pitkäkestoisten sopimusten ja kauppatavan / *lex mercatorian* välisestä suhteesta esimerkiksi Nystén-Haarala 1998. Tulee kuitenkin huomata, että kauppatapa ja sen soveltuvuutta on tarkasteltu *inter partes* -suhteessa.

Kärjistäen voidaan esittää, että vaikeaselkoinen ja osin harhaanjohtava ajatus *lex mercatoria*stä tulisi unohtaa. Huomattavasti selkeämpää olisi keskittyä tarkastelemaan liiketoiminnassa osapuolia mahdollisesti velvoittavia kauppatapoja. Yleisenä käytännön neuvona voidaan pitää sitä, että velvoittavaksi haluttu kauppatapa olisi syytä määritellä selkeästi sopimukseen nimenomaisesti sopimusehdoksi. Sillä selvitetään osapuolten välisessä sopimussuhteessa sovellettavaa kauppatapaa. Sopimusverkkojen osapuolten osalta voidaan perustellusti esittää näkemys, jonka mukaan kullakin sopimusverkon osapuolella on korostettu velvollisuus tuoda sopimusneuvotteluissa esille oma käsityksensä soveltuvasta kauppatastavasta – varsinkin silloin, kun verkon osapuolten käsitykset kauppatastavasta näyttävät jo neuvotteluvaiheessa poikkeavan toisistaan. Kyse on sopimusverkon osapuolen lojaalista toiminnasta sopimusverkon muita osapuolia kohtaan.

Lex mercatoria on kuvattu myös siten, että se olisi kauppiaiden ja liikemaa-ilman oma laki, joka olisi liikesuhteissa ensisijaisesti sovellettava ja ”kansallisen lainsäädännön ulottumattomissa”. Tämän näkökannan mukaan *lex mercatoria* olisi kuitenkin kansallisen lainsäädännön tavoin välimiesten tai tavallisten tuomareiden sovellettavissa heidän perustellessaan liikesuhteisiin liittyvien riitojen ratkaisuja.¹⁵³ *Lex mercatoria*an vetoaminen tai siihen perustuva päätös olisi prosessissa verrattavissa tapaoikeudelliseen perusteluun. Tapaoikeus on kuitenkin hyväksytty oikeuslähde, kun taas juridisesti määrittelemätöntä ”*lex mercatoria*” ei ainakaan oikeuslähteen perinteisen suomalaisen määrittelyn mukaan voida pitää itsenäisenä oikeuslähteenä.

Lisäepäselvyyttä *lex mercatoria* osalta on aiheuttanut se, että kauppaneuvotteluissa käytettynä *lex mercatoria* -termi voi johtaa osapuolia harhaan. Eräissä kauppaneuvotteluissa on tullut esille, että se voi nimenomaisesti tarkoittaa kansallista säädettyä lakia, jota sovelletaan kauppiaiden välisiin sopimussuhteisiin. Esimerkiksi italian kielessä tai latinassa *lex mercatoria* tarkoittaa juuri kauppiain sovellettavaa säädettyä lakia. Säädetyllä kauppalailla ei yleensä ole tarkoitus kuvata säädestä tai normeja, jotka velvoittavat kaikkia kauppiaita heidän kansallisuudestaan tai kotipaikastaan riippumatta.

Mielenkiintoista on huomata, että liikejuridikkaa harjoittavat yritykset usein kritisoiivat lainsäädäntöä ja korostavat ”asiantuntemustaan” vetoamalla *lex mercatoria*an, jota kuvataan näissä yhteyksissä joustavaksi ja liike-elämän tarpeista kohonneeksi säännöstöksi. Argumentointi *lex mercatoria* olemassaolon puolesta on usein juridisesti arvioituna perin epäselvää ja kevyttä. Väistämättä tulee mieleen kysymys siitä, miksi *lex mercatoria* puolustavat sivuuttavat pääsääntöisesti dispositiivisen lainsäädännön suomat mahdollisuudet? Liike-elämän tarpeet

¹⁵³ Tästä esimerkiksi *Grönfors: Avtal och omförhandling* s. 80.

huomioon ottaen nykyinen liikesopimus halutaan erittäin sitovaksi ja ”konservatiiviseksi”, mutta samalla vedotaan *lex mercatoria* -tyyppiseen hyvin epäselvään säädösinstituutioon. Sen tyyppinen sääntely, mitä *lex mercatoria* perinteisesti edustaa, ja nykyinen ankara sopimuskäsitys ovat pitkälti ristiriidassa keskenään. Nykyaikana yritykset toivovat liikesopimuksen olevan perinteinen, selkeä ja sitova. Tämäntyyppinen sopimuskäsitys ei ole *lex mercatoria* -käsitteen ihanteiden mukainen.

Esimerkkinä *lex mercatoria* -termin epämääräisyydestä voidaan mainita Euroopan sopimusoikeuskomitean, *Commision on European Contract Law*’n laatima *The Principles of European Contract Law*¹⁵⁴, jossa kyseisten periaatteiden soveltuvuudesta mainitaan artikkelissa 1:101 seuraavasti:

Article 1:101: Application of the Principles

...
(3) These Principles may be applied when the parties:
(a) have agreed that their contract is to be governed by ”general principles of law”, the ”*lex mercatoria*” or the like; or
...

(Artikla 1:101: Periaatteiden soveltaminen

...
(3) Näitä periaatteita voidaan soveltaa, kun osapuolet
(a) ovat sopineet, että heidän sopimukseensa soveltuvat ”yleiset oikeudelliset periaatteet”, ”*lex mercatoria*” tai muu vastaava; tai
...)

Tämäntyyppinen sopiminen kansainvälisen kaupan sopimukseen sovellettavasta laista tai säännöistä on käytännössä hyvin harvinaista. Näiden periaatteiden osalta voidaan todeta, että *lex mercatoria* on rinnastettu *general principles of law* -käsitteeseen, mikä puolestaan on yhtä vaikeasti määriteltävissä kuin *lex mercatoria*.

Toisaalta kansainvälisissäkin säädöshankkeissa on tunnustettu *lex mercatoria* -termin vaikeaselkoisuus. Esimerkiksi *Unidroit Principles for International Contracts*in esipuheessa on todettu Unidroitin soveltuvuudesta:

”They may be applied when the parties have agreed that their contract be governed by general principles of law, the *lex mercatoria* or the like.”

(”Niitä voidaan soveltaa, kun osapuolet ovat sopineet, että heidän sopimukseensa soveltuvat yleiset oikeudelliset periaatteet, *lex mercatoria* tai muu vastaava.”)

¹⁵⁴ Tästä myös *Wilhelmsson LM* 2003 s. 1106.

Unidroitin virallisessa kommentaarissa on tältä osin kuitenkin todettu, että juuri lex mercatoria -termin epämääräisyydestä johtuen tulisi suosia Unidroit-periaatteiden soveltuvuutta:

”b. The Principles applied as lex mercatoria

Parties to international commercial contracts who cannot agree on the choice of a particular domestic law as the law applicable to their contract sometimes provide that it shall be governed by the ‘general principles of law’, by the ‘usages and customs of international trade’, by the lex mercatoria, etc. Hitherto, such reference by the parties to not better identified principles and rules of a supranational or transnational character has been criticised, among other grounds, because of the extreme vagueness of such concepts. In order to avoid, or at least considerably to reduce, the uncertainty accompanying the use of such vague concepts for the determination of their content, it might be advisable to have recourse to a systematic and well-defined set of rules such as the Principles.”

(”b. Lex mercatoriana sovellettavat periaatteet

Kansainvälisten kaupallisten sopimusten osapuolet, jotka eivät pääse yhteisymmärrykseen tietystä sopimukseensa sovellettavasta kansallisesta laista, sopivat joskus, että sopimukseen sovelletaan ”lain yleisiä periaatteita”, ”kansainvälisen kaupan käytäntöjä ja tapoja”, lex mercatoriaa jne. Tähän mennessä tällainen osapuolten tekemiä viittauksia paremmin määrittelemättömiin periaatteisiin ja ylikansallisen tai monikansallisen luonteen omaaviin sääntöihin on kritisoitu, muiden perusteiden ohella, tällaisten käsitteiden äärimmäisen epämääräisyyden vuoksi. Tällaisten epämääräisten käsitteiden aiheuttaman niiden sisältöä koskevan epävarmuuden välttämiseksi, tai ainakin huomattavaksi vähentämiseksi, voisi olla suositeltavaa tukeutua systemaattiseen ja tarkkaan määriteltyyn säännöstöön, kuten Periaatteisiin.”)

Myös kauppaoikeudellisten artikkelien joukossa on kriittisiä näkökantoja lex mercatoria -käsitettä kohtaan.¹⁵⁵ Donahue on erittäin osuvasti todennut lex mercatoriaa koskevassa artikkelissaan¹⁵⁶:

”There is plenty of room for romance in the history of trade; let us just not extend it to the history of the law concerning trade.” [Kursiivi tässä.]

(”Kaupankäynnin historiassa on hyvin tilaa romantiikalle; älkäämme kuitenkaan laajentako sitä kauppa koskevan lain historiaan.”)

¹⁵⁵ Kadens, Emily: ”Order within Law, Variety within Custom: the Character of the Medieval Merchant Law”. Chicago Journal of International Law, summer 2004.

¹⁵⁶ Donahue, Charles Jr.: ”The Medieval and Early Modern Lex Mercatoria: an Attempt at the Probatio Diabolica”. Chicago Journal of International Law, summer 2004.

Donahue esittää myös:

”The law merchant, Levin Goldschmidt taught us more than century ago, was the creation of merchants, by merchants and for merchants. They ran their own courts, and it was their law. A century of research has shown that those statements were a considerable exaggeration. Yes, medieval merchants did participate in the operation of courts that dealt with mercantile matters, but they rarely, if ever, did it totally independently of local political power. So far as the law itself was concerned, there were probably some mercantile customs that made trading possible – some quite local and some of wider extent. These customs did not, however, add up to a mercantile legal system, for wherever we see such a system created it is the work of men who are imbued with a scheme of law that is not the creation of merchants but, in the case of England, of the customary courts of the realm, or, in the case of Italy, of the doctors of the *ius commune*.”

(”Kansainvälinen kauppaoikeus, jota Levin Goldsmith opetti meille yli vuosisata sitten, oli kauppiaiden luoma, kauppiaiden kauppiaille luoma. [Donahue viittaa tässä Levin Goldschmidtin, *Universalgeschichte des Handelsrechts* (1 Handbuch des Handelsrechts, F. Enke 3d ed 1891).] He ylläpitivät omia tuomioistuimiaan, ja se oli heidän lakinsa. Vuosisadan kestänyt tutkimus on osoittanut, että nämä lausunnot olivat huomattavaa liioittelua. Kyllä, keskiaikaiset kauppiaat osallistuivat kaupallisia asioita käsittelevien tuomioistuinten toimintaan, mutta tämä tapahtui harvoin, jos koskaan, paikallisesta poliittisesta vallasta itsenäisesti. Lain itsensä näkökulmasta oli todennäköisesti olemassa tiettyjä kaupallisia tapoja, jotka mahdollistivat kaupankäynnin – joitain paikallisia ja joitain laajemmalle levinneitä. Nämä käytännöt eivät kuitenkaan muodostaneet kaupallista juridista järjestelmää, koska missä tahansa näemme tällaisen järjestelmän muodostuneen, sen ovat luoneet henkilöt, jotka on kyllästännyt joku juridinen järjestelmä, joka ei ole kauppiaiden luoma, vaan, Englannin tapauksessa, kuningaskunnan yleisten tuomioistuinten, tai, Italian tapauksessa, *ius communen* tohtorien.”)

Merkityksellisin ja ilmeisin seikka kauppiaiden erityiskohtelussa ja erityisnormeissa on se, että kauppiaiden välisiä riitoja voitiin ratkaista tavanomaisten yleisten tuomioistuinten lisäksi myös kauppiaiden välisissä erityisissä oikeuksissa, joiden kompetenssin kauppiaat hyväksyivät.¹⁵⁷ Kilta- ja myöhemmin välimiesoikeudet kehittyivät erityistuomioistuimiksi nimenomaan kauppiaiden väliisiin riitoihin, joiden ratkaisun katsottiin vaativan yleisistä tuomioistuinten puuttuvaa erityisosaamista. Tämä vaihtoehtoinen riitojen ratkaisumalli eli välimiesinstituutio muodostaakin itse asiassa ainoan itsenäisen osan väitettyä *lex mercatoria* -käsitettä. Muilta osin *lex mercatoria* -käsite muodostuu lähinnä kauppiaita koskevasta kirjoitetuista säädöksistä ja tapaoikeudesta. Tämän vuoksi

¹⁵⁷ Ks. *Kadens* artikkelissaan ”Order within Law, Variety within Custom: the Character of the Medieval Merchant Law”, 2004.

on perusteltua väittää, että käsitteenä *lex mercatoria* ”kauppiaiden lakina” on lähinnä väärin ymmärretty ja yliarvostettu.¹⁵⁸ Voidaan perustellusti kysyä, miten *lex mercatoria* poikkeaa vakioehdoista tai kansainvälisestä sääntelystä? Varsin usein *lex mercatoria* -termillä halutaan itse asiassa kuvata kaupallisia sopimuksia koskevaa kansainvälistä sääntelyä (ylikansallista lainsäädäntöä ja kansainvälisten järjestöjen laatimaa sääntelyä sekä ohjeistusta) tai esittää tapaoikeudellista argumentaatiota.

Kun liike-elämä ja tiedemaailma kohtaavat ja käyvät keskustelua, esitetään *lex mercatoria* usein eräänlaisena siltana oikeustieteen ja käytännön välillä. *Lex mercatoria* -käsitteen hyvänä puolena voidaan pitää sitä, että se edellä kuvatulla tavalla yhdistää osaa oikeustieteilijöistä ja käytännön liikejuristeja. Yhdistävä tekijä ei kuitenkaan itse asiassa ole *lex mercatoria* vaan *väärinymmärrys lex mercatoriasta*: tiedemaailmassa luullaan *lex mercatorian* olevan liike-elämässä tunnettu sekä hyväksytty ja liike-elämässä luullaan *lex mercatorian* olevan tiedemaailmassa tunnettu ja hyväksytty. On toisaalta lohdullista huomata, että tämän tyyppinen *väärinymmärrys lex mercatoriasta* ja sen merkityksestä on molemminpuolinen.

4.3.5 Yhteenveto tapaoikeudesta kansainvälisessä kaupassa

Kansainvälisessä kaupassa hyväksytään se, että kauppa- tai liiketapaa tulee lähtökohtaisesti noudattaa. Kansainvälisen kaupan monimutkaisissa liikesopimuksissa ja sopimusverkossa ei voi yleensä olla olemassa yksiselitteistä kauppatappaa, jota on harhaanjohtavasti kutsuttu ja kutsutaan *lex mercatoriaksi*. Kansainvälisen kaupan liikesopimukset ja niiden toimintaympäristö on moniosainen ja monellakin tasolla heterogeeninen kokonaisuus. Jo tämän vuoksi tapaoikeudelle asetettava tunnettavuus joutuu koetukselle. Kansainväliseen kauppatappaan on käytännössä myös mahdollon vedota, kun *inter partes* kauppatavat, kansalliset kauppatavat tai alueelliset kauppatavat poikkeavat toisistaan. Jos kansainvälisen kaupan liikesopimuksen perustan luo oletama kauppatavasta tai jos osapuolien sopimustoimintaa ohjaa heidän oma käsityksensä vallitsevasta kauppatavasta, voi liiketoiminnan oheen syntyä runsaslukuinen määrä erityyppisiä sopimusrii-toja.

¹⁵⁸ Tästä esimerkiksi *Emily Kadensin* artikkeli ”Order within Law, Variety within Custom: the Character of the Medieval Merchant Law” 2004. Ks. myös *Lisa Bernsteinin* artikkelit ”Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code’s Search for Immanent Business Norms”. *University of Pennsylvania Law Review*, May 1996 sekä ”The Questionable Empirical Basis of Article 2’s Incorporation Strategy: A Preliminary Study”. *University of Chicago Law Review*, summer 1999.

5 Vilpitön mieli liikesopimusten ja kansainvälisen kaupan perustana

5.1 LÄHTÖKOHTANA VILPITTÖMYYDEN VAATIMUS

Kansainvälisen kaupan sopimuksissa kaikkien osapuolten tulee toimia periaatteessa vilpittömästi. Vilpillinen toiminta ylittää kansainvälisessä kaupassa yleisesti hyväksytyn sopimus- ja liiketoimien rajan; vilpillisyyttä ei hyväksytä liiketoiminnassa. Ongelman muodostaa käytännössä kuitenkin se, että vilpillisen toiminnan määrittely ei aina ole yhtenevää eri kauppakulttuureissa.

Lähtökohtana länsimaaisessa velvoiteoikeudessa (niin civil law- kuin common law -ympäristöissä) on pidetty sitä, että vilpittömässä mielessä tehtyjä oikeustoimia suojataan. Tämän periaatteen taustat ovat vanhoja. Seuraavassa on esitelty lyhyesti sopimukseen liitetyn sopimuskumppanien vilpittömyyden vaatimuksen historiaa roomalaisessa oikeudessa.

Roomalaisen oikeuden käsitys oli se, että muoto ratkaisi oikeustoimen tulkinna ja sisällön.¹ Osapuolten tahdolle ei annettu merkitystä oikeustointa tulkittaessa. Oikeustoimien vaikutusten perusta oli nimenomaan muoto eikä osapuolten tahto. Roomalaisessa oikeudessa petoksella aikaansaatu oikeustoimi oli *ius civilem* mukaan pätevä. Kuitenkin petoksella tehty oikeustoimi saattoi käytännössä kumoutua pretorisen oikeuden myötä pretorille annettulla oikeudella hylätä *ius civilem* perustuva kanne, antamalla *exceptio doli* tai myöntämällä aikaisemman oikeustilan palautus (*in integrum restitutio*).²

Oikeuden väärinkäytön³ käsitteen perustana on eräissä tutkimuksissa pidetty roomalaisen oikeuden *exceptio doli generalis* -väitettä.⁴ Se oli roomalaisessa oikeudessa tunnustettu prosessioikeudellinen väite, joka tehtiin pretorille. *Exceptio doli generalis* -väitteen tarkoituksena oli kohdistaa vilpittömyyden vaatimus

¹ Tältä osin esitys perustuu *Kaserin* esitykseen.

² *Kaser* esimerkiksi s. 49–51.

³ Romaanis-germaanisen järjestelmän piirissä käytettyä oikeuden väärinkäyttö -käsitettä vastaa saksan kielessä termi *Rechtsmissbrauch* sekä *Kaserin* käyttämä *Einwand der unzulässigen Rechtsanwendung*.

⁴ *Kaser* s. 144. Periaatteen laajalle levinneisyydestä voidaan mainita esimerkkinä *exceptio doli generalis* -ajatuksen käyttö Etelä-Afrikan korkeimman oikeuden tapauksessa *Bank of Lisbon v de Ornelas* 1998 (3) SA 580 (SCA). *Good faith* -termin osalta ks. European contract law, 2000 s. 19.

muun muassa henkilöön, joka pyrki saamaan itselleen oikeudetonta hyötyä muodollista oikeuttaan väärinkäyttämällä.⁵

Vähitellen muodollisuuden periaate joutui väistymään siten, että osapuolen subjektiiviselle tahdolle annettiin merkitystä. Muotosidonnaisuudesta luopumisella ja siitä johtuneella kehityksellä oli merkittävä vaikutus kauppiaiden sopimustoiminnan, liiketoiminnan ja vaihdannan kehittymiseen. Kauppiaat saattoivat muodon ja tiukan sopimusoikeudellisen rakennelman väistyessä vähitellen vapaammin ja pätevästi sopia kauppvoja ilman lain asettamia tiukkoja rajoituksia ja hidasteita. Tämän kehityksen tuloksena preetorin ratkaisujen harkintavalta perustui subjektiiviseen tahtoon ja harkinta tapahtui vilpittömän mielen, bona fidesin mukaan.

Kyse oli vilpittömän mielen periaatteesta, jonka mukaan myös kauppiaiden vapaamuotoisia oikeustoimia voitiin arvostella. Edellytyksenä oli, että osapuolet toimivat yhteisymmärryksessä (*consensus*). On tärkeä huomata, että exceptio doli generalis -väitteet kohdistuivat sopimuksen tekemisen jälkeen ilmenneeseen ”dissensukseen”, jossa preetorilla oli ratkaisun perusteluiden osalta mahdollisuus eräänlaiseen kohtuusharkintaan.

Roomalaisen oikeuden bona fides -ajatuksen perustaa on löydetävissä sopimusten tiukan muodollisuuden väistymisestä ja tulkintatavoista. Kyse ei ollut sopimuksen sisäisestä kohtuudesta, vaan preetorin (riidan ratkaisijana) kohtuusarvioinnista ja siitä, miten preetori tulkitsi sopimusta.⁶ Edellä esitettyyn perustuen voidaan siis esittää, että roomalaisen oikeuden vilpittömyyden (eli bona fidesin) käsite on ollut pikemminkin jonkinlainen tulkintainstrumentti tai apuväline, eikä niinkään sopimusten sisällön kohtuullisuutta ohjaava periaate.

Exceptio doli generalis oli roomalaisen oikeuden prosessiväitteitä, jotka oli vastaajan pyynnöstä muotoiltu preetorille (tuomarille) siten, että kantajan toimien oletettiin ja vaadittiin olevan vilpittömiä. Tältä osin on usein viitattu Gaiuksen Corpus Iuriksen Institutiones -osaan⁷:

Gaius Institutiones IV 119 (vapaasti käännettynä):

Jokainen exceptio on laadittu päinvastaiseksi kuin kantajan toteamus. Jos esimerkiksi väitetään kantajan toimivan petollisesti vaatimalla takaisin rahasuoritusta, jota hän ei itse ole suorittanut, tulee väite muotoilla seuraavasti:

JOS EI AULUS AGERIUS OLE TÄSSÄ ASIASSA TOIMINUT PETOLLISESTI TAI TOIMI PETOLLISESTI. Ja jos vastaaja väittää, että rahoja vaaditaan sopimuksen vastaisesti, tulee väite muotoilla seuraavasti:

⁵ Exceptioista katso Kaser s. 50–52.

⁶ Kaser s. 44–. Kaser esittää myös, että vapaamuotoisten oikeustoimien hyväksymisestä roomalaisessa oikeudessa voidaan havaita hellenistisen retoriikan vaikutus, ks. myös Kaser s. 45.

⁷ Ks. esim. Tamm s. 69.

JOS AULUS AGERIUS JA NUMERUS NEGIDIUS EIVÄT OLE SOPINEET ETTÄ RAHOJA EI VAADITA. Muissa tapauksissa väitteet laaditaan yleensä vastaavalla tavalla ja siksi väitteet yleensä laaditaan vastaajan toimesta, mutta ne sijoitetaan kaavaan siten, että tuomiosta tulee ehdollinen. Tuomari siis tuomitsee vastaajan ainoastaan, mikäli kantaja ei ole toiminut asiassa petollisesti, tai tuomari tuomitsee haastetun ainoastaan, mikäli osapuolet eivät ole sopineet, että rahoja ei vaadita.⁸

Exceptio doli generalis -väitteen tärkein merkitys oli, että preetorin oli perusteltava ratkaisunsa vilpittömän mielen väite huomioon ottaen. Roomalaisen oikeuden ankara lainmukaisuus ja muodon vaatimus saivat myöhemmin osittain antaa tilaa exceptio doli generalisin kautta kehittyneelle bona fidesille. Roomalaisen sopimusoikeuden voidaan katsoa kehittyneen tämän jälkeen *aequitas* (kohtuullisuuden) mukana keskiajalla ja uuden ajan alussa eräänlaista ”lex mercatoriaa” kohden. Tulee huomata, että juuri *bona fides* (vilpittön mieli) sekä *aequitas* toivat liikkumavaraa kaupallisiin sopimuksiin. Varhaisen roomalaisen oikeuden valtapiiirissä vallinnut tiukka lakikeskeinen ja formaali sopimusoikeus ei sisältänyt kansainvälisen kaupan ja liikesopimusten vaatimaa joustavuutta – joskin joustavuus on edelleenkin velvoiteoikeudessa perin suhteellinen käsite.⁹ Joustavuus ei Rooman vallan aikana eikä myöhemminkään pääsääntöisesti ole tarkoittanut sopimuksen sitovuuden joustavuutta.

Roomalaisen sopimus- ja velvoiteoikeuden sekä kansainvälisen kaupan historian tarkastelu exceptio doli generalis’n, bona fides’n ja *aequitas*’n avulla tuo esille jo historiassa esiintyneen ilmeisen tarpeen liikesopimusten ja kansainvälisen kaupan erityisluonteen huomioimisesta. Käsitkseni on, että kaupallisten sopimussuhteiden määrittely-yritykset lex mercatoria -tyyppisen ajatuksen avulla eivät anna vastauksia liikesopimusten sopimusoikeudelliseen tutkimukseen. Kuten edellä on todettu, lex mercatoria -ajatusta on kehitelty kuvaamaan liikesopimusten ”omaa ja kirjoittamatonta lakia”. Lex mercatoria ei kuitenkaan ole roomalaisen oikeuden lakeja. Mielenkiintoista on havaita, että varsinkin kansainvälistä kauppaa koskevissa oikeustieteellisissä tutkimuksissa on vedottu lex mercatoriaan ja sen laki- eli *lex*-ominaisuuteen samalla, kun liikesopimusten laatijat

⁸ Gaius Institutiones IV 119. Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur, quam adfirmat is, cum quo agitur. nam si uerbi gratia reus dolo malo aliquid actorem facere dicat, qui forte pecuniam petit, quam non numeravit, sic exceptio concipitur: SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO AVLI AGERII FACTVM SIT NEQVE FIAT; item si dicat contra pactionem pecuniam peti, ita concipitur exceptio: SI INTER AVLVM AGERIVM ET NVMERIVM NEGIDIVM NON CONVENIT, NE EA PECVNIA PETERETUR; et denique in ceteris causis similiter concipi solet, ideo scilicet, quia omnis exceptio obicitur quidem a reo, sed ita formulae inseritur, ut condicionalem faciat condemnationem, id est, ne aliter iudex eum, cum quo agitur, condemnet, quam si nihil in ea re, qua de agitur, dolo actoris factum sit; item ne aliter iudex eum condemnet, quam si nullum pactum conuentum de non petenda pecunia factum fuerit.

⁹ Tältä osin ks. yleisteos Good faith in European contract law, 2000, varsinkin s. 16–18.

ja käyttäjät ovat jo vuosisatoja halunneet nimenomaan ”irti laista” (lex) kaupallisissa sopimuksissa.

Oikeustieteellisissä tutkimuksissa on esitetty, että bona fides -periaate (good faith -periaate) olisi vallitseva kansainvälisen kaupan oikeusperiaate. Tällöin helposti unohdetaan, että vilpittömän mielen periaatteessa kyse ei ole yksin kansainvälisen kaupan sopimusten erityisestä piirteestä, vaan perustavasta ylikansallisesta sopimusoikeudellisesta periaatteesta. Kansainvälisessä kaupassa on hyväksytty, että ainoastaan vilpittömät eli bona fide -oikeustoimet voivat saada oikeussuojaa. Missään oikeusjärjestyksessä tai valtiossa ei ole hyväksytty vilpillisyyttä edes yritysmarkkinoiden liikesopimuksissa. Kansainvälisen kaupan järjestöissä korostetaan kaupan sopimuskumppanien ja osallisten vilpittömyyttä mieltä ja sitä, että liikesopimusten tulee olla vilpittömässä mielessä tehtyjä; ”rehellisten sopimuskumppanien tekemiä ja lainmukaisia”.¹⁰

Prosessioikeudessaakin on pääsääntönä, että toisen sopimuskumppanin vilpillisyyteen vetoavan tulee esittää vilpillisyyttä koskeva väite ja näyttää toisen osapuolen vilpillisyys toteen. Tästä voidaan tehdä johtopäätös siitä, että osapuolten vilpittömyys on lähtökohtainen oletus velvoite- ja prosessioikeudessa.

5.2 VILPITTÖMÄSTÄ MIELESTÄ KANSAINVÄLISESSÄ KAUPASSA

5.2.1 Vilpitön mieli ja vilpitön toiminta¹¹

Kansainvälisen kaupan liikesopimusten juridisessa tarkastelussa voidaan huomata, että kaikki liiketoiminta ei suinkaan ole jaettavissa kategorisesti kahteen ryhmään: vilpittömään (rehelliseen) tai vilpilliseen toimintaan. On olemassa myös toimintaa, joka ei ole vilpittöntä, mutta ei toisaalta vilpillistäkään toimintaa. Näin ollen ei voida tehdä *e contrario* päätelmää: ”tämä ei ole vilpittöntä toimintaa, tämän täytyy olla vilpillistä” eikä toisaalta voida tehdä johtopäätöstä ”tämä ei ole vilpillistä toimintaa, tämän täytyy siis olla vilpittöntä”. Liiketoiminnassa voidaan hyväksyä ja sallia tahallinenkin menettely, jonka johdosta sopi-

¹⁰ Mikään valtio ei voi ilmoittaa, että valtiossa suositetaan laittomuutta ja että vilpilliset sopimukset saavat oikeussuojaa. Tämä lienee itsestään selvää, vaikka todellisuudessa vilpillisyyttä edistettäisiin avoimestikin. Perusongelmana kansainvälisen kaupan osalta on kysymys siitä, mitä voidaan katsoa kauppiaiden väliseksi sallituksi kaupankäynniksi ja mitä ei. Kukaan ei kuitenkaan voi julkisesti kansainvälisen kaupan yritysmarkkinoilla ilmoittaa suosivansa vilpillisyyttä tai laittomuuksia.

¹¹ Perusajatukset tälle jaksolle artikkelistani ”Pankki ja vilpitön mieli”, teoksessa Vilpittömästä mielestä, 1997, sekä kirjastani First demand -takuu, 1994.

muskumppanin varallisuusasema huononee. Jos taas toimintaa pidetään hyvän tavan vastaisena, vilpillisenä tai suoranaisesti lainvastaisena, voi menettely johtaa vilpillisesti toimineen osapuolen vastuuseen.¹²

Vilpittömän toiminnan ja vilpittömän mielen välillä on tässä tehty ero. Vilpittömän toiminta on rehellistä, kun taas vilpittömän mieli on jonkinasteista tietämättömyyttä ja kuvastaa tietämyksen tasoa ("mielentilaa"). Vilpittömän mieli -termiä ja sen käyttöä on perustellusti kyseenalaistettu suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa.¹³ Vilpittömän mieli on terminä vakiintunut suomalaisessa oikeustieteessä, joten sen korvaaminen tai uudelleenmäärittely saattaa johtaa uusiin määrittelyongelmiin.¹⁴

Vaikka kansainvälinen kauppa on sopimusvapauden puitteissa hyvin vapaata toimintaa, on siinäkin rajoja, joiden yli osapuolet eivät voi mennä. Tällaisista rajoista ehkäpä tärkein on juuri vilpittömän ja vilpillisen toiminnan raja. Pääsääntönä voidaan pitää sitä, että sopimusten tulee olla vilpittömässä mielessä tehtyjä ja että vilpillinen toiminta on kaikkialla kiellettyä. Tämän vuoksi yleisesti hyväksytty kansainvälisen kaupan periaate on, että vilpillinen toiminta on kielletty kansainvälisessä kaupassa.¹⁵ Vilpillisyyden ja rehellisen liiketoiminnan raja voi olla joskus vaikeasti määriteltävissä, mutta rajanvedon vaikeudesta huolimatta vilpillinen toiminta muodostaa rajan toiminnalle, joka voidaan katsoa hyväksyttäväksi kansainväliseksi liiketoiminnaksi.

Vilpittömyys ja vilpittömän mieli on hyväksytty lähtökohtaisesti sellaiseksi oikeushyväksi, jota on haluttu suojata myös kansainväliseen kauppaan liittyvässä kansallisessa ja kansainvälisessä sääntelyssä. Esimerkkinä voidaan mainita vekselioikeus.¹⁶ Itse asiassa "rehelliseksi" liiketoiminnaksi saatetaan kansainvälisen kaupan markkinoilla hyväksyä monenkin tyyppisiä, jopa hyvin "epämoraalisia" liiketoimia (kuten asekauppa ym.), mutta toiminnan tapa ja laatu eivät saa kansainvälisen arvostuksen mukaan olla vilpillistä. Myös dokumenttimaksujen osalta vilpillinen toiminta muodostaa maksujärjestelyssä mukana oleville rajan, jonka ylittäminen ei ole sallittua.

Vilpittömän ja rehellisen on tässä määritelty siten, että vilpittömyys on oikeussubjektin "sisäisen" tietoisuuden aste eli oikeussubjektin ajatus jostain seikasta. Rehellisyys on osa oikeussubjektin "ulkoista" ilmaisua eli ilmentymänä oikeussubjektin toiminnasta, joka kohdistuu muihin.

¹² Routamo – Ståhlberg s. 51–53.

¹³ Esimerkiksi Saarnilehto teoksessa Vilpittömästä mielestä, 1997 s. 1.

¹⁴ Ks. käsitteestä esimerkiksi Mähösen artikkeli "Good faith and fair dealing" ja lojaliteettivelvollisuus teoksessa Vilpittömästä mielestä, 1997 s. 203–231.

¹⁵ Voitaneen sanoa, että vilpillisen toiminnan on yleismaailmallisesti katsottu olevan kunkin oikeusjärjestelmän *ordre publicin* vastaista.

¹⁶ Vilpittömän mielen merkityksestä vekselioikeudessa ks. Ylöstalo 1956 s. 65–74.

Jotta vilpillisyyskriteeri ei missään tapauksessa täyttyisi, tulee tarkasteltavan toiminnan täyttää kaikki seuraavat kolme kriteeriä: toiminnan tulee olla rehellistä, vilpittömää ja sallittua. Varsin vaikeaksi vilpillisyyden arviointi muodostuu kuitenkin juuri kansainvälisessä kaupassa, jossa osapuolten kulttuurierot esimerkiksi liikemiehille ja kauppiaille asetettujen yleisten rehellisyysvaatimusten osalta voivat poiketa toisistaan.

Vilpittömyyttä mieltä on tutkittu ja tuotu esille yhä enemmän oikeustieteellisessä tutkimuksessa. Vilpittömyys ja vilpittömän mielen suoja esiintyvät monissa kansallisissa ja kansainvälisissä säädöksissä ja niiden valmistelussa.¹⁷ Kansainvälistä kauppaa koskevissa tutkimuksissa ja sääntöjen laadinnassa on korostetusti tuotu esille vilpittömän mielen merkitys ja vilpittömän mielen vaatimus.¹⁸ On myös havaittavissa, että vilpittömän mielen on haluttu esittää perusperiaatteena ja -ajatuksena, jotta vaikeasti määriteltävä ”vilpillinen toiminta” voitaisiin määritellä säädöksen tai säännön vastaiseksi toiminnaksi. Toisaalla on havaittavissa, että säädösten ja sääntöjen tulkintaa on ohjeistettu siten, että tulkinnalle ja vilpittömälle mielelle on asetettu vaatimuksia. Esimerkiksi Yhdistyneiden Kansakuntien vaakuustakuita ja standby-rembursseja koskevan konvention (United Nations Convention on Independent Guarantees and stand-by letters of credit) selitysosassa on nimellisesti korostettu vilpittömyyden (good faith) merkitystä:

II Interpretation

23. The Convention contains a general rule that interpretation of the Convention should be with a view to its international character and the need to promote uniformity in its application (article 5). In addition, interpretation is to have regard for the observance of *good faith in international practice*... [Kurssi tässä.]

(II Tulkitseminen)

23. Konventio sisältää yleisen säännön, jonka mukaan konvention tulkittamisessa tulisi ottaa huomioon sen kansainvälinen luonne ja tarve edistää yhdenmukaisuutta sen soveltamisessa (artikla 5). Lisäksi tulkinnassa tulee huomioida *vilpittömän mielen vaatimus kansainvälisessä toiminnassa*...)

Vilpittömyyden tai vilpittömän mielen määrittely käyttämällä esimerkiksi jotain perusmäärittelyä, kuten ”rehellinen” tai ”tiesi tai olisi pitänyt tietää”, on

¹⁷ Esimerkiksi laki rahoitusvakuuksista 12 § ja rahoitusdirektiivi 2002/47/EU, sekä HE 133/2003 s. 53.

¹⁸ Vilpittömän mielen merkityksestä esimerkiksi *Bianca – Bonell* s. 87, jossa vilpittömän mielen (good faith) edellytyksen ja aseman tarkastelun on tapahduttava kansainvälisen kaupan erityisten vaatimusten ja olosuhteiden valossa. Toisaalta *Bianca – Bonell* katsoo vilpittömän mielen periaatteen olevan CISG:n perusperiaatteita: ”...good faith is also one of the ‘general principles’ underlying the Convention as a whole.”

hyvin vaikeaa. Seuraavassa käydään läpi vilpittömän mielen yleisesti hyväksyttyä asemaa sopimusoikeuden kentässä, minkä jälkeen pyritään selvittämään vilpillisen toiminnan merkitystä kansainvälisen kaupan liikesopimuksissa ja sopimusverkoissa.

Vilpittömän mielen tarkastelussa voidaan erottaa toisistaan kaksi eri tarkastelusuuntaa. Ensimmäisenä ja tavallaan vilpittömän mielen perinteisenä tarkastelutapana voidaan esittää tahdonilmaisun saajan vilpittömän mielen arviointi. Tahdonilmaisun saajan vilpittömän mielen ja vilpittömyyden arviointi muodostavat tärkeän osan esineoikeudellisen sivullissuojan arvioinnista. Toisena vilpittömän mielen tarkastelusuuntana voidaan pitää tahdonilmaisun antajan vilpittömän mielen arviointia. Viimeksi mainittu tarkastelutapa kohdistuu ”vilpittömään mieleen osana tahdonilmaisua”. Tämän tutkimuksen kysymyksenasettelussa vilpittömän mielen merkitys korostuu juuri osana tahdonilmaisua, jolloin voidaan arvioida myös sitä, liittyikö tahdonilmaisun antajan toimeen vilpillisyyttä. Kansainvälisen kaupan liikesopimuksissa ja maksujärjestelyjen sopimusverkoissa osallisina on asiantuntijoita, joiden on käytännössä hyvin hankala ja jopa häpeällistä tunnustaa ”vilpitön tietämättömyytensä” jostain omaan liiketoimintaan liittyvästä toiminnasta tai seikasta. Kokonaan eri tilanne vilpittömyyden osalta vallitsee silloin, jos liikesopimuksen tai sopimusverkon osapuoli nimenomaisesti

- sitoutuu olemaan ”tietämätön” jostain seikasta tai
- jos osapuoli pidetään muiden järjestelyn osapuolten toimesta tarkoituksella tietämättömänä jostain seikasta.

Kansainvälisessä kaupassa esiintyvät usein termit *good faith*, *fair dealing* ja *honesty in fact*, joissa kaikissa on itse asiassa sisäänrakennettuna ajatus vilpittömyydestä ja vilpittömyydestä mielestä.¹⁹ Kuitenkin kansainvälistä kauppaa koskevissa säädöksissä ja tieteellisissä julkaisuissa näyttää pikemminkin olevan kyse yleisestä rehellisyyden vaatimuksen korostamisesta kuin nimenomaan vilpittömyydestä. Vilpittömyyden ja rehellisyyden ero ei liene käytännössä merkityksellinen, mutta seuraava ajatus voidaan esittää varauksin: vilpittömyyteen liittyy kansainvälisen kaupan toimijoiden piirissä tietämättömyyden varjo, kun taas rehellisyys kuvastaa jonkinasteista tietämistä ja rehellistä ilmaisua.

Kansainvälisen kaupan sopimusverkkojen osapuolten vilpittömän mielen tarkastelussa tulee keskittyä käsitteen velvoiteoikeudellisiin puoliin. Edellä esitetyn vilpittömän mielen tarkastelun jaottelun perusteella korostuu sopimusverkoissa ajatus tahdonilmaisun antajan vilpittömyydestä mielestä eikä niinkään tahdonilmaisun saajan vilpitön mieli.

¹⁹ Ks. Principles of European Contract Law artikla 1:201, myös *Lando* I s. 108.

Vilpittömän mielen suoja on saanut aina osakseen periaatteellista myötätuntoa niin kansainvälisen kaupan järjestöissä kuin siviilioikeudellisessa tutkimuksessa ja keskustelussa. Kaikkien yhteinen mielipide tuntuu olevan, että vilpittömässä mielessä olevaa tulisi lähtökohtaisesti suojata. Kansainvälisessä kaupassa on hyväksytty perusajatus, että vain vilpittömässä mielessä tehdyt sopimukset saisivat oikeussuojaa. Tämä perusajatus ei kaupallisissa sopimussuhteissa ole aina ongelmaton. Vilpittömän mielen vaatimuksen esittäminen yleisenä velvoiteoikeudellisena periaatteena on kansainvälisessäkin kontekstissa kannatettavaa, mutta sen käyttö kansainvälisen kaupan liikesopimuksissa ja sopimusverkoissa vaatii yksityiskohtaista tarkastelua. Varsinkin monimutkaisten sopimusverkkojen eri osapuolten velvoitteiden ja oikeussuojan toteutumisen kannalta olisi tärkeää tarkastella, kuinka vilpittömän tahdonilmaisun antaja on ollut. Käytännössä rajanveto tahdonilmaisun mahdollisesti sisältämän vilpillisen mielen ja esimerkiksi rikosoikeudellisen petoksen käsitteen välillä voi olla hankalaa. Edelleen voidaan painottaa, että sopimusverkon osapuoli tahdonilmaisun saajana on yleensä toisiin osapuoliin nähden myös tahdonilmaisun antaja. Nimenomaan sopimusverkkojen osalta vilpittömyyden käsite tulee arvioitavaksi kahdesta eri suunnasta edellä kuvatun mukaisesti. Täysin selvää on se, että vilpittömyyden arviointi niin liikesopimuksissa kuin sopimusverkoissa on tapauskohtaista, eikä mitään aukotonta ja yleispätevää arviointiohjetta tai sääntöä voida antaa.

Esimerkkinä sopimusverkon osapuolen roolien tahdonilmaisun antajana ja tahdonilmaisun saajana yhtymisestä, voidaan mainita (avaaja-)pankin asema remburssimenettelyssä. Remburssisääntöjen ja kansainvälisen pankkikäytännön mukaan avaajapankin on toimittava vilpittömästi saadessaan ja antaessaan tahdonilmaisuja. Remburssin avatessaan pankki sitoutuu suorittamaan maksun sovitut asiakirjoja vastaan. Remburssisäännöissä on nimenomaisesti mainittu, että pankin toimet koskevat ainoastaan asiakirjoja.²⁰ Kuinka pankin vilpittömyyttä tulisi arvioida, jos asiakirjat ovat väärennetyjä? Varsin selvää ja riidatonta on, ettei pankki ole velvollinen suorittamaan maksua ”väärä” asiakirjoja vastaan. Vilpittömän mielen ongelman ydin onkin siinä, mitä pankin tulee tietää kansainvälisen kaupan asiakirjoista, ja mitä sen tulee yleensä tietää asiakirjojen väärennöksistä. Vilpittömän mielen asettaminen pankin toimien arvioinnin perustaksi on tässä tapauksessa harhaanjohtavaa, koska pankki ei ole saanut aitoja eli remburssitoimeksiannon mukaan oikeita asiakirjoja haltuunsa. Tämän vuoksi pankin ei tulisi maksaa, koska toimeksiannossa ja remburssissa määriteltyjä oikeita asiakirjoja ei esitetty. Näin ollen voidaan yksinkertaisesti esittää, että vilpittömyyden osoittaminen on esimerkkitapauksessa tarpeetonta, koska pankki joutuu kuitenkin kieltäytymään maksusta. Käytännössä asia ei ole näin yksinkertainen.

²⁰ Ks. remburssisääntöjen artiklat 3 ja 4.

nen. Pankki saattaa epäillä asiakirjojen aitoutta tai pankki saattaa vain silmäillä asiakirjat läpi ilman mitään varsinaista halua selvittää niiden aitous.

Vilpittömään mieleen vetoavan liikesopimuskumppanin on vaikea osoittaa vilpittömyytensä tai good faith -tyyppinen asiantila, varsinkin, jos tällaista vilpittömyyttä ei ole sopimuksessa tai toimeksiannossa yksilöity. Tulee huomata, että kyse on useimmiten toimeksiannon täyttämisestä sovituihin rajoissa, joiden yli toimeksisaaja ei voi mennä. Tällöin joudutaan vilpittömän mielen suojan rajaa etsimään myös arvioimalla, kuinka pitkälle liikesopimuskumppanin tulee tarkistaa tai tutkia muiden osapuolten vilpillisyys ja toisaalta kuinka tarkan arvioinnin esimerkiksi kunkin toimeksiannon tai muun liikesopimuksen mukainen tarkastusvelvollisuus kattaa.

Voidaankin sanoa, että vilpittömän mielen vaatimuksen asettaminen on tarpeellinen ja hyvä periaate kansainvälisissä liikesopimuksissa. Kuitenkin vilpittömän mielen vaatimuksen asettaminen periaate- ja sääntelytasolla on huomattavasti helpompaa kuin vilpittömän tai vilpillisen mielen osoittaminen käytännössä.

5.2.2 Vilpittömän mielen määrittelyongelmasta

Mitä vilpitön mieli sitten on? Kuinka vilpittömyys voidaan määritellä?

Vaikka kansainvälisen kaupan liikesopimuksissa on kyse oikeushenkilöiden välisistä sopimussuhteista, palautuu vilpittömyyden ja vilpittömän mielen määrittely lähtökohtaisesti yksilötasolla vallitsevaan tietämisen tilaan ja tiedon määrään. Vilpittömän mielen suojaa on kuvattu myös sosiaalisesti.²¹ Toisaalta vilpittömän mielen määrittelyn rajoja ei ole kansainvälisessä kaupassa voitu sellaisenaan yksiselitteisesti esittää. Vilpittömän mielen määrittelyä voidaan verrata sopimuksen syntymistä koskevaan määrittelyyn, joka ei suinkaan ole kansainvälisen kaupan eri osapuolten ja eri oikeusjärjestysten välillä yksiselitteinen käsite. Vilpitön mieli, sopimuksen syntyminen ja pätevyys ovat kansainvälisen kaupan peruskäsitteistöä, mutta samalla niiden määrittely muodostaa osan kansainvälisen kaupan perusongelmista. Näiden määrittelyongelmien ratkaisuja on pyritty sopimuskäytännöillä ratkaisemaan, mutta riitatilanteissa määrittelyihin liittyvät ongelmat ovat yleisiä ja vaikeita ratkaista.²²

Vilpittömän mielen määrittelyissä kuvastuu käsitteen monisäikeisyys. Seuraavassa lainattujen tutkijoiden mielipiteiden tarkastelusta käy ilmi, että vilpittömän mielen määrittely ei ole helppoa. Voidaankin perustellusti esittää epäily siitä, onko

²¹ Näin *Kaisto* 1994 s. 485.

²² Kansalliset sopimusten muutosäännöt, sovellettavaa lakia koskevat, mahdollisesti kansallisesti pakottavat rajoitukset, kansalliset valuuttasäännöt ja -rajoitukset ym. johtavat riitatilanteissa usein hyvinkin monimutkaisiin oikeudenkäynteihin.

vilpityn mieli määriteltävissä kansainvälisen kaupan yritysmarkkinoilla, jos yksiselitteiseen käsitykseen ei päästä edes kansallisella (nyt lähinnä Suomen) tasolla. Yhtä lailla perusteltu kysymys voisi olla, tarvitaanko vilpityn mielen määrittelyä kansainvälisessä kaupassa?

*Kivimäki – Ylöstalo on määritellyt vilpityn mieltä seuraavalla tavalla:*²³

”Henkilön katsotaan yleensä olleen vilpityn mielessä, jos hän ei tietänyt tai jos hänen ei pitänyt tietää jostakin asiaan vaikuttavasta olosuhteesta, mikä viimeksi mainittu tarkoittaa sitä, ettei henkilö *huolellisesti vallinnutta tilannetta harkitenkaan* voinut olosuhteesta tietää. Vilpityn mielellä tarkoitetaan siten perusteltua vilpityn mieltä, jota paremmin kuvastaa sanonta hyvä usko (god tro) eikä sitä edellyttävillä oikeussäännöksillä suojata yksityisen henkilön ajattelemattomuutta eikä taitamattomuutta. Muuten vilpityn mielen vaatimus vaihtelee sekä kohteensa että intensiteettinsä puolesta eri tilanteissa.” [Kursiivi tässä.]

Tässä määritelmässä korostuu ankara ajatus, että vilpityn mielen suojaaminen ei tarkoita typeryyden tai heikkomuuden suojaamista. Vilpityn mielen arviointi liittyy Kivimäki – Ylöstalon mukaan läheisesti asianosaisen tietämiseen ja sen mittaamiseen.²⁴ Hoppu on puolestaan korostanut vilpityn mielen osalta tahdonilmaisun saajan asemaa ja määritellyt käsitettä seuraavasti:²⁵

”Tahdonilmaisun oikeusvaikutuksen syntyminen saattaa tahdon ilmaisemisen ja sen toisen henkilön tietoon toimittamisen ohessa riippua muistakin seikoista. Eräs näistä on tahdonilmaisun saajan *vilpityn mieli*. Oikeusjärjestyksessämme on yhä enenevässä määrin tehty tahdonilmaisun oikeusvaikutuksen syntyminen riippuvaiseksi siitä, onko sen saaja ollut vilpillisessä vai vilpityn mielessä. Oikeusvaikutuksen syntyminen ja sitovuus eivät tällöin riipu yksinomaan tahdonilmaisijan menettelystä, vaan asiaan vaikuttaa myös se, mitä tahdonilmaisun saaja on tiennyt. Vilpityn mieli vaikuttaa säännönmukaisesti siten, että oikeusvaikutus syntyy sellaisen henkilön hyväksi, joka on ollut vilpityn mielessä. Jos vilpityn mieli on puuttunut, tahdonilmaisun antajan tahdonilmaisuus ei saa aikaan oikeusvaikutusta.” [Kursiivi tässä.]

*Ämmälä on puolestaan esittänyt vilpityn mielestä*²⁶:

”Vilpityn mielessä on aina kysymys henkilön tietämättömyydestä.”

Ämmälän esittämään ajatukseen on helppo osin yhtyä. Tietämättömyyden ja vilpityn mielen rinnastaminen toisiinsa on periaatteessa perusteltua esimerkiksi

²³ *Kivimäki – Ylöstalo* s. 247.

²⁴ Ks. edellinen viittaus.

²⁵ *Hoppu* 1993 s. 24.

²⁶ *Ämmälä* s. 102.

kuluttajia koskevassa lainsäädännössä, mutta kansainvälisen kaupan sopimus-suhteissa ja varsinkin sopimusverkoissa tietämättömyys (sanan tavanomaisessa merkityksessä) ei ole rinnastettavissa vilpittömään mielen (sanan juridisessa mielessä ”*bona fide*”). Kaikenlainen tietämättömyys muodostuu ennemmin tai myöhemmin liikesopimuskumppanin ongelmaksi kansainvälisessä kaupassa. Ämmälä on tutkinut myös vilpittömän mielen ja selonottovelvollisuuden välistä liityntää ja esittää samalla näkökantoja vilpittömän mielen laadusta ja edellytyksistä.²⁷ Kansainvälisen kaupan sopimusverkoissa osapuolilla voidaan esittää olevan hyvin laaja selonottovelvollisuus ja ”tietämisvelvollisuus”, joka voidaan rinnastaa ”ammattimaisuuteen”. Tulee huomata, että kansainvälistä kauppaa harjoittavan yrityksen tietämys ja selonottovelvollisuuskyky (jolla tässä tarkoitan kykyä hallita ja käyttää tietoa) ovat ne seikat, joiden avulla yritykset pystyvät kansainvälisessä ympäristössä toimimaan – ja joilla yritykset itseään markkinoivat.

Kivimäki – Ylöstalon ja Ämmälän esityksistä voidaan yhteenvedona todeta, että vilpittömän mielen rinnalla tulisi aina kussakin tapauksessa arvioida myös selonottovelvollisuuden laajuutta. Osapuolten asemaa ja sopimussuhteen sisältöä tulee tarkastella käytännössä aina *in casu*, jotta voidaan sanoa, minkälainen selonottovelvollisuus osapuolilla on. Vilpittömän mielen suojan saaminen ei suoranaisesti edellytä, että vilpittömässä mielessä olevan tahdonilmaisun saajan (sopimuskumppanin) olisi toimittava erityisen lojaalisti tahdonilmaisun antanutta sopimuskumppania kohtaan. Tässä tahdonilmaisun saajan ja antajan vilpittömän mielen arviointi eroavat toisistaan. Jotta tahdonilmaisun antaja voisi vedota omaan vilpittömään mieleensä, tulee hänen jossain määrin kyetä osoittamaan toimineensa lojaalisti tahdonilmaisun saajaa kohtaan. Toki tällöin myös tahdonilmaisun saajan tulee olla vilpittömässä mielessä.

Mikäli vilpittömän mielen arviointi ylipäänsä tulee tarpeelliseksi, on sopimussuhteessa mennyt jotain vikaan. Tällöin vilpittömyyttä suojataan, kun taas ”vilpillisesti” toiminut joutuu tavalla tai toisella kantamaan vastuun. Jos liikesopimuskumppanin vilpittömyys ei olisi kansainvälisen kaupan liikesopimusten perustana ja perusolettamana, olisi kansainvälinen kauppa kaoottinen tila.

Vilpittömyyden ja vilpittömän mielen puuttumisesta voidaan esittää esimerkkinä valeoikeustoimi²⁸, jonka sopimuskumppanit ovat tietoisina toimen luonteesta tehneet. Tällöin vilpillisyys kuitenkin kohdistuu kolmansiin osapuoliin, ei varsinaisesti tai ainakaan ensisijaisesti sopimuskumppaniin, joka on ollut osallisena mukana valeoikeustoimessa. Lähtökohtana suomalaisessa sopimusoikeu-

²⁷ Ämmälä artikkelissaan ”Vilpitön mieli ja selonottovelvollisuus” teoksessa Vilpittömästä mielestä, 1997 s. 23–35, jossa Ämmälä selvittää mm. asiantuntemuksen ja selonottovelvollisuuden suhdetta. Tästä myös mm. Kaisto 1994 s. 484.

²⁸ Tässä käsitellään valeoikeustoimista lähinnä sopimusta eli ”valesopimusta”.

nessa on se, että valeoikeustoimia tulee pitää pätemättöminä. Useimmiten kuitenkin ainoastaan sopimuskumppaneilla on käytännössä tieto valeoikeustoimen luonteesta, ja ulkopuolisen on käytännössä vaikea osoittaa kyseessä olleen valeoikeustoimi. Valeoikeustoimen perusristiriita on, että valeoikeustoimi ei vastaa sitä, mitä osapuolet ovat tarkoittaneet. Kuitenkin valeoikeustoimi on tehty osapuolten välisessä yhteisymmärryksessä. Tämän perusteella voidaan esittää osapuolten olevan konsensuksessa sopimuksen vilpillisyydestä. Konsensuksessa solmittujen sopimusten jälkikäteinen tulkinta on usein hankalaa. Vielä hankalammaksi muodostuu kansainvälisen kaupan sopimusverkoissa ”konsensusvilpillisten” sopimusten, kuten esimerkiksi valeoikeustoimien, tulkinta ja selvittäminen. Selvitysten hankaluuden vuoksi vilpillinen toiminta verhotaankin useimmiten tavalliselta kansainväliseltä kaupalta näyttävien sopimusverkkojen taakse.²⁹

Sopimusten tulkinnessa on meillä vakiintunut *falsa demonstratio non nocet* -periaate. Periaatteen mukaan sopimukselle tulee antaa käytetystä sanamuodosta riippumatta se sisältö ja merkitys, jota sen laatineet osapuolet ovat tarkoittaneet. Sopimuskumppanit voivat näin esittää yksimielisinä sopimuksen tarkoittaneen jotain täysin sanamuodosta poikkeavaa. Vilpittömän mielen vaatimuksen osalta voidaan esittää kysymys, voivatko kaikki sopimusverkkoon osalliset yhteisymmärryksessä päättää, että jokin sopimus on vilpiton? Muuttaako siis sopimusverkon osallisten konsensus vilpillisen oikeustoimen periaatteessa vilpittömäksi eli onko olemassa pätevä ”vilppikonsensus”? Jos sopimusverkon osapuolten välillä on yhteisymmärrys ”vilppikonsensuksesta” ja tällä toimella ei loukata kolmansia osapuolia tai toimia suoranaisesti lainvastaisesti, on hyvin epätodennäköistä, että oikeustoimeen puututaan. Käytännössä sopimusverkossa tapahtuva pienikin vilpillinen toiminta aiheuttaa epätasapainoisen tilan, koska yleensä jokin sopimusverkon osapuoli on tästä vilpillisyydestä tietämätön. Tällöin sopimusverkon osapuolista osa toimii vilpittömästi ja osa vilpillisesti. Tilanteen oikeudellisessa tarkastelussa ja vilpittömän osapuolen aseman selvittämisessä voidaan hakea suuntaa valeasiakirjaan liittyvistä periaatteista.

Mikäli kyseessä on valeasiakirja, joka on joutunut vilpittömässä mielessä olevalle kolmannelle, sitoo asiakirja yleensä sanamuotonsa mukaisesti (kuten on säädetty oikeustoimilain 34 §:ssä). Tällöin sopimuskumppaneilla ei pääsääntöisesti ole oikeutta vedota oikeustoimen ”pätemättömyyteen” kolmatta kohtaan.

²⁹ Jonkinlaisena esimerkkinä valeoikeustoimen tyypisestä tilanteesta kansainvälisessä kaupassa voidaan mainita eräät kilpailuoikeudellisten sääntöjen kiertämiseksi ja viranomaisten harhauttamiseksi tehdyt sopimukset ja sopimusehdot.

Pankki toimii usein kansainvälisen kaupan sopimusverkon osapuolena. Pankki ei yleensä ole kansainvälisen kaupan varsinainen pääsopimuskumppani, vaan se toimii asiakkaittensa kanssa tehtyjen toimeksiantosopimusten mukaisesti tukien pääsopimuksen toteutumista. Tyypillisimmillään pankin tehtävänä sopimusverkossa ovat erityyppiset vakuus- ja maksujärjestelyt. Näissä toimeksiantoissa pankin toimet määräytyvät sopimusten perusteella, ja pankin toimintavollisuus on käytännössä aina monensuuntaista (eli yleensä toimeksiantajaa ja edunsaajana olevaa kohtaan). Mikäli toimeksiannon taustalla on valeoikeustoimi ja pankille sopimusverkossa annettu toimeksianto on laadittu pääsopimuskumppanien toimesta ainoastaan pankin harhauttamiseksi, on kyse juuri valeoikeustoimesta.³⁰ Pankin toiminta kansainvälisen kaupan sopimusverkoissa perustuu pitkälti luottamukseen siitä, että asiakkaan liiketoiminta on laillista ja vilpittöntä, asiakkaan antamat tiedot ovat oikeita ja käytetyt asiakirjat todellisia ja aitoja. Vaikka pankeille on annettu yhä enenevässä määrin velvollisuuksia tutkia asiakkaan taustoja laittomuuksien estämiseksi (mm. rahanpesu, terrorismi ym.), pankilla on käytännössä harvoin mahdollisuuksia tutkia ja tarkastaa asiakkaan kaikkia toimia. Toisaalta pankin epäily asiakkaan antamien tietojen tai asiakirjojen todenperäisyydestä koituu viime kädessä asiakkaan tappioksi: pankit eivät pääsääntöisesti uskalla ryhtyä epämääräisiin tai epäilyttäviin luototuksiin tai liiketoimiin.

Varsinkin sopimusverkoissa pankin tulee olla vilpittömässä mielessä niin tahdonilmaisuja antaessaan kuin niitä vastaanottaessaankin. Pankin vilpittömyyden tulisi kohdistua tasapuolisesti kaikkiin sopimusverkon osapuoliin. Tämä ei kuitenkaan ole ongelmatonta, sillä vilpittömyys ja liiketoiminnallisen hyödyn saaminen eivät aina ole täysin yhteen sovitettavissa.

5.2.3 Vilpitön mieli oikeusperiaatteena

Vilpittöntä mieltä tai paremminkin vilpittömän mielen periaatetta on pidetty oikeusperiaatteena.³¹ Vilpittömän mielen oikeusperiaate on se, että vilpittöntä mieltä suojataan. Kuitenkin voidaan esittää, että yleisesti hyväksytty vilpittömyyden perusolettama tai perusvaatimus sopimussuhteissa tarkoittavat käytännössä sitä, että sopimuskumppaneilta vaadittaisiin rehellisyyttä (tai oletettaisiin kaikkien olevan rehellisiä ja toimivan rehellisesti). Vilpittömyyden ongelman tarkastelu kohdistuu ja aktualisoituu nimenomaan sivullissuhteissa,³² mutta kaupallisten suhteiden, liikesopimusten ja sopimusverkkojen osapuolten vilpittömyyden tai

³⁰ Voidaan olettaa, että mikäli valheellisia asiakirjoja on laadittu, syyllistyy asiakirjojen laatija käytännössä aina rikokseen (petos, väärennös tai rahanpesurikos tms.).

³¹ Vilpittömyydestä mielestä ks. *Kaisto* 1997.

³² Tästä esim. *Tammi-Salminen, Eva*: Sopimus, kompetenssi ja kolmas, 2001.

rehellisuuden vaatiminen, todistaminen tai osoittaminen muutoin on käytännössä hankalaa.

Vilpittömän mielen asemaa on korostettu oikeusperiaatteena ja sopimusoikeudellisten suhteiden perustana. *Aarnio* on esittänyt positiivisista oikeusperiaatteista seuraavasti:³³

”b) Positiiviset oikeusperiaatteet. Positiivisilla oikeusperiaatteilla tarkoitetaan voimassa olevaan oikeuteen sisällytettyjä tai siinä edellytetyjä ratkaisuperiaatteita... Myös yksityisoikeus tuntee positiivisia ratkaisuperiaatteita: tasajaon periaate jäämistöoikeudessa, työntekijän suojelun periaate työoikeudessa, vilpittömän mielen (’Treu und Glauben’) ja pacta sunt servanda periaate sopimusoikeudessa.”

Pacta sunt servanda -periaate ja vilpittömän mielen periaate kulkevat sopimusoikeudessa rinnan. Voidaankin esittää, että sopimusten sitovuuden periaate edellyttää lähtökohtaisesti vilpittömän mielen periaatteen hyväksymistä eli sopimuksen katsotaan sitovan osapuolia näiden toimiessa vilpittömässä mielessä. Ajatusta voidaan jatkaa toteamalla, että vilpittömässä mielessä tehty sopimus sitoo osapuolia. Edelleen esimerkiksi oikeustoimilain suomat oikeussuojakeinot on tarkoitettu nimenomaisesti vilpittömässä mielessä olleelle sopijakumppanille, eikä suinkaan ”vilpillisesti” toimineelle osapuolelle.³⁴ Pääsääntönä voidaan pitää sitä, että vilpillisyystilanteessa ei synny sitovaa sopimusta.

Lainsäädännössä ja kansainvälisissä liikesopimuksia koskevissa säännöissä ja ohjeissa esiintyy usein perusajatus vilpittömyyden suojaamisesta ja jopa vilpittömän toiminnan edistämisestä. Termit *vilpittömyys* ja *rehellisyys*³⁵ esiintyvät usein rinnakkain kuvaamassa sopimuskumppanien oikeanlaista asennoitumista sopimustilanteissa. Näiden on katsottu muodostavan tavoiteltavan perustan sopimuksille. Esimerkiksi oikeustoimilain valmistelussa pidettiin rehellisuuden vaatimusta tärkeänä.³⁶ Samoin hallituksen esityksessä maakaareksi³⁷ on esitetty suojan saamisen edellytykseksi se, että siihen vetoava on ollut perustellussa vilpittömässä mielessä:

”Kirjaamiseen perustuvan esineoikeudellisen suojan tarkoituksena on turvata rehellistä vaihdantaa. Yleisenä edellytyksenä suojan saamiselle on se, että

³³ *Aarnio* s. 80.

³⁴ Ks. oikeustoimilain 3 luvun yleiset pätemättömyysperusteet. Ks. tästä myös *Ämmälä* s. 152–160.

³⁵ Rehellisydestä sopimusoikeudessa ks. esim. *Telaranta* 1990 s. 343.

³⁶ Ehdotus laiksi varallisuusoikeudellisista sopimuksista ja muista varallisuusoikeudellisista oikeustoimista ynnä perustelut, 1925 (1925:2). Ks. esimerkiksi s. 65, johon myös *Telaranta* 1990 s. 343 viittaa.

³⁷ Hallituksen esitys Eduskunnalle maakaareksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi (HE 120/1994) s. 22.

siihen vetoava on oikeustoimeen ryhtyessään ollut perustellussa vilpittömässä mielessä.”

Kansainvälisen kaupan osalta voidaan tässä ottaa esille YK:n kauppalaki³⁸, jonka II luvun 7 artiklan 1-kohdassa korostetaan vilpittömän mielen asemaa yleissopimuksen pääperiaatteena:

In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of *good faith* in international trade.

(”Tämän yleissopimuksen tulkinnassa on otettava huomioon yleissopimuksen kansainvälinen luonne sekä tarve edistää sen yhtenäistä soveltamista ja toimimista *vilpittömässä mielessä* kansainvälisessä kaupassa.” [Kursivointi tässä.])

Bianca – Bonellin YK:n kauppalakikommentaarissa korostetaan useaan otteeseen vilpittömän mielen periaatetta (*the principal of good faith*).³⁹ YK:n kauppalain artikloissa on löydettävissä viittauksia vilpittömään mieleen (esimerkkinä 9 artiklan 2 kohta) ja toisaalta lain tulkinnassa on otettava huomioon vilpittömän mielen -periaate, kuten edellä lainatussa 7 artiklan 1-kohdassa on nimenomaisesti lausuttu.

Toisena esimerkkinä vilpittömän mielen merkityksestä kansainvälisen kaupan sääntelyssä voidaan mainita Kansainvälisen yksityisoikeuden yhtenäistämisintituutin (UNIDROIT) esitys Principles of International Commercial Contracts (Periaatteet). Periaatteissa mainitaan, että sopimusneuvotteluja on käytävä ”*not in bad faith*”.⁴⁰ Tämä periaate on ilmaistu esimerkin avulla:

”Article 2.15

...

(3)

It is bad faith, in particular, for a party to enter into or continue negotiations when intending not to reach an agreement with the other party.”

(”Artikla 2.15

...

(3)

Vilpillisessä mielessä toimimista on etenkin, jos osapuoli ryhtyy sopimusneuvotteluihin tai jatkaa niitä tarkoituksenaan olla saamatta aikaan sopimusta toisen osapuolen kanssa.”)

³⁸ YK:n kauppalakia ei sovelleta kuluttajasopimuksiin, katso I osan 2 artiklan a-kohta.

³⁹ *Bianca – Bonell* s. 85–88.

⁴⁰ Ks. UNIDROIT Principles of International Commercial Contractsista *Routamo*, LM 1996 s. 375–380 sekä teos *The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts: A New Lex mercatoria*, 1995. Huom. tässäkin teoksen otsikoinnissa käytetty *lex mercatoria* -viittaus.

YK:n kauppalaain ja UNIDROIT:n periaatteiden osalta voidaan kuitenkin perustellusti väittää, että ne eivät osoittaisi ”vilpittömän mielen” -vaatimusta. Kyseisten säännöstöjen, kuten myös monien muiden alkuperältään ulkomaankielisten säännöstöjen, käännökset eivät välttämättä ole onnistuneita. ”Good faith” voidaan myös kääntää esimerkiksi *vilpittömästi*, *hyvässä uskossa*, *reilusti* tai *rehellisesti*. Käännösy yrityksistä huolimatta käytetyn termin sisällön selvittäminen on tarpeellisempaa kuin tarkan käännöksen löytäminen. Vilpittömän mielen määrittelyssä käännösongelman jälkeen on vastassa kehäpäättelyn tyyppinen ongelma, koska suomalaisen termin ”vilpitön mieli” sisältö edelleen ongelmallinen. Toisaalta voidaan esittää, että *good faith*- ja *fair dealing* -käsitteet ja niiden määritelmät eivät ole kansainvälisissä tutkimuksissa yksiselitteisiä, yhteneviä tai selviä.⁴¹

5.2.4 Vilpitön mieli kansainvälisen kaupan liikesopimusten sitovuuden perustana

Sopimuksen sitovuuden perusteita on pyritty kuvaamaan edellä esitetyin eri sopimusmallein. Perinteisiä sopimusmalleja ovat tahtomalli ja luottamusmalli.⁴² Varsinkin luottamusmallissa vilpittömän mielen asema on korostetusti esillä.⁴³ Riippumatta sopimuksen tarkastelijan esittämistä näkemyksistä ja kansalaisuudesta, voidaan sanoa, että sopimuksen perusrakenteen ja merkityksen kannalta vilpittömyys (olipa vilpittömyys määritelty ”bona fide”, ”good faith”, ”Treu und Glauben” tms.) on merkittävässä asemassa. Sopimuskäsityksiä tarkasteltaessa voidaan havaita, että periaatteessa kaikissa sopimusteorioissa osapuolten vilpittömyys on sopimuksen perusedellytys.

Mikäli sopimuskumppanit joutuisivat arvioimaan sitoutumistaan tai toisen osapuolen sitoutumista esimerkiksi jo sopimusneuvotteluissa ”vilpillisyyden” lähtökohdasta tai sen oletetusta vilpillisyydestä, ei sopimuksilla voisi olla nykyisenkaltaista asemaa missään yhteiskunnassa tai kansainvälisessä kaupassa. Vilpittömyys luo pohjan sopimusten sitovuudelle ja sille, että sopimuksia noudatetaan. Mikäli sopimuksia ylipäänsä pidetään sitovina, tulee sopimuskumppanien voida luottaa (heillä tulee olla oikeus luottaa) vastapuolen vilpittömyyteen. Tulee huomata, että vilpittömyys ei kuitenkaan estä sopimuskumppaneita hyötymästä sopimuksesta. Vastaavasti voidaan todeta, että liikesopimuksissa ja sopimuksissa yleensä hyödyn tavoittelu ei saa olla vilpillistä. Kansainvälistä liiketoimintaa ja liikesopimuksia on joissakin yhteyksissä pidetty ”lähtökohtaisesti vilpillisenä”,

⁴¹ Esimerkiksi Auerin ja Summersin esitykset sekä myöhemmin jakso 5.2.6 s. 193–.

⁴² Malleista yleisesti Pöyhönen 1988 s. 199–248. Pöyhönen on esittänyt perinteisten tahto- ja luottamusmallien lisäksi yhteisöllisen käytännön mallin.

⁴³ Pöyhönen 1988 s. 206–209.

koska niistä saatava hyöty tai voitto ei joidenkin mielestä voi olla vilpittömässä mielessä saatua. Usein tällainen kritiikki johtuu siitä, että liikesopimuksien intressit ja niistä saatu hyöty voivat olla määrällisesti niin suuria, ettei niitä voida helposti millään tavallisilla mittareilla perustella. Toisaalta kritiikki liiketoiminnan vilpittömyyttä kohtaan johtuu usein siitä, ettei liiketoiminnan (eikä varsinkin pankkitoiminnan) perusteita tunneta tarpeeksi hyvin.

Vilpittömän mielen vaatimusta ei kansainvälisen kaupan liikesopimusten sääntelyssä ole esitetty pelkästään abstrakti- tai periaatetasolla. Esimerkiksi Commission European Contract Law'n laatimassa The Principles of European Contract Law:ssa on korostettu vilpittömän mielen periaatteen merkitystä sekä vilpittömyyden rinnalla "fair dealing" -ajatusta mm. seuraavasti (artikla 1:106 ja 1:201):

Article 1:106: Interpretation and Supplementation

(1) These Principles should be interpreted and developed in accordance with their purposes. In particular, regard should be had to the need to promote good faith and fair dealing, certainty in contractual relationships and uniformity of application.

...

Article 1:201: Good Faith and Fair Dealing

- (1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing.
- (2) The parties may not exclude or limit this duty.

(Artikla 1:106: Tulkitseminen ja Täydentäminen

(1) Näitä periaatteita tulisi tulkita ja kehittää niiden tarkoituksen mukaisesti. Huomiota tulisi kiinnittää etenkin tarpeeseen edistää vilpittömyyttä mieltä ja hyvää liiketapaa, varmuutta sopimussuhteissa sekä soveltamisen yhdenmukaisuuteen.

...

Artikla 1:201: Vilpittömän mieli ja hyvä liiketapa

- (1) Kaikkien osapuolten tulee toimia vilpittömässä mielessä ja noudattaa hyvää liiketapaa.
- (2) Osapuolet eivät saa sulkea pois tai rajoittaa tätä velvollisuutta.)

5.2.5 Tahdonilmaisun saajan vilpittömän mielen ja vilpittömän mielen osana tahdonilmaisua

Vilpittömän mielen problematiikka liittyy tahdon ja sen ilmaisemisen ongelmiin. Muita vilpittömään mieleen liittyviä kysymyksiä ovat esimerkiksi tahdon ja sen ilmaisun toisistaan poikkeamiseen liittyvät erehdystilanteet sekä valeoikeustoimet.

Esimerkiksi kansainvälisen kaupan remburssijärjestelyissä pankin vilpittömyys liittyy:

- pankin mahdollisuuksiin ymmärtää ja tulkita sille annettua tahdonilmaisua (eli pankin vilpittömyyteen tahdonilmaisun saajana) ja
- pankin oman toiminnan vilpittömyyteen (eli pankin antamien omien tahdonilmaisujen vilpittömyyteen).

Sopimusoikeudellisena lähtökohtana voidaan pitää sitä, että liikesopimus-kumppanien (kuten kenenkä tahansa sopimuskumppanin) tahdonilmaisun osana tulee olla vilpittömyys. Mikäli tahdonilmaisuus ei ole vilpittön, sille ei lähtökohtaisesti anneta oikeussuojaa.

1 Tahdonilmaisun saajan vilpittömyys eli vilpittön mieli



2 Vilpittömyys osana tahdonilmaisua eli tahdonilmaisun antajan vilpittön mieli



Kuvio 14. Vilpittömyyden suhde tahdonilmaisuun.

Kansainvälisen kaupan liikesopimuksissa ja sopimusverkoissa sopimuskumppani ei voi pääsääntöisesti vedota ”vilpittömään tietämättömyyteen”. Kansainvälinen kauppa on korostetusti ammattilaisten ja asiantuntijoiden toimintaa, minkä takia liikeyritys ei yleensä voi vedota tietämättömyyteensä tai olla vilpittömässä mielessä oman alansa tietoa vaativista seikoista. Kuitenkin poikkeuksena on se, että toinen liikesopimuskumppani on toiminut vilpillisesti. Voiko tällöin toinen (vilpittömästi toiminut) sopimuskumppani olla vilpittömästi tietämätön toisen sopimuskumppanin vilpillisestä toiminnasta? Julkisuudessa on esiintynyt yhä useammin väite, että vilpillisesti toimineen liikeyrityksen sopimuskumppani voisi olla aidosti vilpittön ja tietämätön sopimuskumppaninsa vilpillisistä toimituksista. Varsinkin kansainväliseen kauppaan perehtyneet ja siinä mukana olevat yritykset tietävät varsin hyvin, että käytännössä on lähes mahdotonta selvittää aukottomasti sopimuskumppanin luotettavuutta tai taustoja saatikka kaikkia aikaisempia liiketoimia. Voidaan siis esittää, että liikesopimuskumppanin toimiessa vilpillisesti muut osapuolet ovat pääsääntöisesti aina tästä vilpittömästi tietämättömiä.

Kansainvälisen kaupan sopimusverkoissa ja enenevässä määrin myös kansainvälisen kaupan sääntelyssä korostuu edellä esitetty vilpittömyyden edellytys osana tahdonilmaisua. Esimerkkinä voidaan mainita pankkien yleisesti käyttämät Kansainvälisen kauppakamarin yhdenmukaisten perittäväsääntöjen (ICC 522) artikla 9, jossa selvästi korostuu pankkien ”toiminnallinen” vilpittömyys:

”Banks will act in good faith and exercise reasonable care.”⁴⁴

(”Pankit toimivat *hyvässä uskossa* ja noudattaen kohtuullista huolellisuutta.” [ICC:n Suomen osaston käännös, kursivointi tässä.])⁴⁵

Säännöissä (ainakin epäsuorasti) edellytetään pankkien toimivan vilpittömässä mielessä ja vilpittömästi. Toiminnallinen vilpittömyys tarkoittaa käytännössä juuri ”vilpitöntä mieltä osana tahdonilmaisua” eli tahdonilmaisun antajan vilpitöntä mieltä. Hyvin tyypillistä kansainvälisen kaupan sopimusverkoille on, että kansainvälistä liiketoimintaa harjoittavat yritykset, kuten pankit, korostavat erilaissa toimiohjeissaan, mainoksissaan ja toimintaperiaatteissaan muutoinkin toimivansa vilpittömässä mielessä (”in good faith”) asiakkaidensa ja liikekumppaniensa eduksi. Kansainvälisen kaupan sopimusverkon osapuolten tahdonilmaisujen vilpittömyys ja toisaalta huolellisuus (olipa huolellisuus määritelty vain ”reasonable” eli kohtuulliseksi tai ”strict” eli ankaraksi) muodostavat tärkeän osan sopimusverkon osapuolten luottamusta toisia sopimusverkon osapuolia ja osallisia kohtaan.

Toisaalta kansainvälisen kaupan sopimusverkoissa verkon osapuolen vilpittömyys liittyy myös riskin hallintaan ja riskin jakoon. Riskiä rajatessaan sopimusverkon osapuoli saattaa pyrkiä (lain ja sopimusten ym. mahdollisuuksien rajoissa) ilmoittamaan ja sopimaan vilpittömyydellensä rajat. Tällöin hän osoittaa vilpittömän mielensä rajoittuvan joihinkin seikkoihin tai johonkin ajankohtaan. Tämän jälkeen osapuoli voi periaatteessa sopimuksen mukaan vedota ”passiiviseen vilpittömään mieleen” eli osapuoli ilmoittaa olevansa ”vastaanottokyvytön” sellaiselle informaatiolle, joka on sopimuksin rajattu hänen tietonsa ulkopuolelle ja mikä muuttaa hänellä sopimusta tehtäessä ollutta vilpitöntä mieltä. Kyse on kuitenkin tällöin sopimusverkon osallisen mahdollisuudesta rajoittaa omaa riskiään ja toimeksiantoaan. Tulee huomata, että edellä esitetty periaatteellinen rajoitus koskee vilpittömyyttä saataessa tahdonilmaisua, ei annettaessa tahdonil-

⁴⁴ ICC 522 -sääntöjen epävirallisessa suomennoksessa on *good faith* -termi käännetty ilmaisulla ”hyvässä uskossa”.

⁴⁵ Ks. myös remburssisääntöjen artikla 9 b-kohta iv: jossa on käytetty termiä *bona fide holder*: ”[...] if the Credit provides for negotiation – to negotiate without recourse to drawers and/or *bona fide holders*...” [Kursiivi tässä.] ICC:n Suomen osaston käännöksessä *bona fide holders* on suomennettu ”hyvässä uskossa toimiva haltija”. Varsinaista määrittelyeroa termien *bona fide* ja *in good faith* välillä ei remburssisäännöissä ole.

maisuu; sopimusverkon osapuoli ei koskaan saa antaa tahdonilmaisuja tietoisesti vilpillisesti. Kansainvälisen kaupan passiivisesta vilpittömästä mielestä esimerkiksi voidaan esittää seuraava remburssisääntöjen artikloissa 4 sekä 13 esiintyvä ajatus, jota voidaan kuvata pankin ”passiiviseksi” vilpittömäksi mieleksi.⁴⁶

Article 4

Documents v. Goods/Services/Performances

In Credit operations all parties concerned deal with documents, and not with goods, services and/or other performances to which the documents may relate.

(Artikla 4

Asiakirjojen suhde tavaroihin/palveluihin/suoritteisiin

Remburssissa kaikkien osapuolten toimenpiteet koskevat asiakirjoja eivätkä tavaroita, palveluita ja/tai muita suoritteita, joihin asiakirjat saattavat liittyä.)

Article 13

Standard for Examination of Documents

a. Banks must examine all documents stipulated in the Credit with reasonable care, to ascertain whether or not they appear, on their face, to be in compliance with the terms and conditions of the Credit. Compliance of the stipulated documents on their face with the terms and conditions of the Credit shall be determined by international standard banking practice as reflected in these Articles. Documents which appear on their face to be inconsistent with one another will be considered as not appearing on their face to be in compliance with the terms and conditions of the Credit.

Documents not stipulated in the Credit will not be examined by banks. If they receive such documents, they shall return them to the presenter or pass them on without responsibility.

[...]

c. If a Credit contains conditions without stating the document(s) to be presented in compliance therewith, banks will deem such conditions as not stated and will disregard them.

(Artikla 13

Asiakirjojen tarkastuskäytäntö

a. Pankkien tulee tarkastaa kaikki remburssissa vaaditut asiakirjat kohtuullisen huolellisesti voidakseen päättää, näyttävätkö ne remburssin määräysten ja ehtojen mukaisilta vaiko ei. Näiden artiklojen mukainen kansainvälinen pankkikäytäntö ratkaisee, katsotaanko vaadittujen asiakirjojen olevan remburssin määräysten ja ehtojen mukaiset. Asiakirjojen, jotka näyttävät keskenään ristiriitaisilta, ei katsota olevan remburssin määräysten ja ehtojen mukaisia.

⁴⁶ Ks. myös ICC 500 -sääntöjen 15 artikla, jossa pankin vastuun ulkopuolelle rajataan vastuu remburssijärjestelyn (muiden) osapuolten toiminnasta ”hyvässä uskossa”.

Pankit eivät tarkasta asiakirjoja, joita remburssissa ei vaadita. Jos pankeille esitetään tällaisia asiakirjoja, ne palautetaan esittelijälle tai lähetetään eteenpäin ilman vastuuta.

[...]

c. Jos remburssi sisältää ehtoja määrittelemättä asiakirjoja, joista ehtojen täyttyminen todetaan, pankit katsovat tällaiset ehdot pätemättömiksi, eivätkä ota niitä huomioon.)

Yllä esitettyjen remburssisääntöjen mukaan osalliset ovat passiivisen vilpittömiä suhteessa kaikkeen muuhun paitsi siihen, mikä koskee asiakirjoja.

Passiivinen vilpittömyyden mieli on verrattavissa edellä esitettyyn tahdonilmaisun saajan vilpittömyyden mieleen. Tämä vilpittömyys ei varsinaisesti vaadi tahdonilmaisun saajalta mitään erityisiä toimia, vaan kyse on ”vilpittömyydestä tietämättömyydestä”.⁴⁷

5.2.6 Oikeustoimilain 33 §:n ”kunnian vastaisuus ja arvottomuus”

Suomalaisessa oikeustieteellisessä keskustelussa on vilpillisyyden ja vilpittömyyden määrittelyssä käytetty apuna oikeustoimilain 33 §:n sanamuotoa:

”Oikeustointa, jota muuten olisi pidettävä pätevänä, älköön saatettako voimaan, jos se on tehty sellaisissa olosuhteissa, että niistä tietoisesti olisi kunnian vastaista ja arvotonta vedota oikeustoimeen, ja sen, johon oikeustoimi on kohdistettu täytyy olettaa niistä tietäneen.”

Lainkohdan tarkoittama kunnian vastaisuus ja arvottomuus on jätetty sen sijaan tarkemmin määrittelemättä. *Telaranta* esittää, että kyseessä on yleislauseke, joka edellyttää *in casu* arvioitavaa konkretisointia.⁴⁸ Oikeustoimilain 33 §:ssä määritelty ”kunnian vastainen ja arvoton” menettely viittaa jonkinasteiseen vilpillisyyteen tai paremminkin seikkaan, johon vetoaminen olisi vilpillistä.⁴⁹ Kunnian vastaisuuteen ja arvottomuuteen vetoaminen sekä vilpittömyyden arviointi tulevat oikeustoimilain 33 §:n säätelemissä tapauksissa käytännössä arvioitaviksi yhtä aikaa.

Esimerkiksi juopuneena ollut sopimuskumppani esittää, että hänen juopuneena tekemänsä oikeustoimeen vetoaminen on ”kunnian vastaista ja arvotonta”. Sopimuskumppani voi puolestaan väittää, ettei hän ”tiennyt eikä hänen pitänytkään tietää sopimuskumppaninsa juopumustilasta”. Tämän perinteisen

⁴⁷ Tässä ei ryhdytä pohtimaan vilpittömyyden mielen ja *perustellun vilpittömyyden* mielen eroa.

⁴⁸ *Telaranta* 1990 s. 342.

⁴⁹ Ks. myös kauppalaki 20 §:n 2 momentti, jossa on käytetty samaa ilmaisua: ”... ellei myyjä ole menetellyt kunnianvastaisesti ja arvottomasti” sekä kauppalaki 33 §: ”... jos myyjä on menetellyt törkeän huolimattomasti tai kunnianvastaisesti ja arvottomasti.”

esimerkin valossa toisen sopimuskumppanin (ei juopuneen sopimuskumppanin) vilpittömyyden toteaminen sulkee pois sen, että oikeustoimeen vetoaminen olisi kunnian vastaista ja arvotonta.⁵⁰

Yleensä vilpitön mieli ja vilpittömyys kuvataankin juuri negaation kautta ”ei tiennyt” tai ”ei tiennyt eikä olisi pitänytkaan tietää”.⁵¹ Vilpittömän mielen vaatimuksen asettaminen sopimusoikeuteen voitaisiin esittää yleisenä vilpillisen toiminnan kieltona. Kysymys on edelleen: mitä on vilpitön mieli tai vilppi? Vilpillisen toiminnan kieltäminen on yleensä tehokkaampi kuin velvollisuus toimia vilpittömästi tai rehellisesti. Yleisten periaatetason normien ongelmana on suoranaisen sanktion puuttuminen. Jos esimerkiksi kauppakumppaneilta vaaditaan vilpittömyyttä, herää käytännössä kysymys siitä, mitä tapahtuu, jos kauppakumppani ei toimi vilpittömästi. Tämän vuoksi joudutaan kansainvälisen kaupan normeissa, ohjeissa ja säännöissä käytettävän usein määrittelemään ”sanktioitu periaate” (”vilpillinen toiminta on kiellettyä”), jotta sanktioimatonta periaatetta (”osapuolten tulee toimia vilpittömästi”) noudatettaisiin. Toisaalta huomattavasti helpompaa on ohjata kansainvälistä sopimustoimintaa ”positiivisin normein”, kuten *good faith* -tyyppisin vaatimuksin, kuin määritellä kiellettyä toimintaa. Tämän vuoksi vilpillisyyden kieltäminen yleisellä vilpittömyyden tai rehellisyyden vaatimuksella on yleensä kompromissiratkaisu.

Seuraavassa on otettu vilpittömän mielen sisällön määrittelyn selventämiseksi esille *Baylesin* ajatuksia teoksessa *Principles of Law*, jossa Bayles kuvaa common law -ympäristön sopimusoikeudessa vallitsevaa vilpittömän mielen käsitettä. Bayles käsittelee vilpittömän mielen (käyttäen termiä *good faith*) asemaa sopimusoikeutta koskevassa ”Duties independent of the contract”-osiossa.⁵² Voidaan huomata, että Baylesin näkökannassa vilpittömän mielen ja lojaalisuuden välinen ero ei ole täysin selvä.⁵³

Baylesin esittämän ajatuksen mukaista vilpitöntä mieltä voidaan näin ollen kuvata sopimuskumppanin velvollisuutena tai velvoitteena, joka ei perustu sopimukseen tai – täsmällisemmin ilmaistuna – sen ehtoihin. Toisaalta Baylesin esityksestä voidaan havaita, että Baylesin näkökannan perustana on se, että osapuolten välillä on sopimussuhde. Vaikka sopimussuhde on olemassa, ei Baylesin mukaan osapuolten vilpittömyydestä tarvitse erikseen sopia tai määrätä sopimusehdoin. Bayles toteaa⁵⁴:

⁵⁰ Ks. *Telaranta* 1990 s. 345–363.

⁵¹ Vertaa *Ämmälän* artikkeli ”Vilpitön mieli ja selonottovelvollisuus” teoksessa *Vilpittömästä mielestä*, 1997.

⁵² *Bayles* s. 188.

⁵³ Tämän vuoksi esitettyjen lainausten suomennoksissa vilpitön mieli -termin sijasta olisi osin sopivampaa käyttää termejä lojaaliteettivelvollisuus tai lojaaliteettiperiaate. Tästä seuraavassa jaksossa 5.2.7.

⁵⁴ *Bayles* s. 188.

”The chief exception to the foregoing statements is the duty of good faith, which is more a catchall for number of duties than a specific one. Some violations of it permit rescission of the contract while others provide a basis for damages.”

(”Ensisijainen poikkeus edellä mainittuihin lausuntoihin on vilpittömän mielen velvollisuus, joka on enemmän kaikenkattava kuin tarkoin määrätty käsite. Jotkut sen rikkomiset sallivat sopimuksen purkamisen, kun taas toiset antavat perusteen vahingonkorvaukselle.”)

Baylesin mukaan sopimuskumppaneilla on vilpittömän mielen velvollisuus (*duty of good faith*), joka puolestaan koostuu monesta eri tekijästä. Tätä velvollisuutta ei pystytä Baylesin mukaan yleispätevästi määrittelemään täsmällisesti. Voidaan havaita, että Baylesin kuvaama määritelmä vilpittömän mielen velvollisuudesta lähentyy lojaliteettivelvollisuutta. Bayles käsittelee teoksessaan aluksi vilpittömän mielen velvollisuutta, josta hän myöhemmin johtaa sopimusoikeudellisen vilpittömän mielen *periaatteen*.⁵⁵

”The principle of good faith: contract law should require conduct necessary for the minimal trust rational people need to interact with a reasonable prospect of it being mutually beneficial.”

(”Vilpittömän mielen velvollisuus: sopimusoikeuden tulisi vaatia käyttäytymistä, joka on tarpeen sen luottamuksen vähimmäismäärän aikaansaamiseksi, joka tarvitaan rationaalisten ihmisten välisen, mahdollisesti molemmille osapuolille hyötyä tuottavan toiminnan aikaansaamiseksi.”)

Tämän jälkeen Bayles täsmentää:

”Honesty in fact or sincerity is a crucial condition for such minimal trust, but not the whole of it.”

(”Rehellisyys tosiasiaissa tai vilpittömyys on ratkaiseva edellytys tällaiselle luottamuksen vähimmäismäärälle, mutta ei se kokonaan.”)

Honesty in fact -käsitteen osalta Bayles viittaa lähinnä Yhdysvaltojen Uniform Commercial Codessa (UCC) § 2-103 b-kohdassa kauppiaiden osalta määritellyn vilpittömän mielen käsitteeseen, joka kattaa myös lojaalin toiminnan velvollisuutta:

”‘Good faith’ in the case of a merchant means honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the trade.”

(”‘Vilpitön mieli’ tarkoittaa kauppiaan kohdalla tosiasiallista rehellisyyttä ja kohtuullisten, hyvää liiketapaa alalla koskevien, kaupallisten standardien noudattamista.”)

⁵⁵ Bayles s. 189.

Samoin UCC:n remburssia koskevassa viidennessä artiklassa on määritelty *good faith* -termiä seuraavasti (§ 5-102 (7) -kohta:

”(7) ’Good faith’ means honesty in fact in the conduct or transaction concerned.”

(”(7) ’Vilpitön mieli’ tarkoittaa tosiasiallista rehellisyyttä kyseessä olevassa suorituksessa tai liiketoimessa.”)

UCC:n artiklassa korostuvat ammattimaista liiketoimintaa harjoittavan erityisvelvollisuudet:

- velvollisuus tuntea liiketoiminnan tapa ja
- rehellisyysvelvollisuus.

Liiketoimintaa ja kansainvälistä kauppaa harjoittavien yritysten on periaatteessa aina täytettävä nämä velvollisuudet. Vaikka kyseinen säädös onkin Yhdysvaltojen kansallisten oikeuksien esikuvana, ilmaisee se hyvin myös kansainvälisessä kaupassa ja pankkitoiminnassa esiintyviä peruseriaatteita. Kansainvälinen kauppa ja pankkitoiminta ovat lähtökohtaisesti ylikansallista liiketoimintaa. Monimerkityksinen termi *good faith* on osaltaan käyttökelpoinen apu pyrittäessä selvittämään ja ymmärtämään kansainvälisen kaupan liikesopimuskumppanin vilpittömyyttä ja vilpittöntä mieltä. Kuten edellä on todettu, common law -maiden säädöksissä ja oikeuskirjallisuudessa esiintyvien *good faith* -termin määrittelyjen tarkastelussa voidaan lähestyä monilta osin lojaliteettiperiaatetta ja sen asettamia velvollisuuksia.⁵⁶

Common law -ympäristössä on usein päädytty vilpittömän mielen määrittelyssä käyttämään apuna vilpittömän toiminnan vastakohtaa eli vilpillisyyttä ja vilpillistä mieltä. *Good faith* -termiä on kuvattu vilpillisyyden (*bad faith*) vastakohtana esimerkiksi seuraavasti ”... that excludes certain types of conduct – bad faith”.⁵⁷ Vilpitön mieli sulkee näin pois toiminnan, jota voidaan kutsua ”vilpilliseksi mieleksi”. Käytännössä – ja nimenomaan pankkikäytännössä – vilpittömän mielen merkitys korostuu, kun halutaan kohteliaasti ilmaista jonkun toimineen väärin. Esimerkkinä voidaan ottaa pankille esitetty maksuvaatimus, joka ei ole pankin antaman sitoumuksen vastainen, mutta vaatimuksen saaneen pankin mielestä selkeästi vilpillinen.⁵⁸ Monissa maissa pankit perustelevat kieltäytymisensä muutoin kuin väittämällä, että vaatimus on esimerkiksi ”petos” tai ”vilpillinen”. Tämä johtuu suurelta osin myös siitä, että pankit eivät halua aiheuttaa syytöksillään asiakkaalleen tai toiselle pankille haittaa. Pankille esitetty vilppi- tai petossyyte aiheuttaa pankille käytännössä aina jonkinasteisen maineen menetyksen

⁵⁶ Tämän vuoksi termien *good faith* ja *fair dealing* määritysten kääntäminen suomeksi ei mielekasta.

⁵⁷ *Bayles* s. 188.

⁵⁸ Tältä osin vertaa UCC § 5-109.

pankkimaailmassa. Maineen palauttaminen on yleensä varsin vaikeaa, ja ainakin pankin kansainvälinen liiketoiminta voi olla pitkään jopa mahdotonta maineen mentyä. Osin näistä realiteeteista johtuen tuomioistuimet ovat pyrkineet käytännössä välttämään liian suorasanaisia ratkaisuja, joista voisi aiheutua pankeille tai liikeyrityksille maineenmenetyksiä.⁵⁹

5.2.7 Vilpitön mieli ja lojaliteettivelvollisuus

Peruseriaatteena voidaan pitää sitä, että tahdonilmaisun tulee lähtökohtaisesti olla vilpitön, jotta se voisi aikaansaada sille asetettuja ja toivottuja seuraamuksia. Kuitenkin kansainvälisen kaupan, kuten liiketoiminnan yleensäkin, katsotaan sisältävän vähintään spekulatiivista, joskus jopa hieman arveluttavaa toimintaa. Liiketoiminnalla pyritään saamaan voittoa. Tämän vuoksi vilpitön mieli -ajatuksen asettaminen liike-elämän toimintaympäristöön saattaa olla käytännössä joskus hankalaa.

Vilpittömän mielen ja lojaalisuuden (lojaliteettiperiaatteen) eroa on käytännössä vaikea määritellä. Tässä tutkimuksessa lojaalisuus tarkoittaa osapuolen jonkinasteista toimintaa, kun taas vilpitön mieli -termillä korostetaan lähinnä osapuolen ”ajatuksen tilaa” ja tietämystä tai tuntemusta.⁶⁰ Tämän määrittelyn jälkeen ja sen puitteissa olen pyrkinyt tekemään rajanvetoa termien *fair dealing* ja *good faith* välillä. Good faith tarkoittaa lähinnä vilpittöntä mieltä ja fair dealing lojaalisuutta kaupanteossa. Määritelmien osalta voidaan tehdä myös toisenlaisia päätelmiä.⁶¹

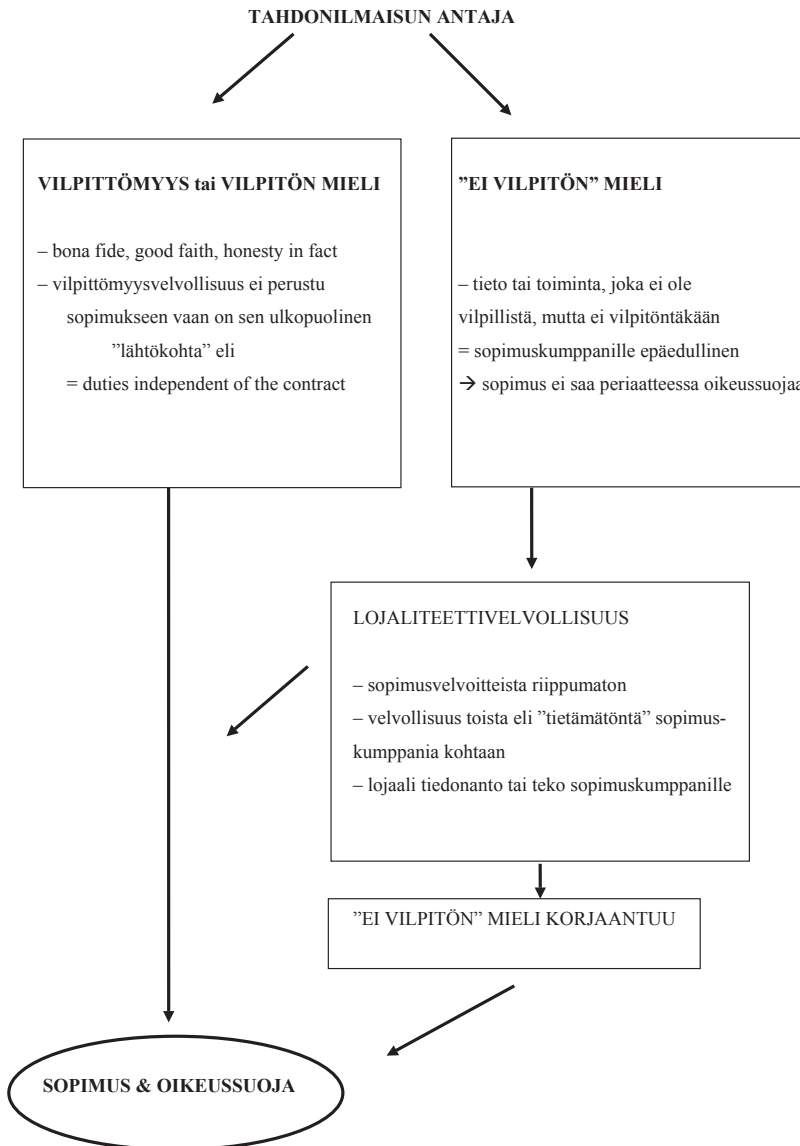
Lojaliteettiperiaate ja lojaliteettivelvollisuus ovat käytännössä vilpittömän mielen ”apuinstrumentteja”. Lojaliteettiperiaatteen mukainen toiminta on liikesopimuksissa käytännössä usein helpommin toteutettavissa kuin vilpittömän mielen vaatimus. Edelleen lojaali toiminta osoittaa ainakin jonkin asteista vilpittömyyttä. On huomattava, että vilpitön mieli ja yleinen lojaliteettivelvollisuus liittyvät liikesopimuksissa esitettävissä tahdonilmaisuuksissa kiinteästi toisiinsa. Liikesuhteissa vilpittömän mielen puutteet voidaan usein paikata tai korjata lojaliteettiperiaatteen mukaisen lojaliteettivelvollisuuden noudattamisella. Seuraavan kuvan avulla on hahmoteltu, miten liikesopimuksessa ja liikesopimusverkossa mahdollisesti oleva vilpittömän mielen vaje voidaan pyrkiä korjaamaan tiedottamalla vastapuolelle vilpittömyyden vajeesta tai toimimalla muuten sopimuskumppanin edun mukaisesti. Kyse ei seuraavassa ole kuitenkaan siitä, että

⁵⁹ Tässä voidaan mainita tuomioistuimen perustelujen osalta ”kohteliaisuuden rajatapauksena” tapaus KKO 1992:145, jossa maksuvaatimuksen esittämistä pidettiin ”oikeuden väärinkäyttönä”.

⁶⁰ Vertaa edellä esitetyt *Baylesin* määritelmät good faith -käsitteelle.

⁶¹ Terminologiasta myös *Mähönen, Jukka*: ”Good faith and fair dealing” ja lojaliteettivelvollisuus, teoksessa *Juhlajulkaisu Tuula Ämmälä*, 2000 s. 203–233.

kaikki vilpittömän mielen puutteet korjautuisivat kaavion mukaisesti – eikä varsinkaan siitä, että vilpillisyys korjautuisi aina lojaliteettivelvollisuuden täyttämällä. Tässä esitetty lojaliteettiperiaatteen sisältämä lojaliteettivelvollisuus kattaa siis velvollisuuden *toimia* (jossain määrin) lojaalisti sopimuskumppania kohtaan eikä pelkästään kieltäytymistä illojaalista tai vilpillisestä toiminnasta.



Kaavio 15. Tahdonilmaisun antajan "ei vilpitön" mieli ja lojaliteettivelvollisuus.

Vilpittömän mielen ja lojaliteettivelvoitteen edellä esitetyn mukaisesta suhteesta on erotettava tapaukset, joissa sopimuksen ehdoissa nimenomaan sovitaan osapuolten tiedonantamisvelvollisuudesta. Sopimuksen ehtona voi olla esimerkiksi: ”mikäli X tapahtuu, tästä tiedon saanut osapuoli ilmoittaa X:stä viipymättä toiselle osapuolelle.” Näissä tilanteissa kyse on erillisestä sopimukseen kirjattusta sopimusvelvoitteesta, ei periaatteena sitovasta normista.

Kuten edellä yritysmarkkinoiden lojalisuuden osiossa on todettu, epälojaalia ei ole se, että sopimuksen osapuoli tai sopimuskumppani on sopimusneuvottelujen tai sopimuksen voimassaolon aikana jostain seikasta perustellusti eri mieltä tai että osapuoli toimii omien oikeuksiensa turvaamiseksi. Vilpiton ja perusteltu oman edun tavoittelu ei lähtökohtaisesti ole liikesopimuksissa epälojaalia toimintaa.

5.2.8 Sopimusverkon osapuolen ja liikesopimuskumppanin vilpittömä mieli?

Voiko kansainvälistä liiketoimintaa harjoittava yritys yleensä ollenkaan vedota vilpittömään mieleen? Voiko sopimusverkon osapuoli olla vilpittömässä mielessä? Voiko juridinen henkilö olla vilpittömässä mielessä?

Ensiksi on todettava, että vilpillisessä mielessä toimiva luonnollinen henkilö ei voi vedota juridisen oikeussubjektin nimissä toimiessaan kyseisen oikeushenkilön vilpittömyyteen. Esimerkkinä voidaan mainita yhden miehen osakeyhtiö, jossa vilpillisessä mielessä toimiva omistaja vetoaisi omistamansa yhtiön vilpittömään mieleen.⁶² Jonkinlaista suuntaa liikeyrityksen ja oikeushenkilön vilpittömän mielen arviointiin suomalaisessa oikeuskäytännössä antaa korkeimman oikeuden ratkaisu 1938 II 428, jossa valtion katsottiin olleen vilpittömässä mielessä hallitessaan vesialuetta. Käytännössä voidaan yritystoiminnan ratkaisut ja tahdonilmaisut palauttaa aina yksilötasolle eli yrityksen ratkaisut ovat käytännössä yrityksen laillisten edustajien tekemiä ratkaisuja. Mitään lähtökohtaista estettä ei kuitenkaan siis ole sille, että kansainvälistä kauppaa harjoittava yritys tai pankki voisi olla vilpittömässä mielessä. Ongelmana voidaan pankkien ja muidenkin yritysten kohdalla lähinnä pitää perustellun vilpittömän mielen vaatimusta ”tiesi tai olisi pitänyt tietää”. Kysymystä siitä, mitä esimerkiksi pankin olisi rahoituksen asiantuntijana tullut tietää jostain seikasta, on yleisellä tasolla mahdotonta ratkaista. Pankkien osalta nämä seikat (jotka pankin tulisi tietää) on selvitetävä tapauskohtaisesti. Toisaalta tulee muistaa, että luottolaitostoimintaa

⁶² Huttunen, Allan: Yhdenmiehen osakeyhtiö s. 179, jossa ongelmaa tarkastellaan samastuskysymyksen kanssa. Toisaalta tässä voidaan tuoda sivuhuomiona esille yhtiön johdon lojaliteettivelvollisuus, josta Mähönen teoksessa Varallisuus-oikeuden kantavat periaatteet, Lojaliteettivelvollisuus ja tiedonantovelvollisuus, 2000 s. 97–109.

säätelevässä lainsäädännössä on pankkeja koskevia erityisvelvoitteita, jotka määräävät ainakin osin ne seikat, jotka pankin ”tulee tietää”.

Useissa kansainvälistä kauppaa koskevissa ohjeissa ja säännöissä on korostettu sitä, että kaupan osallistuvien on toimittava hyvässä uskossa ja vilpittömästi. Esimerkiksi Kansainvälisen kauppakamarin perittäviä koskevissa säännöissä (ICC 522) on säädetty:

Article 9:

”Good Faith and reasonable care.

Banks will act in good faith and exercise reasonable care.”

(Artikla 9

”Hyvä usko ja kohtuullinen huolellisuus. Pankit toimivat hyvässä uskossa noudattaen kohtuullista huolellisuutta.”)

Voiko tämäntyyppisillä säännöillä tai ohjeilla luoda oletaman osapuolten hyvästä uskosta yritysmarkkinoilla ja liikesopimuksissa? Vastaus lienee tapauskohtainen, mutta tämäntyyppisiä sääntöjä tullee tulkita pääsääntöisesti siten, että pankeille on ainoastaan muistutettu vilpittömän mielen vaatimuksesta. On selvää, ettei mitään johtopäätöstä osapuolen todellisesta vilpittömyydestä tai rehellisyydestä voida tehdä pelkästään sopimusehdosta, sovellettavista säännöistä tai osapuolen lausumasta. Vilpittömän mielen teoreettisessa tutkimuksessa tulee huomata, että käytännössä vilpittömyys arvioidaan ja selvitetään tapauskohtaisesti viime kädessä ulkopuolisen (tuomioistuimen tai välimiesoikeuden toimesta) toimesta

- ainoastaan jonkun järjestelyn osapuolten vaatimuksesta,
- vilpittömyyden kannalta merkittävän ajankohtaan nähden jälkikäteen ja
- jonkin seikan mentyä vikaan.

5.2.9 Sopimusverkossa käytettyjen asiakirjojen merkitys vilpittömän mielen arvioinnissa

Kansainvälisen kaupan liikesopimusverkoissa osapuolten ja varsinkin pankkien toiminta on hyvin asiakirjasidonnaista. Vakuus- ja maksujärjestelyissä pankille esitetään jatkuvasti monenlaisia asiakirjoja ja toisaalta pankki tuottaa jatkuvasti kansainvälisen kaupan sopimusverkon osapuolille dokumentaatiota. Vaikka elektroninen tiedonsiirto onkin periaatteessa mahdollistanut perinteisten paperiasiakirjojen määrän vähentämisen, tuotetaan pankeissa edelleen paljon elektronisia asiakirjoja. Kansallisissa liikesopimuksissa ja pankkitoiminnassa asiakirjojen merkitys ei ole kuitenkaan läheskään niin suuri kuin kansainvälisessä kaupassa ja kansainvälisessä pankkitoiminnassa.⁶³

⁶³ Elektronisesta kaupankäynnistä ja siihen liittyvistä asiakirjoista sekä yleisistä ehdoista ks. *Rai-las, Lauri: The Rise of the Lex Electronica and the International Sale of Goods*, 2004.

Kansainvälisessä kaupassa ja sopimusverkoissa asiakirjat muodostavat käytännössä pankin ainoat ”työvälineet” rahan lisäksi. Siinä käytetty raha on puolestaan yleensä elektronisessa muodossa, siten harvoin konkreettisena ja käsin kosketeltavana. Rahoituksessa sekä maksu- ja vakuusjärjestelyissä pankki on käytännössä aina sitoutunut toimimaan sovittujen asiakirjojen mukaisesti ja käsittelee pääsääntöisesti ainoastaan asiakirjoja. Tätä pankin asiakirjasidonnaisuutta vastaan tarkasteltuna pankin vilpitön mieli tahdonilmauksen saajana on usein helposti perusteltavissa sillä, että sopimuksen tai sopimukseen sovellettavien kansainvälisten sääntöjen mukaisesti pankki on sidottu ”vain asiakirjoihin eikä tavaraan”.⁶⁴

Vaikka asiakirjojen osalta kopiot, fax-kopiot ja erilaiset elektroniset kopiot ovatkin yleistyneet, on edelleen useissa tapauksissa suositeltavaa, että osapuolet käyttävät kansainvälisen kaupan liikesopimuksissa ja sopimusverkoissa alkupe räisiä paperiversioita sopimuksista. Kansainvälisen rikollisuuden kasvu ja kehityminen ovat johtaneet siihen, että nimenomaan kopioita ja elektronisessa muodossa olevia asiakirjoja manipuloidaan ja väärennetään. Esimerkiksi vilpillisesti toimivat yritykset ovat pyytäneet pankkeja avaamaan hyvin niukkaehtoisia standby-rembursseja, joita sittemmin on kopioitu ja toimitettu eri osapuolille vakuuksina. Tällöin ainoastaan standby-remburssin kopioversioon luottanut kansainvälisen kaupan osapuoli on luullut, että standby-remburssi on avattu juuri häntä varten ja että kyse on vain yhdestä standby-rembursista.⁶⁵

5.2.10 Vilpittömästä mielestä summa summarum

1. Kansainvälisen kaupan sopimusverkon osapuolten oletetaan ja edellytetään olevan vilpittömässä mielessä.
2. Vilpittömyys (good faith, bona fide) ei ole yksiselitteinen käsite kansainvälisessä kaupassa.
3. Sopimusverkon osapuolen vilpittömyys ja sen sisältö on harkittava in casu.
4. Sopimusverkon osapuolen vilpittömyyttä voidaan tutkia sekä tahdonilmaisun antajan että tahdonilmaisun saajan vilpittömänä mielenä.
5. Lähtökohtana on, että sopimusverkossa vilpittömässä mielessä annettu tahdonilmaisuus saa oikeussuojaa.

⁶⁴ Esimerkkinä voidaan mainita kansainvälisen kauppakamarin yhdenmukaiset remburssisäännöt (ICC 500), joiden mukaan pankkien toiminta kohdistuu ainoastaan asiakirjoihin. Ks. sääntöjen 4 artikla.

⁶⁵ Standby-rembursseihin liittyvien vilpillisten toimien osalta ks. mm. Trade finance fraud, ICC 2002 s. 37–38.

6. Lähtökohtana sopimusverkossa on, että vilpittömässä mielessä ollut tahdonilmaisun saaja saa oikeussuojaa.
7. Kansainvälisen kaupan liikesopimusverkossa vilpittömyyden puuttuminen ei aina ole osoitus toiminnan vilpillisyydestä.
8. Vilpilliseen toimintaan vetoavan on osoitettava vilpillisyys (fraud).

Vilpittömyys ei ole yhtenäinen käsite, mutta vilpillisyydelle on löydettävissä (good faith -termiä enemmän) kansainvälisesti yhtenäisiä piirteitä: kansainvälisen kaupan sopimusverkoissa fraud on tunnetumpi käsite kuin vilpitön mieli-käsite. Vilpittömyys on aina asetettava liikesopimuksissakin oikeussuojan saamisen edellytykseksi. Jos vilpillisyys sallitaan tai sitä suositetaan edes pienessä määrin, joudutaan varsinkin kansainvälisessä liiketoiminnassa ja liikesopimuksissa kestävämpään tilanteeseen.

6 Sopimusverkot yritysmarkkinoilla

6.1 SOPIMUSVERKKOAJATUS

Sopimusten verkottumista on käsitelty jonkin verran common law -järjestelmien sopimusoikeudellisissa tutkimuksissa, mutta yleensä hyvin lyhyinä mainintoina.¹ Selkeää määrittelyä sopimusten verkottumisilmiölle ei ole kyetty tai haluttu antaa eikä sopimusverkkoja ole suomalaisessa oikeustieteessä toistaiseksi juurikaan tutkittu. Verkottumisilmiö on kuitenkin selvästi havaittavissa varsinkin kansainvälisessä kaupassa, jossa useiden eri sopimusten yhtäaikainen toiminta on usein välttämätöntä kaupan tarkoituksen saavuttamiseksi.²

Sopimusverkkoa voidaan kuvata sopimusoikeudelliseksi järjestykseksi tai järjestelyksi, jossa useat sopimus- ja sitoumussuhteet liittyvät niin kiinteästi toisiinsa, että niiden voidaan katsoa muodostavan yhtenäisen kokonaisuuden.³ Sopimusverkkokäsitteen avulla on tarkoitus kuvata tietynlaista sopimusrakennelmaa, joka on yleinen ja tyypillinen nimenomaan kansainvälisen kaupan liikesopimusjärjestelyissä. Esitän seuraavassa tekijöitä, joiden avulla verkottuneita sopimuskokonaisuuksia eli sopimusverkkoja ja niiden tarkoituksia voidaan hahmottaa. Sopimusten verkottuminen on kehittyneen liiketoiminnan toimintamalli ja samalla kiinteä osa yritysmarkkinoita ja kansainvälistä kauppaa. Pyrin osoittamaan, että varsinkin kansainvälisen kaupan maksu- vakuusjärjestelyt perustuvat aina sopimusverkon olemassaoloon. Nämä järjestelyt sekä erityyppiset kansainvälisen kaupan projektit ja niitä koskevat toimintaperiaatteet ovat helpommin juridisesti ymmärrettävissä, mikäli tarkastelija kykenee näkemään järjestelyn taustalla olevan sopimusverkon.

Yritystoiminnassa erityyppiset sopimukset liittyvät usein toisiinsa. Varsinkin kansainvälisessä kaupassa ja erityyppisissä projekteissa sopimusten voidaan havaita liittyvän toisiinsa hyvin kiinteästi. Sopimusten liitynnät toisiin sopimuksiin ja sopimuskumppanien liitynnät voivat olla hyvin eriasteisia. Varsin tunnettuna sopimusten ja omistajien yhteenliittymänä sekä sopimusjärjestelynä voidaan mainita osakeyhtiö.⁴ Liiketoiminnassa ja varsinkin liikesopimuksissa on havaittavissa, että sopimusten liittäminen toisiinsa säästää kustannuksia, lisää tehok-

¹ Ks. sopimusten verkottumisesta *Collinsin* artikkeli (*Wilhelmsson* 1993 I) s. 300.

² Sopimusten ja yhteiskunnan verkottumisesta ks. myös *Varallisuus oikeus* s. 138–139.

³ *Williamsonin* käsityksistä sopimuksiin liittyvien verkottumisten osalta *Williamson: Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, 1975.

⁴ *Villa* on tutkinut osakeyhtiötä sopimuksena teoksessaan *Velkojan asema osakeyhtiössä*, 2003.

kuutta ja tehostaa tiedonkulkua sekä tuo usein mukanaan merkittäviä lisäetuja sopimusosapuolille.⁵

Sopimuksen verkottumisesta ja sopimusverkoista on pyrittävä erottamaan yhtiömuotoiset oikeussubjektit, oikeushenkilöt (osakeyhtiöt, kommandiittiyritykset, jne.) sekä *joint venture*- ja konsortiotyypiset organisaatiot, vaikka yhtiöoikeudellisessakin tutkimuksessa voitaisiin ajatella hyödynnettävän tässä esitettyä sopimusverkkoajatusta. On huomattava, että yhtiömuotoisissa organisaatioissa on yleensä selkeästi havaittavissa sopimusten yhteenliittymiä ja sopimusverkon ominaisuuksia.

Joint venture -yritys on kahden tai useamman jo olemassa olevan yrityksen tai oikeushenkilön yhteinen yritys, jonka tarkoituksena on toimia (usein ennalta sovitun ajan) kaikkien perustajien jatkuvaksi tarkoitettua toimintaa varten.

Konsortio on puolestaan yritysten erityistä tarkoitusta varten sopimuksin järjestämä, yleensä määrääjän kestävän hankkeen toteuttamista varten muodostama organisaatio. Konsortio ei yleensä ole itsenäinen yritys vaan se on tilapäinen ja konsortiosopimukseen perustuva yritysten yhteinen projektityhteenliittymä. Konsortiosopimukset ovat usein hyvin laajoja projektinhallintasopimuksia, joilla järjestetään konsortion osapuolten oikeudet ja velvollisuudet.

Konsortiosopimuksen ja *joint venture* -yrityksen eroa on kuvattu siten, että konsortio on tarkoitettu toimimaan ainoastaan tietyn projektin valmistumiseen saakka, kun taas *joint venture* -yritys perustetaan projekteja pitempiketoiseksi yhteistoimintayritykseksi.

Konsortiosopimuksen ja sopimusverkon erottaminen ja tunnistaminen käytännössä voi olla hyvin vaikeaa. Esimerkkinä voidaan mainita se, että konsortiosopimuksessa osapuolina ovat ainoastaan merkittävimmät yhteisprojektin osapuolet. Tällöin käsitteellinen/abstrakti konsortio (yhteisprojekti) voi muodostaa sopimusverkon.

Konsortiosopimus ja *joint venture* -yritys ovat usein sopimusverkon osia; sopimusverkkoon voi kuulua konsortio ja *joint venture* -yrityksiä. Tällöin sopimusverkon osan muodostaa erillinen sopimusten yhteenliittymä. Käsitteellisesti tilanne ei kuitenkaan poikkea siitä, että sopimusverkon osana on osakeyhtiö, jota voidaan myös pitää ”sopimusjärjestelynä”.⁶

Sopimusten verkottumista ja sopimusverkkoja on käsitelty *common law* -järjestelmien sopimusoikeudellisissa tutkimuksissa.⁷ Näiden tutkimusten ja kuvausten päätarkoituksena on useimmiten antaa sopimusten tulkitsijalle ohjeita yksit-

⁵ Osakeyhtiöiden kilpailukyvyn kehittäminen on ollut esillä myös kansallisten osakeyhtiölakien uudistuksissa. Ks. tästä esimerkiksi HE 109/2005 s. 8–16.

⁶ Tästä *Villa*: Velkojan asema osakeyhtiössä, 2003. Yritys sopimusverkkona s. 28–.

⁷ Sopimusten verkottumisesta esimerkiksi *Collinsin* artikkeli (*Wilhelmsson* 1993 I) s. 300. Olen aikaisemmin käyttänyt termiä sopimusten *verkostuminen*. Nytemmin on käytetty termiä sopimusten *verkottuminen*.

täisen sopimuksen tulkintaa varten. Sopimusverkko-ajatusta on käytetty hyväksi myös silloin, kun on haluttu kuvata yhteiskunnan ja jonkin sopimukseen perustuvan yhteisön yhteistoimintaa sekä näiden toimintaympäristöä ”sopimusten viidakossa”.

Varsinaisesti sopimusverkkojen oikeudellinen tutkimus tai oikeudellinen kuvaus on jäänyt lähinnä vain yleisluontoiseksi toteamukseksi siitä, että sopimusk-sien voidaan havaita liittyvän toisiinsa varsinkin ”projektisopimuksissa” ja projektirahoituksessa. Erilaisten sopimusverkostojen ja toisaalta taloustieteellisten yhteistyöverkostojen tutkiminen on saanut viime aikoina kasvavaa huomiota osakseen⁸. Määrittelyä eri sopimusten ja taloudellisten yhtymien ja ilmiöiden symbiooseille ei juridisesti ole annettu, eikä toistaiseksi sopimusverkkoja ole suomalaisessa oikeustieteessä omana ilmiönään juurikaan tutkittu. Kuitenkin liiketoiminnassa käytettyjen sopimusten verkottuminen ja sopimusverkkojen hahmottaminen on ensiarvoisen tärkeää kansainvälisen kaupan sopimussuhteiden ymmärtämisessä ja tulkinnassa. Erityisen suuri apu sopimusverkko-ajatuksesta on tarkasteltaessa kansainvälisen kaupan maksujärjestelyjä.

Kansainvälisessä kaupassa käytettyjen vakuusjärjestelyiden, maksutapojen ja -ehtojen osalta on huomattava, että kansainvälinen kauppa on lähtökohtaisesti useiden eri sopimusten ja sopimusintressien yhteensovittamista. Tämän vuoksi kansainvälinen kaupan (kuten kansallisenkin kaupan) sopimussuhteiden muodostaman kokonaisuuden ja eri sopimuskumppaneiden erityislaatuisen yhteistoiminnan ymmärtäminen on käytännössä välttämätöntä, jotta sopimusoikeudellinen arvio kustakin järjestelystä olisi muodostettavissa.

Tässä tutkimuksessa⁹ esitettyä sopimusverkkoa ei voida kuva itsenäisenä sopimusmallina, kuten esimerkiksi Pöyhönen on sopimusmalli-ajatusta kuvannut, mutta sopimusverkossa yhdistyvät selkeästi eri sopimusmalliajatteluissa esitetyt piirteet.¹⁰ Voidaan sanoa, että sopimusverkko on myös sopimusmallien verkko. Sopimusverkossa yhdistyvät näin osaltaan tahto- ja luottamusmalli.

Remburssimaksujen juridinen kuvaaminen ei ole mahdollista ilman remburssin toimintaympäristön selvittämistä. Tällöin myös remburssin käytön syyt ja tausta on selvitettävä ja ymmärrettävä. Remburssin toimintaympäristön muodostaa kansainvälinen kauppa. Suppeamman rajauksen mukaan remburssin toimintaympäristön voidaan katsoa rajoittuvan kansainvälisen kaupan maksuun. Remburssin toimintaympäristöä voidaan kuvata puhtaaksi sopimusverkoksi, sillä remburssin käyttö maksuehtona on täysin riippuvainen ”oikeantyyppisestä” toimintaympäristöstä eli sopimusverkosta.

⁸ Oikeustieteellisistä väitöskirjoista voidaan mainita esimerkiksi *Mononen* 2001 ja *Timonen* 1997.

⁹ Tästä myös lisensiaattityöni, *Lehtinen* 1997.

¹⁰ Tältä osin voidaan mainita varsinkin *Monosen* ja *Pöyhösen* ajatukset sopimusmalleista.

Perinteisessä tutkimuksessa remburssi on haluttu kuvata irrottamalla se toimintaympäristöstään itsenäiseksi sitoumukseksi. Vaikka tutkimuksissa remburssi on korostetusti itsenäinen ja periaatteessa muista sitoumuksista ja sopimuksista riippumaton instituutio, tulee remburssin käyttö ja juridinen arviointi aina ymmärtää osana sopimusverkkoa. Hieman yksinkertaistaen voidaan todeta, että remburssilla on muiden kaupallisten instrumenttien tapaan kausa eli syy, miksi sitä käytetään. Syy on kansainvälisen kaupan sopimuksessa sovitun kauppahinnan maksaminen. Remburssin irrottaminen kokonaan kausastaan ei ole mahdollista. Remburssin sopimusverkon toimivuus ja remburssin maksujärjestelyn toimivuus ovat samassa ja kiinteässä vuorovaikutussuhteessa keskenään; remburssi ei voi toimia toivotulla tavalla, mikäli

- remburssitoimeksianto laaditaan ilman perustetta eli ”täysin itsenäisenä” tai
- remburssi avataan ”täysin itsenäisenä” instrumenttina.

Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, ettei remburssi olisi täysin itsenäinen ja muista sopimuksista riippumaton järjestely – mutta remburssia ei käytetä ilman syytä, kausaa.

Kansainvälisen kauppasopimuksen sopimusehdot määräävät sen, miten remburssi toimii kauppahinnan maksussa. On muistettava, että edellä esitetyn remburssin määritelmän mukaan remburssia on aina pidettävä itsenäisenä sitoumuksena. Kuitenkin remburssiin liittyviä ongelmia ja remburssitoimeksiannon erityispiirteitä voidaan tarkastella osana sopimusverkkoa. *Remburssi on itsenäinen sitoumus, mutta vakuuden sisältävänä¹¹ maksutapana se liittyy aina kiinteästi (kansainväliseen) kauppasopimukseen ja sen sopimusverkkoon.*

Sopimusverkkoajatuksen ymmärtämiseksi on ensin selvitettävä peruskysymys

1. sopimusverkon sopimuksista ja sitoumuksista
2. sopimusverkkoon liittyneistä
 - a. itsenäisistä sopimuksista ja sitoumuksista
 - b. epäitsenäisistä sopimuksista ja sitoumuksista.

Sopimusverkko on samanaikaisesti dynaaminen ja staattinen. Sopimusverkon dynaamisuus saavutetaan ainoastaan ankarana staattisella sopimuksen sitovuudella. Sopimusverkko mukautuu ulkomaailmaan dynaamisesti sen vuoksi, että se on sopimusjärjestelynä staattinen ja sitova. Sopimusverkko sisältää yleensä sekä 1. kiinteästi verkkoon liitännäisiä sopimuksia, mutta myös 2. ankaria ja itsenäisiä sopimuksia, jotka ovat kiinteästi sopimusverkkoon sidottuja sopimusverkon osia. Tämä edellä kohdan 2. mukainen sopimus (tai sitoumus) tarkoittaa, että sopi-

¹¹ Remburssin avaus muodostaa henkilövakuuden, jossa vakuuden antaja on avaaajapankki.

musverkon sopimukset voivat olla samanaikaisesti kiinteästi sidoksissa sopimusverkkoon, mutta nimenomaisesti itsenäiseksi sovittuja sopimusverkon osia.

Remburssia voidaan kuvata:

- sopimusverkon sopimuksiin kuuluvaksi
- kiinteästi sopimusverkon osana olevaksi,
- mutta samalla itsenäisestä ja sopimusverkosta riippumattomaksi sitoumuksiksi.

”Remburssi sopimusverkon osana mutta samalla itsenäisenä sitoumuksena”-ajatusta voidaan jatkaa siten, että tarkastelukulma muutetaan sopimusverkon sisältä ulospäin tapahtuvaksi tarkasteluksi. Tästä tarkastelukulmasta havaitaan, että sopimusverkon osapuolilla on pääsääntöisesti selkeä käsitys remburssin käytöstä. Sopimusverkon osapuolten yleinen näkemys on, että remburssi on sopimusverkossa maksujärjestely, jolla ”myyjä saa aina kauppahinnan”, koska avaajapankki ”maksaa aina remburssin määrän”. Sopimusverkon osapuolet tunnistavat remburssin osaksi sopimusverkkoa, mutta samalla on sopimusteitse päätetty, että ”kauppahinta maksetaan remburssijärjestelyssä aina, pääsopimuksesta riippumatta”. Remburssi valitaan yleensä maksutavaksi, koska osapuolet haluavat käyttää pääsopimuksesta (ajatuksellisesti ja faktisesti) itsenäistä maksujärjestelyä. Sopimusverkon pääosapuolten (nyt lähinnä ostajan ja myyjän) tahto on sitoa kauppahinnan maksu dokumenttien esittämiseen, ei mihinkään muuhun.

Pääsopimuskumppanit tietävät hyvin, mikä on sopimuksen tausta ja tarkoitus. Valitessaan maksutavaksi remburssin he sopivat siirtävänsä maksuvelvollisuuden remburssitoimeksiannon mukaisesti pankille, joka voi olla pääsopimuksen ulkopuolisena ”periaatteessa tietämätön” pääsopimukseen liittyvistä seikoista. Remburssin osalta tulee aina muistaa, että maksujärjestely tehdään ensisijassa myyjän etua ajatellen. Tämä tarkoittaa sitä, että pääsopimuskumppanit nimenomaisesti sopivat siitä, että myyjä saa mahdollisimman varmasti suorituksen toimittaessaan remburssissa mainitut sopimuksen mukaiset asiakirjat maksavalle pankille. Toisaalta remburssilla samalla varmistetaan se, että ostaja periaatteessa saa oikeat asiakirjat (eli asiakirjat, jotka oikeuttavat tavaraan).

Remburssijärjestelyssä myyjä joutuu esittämään remburssi asiakirjat maksun saamiseksi. Tämä tarkoittaa teoriassa sitä, että avaajapankki ei sitoudu maksamaan varsinaisesti *kauppahintaa* vaan avaajapankki sitoutuu avatessaan remburssin *lunastamaan remburssissa mainitut asiakirjat* (yleensä tavaraan oikeuttavat asiakirjat, kuten konossementin). Maksavan pankin suorituksen perusteella ei maksunsaajan kannalta ole käytännön merkitystä, mutta remburssijärjestelyn peruseriaatteiden ja pankin toimien kannalta kyse on hyvin perustavasta seikasta: pankin maksusuorituksella ei ole periaatteessa mitään liityntää pääsopimukseen. Remburssijärjestelyssä yhdistyvät siis sopimusverkon kaikki elementit.

6.1.1 Sopimusverkon tunnusmerkit

Tunnistamisen kannalta on tärkeää erottaa sopimusverkko muista sopimusoikeudellisissa tutkimuksissa esitetyistä malleista ja käsitteistä. Seuraavassa ovat sopimusverkon tunnusmerkit:

1. Sopimusverkossa on *useita* sopimuksia (sitoumuksia).
2. Sopimusverkon sopimukset ovat *erityyppisiä*¹², heterogeenisiä sopimuksia (esimerkiksi rahoitus-, vakuus-, kuljetus-, osto-, myynti- ja vakuutus sopimuksia). Tässä tulee tehdä ero ”erityyppisyyden” ja esimerkiksi massa- tai vakio-sopimusten välillä (joissa kyse on useista samantyyppisistä sopimuksista). Nämä massasopimukset eivät yleensä myöskään liity toisiinsa, vaan ovat yksittäisiä ja ”itsenäisiä” sopimuksia. Sopimusverkkoon voi kuulua myös toisia sopimusverkkoja.
3. Kaikilla sopimusverkkoon kuuluvilla sopimuksilla on *yksi selkeä päämäärä*. Esimerkiksi se, että valtio A saa ydinvoimalan tai että sovittu kauppa tapahtuu.
4. Sopimusverkossa vallitsee usein ”*sopimusdominoteoria*”. Tällä tarkoitan, että yhden sopimuksen poisjääminen tai yhdenkin sopimuksen ”epäonnistuminen” aiheuttaa koko verkkoon yleensä kohtalokkaan seurauksen. Sopimusverkon jokainen sopimussuhde on kokonaisuuden kannalta tärkeä. Yksittäinen sopimussuhde voi kariutua, mutta epäonnistumisella on kallis heijastusvaikutus muihin sopimuksiin. Esimerkkinä voidaan mainita yksittäisen aliurakoitsijan viivästys rakennusurakassa, joka saattaa aiheuttaa (ja yleensä aiheuttaakin) koko urakan viivästymisen. Merkittävällä osalla sopimusverkon toimintaa pyritään edesauttamaan sitä, että dominoteoria ei toteudu. Tämän vuoksi sopimusverkoissa on kehittynyt tehokkaita riskienhallintamekanismeja.
5. Sopimusverkkojen oleellisen ja tärkeän osan muodostavat pitkäkestoiset sopimussuhteet eli niin sanotut *long term -sopimussuhteet*. Esimerkkinä voidaan mainita kassavirtapohjainen vakuusajattelu projektirahoituksessa (verrattuna traditionaaliseen tasepohjaiseen vakuusajatteluun), joka perustuu yleensä pitkäaikaisille sopimussuhteille.
6. Sopimusverkkojen tulosajattelu korostaa *tuottoa*. Tuotolla tarkoitan voiton keskimääräistä vakiintumista. Aikaisemmin ja traditionaalisemmin sopimusten tausta-ajatus on ollut selkeämmin voittoa tavoitteleva. Tuotto-käsite ja long term -sopimussuhdeajattelu toteuttavat pitkäjänteisyyden ja kärsivällisyyden liiketoimintaperiaatteita.

¹² Termillä *sopimustyyppi* tarkoitan lähinnä samaa kuin Halila – Hemmo sekä Pekkanen s. 132–147, jolloin sopimustyyppi määräytyy lain soveltamisalan mukaan. Tässä sopimustyyppitermillä tarkoitetaan myös samankaltaisten sopimusten ryhmää, vaikka niillä ei olisikaan erityistä sovellettavaa laki (esim. tietokoneohjelmistojen vuokraussopimukset). Sopimustyypeistä myös Huser s. 59–62.

Sopimusverkon minimiedellytykset voivat kuitenkin täyttyä, vaikka edellä esitettyjen kohtien 5. pitkäkestoisuuden edellytys eli long term -edellytys ja 6. tuoton korostumisen tunnusmerkkejä ei olisikaan käsillä.

Voidaan siis esittää, että sopimusverkon ehdottomina minimiedellytyksinä ovat sen seuraavat tunnusmerkit:

- sopimusverkossa on *useita* sopimuksia (sitoumuksia)
- sopimukset ovat *erityyppisiä*
- sopimuksilla on *yksi selkeä päämäärä*
- ”sopimusdominoteoria”.

Mikäli jokin näistä neljästä tunnusmerkeistä (jotka siis samalla muodostavat sopimusverkon minimiedellytykset) puuttuu, ei yleensä voida puhua sopimusverkosta tässä tutkimuksessa tarkoitettussa merkityksessä.

6.1.2 Sopimusvapaus, sopimuksen sitovuus ja vaihdannan intressit

Sopimusverkkoajatuksen perusta on sopimusvapauden periaate. Vapautta voitaisiin kutsua (*Pöyhöstä* mukaillen) sopimusverkon syväjustifikaatioksi. Jos sopimusverkkoa tutkittaisiin sopimusmallina, sitä tulisi tarkastella Pöyhösen esittämien ajatusten valossa lähinnä sovellettuna tahtomallin ja luottamusmallin yhdistelmänä. Sopimusverkko-mallilla olisi korostetusti luottamusmallin syväjustifikaatio, joka on vaihdannan intressi. Nämä kaksi sopimusoikeuden keskeistä tukipilaria (sopimusvapaus ja vaihdannan intressi) ja toisaalta osapuolten tahto ja luottamus yhdistyvät kiinteästi toisiinsa sopimusverkossa. Tuloksena ei kuitenkaan ole Pöyhösen esittämä yhteisöllisen käytännön malli, vaan yhdistymisen tapahtuu liikesopimusten ympäristössä, yritysmarkkinoilla. Sopimusverkkoa voitaisiin sopimusmallina kuvata pikemminkin useiden mallien summana kuin yksittäisenä uutena sopimusmallina. Sopimusverkkoa voisi kuvata liikeyhteisöllisenä mallina, jossa erityyppiset sopimusmallit ovat mukana.

Simmel on esittänyt, että velvoitteisiin liittyvä vapaus olisi jaettavissa kahteen: henkilöön kohdistuvaan vapauteen ja työntulokseen kohdistuvaan vapauteen. Simmelin mukaan rahaan ja rahavelvoitteeseen kohdistuu paljon vapautta.¹³ Liikesopimusten muodostamissa sopimusverkoissa toteutuu Simmelin osoittama rahan filosofian epäpersoonallisuus samalla kun yksilön sopimusvapaus korostuu.

Pöyhösen yhteisöllisen käytännön sopimusmallissa välittömät kriteerit¹⁴ tavallaan yhdistyvät välillisiksi kriteereiksi. Tuloksena on malli, jonka viimeikä-

¹³ *Simmel* s. 13–.

¹⁴ Ks. *Pöyhönen* s. 176.

tinen kriteeri on oikeudenmukaisuus. Oikeudenmukaisuuden ilmentymänä Pöyhönen pitää *kohtuutta*.¹⁵ Tältä osin on todettava, että *Pöyhösen yhteisöllisen käytännön sopimusmalli on kuluttajamarkkinoita koskeva sosiaalisen siviilioikeuden sopimusmalli*. Yritysmarkkinoita puhtaimmillaan edustaviin sopimusverkoihin tämäntyyppinen malli ei lähtökohtaisesti sovellu, koska sopimusverkossa kyse on liikeyhteisöllisestä ”mallista”.

Sopimusverkossa yhdistyvät vaihdannan intressit ja sopimusvapaus. Tulokse-
na on lähinnä tahtomallia muistuttava tila, jossa perinteisesti ajatellulla yksittäisen sopimuksen kohtuudella ei ole itsenäistä merkitystä. Sopimusverkko on kokonaisuus, ja osien summa ja sen sopimussuhteet ovat lähtökohtaisesti kohtuullisia. Verkossa korostuu selvästi yleinen sopimuksen sitovuuden periaate. Edelleen voidaan todeta, että sopimusverkko yhdistää eri varallisuusoikeudelliset toimintaympäristöt¹⁶ kiinteästi toisiinsa. Toimintaympäristöjen yhdistäminen perustuu lojaalisuuteen ja sopimuksen kunnioittamiseen toimintaympäristöstä riippumatta.

Varsinkaan ulkopuolinen arvio sopimusverkon tai sen osan kohtuudesta ei pääsääntöisesti ole mahdollista. Voidaan sanoa, että sopimusverkko ei voi olla kohtuuton. Jos sopimusverkon ulkopuolelta arvioitu kohtuullisuus priorisoidaan suhteessa sopijakumppaneiden sopimusneuvotteluissa (eli ennen sopimusverkon syntymistä) tekemään arvioon sopimusverkon kohtuudesta, joudutaan siihen, että kaikki sopimusverkon sopimussuhteet periaatteessa arvioidaan uudestaan. Tämäntyyppinen ulkopuolisen suorittama kohtuuttomuuden ”oikeudenmukais-
taminen” aiheuttaa verkon muille osapuolille pääsääntöisesti epäoikeudenmukaisen tai kohtuuttoman tilanteen.¹⁷ Lopullisen oikeudenmukaisuuden tai kohtuullisuuden saavuttaminen muodostuu vaikeaksi, sillä kohtuullistaminen johtaa ”kohtuullistamisen oravanpyörään”. Siihen joudutaan sopimusverkossa vallitsevan sopimusdominoteorian vuoksi: muutokset sopimusverkon yksittäisen sopimuksen osalta heijastuvat koko sopimusverkkoon ja sen muihin sopimuksiin.

6.1.3 Lojaalisuus sopimusverkossa

Sopimusverkkoihin liittyy edellä esitetyn mukaisesti useita erityyppisiä sopimuksia ja näin ollen myös useita sopijakumppaneita. Sopimusverkon toiminnan

¹⁵ Tältä osin *Pöyhönen* korostaa juuri oikeustoimilain 36 §:ssä tarkoitettua ”pääperiaatetta” kohtuuden ensisijaisuudesta. Kohtuus on *Pöyhösen* mallissa pääsääntö, joka ohittaa sopimusvapauden ja vaihdannan intressit. Ks. *Pöyhönen* esim. s. 177.

¹⁶ Toimintaympäristöt tässä kuten *Pöyhönen* ne esittää. Ks. *Pöyhönen* 1996 s. 312.

¹⁷ *Tulokas* on esittänyt sovittelun ja kohtuullisuuden ongelmia asianajajan näkökulmasta artikkelissaan ”Sovittelun ongelmia” teoksessa *Asianajajan työkentältä – Från advokatens arbetsfält* 1994 s. 492–503.

edellytyksenä on sopimuskumppaneiden lojaalisuus sopimusverkkoa kohtaan.¹⁸ Lojaalisuuden merkitys tulee erityisesti esiin, kun sopimusverkossa jokin seikka syystä tai toisesta ei onnistu ja osapuolten on löydettävä korvaava käytäntö. Kysymykseen siitä, onko sopimusverkon osapuolilla jopa ankara tai ehdoton velvollisuus johonkin verkon päämäärää edistävään lojaaliin toimintaan, ei voida antaa suoraa vastausta. Lojaliteettiperiaatteen mukainen yleinen lojaalisuusvelvollisuus on kuitenkin käytännön tilanteissa riidaton ja selvä sopimusverkon osapuolille.¹⁹ Sopimusverkossa vallitseva lojaalisuus vastaa pitkälti lojaalisuutta, josta *Taxell* käyttää osuvasti nimitystä *lojalitetsregeln*, lojaalisuussääntö. *Taxell* selvittää termin sisältöä seuraavasti:²⁰

”Man kan nämna lojalitetsregeln som uttrycker tanken att parter i avtalsförhållanden inte ensidigt får driva egna intressen utan är skyldiga att inom vissa gränser beakta motpartens rätt och fördel.”

(”Voidaan mainita lojaliteettisääntö, joka ilmaisee ajatuksen, että sopimussuhteen osapuolet eivät voi yksipuolisesti ajaa omaa etuaan vaan ovat tiettyssä määrin velvollisia ottamaan huomioon vastapuolen oikeudet ja edun.”)

Vaikka *Taxell* ilmaisee lojaalisuussäännön määritelmän hyvin yleisesti (ja käyttää sopimuskumppanista hieman ”epälojaalisuuteen” viittaavaa termiä *motparten*), on ehkä todettava, että lojaalisuuden muunlaiset määrittelyt sekoittavat helposti termin asiasisällön.²¹ Tästä syystä voidaan lähtökohtaisesti sopimusverkon lojaalisuussäännön sisältöä määriteltäessä käyttää perustana *Taxellin* ajatusta. *Taxellin* määrittelystä tulee erottaa lojaalisuuden konkreettiset puolet, joita voidaan kutsua passiivilojaliteetiksi (”... *inte ensidigt får driva egna intressen*..”) ja aktiivilojaliteetiksi (”... *utan är skyldiga, att inom vissa gränser beakta motpartens rätt och fördel*...”).

Toisaalta edellä on esitetty²², että lojaalisuutta voidaan kutsua velvoitteena *neutraaliksi*, koska lojaalisuuden kohde on perimmiltään sopimus eikä ainoastaan sopimuskumppani. Sopimusverkkojen osalta lojaliteettiperiaatteen neutraalius on tärkeä huomata, koska lojaalisuuden suunta on jokaisella sopimusverkon osallisella sopimus eli sopimusverkon tarkoitus. Sopimusverkon lojaalin osapuolen ei siis tarvitse lähtökohtaisesti pohtia oman lojaalisuutensa kohdetta tai

¹⁸ Lojaliteettiperiaatteen kehityksestä *Björne* 1994.

¹⁹ Lojaalisuusvelvollisuudella tarkoitetaan tässä lähinnä *Muukkosen* esittämää (s. 1046) velvollisuutta ottaa toisen sopijakumppanin intressi huomioon ja valvoa sitä. Vertaa jo aikaisemmin viitattu *Aurejärvi* LM 1993 s. 1095–1127.

²⁰ *Taxell* 1987 s. 60.

²¹ Tästä sekoittamisen mahdollisuudesta puolestaan *Muukkonen* artikkelissaan s. 1046.

²² Ks. edellä jakso 3.4.3 s. 78–.

lojaalia toimintaansa arvioidessaan miettiä, keneen lojaalisuus pitäisi kohdistaa, koska perimmäinen kohde on sopimus itse eli sopimusverkon tarkoitus.

Joissakin sopimussuhteissa osapuolilla on todellisuudessa ”lojaalisuuspakko”. Sitä voidaan verrata käsitteeseen sopimuspakko.²³ Lojaalisuuspakko tarkoittaa, että sopimuskumppanin on esimerkiksi suurissa kansainvälisissä projektisopimuksissa joissain tapauksissa toimittava lojaalisti ilman tähän velvoittavaa nimenomaista normia tai sopimusehtoa.²⁴ Lojaalisuuspakossa kyse on siis aktiivilojaalisuuden piiriin kuuluvasta seikasta. Käytännössä sopimusverkoissa epälojaali toiminta – vaikka toiminta ei siis olisikaan suoranaisesti mitenkään sopimuksen tai soveltuvien normien vastaista – aiheuttaa usein mittavat menetykset kaikille sopimuskumppaneille. Varsinkin sopimusneuvottelujen aikana on katsottu, että osapuolilla on tällainen lojaalisuuspakko. Ajattelutapaa kuvastaa osin myös KKO:n ratkaisu 1984 II 181, vaikka äänestysratkaisun lopputulosta muutoin voidaan ehkä arvostella.²⁵

A, joka aikoi rakennuttaa teollisuushallin, oli hankkimatta tarjouspyyntöön yleensä liitettäviä rakennussuunnitelma-asiakirjoja ryhtynyt neuvottelemaan B:n kanssa rakennushankkeen toteuttamisesta kokonaishintaurakkana. B oli tiennyt hankkeen toteutumisen riippuvan Kehitysaluerahastolta saatavasta rahoituksesta. B:n hankittua omalla kustannuksellaan tarjouksen antamista ja myös rakennusluvan hakemista varten tarvittavat piirustukset ja muut rakennussuunnitelma asiakirjat A oli, Kehitysaluerahaston evätyä siltä anotun lainan, luopunut rakennushankkeen toteuttamisesta. Kun rakennuttajan hyväksi tapahtuneen suunnittelun kustannukset yleensä eivät jää suunnittelijan tai urakoitsijan vastuulle, mutta B ammattimaisena rakentajana ei hankkeen toteuttamiseen liittyvästä riskistä huolimatta ollut huolehtinut siitä, että yksityiskohittaisen suunnittelun kustannuksista olisi sovittu etukäteen, nämä kustannukset jaettiin asianosaisten kesken. (Ään.)

Esimerkkinä edellä esitystä lojaliteettipakosta voidaan mainita kuvitteellinen tapaus teollisuusprojektista, jonka ainoalta rahoittajalta loppuvat sopimuksen mukaiset velvoitteet rahoittaa projektia. Projektinomistaja²⁶ ilmoittaa, että lisärahoituksen tarve olisi 5 miljoonaa euroa. Samalla omistaja toteaa, että mikäli lisärahoitusta ei saada, koko projekti kaatuu. Mikäli rahoittaja on jo mukana esimerkiksi 300 miljoonan euron rahoitusosuudella kyseisessä kuvitteellisessa projektissa, hänellä on käytännössä ainakin jonkinasteinen lojaalisuuspakko lisärahoi-

²³ Sopimuspakosta ks. *Saarnilehto* 2005 s. 56–57 sekä *Telaranta* 1990 s. 179. Ks. myös *Nybergh, Frey*: Rätten till tjänster i informations- och kreditsamsället: en rättsdogmatisk undersökning om tillgången till infrastrukturen för handeln, särskilt banktjänster, 2004.

²⁴ Lojaliteettiperiaatteen sisällön arvioinnista ks. esim. *Häyhä* 1996.

²⁵ Tapauksesta KKO 1984 II 181 ks. *Ämmälä* s. 5 sekä *Saarnilehto* 2005 s. 69. Ks. myös KKO 1993:130.

²⁶ Projektin omistaja -termistä ks. *Leskinen* s. 26.

tuksen järjestämiseen. Tämän esimerkin mukainen sopimusverkoissa usein esiintyvä pakko johtuu siitä, että verkon osapuolella on myös omakohtainen ”dominoteoria”²⁷ eli hän voi oman sopimuksen mukaisen, mutta sopimusverkon kokonaisuus huomioon ottaen ”epälojaalin” toimintansa ansiosta menettää koko panoksensa ja mahdollisesti panoksesta saatavan voiton. Tästä tulee huomata, että esimerkkitapauksessakaan lojaalisuusvelvollisuuden rikkominen ei automaattisesti yksin riittänyt vahingonkorvausvelvollisuuden syntymiseen.²⁸ Toisaalta KKO on ratkaisussaan 1993:130 päättänyt tuomitsemaan sopimuskumppanin neuvottelulojaliteettivelvollisuuden rikkomisesta vahingonkorvaukseen.

Lojaalisuuspakkoa tai lojaliteettivelvoitteita ei pääsääntöisesti ole sitä sopimuskumppania kohtaan, joka tahallisesti tai törkeällä huolimattomuudella rikko sopimusvelvoitteitaan, tai jos kyse on vilpistä. Tällöin tilannetta voidaan verrata oikeustoimilain 33 §:n säännökseen, jossa vilpillisesti toiminut ei saa vedota sopimuskumppanin reklamaation laiminlyönnin kaltaisiin seikkoihin. Oikeustoimilain mukaan ei vilpillisesti toiminut sopimuskumppani saa odottaa toiselta sopimuskumppanilta normaaleja sopimustoimia. Sopimusverkon osapuolten lojaalisuuden perusongelma muodostuu kuitenkin silloin, kun kyse on ketjuuntuneesta verkon osasta, jossa keskellä on vilpillistä tai rikollista toimintaa. Tyypillinen esimerkki on rahanpesu, jossa

A – sopimus – B B – sopimus – C (rahanpesu →)

Tässä tilanteessa lojaalisuus voi olla hyväksyttävää A:n ja B:n välisessä sopimussuhteessa. Toisaalta B:n ja C:n välillä C voi olla hyväksyttävästi lojaali B:tä kohtaan, kun taas B:n lojaalitoiminta C:tä kohtaan voi siviilioikeudellisten periaatteiden valossa olla hyväksyttävissä, mutta se saattaa täyttää rikoksen tunnusmerkistön. Tämän esimerkin valossa voidaan havaita, että lojaalista toiminnasta ei voida automaattisesti johtaa sitä olettamaa, että kyseinen toiminta olisi aukottomasti laillista tai edes yleisesti hyväksyttävää.²⁹

Suuntaa-antavaa sisältöä sopimusverkon osapuolen lojaliteettivelvollisuudelle³⁰ antaa myös YK:n kauppalaain³¹ 77 artikla:

²⁷ Ks. edellä 6.1.1, 4-kohta ”sopimusdominoteoria”.

²⁸ Tältä osin kokonaisarviona luotonantoon liittyviin sopimussuhteisiin ja vastuisiin ks. *Huhtamäki*: Luotonantajavastuu, 1993.

²⁹ Järjestäytyneessä rikollisessa toiminnassa (kuten perinteisesti mafian toimitaissa) rikolliset pitävät toimintaansa toisia rikollisia kohtaan lojaalina ja edellyttävät kumppaneiltaan lojaalisuutta, vaikka kyse on riidattomasti täysin rikollisesta toiminnasta.

³⁰ Käytän tässä yhteydessä termiä lojaliteettivelvollisuus, koska kyse on laissa säädetystä velvollisuudesta.

³¹ Laki tunnetaan myös lyhenteellä CISG (Yleissopimus kansainvälistä tavaran kauppaa koskevista sopimuksista).

”Sopijapuolen, joka vetoaa sopimusrikkomukseen, tulee ryhtyä olosuhteisiin nähden kohtuullisiin toimiin vähentääkseen sopimusrikkomuksesta aiheutuvaa vahinkoa, mukaan lukien menetetty kauppavoitto. Jos hän ei ryhdy tällaisiin toimiin, sopimuksen rikkonut sopijapuoli voi vaatia vahingonkorvausta alennettavaksi sillä määrällä, jolla vahinkoa olisi pitänyt rajoittaa.”

Tämä kansainvälistä kauppaa säätelevän yleissopimuksen 77 artikla osoittaa sopimusoikeudellisen lojaalisuuden (mahdollisesti lojaalisuusperiaatteen) ja lain valmistelijoiden näkemyksen lojaalista toiminnasta.³² Perusteluna periaatetason normiin voidaan esittää kyseisen yleissopimuksen valmisteluvaiheessa käyty keskustelu sekä se, että yleissopimus on pitkälti kompromissien kautta valmistettu yleissopimus. Kyse on lähinnä yleissopimuksen sisältämistä kansainvälisesti tunnustetuista ”yleisistä periaatteista”, ei kuitenkaan varsinaisista kauppatavoista.³³

Kansainvälisen kaupan lojaalisuuden ja remburssin osapuolten lojaalisuuden yhtenä rajana voidaan pitää sitä, että *osapuolilla ei ole kauppahintaa koskevaa lojaliteettia*. Tämä tarkoittaa käytännössä sitä, että remburssitoimeksiannon tai kauppahinnan määrittelyn osalta myyjän tai ostajan ei tarvitse ilmoittaa osapuolille sitä, miten he ovat määritelleet tai laskeneet kauppahinnan. Lojaalisuuden ajatusta tai lojaalisuusvelvoitetta ei rikota, jos kauppahinnan määrittelyä ei kerrota. Voidaan sanoa, että edellä kuvatun mukaista osapuolten kauppahintaloyaliteettia ei siis ole.

Kansainvälisen kaupan ja remburssitoimeksiintojen osalta on käytännössä havaittavissa lojaalisuuden laajenemista. Tästä esimerkkinä voidaan mainita se, että sopimusverkon osapuoli antaa tietoa ilman sopimukseen tai johonkin muuhun perustuvaa velvollisuutta. Varsin yleistä on pankkien välinen tiedonanto remburssijärjestelyihin liittyvistä seikoista. Lojaali toiminta sopimusverkossa voi kuitenkin johtaa käytännössä hyvin vaikeisiin tulkintatilanteisiin siitä, mikä on sopimuksen mukaista toimintaa ja mikä ei. Toisaalta lojaalilla toiminnalla voidaan tahattomasti ylittää liikesalaisuuksien raja, jolloin lojaalisti tietoa antava osapuoli rikkoo itse asiassa kolmanteen kohdistuvaa salassapitovelvoitettaan.

Esimerkkitalanteena lojaalisuuden ja lähinnä tiedonantovelvollisuuden laajuudesta voidaan mainita seuraavantyyppinen tapaus:

³² 77 artiklan perusteluista *Bianca – Bonell* s. 559–567.

³³ Wienin konvention ”yleisistä periaatteista” mainitaan esimerkiksi 7 artiklan 2-kohdassa: ”Kysymykset, jotka koskevat tämän yleissopimuksen sääntelemiä asioita, mutta joista ei siinä nimenomaisesti määrätä, on ratkaistava niiden *yleisten periaatteiden mukaisesti, joille yleissopimus rakentuu tai...*” (Kursivointi kirjoittajan).

Osapuolet A ja B ovat tehneet puitesopimuksen, jossa A sitoutuu myymään B:lle tämän tilatessa tavaraa sovituin ehdoin. Sopimus on voimassa 7 vuotta. A varaa tuotantokapasiteettia B:n mahdollisia ostoja varten.

B tekee päätöksen 3 vuoden kuluttua puitesopimuksen allekirjoituksesta, että se ei tule enää ostamaan A:lta mitään sopimuksen voimassaoloaikana.

B:n tulee lojaalisuusperiaatteen mukaan ilmoittaa tällaisesta seikasta A:lle, vaikka B ei tietäisikään A:n tuotantokapasiteetin varauksista.

Jos B ei ilmoita päätöksestään olla tilaamatta A:lta, A:lle syntyy vähintään väärä kuva B:n aikomuksista ja jopa resurssien varauksista kuluja.

6.1.4 Sopimusverkon osapuolen lojaalisuuden sisältö

Sopimusverkkoajatuksen ankaraa *pacta sunt servanda* -periaatetta rajoittaa verkossa vallitseva lojaliteettiperiaate (lojaalisuusperiaate), jonka velvoittavuuden aste on harkittava tapauskohtaisesti. Toisaalta lojaalisuus tukee sopimuksen sitovuuden periaatetta, koska sopimuksen osapuolet edesauttavat periaatteen mukaisesti sopimuksen (yhteisen) tavoitteen saavuttamista.

Esimerkkinä sopimusverkossa vallitsevan lojaalisuuden kompleksisuudesta voidaan mainita *first demand* -vakuustakuun antaneen pankin saama vilpillinen maksuvaatimus. Vakuustakuusitoumuksen mukaan pankki joutuisi maksamaan vakuuden maksuvaatimuksen esittäneelle edunsaajalle välittömästi ensimmäisestä vaatimuksesta ilman väitteentekomahdollisuutta. Kuitenkin ulkomaisissa ja kotimaisissa tuomioistuinratkaisuihin on päädytty siihen, että pankin tulisi kieltäytyä suorituksesta saatuaan ilmeisen vilpillisen maksuvaatimuksen. Nämä pankin kieltäytymisoikeutta koskevat ja suuntaa-antavat ratkaisut ovat kuitenkin käytännön kannalta ongelmallisia. Aina ei nimittäin voida olla täysin varmoja, milloin vaatimus on ilmeisen vilpillinen, ja toisaalta, milloin ”vilpillinentoiminta” kuuluu kauppaikäyvän sopimuskumppanin kulttuuriin tai kauppatapaan.³⁴ Toisaalta tämän tyyppistä vakuuden antajan lojaalisuutta toimeksiantajaa kohtaan (maksusta kieltäytyminen) voidaan perustellusti pitää sopimusrikkomuksena vakuudensaajaa kohtaan.

Sopimusverkossa lojaalisuuden aste voi vaihdella edellä esitetystä lojaalisuuspakosta hyvinkin vähäiseen lojaalisuuteen. Kuitenkin mitä selvemmin sopimusverkon sopimuksissa on sitouduttu yhteisen päämäärän saavuttamiseen, sitä selvempi on lojaliteetti muita sopimuskumppaneita kohtaan. Edelleen lojaalisuuden sisältö ja määrä riippuvat siitä, onko kyse verkon sopimusosapuolesta vai vain osallisesta.

Yhdeksi perusteeksi lojaalisuuden asteen arvioimiselle voitaisiin asettaa se, kuinka ratkaiseva merkitys kyseisellä lojaalilla toiminnalla on sopimusverkon päämäärän saavuttamisen kannalta. Tälle ajatukselle voidaan hakea tukea vahin-

³⁴ Ks. *Lehtinen* 1994 s. 161–177.

gonkorvaus- ja rikosoikeudessa vallitsevaan syy-yhteyden toteamiseen käytettyyn *conditio sine qua non* -säännöstä ja ns. INUS-mallista (insufficient but necessary factor in a context of unnecessary but sufficient factors).³⁵ Kysymys voidaan siis asettaa seuraavasti: ”missä määrin tarvitaan lojaalisuutta, jotta sopimusverkon päämäärä toteutuu” tai ”mitä tapahtuu, jos edellytetty lojaali toiminta otetaan tapahtumaketjusta pois”. Samalla tulee asettaa lojaalin toiminnan taloudellinen rasite ja toiminnasta saatu hyöty punnintaan.

Lojaalisuuden sisältö on arvioitava sopimusverkossa siten, että lojaalin toiminnan ei tulisi aiheuttaa kohtuutonta rasitetta sopimusverkon osapuolelle ja toisaalta, että lojaali toiminta ei horjuta sopimusverkon tasapainoa. Käytännössä lojaalisuuden ja hyvän tavan tai liiketavan ero onkin hiuksen hieno. *Hakulinen* totesi jo 1947:

”Sillä hyvän liiketavan mukaista on, että velkoja erikseen huomauttaa velalliselle ehdoista, jotka tietävät erityistä rasitusta hänelle.”³⁶

Tämäntyyppistä sopimusverkon tavoitteiden mukaista toimintaa voidaan kuvata lojaaliksi, kohtuulliseksi ja hyvän tavan mukaiseksi.

Lojaliteettiajatuksessa on lähdettävä siitä perusolettamasta, että lojaalisuudella tulee olla jokin konkreettinen ilmenemismuoto.³⁷ Nämä perusilmenemismuodot ovat passiivisuus ja aktiivisuus eli tekemättä jättäminen tai tekeminen. Edellä esitetty lojaalisuuden asteen mittaamistapa antaa ainoastaan suuntaa lojaalisuuden tarkasteluun sopimusverkoissa. Lähtökohtaisesti lojaalisuus tulisi arvioida verkon osapuolten kesken, sillä ulkopuolisen asettamat arvostukset eivät pääsääntöisesti sovi sopimusverkkoajatteluun. Tämäntyyppisen lojaalisuuden rikkominen ei välttämättä johda muihin seurauksiin kuin ”ainoastaan” koko verkon kaatumiseen, jolloin pääsääntöisesti kaikki verkon osapuolet kärsivät. Kansainvälisen kaupan sopimusjärjestelyiden epäonnistuttua menetyksiä on hyvin vaikea saada takaisin.³⁸ Toisaalta maksu- ja vakuusjärjestelyiden tarkoitus on minimoida sopimusverkon taloudellisia riskejä.

Lojaali toiminta sopimusverkossa voi eräissä tapauksissa ilmetä kieltäytymisenä jostain toiminnasta eli lojaalisuus voi olla myös passiivista. Esimerkkinä sopimusverkon passiivilojaliteetista voidaan mainita se, että pankki kieltäytyy maksamasta remburssissa määriteltä summaa edunsaajalle ilmeisen vilpillisen maksuvaatimuksen saatuaan. Käytännössä sopimusverkon osapuolten lojaali-

³⁵ Syy-yhteydestä ja *conditio sine qua non* -säännöstä *Routamo – Ståhlberg s. 245–247*. Käsitteen ongelmallisuudesta (vaikkakin rikosoikeudellisesta tarkastelukulmasta) *Nuutila s. 204–207*. INUS-mallista *Nuutila 204–207*.

³⁶ *Hakulinen 1947 s. 112*.

³⁷ Vertaa edellä mainittu *Muukkonen 1993*.

³⁸ Tässä tarkoitetaan vakuudetonta tai vakuuttamatonta sopimusjärjestelyä.

suuden sisältö ja määrä on usein tosiasiallisesti sovittu sopimusverkon sopimuksissa. Kansainvälisen kaupan sopimusverkoissa tämän tyyppinen ”lojaalisuus” luokitellaan usein kuten riski; sille lasketaan hinta, joka otetaan huomioon sopimuksista päätettäessä. Lojaalisuus ei kuitenkaan ole sopimusehto tai kirjattu velvollisuus, vaan sopimusoikeudellinen ja yleismaailmallinen periaate, joka voi ilmetä monella tavoin.

Pääsääntönä voidaan kuitenkin todeta, että sopimusverkon osapuolten ankaraan lojaliteettivelvollisuuteen sopimusverkoissa ja sopimusoikeudessa yleensä tulisi suhtautua lähtökohtaisesti varauksellisesti. Ankaran lojaalisuuden tai sen velvoittavuuden arviointi on kansainvälisessä kaupassa käytetyissä sopimusverkoissa ongelmallista. Lojaalin toiminnan sisältö on aina kulttuurisidonnainen. On kuitenkin olemassa yleismaailmallinen väite, joka perustuu ainoastaan ”lojaliteettivelvollisuus-periaatteeseen”, joka ilmenee monilla eri tavoilla kansainvälisessä kaupassa ja sopimusverkoissa. Kulttuurista riippumatta lojaali toiminta palkitaan myös liikemaailmassa, vaikka suoranaista tai välitöntä hyötyä saattaa olla vaikea havaita. Lojaalisuudessa on kyse ”hyvätapaisuudesta”, joka ilmenee toisen huomioon ottamisena. Pitkäkestoisissa liikesopimuksissa osapuolten sujuva ja hyvätapainen kanssakäyminen on edellytys menestykselliselle liiketoiminnalle. Lojaalisuus vahvistaa osapuolten luottamusta liikesopimustoimintaan.

Lojaliteettivelvollisuuden korostuminen on huomattavissa myös suomalaisen korkeimman oikeuden ratkaisuissa. ”Yleiselle lojaalisuusvelvollisuudelle” on pyritty ratkaisuissa antamaan konkreettista sisältöä. Korkein oikeus on selvittänyt lähinnä sopimusneuvottelujen merkitystä ja suhdetta sopijakumppanien lojaalisuuteen:

KKO 1993:130

Rakennuttaja oli sopimusneuvottelujen aikana tehnyt alkuperäisiin rakennussuunnitelmiin muutoksia, jotka urakoitsijan tietten johtivat siihen, ettei rakennushanke toteutettuna täyttänyt sille suunnittelussa asetettuja tavoitteita. Kun urakoitsija huomauttamatta tästä rakennuttajalle oli sitoutunut työurakkaan kokonaisvastuurakentamisen mukaisin ehdoin, urakoitsija oli vastuussa rakennuttajalle laiminlyönnistään aiheutuneista vahingoista.

Korkeimman oikeuden ratkaisun perusteluista seuraava selvittää lojaliteettivelvollisuuden sisältöä riidassa:

KKO 1993:130

”Kokonaisvastuurakentamisen yleisten sopimusehtojen 1.2.1.3. kohdan mukaan, kun urakoitsija havaitsee rakennuttajan antamissa tiedoissa, ohjeissa tai määräyksissä ristiriitaisuuksia tai virheellisyyksiä, jotka saattavat vaarantaa rakennussuorituksen sopimuksen mukaisen täyttämisen, hänen on tehtävä täs-

tä viipymättä todistettavasti ilmoitus rakennuttajalle. Vaikka tämä sopimusehtojen kohta koskee otsikkonsa mukaisesti urakoitsijan suoritusajasta vastuuta, siinä määrättyä huomautuksentekovelvollisuutta on *niin sanotun lojaalteettiperiaatteen* mukaisesti *noudatettava myös jo sopimusta valmisteltaessa*. Kun yhtiöt ovat kerrotuin tavoin laiminlyöneet huomauttaa kaupungille siitä vaikutuksesta, joka kumifendereiden korvaamisella puuparruilla olisi laiturin kestävyys, ne ovat vastuussa kaupungille tästä laiminlyönnistä aiheutuneista vahingoista. Seurauksena yhtiöiden menettelystä on ollut, ettei niiden suunnittelema ja rakentama laituri ole rikkoutumatta kestänyt alusten asianmukaista kiinnittymistä siihen.” [Kursiivi tässä.]

Yhteenvetona voidaan esittää hyvin yleinen ajatus lojaalisuudesta, kohtuudesta ja hyvästä tavasta:

- lojaalisuus ilmenee toimintana, joka kohdistuu sopimuskumppaniin tai sopimusverkossa verkon osalliseen
- kohtuus on yleismitta sopimusvelvoitteiden tasapainolle
- hyvä tapa on jonkin yhteisön hyväksymä tapa tai tyyli täyttää sopimusvelvoitteet.

6.1.5 Sopimusverkon sopimuksien jaottelu

Liikesopimuksen ja sopimuksen perimmäinen tarkoitus on olla staattinen ja sitova tila. Sopimuksen tarkoitus on olla ”turvallisen” stabiili. Sopimusneuvottelu on sopimuksen dynaaminen vaihe ja dynaaminenkin sopimusehto ovat osoitus staattisuudesta. Toisaalta voidaan huomata, että kansainvälisessä kaupassa dynaamisuus toteutuu juuri staattisuuden avulla eli sopimuskumppanit haluavat joiltain osin jättää sopimukseen muutettavissa olevia ehtoja. Tällöin sopimuksen staattisuus (*pacta sunt servanda* -merkityksessä) korostaa ja tukee dynaamisen sopimusehdon käytön mahdollisuutta; sopimus voi olla staattisuuteen perustuen dynaaminen.³⁹

Sopimusverkkoon kuuluu useita sopimuksia (ja sitoumuksia), joiden jaottelu voidaan tehdä usealla tavalla. Sopimukset voidaan jaotella esimerkiksi sopimustyypeittäin tai voimassaolon mukaan. Arvioitaessa kansainväliseen kauppaan liittyvän yksittäisen sopimuksen suhdetta sopimusverkkoon kokonaisuutena, on sopimusverkon sopimukset kuitenkin ensikädessä syytä jakaa kahteen pääryhmään:

1. sopimusverkon (kiinteästi) liitännäisiin sopimuksiin ja
2. sopimusverkon itsenäisiin sopimuksiin.

³⁹ Samantyyppistä dynaamisuuden ajatusta toteuttavat myös puitesopimukset.

Sopimusverkon liitännäiset sopimukset ovat sopimuksia, joilla ei ole muuta tarkoitusta kuin tukea sopimusverkkoa. Ne eivät myöskään ”toimi” ilman sopimusverkon olemassaoloa. Yritysmarkkinoiden sopimusverkkojen sopimussuhdeiden arvioinnin kannalta on tärkeää ymmärtää yksittäisen sopimuksen suhde sopimusverkon kokonaisuuteen. Lähtökohtana on kuitenkin, että jokainen sopimus on sopimusverkon päämäärän saavuttamiseksi tärkeä. Vaikka jokin sopimus olisi tehty ainoastaan ”varmuuden vuoksi” (esimerkiksi vakuus- tai vakuutusso-
pimukset), on sillakin yleensä suuri merkitys verkon toteutumisessa. Kansainvälisessä kaupassa esiintyy myös sellaisia sopimusjärjestelyitä, joilla ei näyttäisi ensisilmäyksellä olevan minkäänlaista merkitystä. Sopimuskumppanin vaatimuksiin käyttää juuri tämäntyyppisiä sopimuksia tai asiakirjoja tulee kiinnittää kuitenkin erityistä huomiota.⁴⁰ On tilanteita, joissa kyse on ainoastaan tavasta tai paremminkin perinteestä käyttää sinänsä tarpeetonta asiakirjaa. Kansainvälisessä kaupassa käytetyt asiakirjat, jotka poikkeavat kansallisen kaupan asiakirjoista, saattavat auttaa osapuolta huomaamaan jonkin asiakirjan tarpeellisuuden – tai tarpeettomuuden.⁴¹

Sopimusverkon jokaisen sopimuksen välttämättömyys johtaa siihen, että sopimusverkoissa sopimuksia ja sopimuskumppaneita on pidettävä tasavertaisina. Tämä johtaa osaltaan heikomman osapuolen suojaamisen mahdottomuuteen sopimusverkoissa. Mikäli esimerkiksi osakeyhtiö A on osakeyhtiö B:tä heikompi ja sitä suojataan tämän vuoksi, ei sopimusverkko voi toimia sille asetettujen perusodotusten mukaisesti. Samoin perinteisen sopimuskohtuullisuuden käsitteen voidaan väittää joutuvan syrjään edellä esitetyn dominoteorian vallitessa, sillä jokaisen mukana olevan sopimuskumppanin lähtökohtainen tavoite on voitto tai tuotto ennakolta kohtuulliseksi arvioidun sopimuksen avulla. Mitä pitempikes-
toisesta sopimussuhteesta sopimusverkkoon kuuluvassa sopimuksessa on kyse, sitä pitempään sopimuskumppani on yleensä sopimuksen kohtuullisuutta pohtinut. Toisaalta koko sopimusverkon kattava konsensus ja lojaalisuus johtavat tosiasiassa yleensä myös ”heikomman” sopimusosapuolen tai osallisen auttamiseen ja suojaamiseen. Esimerkkinä voidaan mainita sopimusverkon yhteisymmärryksestä rahoituspäätökseen, jonka mukaan sopimusverkossa autetaan tarpeen mukaan jotakin verkon osapuolta tämän rahoitusvaikeuksissa.

Sopimusverkon itsenäisellä sopimuksella tarkoitan sopimusta, jossa on selkeästi sovittu, että sillä ei ole ”yhteyttä” muihin verkon sopimuksiin tai että se on

⁴⁰ Näitä esiintyy esimerkiksi remburssi asiakirjoina.

⁴¹ Usein esimerkiksi alkuperäisen sopimuskappaleen tai sopimusasiakirjan toimittaminen on huomattu tarpeettomaksi, kun asiakirjasta on voitu toimittaa kopio (faksilla tai sähköpostitse). Alkuperäisen asiakirjan käytöllä on haluttu estää väärennökset. Käytännössä kuitenkin on huomattu, että nykytekniikalla väärentäminen ei juurikaan vaikeudu vaaditaanpa alkuperäisen asiakirjan esittämistä tai ei.

”riippumaton” muista sopimuksista. Itsenäiset sopimukset ovat tavallisia sopimusverkon sopimuksia. Hyvin usein nämä ovat sitoumuksia, joissa osapuoli on ainoastaan yksipuolisesti sitoutunut suoritukseen verkossa olevaa kolmatta osapuolta kohtaan. Kansainvälisessä kaupassa tällaisen sitoumuksen antaja on yleensä hyötymässä muun sopimuksen turvin sopimusverkosta tai sen päämäärästä. Sitoumukseen on voitu sopia sisällytettäväksi osapuolten vastuu, joka ei ole ”riippuvainen verkon muista sopimuksista”. Näin pyritään varmistamaan käytännössä jokin verkon päämäärän kannalta erityisen tärkeä suoritus. Sitoumuksen antaja luopuu näissä järjestelyissä usein ainakin osittain väiteoikeudestaan muiden sopimusverkon osapuolten tai osallisten toimiin.

Vaikka ulkoisesti arvioituna tällaiset sopimusverkosta irrotetut itsenäiset sopimukset tai sitoumukset näyttävät verkon ulkopuolisilta, ne usein muodostavat verkon tärkeän osan. Tulee myös muistaa, että osapuolten välillä sovittua sopimuksen itsenäisyyttä (riippumattomuutta) verkon muista sopimuksista on kunnioitettava. Esimerkkeinä sopimusverkon itsenäisistä sopimuksista voidaan mainita remburssi ja kansainvälisessä kaupassa usein käytetty first demand -takuu.⁴²

Sopimusten yhteenliittymiseen arviointi voi aktualisoitua myös muutoin kuin sopimusverkoissa. Sopimusten liittyminen toisiin sopimuksiin on usein esillä sopimus- ja vahingonkorvausoikeudellisissa kysymyksissä. Esimerkiksi New Yorkin World Trade Centeriin kohdistuneiden terrori-iskujen jälkeen riideltiin siitä, olivatko rakennuksiin kohdistuneet iskut yksi vai kaksi eri vakuutustapahtumaa. Tuomioistuimessa päädyttiin ratkaisuun, jossa katsottiin kyseessä olleen kaksi erillistä tapahtumaa, mikä puolestaan johti vakuutusyhtiöiden vastuiden kasvamiseen arviolta noin 1,1 miljardilla dollarilla.⁴³

6.1.6 Sopimusneuvottelujen, asiantuntemuksen ja yhteistoiminnan merkitys

Sopimusverkkoa suunnitellaan yritysmarkkinoilla yleensä pitkään ja huolella. Käytännössä sopimusverkon tärkein vaihe on erityisosaamiseen perustuvat sopimusneuvottelut. Yrityksillä on ainakin periaatteessa mahdollisuus ja toisaalta myös velvollisuus perehtyä suunnitteilla olevaan sopimukseen. Mikäli yritys ei kykene sopimusverkosta neuvoteltaessa arvioimaan järjestelyn kohtuullisuutta omalta osaltaan, se ei voi menestyksekkäästi toimia kansainvälisessä kaupassa. Sopimusverkon osapuolena oleva yritys ottaa usein suurimmat riskinsä juuri

⁴² Ks. first demand -takuusta tältä osin *Lehtinen* 1994 esimerkiksi s. 220–221.

⁴³ Tästä tapauksesta mielenkiintoinen jälleenvakuutusta koskeva artikkeli ”The Rewiew. World-wide Reinsurance.” December 2004/January 2005, s. 9.

neuvotteluvaiheessa. Yritys tekee tuolloin päätöksensä siitä, ryhtyykö se sopimusverkkoon vai ei ja millä ehdoin sopimusverkossa toimitaan.

Sopimusneuvottelut eivät sopimuksen tavoin sido osapuolia, vaan neuvottelut ovat vasta selvitystyötä ja valmistelua mahdollisen sopimuksen varalta. Meillä vallitsevan käsityksen mukaan neuvotteluriskistä aiheutuneet kustannukset kantaa jokainen neuvottelija lähtökohtaisesti itse.⁴⁴ Neuvotteluvaihe on usein tärkein osa sopimusprosessia. Neuvotteluvaiheen merkitys on korostunut sopimusverkoissa, joissa verkon suunnittelu edellyttää osapuolilta ammattitaitoa, tietoa ja varoja.⁴⁵

Nykyisten sopimusjärjestelyiden osalta voidaan mainita omana erityisenä lajinaan yrityskaupat. Yrityskaupan neuvotteluvaiheen yhden olennaisen osan muodostavat ns. *due diligence* -selvitykset, joiden tulos käytännössä määrää ja ratkaisee sen, ostaako selvityksen tehnyt ostajaehdokas kohdeyrityksen. Neuvotteluriskin ja myöhempien mahdollisesti esille tulevien riskien minimointi sekä allokointi pyritään saamaan selville jo ennen varsinaisiin hinta- ym. neuvotteluihin ryhtymistä. Pääsääntönä on yleisten periaatteiden mukaan se, että *due diligence* -selvityksen kuluista vastaa viime kädessä selvityksen tilaaja, mutta kuluista voidaan sopia myös toisin.⁴⁶

Havainnollistavana kysymyksenä voitaisiin esittää: ”Kuka on vastuussa sopimusverkon sopimuksen kohtuullisuudesta?” Sopimusverkkomallin mukainen vastaus on: ”Sopimusverkkoon osallistuvat ovat vastuussa kohtuudesta omalta osaltaan ja vain omalta osaltaan”. Edellä esitetyn liikesopimusteorian ja sopimusverkkomallin mukaan sopimuskokonaisuus on lähtökohtaisesti aina osapuolten tahdon mukainen ja osapuolten näkemyksen mukaisesti ”sisältökohtuullinen”. Jos osapuoli ei pidä sopimusverkkoa osaltaan kohtuullisena, ei hän siihen lähde mukaan.

Varsin merkittävässä asemassa sopimusverkon toimivuuden ja sen päämäärän toteutumisen kannalta voidaan pitää huolellista sopimusten dokumentaatiota.⁴⁷ Valitettavasti kansainvälisen kaupan sopimusverkoissa ei juurikaan voida hyödyntää vakiosopimuksia.⁴⁸ Tässä voidaan tehdä ero vakioehtojen ja vakiosopi-

⁴⁴ Km 1990:20 s. 136.

⁴⁵ Sopimus oikeudellisissa kirjoituksissa ja seminaareissa on esiintynyt termi ”ennakoiva sopiminen”(ja ”proactive contracting”). Syventymättä termin määritelmään voidaan todeta, että ”ennakoivassa sopimisessa” ja ”proaktiivisessa suuntauksessa” on kyse lähinnä käytännön sopimus- ja neuvottelutekniikasta sekä neuvotteluriskin hallinnasta. Ks. esimerkiksi *Pohjonen, Soile* (toim.): Ennakoiva sopiminen, liiketoimien suunnittelu, toteuttaminen ja riskien hallinta, 2002.

⁴⁶ Ks. *due diligence* -ehtoon liittyvistä ajatuksista *Pöyhönen* 2000 s. 123.

⁴⁷ Dokumentaatiosta projektirahoituksessa ks. *Leskinen* s. 35.

⁴⁸ Ks. *Leskinen* s. 34. Poikkeuksena voidaan mainita sopimusverkon massasopimukset eli samansisältöiset sopimukset. Tällöin sopimusverkon sopimusneuvotteluissa laadittu sopimus saatetaan ”monistaa” kaikille sopimusverkon samantasoisille ja -arvoisille toimijoille (esimerkiksi raken-

musten välillä. Vakioehtoja käytetään sopimusverkoissa, mutta sopimukset räätälöidään verkkoon sopiviksi. Vakiosopimuksiksi voidaan kutsua sopimuksia, joissa käytetään vakioehtoja.⁴⁹ Jokainen sopimusverkon sopimus pyritään laatimaan siten, ettei myöhemmin tapahtuvalle tulkinnalle jäisi tilaa. Sopimusverkoissa käytettyjen yksittäisten sopimuksien tulkinta on usein erittäin hankalaa. Kansainvälisessä kaupassa käytettyjen sopimusten tulkinta on lisäksi aina kulttuurisidonnaista. Tulkinnan vaikeus korostuu siksi, että sopimusverkoissa ollaan käytännössä aina sidoksissa siihen, mitä muissa verkon sopimuksissa on sovittu. Tämä sidonnaisuus tarkoittaa korostetusti sidosta verkon kausaan, mutta ei sopimuksen sidonnaisuutta sopimusverkkoon *in concreto*. Esimerkiksi tällaisesta sidonnaisuudesta sopimusverkkoon voidaan mainita edellä esitetyt sopimusverkkoon nähden itsenäiset sopimukset.

Sopimusverkossa tulee esille osapuolten yhteistoiminta ja myötävaikutus. Ilman yhteistoimintaa ei monimutkaisia sopimusjärjestelyitä voida toteuttaa. Koska sopimusverkon päämäärän saavuttaminen kestää yleensä pitkän aikaa, on aktiivinen yhteistyö tarpeellista. *Halila – Hemmo* selvittää keistosopimusten⁵⁰ osalta:⁵¹

”Kestosopimukset edellyttävät usein aktiivisempaa yhteistoimintaa kuin kerralla täytettävät sopimukset.”

Yhteistyö ja osapuolten yleinen lojaalisuus ovat käytännössä toimintaa yhteisen päämäärän saavuttamiseksi.⁵² Toisaalta yhteistyön velvoittavuuden asteeseen liittyy samat ongelmat kuin lojaalisuuteenkin. Jos osapuolet ovat nimenomaisesti sitoutuneet⁵³ jonkin päämäärän saavuttamiseen, on yhteistyövelvoite tällöin sopimusperusteista. Ilmankin tällaista nimenomaista ehtoa katsotaan osapuolten yleensä pyrkivän vapaaehtoisesti kiinteään yhteistyöhön muiden verkon osapuolten kanssa.⁵⁴

nusprojektin aliurakoitsijoille). Järjestelyn etuna voidaan pitää sitä, että sopimusten hallinta ja valvonta on yksinkertaisempaa sopimusverkon vastuullisille tahoille, jos sopimukset ovat yhteneviä.

⁴⁹ Varsinaisia ”puhtaita vakiosopimuksia” eli täysin identtisiä sopimuksia ei kuitenkaan käytännössä ole olemassa, sillä kukin sopimus on yksilöllinen.

⁵⁰ *Keistosopimuksilla* kirjoittajat tarkoittavat pitkäkestoisia sopimuksia (*long-term contracts*).

⁵¹ *Halila – Hemmo* s. 11.

⁵² Tästä *Nystén-Haarala*. Ks. myös myötävaikutuksesta KL 50 §:n mukaan osana lojaliteettia sekä *Rudanko, Matti*: Ostajan velvollisuudet ja sopimusrikkomus kauppalaan mukaan, LM 1988 s. 29–30.

⁵³ Tällä nimenomaisuudella tarkoitetaan sopimusta tai sopimusehtoa, jossa osapuoli sitoutuu toimimaan verkon päämäärän saavuttamiseksi.

⁵⁴ Tästä *Leskinen* teoksessa *Saarnilehto* (toim.): Projektirahoitus. Sopimusten verkostuminen, 1996 s. 37.

Yhteistoiminta sopimusverkoissa on sidoksissa hyvään tapaan ja hyvä tapa -normiin, joka on tässä ymmärrettävä kuten *Annola* normista esittää⁵⁵, erottaen sen samalla kauppatastavasta. Kuitenkin tulee korostaa, että kauppatastavankin tulee olla hyvä tapa -normin mukaista.⁵⁶

6.1.7 Sopimusverkon tasapaino ja riskinhallintamekanismi⁵⁷

Sopimusta on pidetty lähtökohtaisesti tahdonilmaisuin muodostettuna osapuolten tasapainotilana. Tasapainotilan arviointi on esimerkiksi Taxellin mukaan subjektiivista, koska sopimuskumppanit ovat päätyneet omien arvostuksiansa mukaiseen tasapainotilaan.⁵⁸ Sopimuksen tasapainoisuus ja toisaalta tasapainoisuuden edellytys korostuvat sopimusverkoissa. Sopimusverkossa osapuolet sopivat tarkasti riskinotosta, joka on olennainen osa ammattimaista liiketoimintaa. Mitä useampi osapuoli sopimusverkossa on, sitä hankalampaa on ulkopuolisen ryhtyä arviomaan, minkälainen sopimusverkon tasapainotila on tai sen tulisi olla. Sopimusverkkoja voidaan tästä näkökulmasta kuvata ”ulkopuolisilta kielletyiksi alueiksi”. Toisaalta sopimusverkon sopimusten arvioinnissa tulisi kyetä tunnistamaan sopimusverkossa valitsevan tasapainon järkkäminen jonkin lainvastaisen toimen tai sopimuksen ehtojen vastaisen toiminnan vuoksi. Tällöin jokaisella sopimusverkon osapuolella tulee olla käytettävissään tavanomaiset oikeussuojakeinot. On muistettava, että sopimussuhteiden tasapainon arvioivat sopimusverkon osapuolet jo ennen sopimukseen ryhtymistä lähtökohtaisesti vilpittömässä mielessä.

Sopimusverkossa mukana olevan sopimuskumppanin ja mahdollisen ulkopuolisen arvioitsijan tulee sopimustasapainon arvioinnissa tietää, että verkon lopullinen tasapaino saattaa muodostua – ja usein muodostuukin – vasta hyvin pitkän ajan kuluttua sopimuksen solmimishetkestä. Osin tämän vuoksi kansainvälisessä kaupassa käytetyissä liikesopimuksissa ja sitoumuksissa käytetään usein erittäin ankaria sopimusehtoja. Sopimusehtojen ankaruus on kyettävä erottamaan oikeustoimilain 36 §:ssä tarkoitettusta ehtojen kohtuuttomuudesta. Varsinkin maksujärjestelyissä ja projektirahoituksessa käytetyissä vakuusinstrumenteissa esiintyy varsin ankaria sopimuslausekkeita.⁵⁹ Esimerkkinä erityisen

⁵⁵ *Annola* 2003 s. 290–295.

⁵⁶ Ks. *Tolonen* 2003 s. 150.

⁵⁷ Riskinhallintamekanismista ks. *Keskitalo, Petri: From assumptions to risk management: an analysis of risk management for changing circumstances in commercial contracts, especially in the Nordic countries: the theory of contractual risk management and the default norms of risk allocation*, 2000.

⁵⁸ *Taxell* 1972 s. 87. Taxell vertaa tässä sopimustasapainoa mm. vilpittömään mieleen ja tuottamukseen.

⁵⁹ Ks. esimerkiksi *Nevitt* s. 163–195.

ankarasta ehdosta voidaan mainita jo edellä esitetty ja mm. eräissä voimalaprojektisopimuksissa käytetty ns. *hell or high water* -sopimuslauseke. Tämä on lyhennys lausekkeesta ”... *must be paid come hell or high water...*”⁶⁰, joka kuvastaa oivasti ehdon ankaruutta.

Sopimusverkkoja käytetään yritysmarkkinoilla yleensä nimenomaan silloin, kun liiketoiminta sisältää monentyyppisiä riskejä. Esimerkkinä voidaan mainita suuret teollisuusrakennusprojektit poliittisesti ja taloudellisesti epävakaisiin maihin.⁶¹ Yksittäinen yritys ei käytännössä kykene aukottomasti hallitsemaan kaikentyyppisiä riskejä suurissa kansainvälisissä liiketoimissa, vaikka kyseessä olisi monikansallinen suuryritys. Sopimusverkosta on apua kaikille verkon osapuolille liiketoiminnallisten päämäärien saavuttamisessa ja riskien hallinnassa.

Kansainvälisen kaupan sopimusverkoissa pyritään täsmälliseen ja tarkkaan tehtävien ja riskien jakoon. Sopimukset laaditaan yleensä huolella, jotta verkon osapuolten vastuut olisivat mahdollisimman selvät. Verkon osapuolet pyrkivät tekemään ainoastaan sitä, mitä ne parhaiten osaavat. Esimerkiksi tiettyyn valtion liittyvien maariskien⁶² arvioinnissa ja sopimusverkon riskianalyyysien laadinnassa käytetään kyseisen maan erityistuntijoita. Sopimusverkkoihin halutaan saada mukaan myös sellaisia erityisosaavia sopimuskumppaneita, jotka täydentävät osaamisalueillaan verkon mahdollisia heikkoja kohtia. Asiantuntemuksen lisäksi kansainvälisen kaupan liiketoimissa vaaditaan käytännössä aina sopimusverkkoon osallistujilta taloudellisia panostuksia. Taloudellista panostusta ja hyvää yritysstatusta vaativia toimia ovat tyypillisimmillään maksutapaan liittyvät järjestelyt kuten remburssi ja erilaiset pankkivakuudet.⁶³

⁶⁰ ”Suoritus tulee tehdä, tulipa helvetti tai vedenpaisumus”. Tämäntyyppisten ehtojen käytöstä ks. *Nevitt* s. 187.

⁶¹ Projektirahoitukseen liittyvistä riskeistä *Leskinen* teoksessa *Saarnilehto* (toim.): Projektirahoitus. Sopimusten verkostuminen, 1996 s. 40–46 sekä *Nevitt* s. 9–20.

⁶² *Maariski* on käsitteenä usein käytetty varsinkin rahoitustoiminnassa. Termillä tarkoitetaan valtion liittyviä riskitekijöitä, jotka ovat niin poliittiseen kuin taloudelliseenkin tilaan liittyviä tekijöitä. Riskianalyytikot arvioivat maariskillä eri tekijöiden vaikutusta suunnitellun rahoituksen hintaan. Ks. *Nevitt* s. 17. Maariskin realisoitumisesta voidaan esittää hyvänä esimerkkinä Argentiinan tapahtumat 2001–2002. Argentiinan kaksoiskurssivaluuttajärjestelmää (Yhdysvaltain dollari ja Argentiinan peso) muutettiin 2001–2002 siten, että Argentiinan pesosta tuli ainoa valuutta. Tällöin valtiontalous oli jo romahtanut ja devalvointi vaikutti merkittävästi dollarimääräisten saatavien arvon realistiseen pienenemiseen. Varsinkin kansainvälistä rahoitustoimintaa harjoittavat pankit kärsivät merkittäviä menetyksiä Argentiinan valuuttapolitiikan muutoksista – eli realisoituneen maariskien vuoksi.

⁶³ Pankit tarjoavat näitä palveluja vakuuksien ja maksujen järjestämisessä, ks. esim. tarjoustakuisista *Lehtinen* 1994 s. 38. Monissa tapauksissa nämä järjestelyt asetetaan sopimusverkkoon osallistumisen ehdoksi. Ks. myös *EU-rahoitusopas*, jossa selvitetään EU:n eri rahoitusprosesseja.

6.1.8 Asiakirjojen merkitys sopimusverkossa

Sopimusverkoissa asiakirjat ja dokumentaatio ovat korostetussa asemassa. Asiakirjat ovat sopimusverkon sisäisen informaation kulun kannalta usein välttämättömiä. Tämän lisäksi asiakirjoja käytetään joissakin sopimusverkoissa korvaamaan tai paremminkin symboloimaan tavaraa; vaihdanta tehdään ensiksi asiakirjoja vastaan ja vasta myöhemmin asiakirjat vaihdetaan kauppatavaraan. Tämä on käytännöllistä esimerkiksi silloin, kun tavaran tarkastaminen on vaikeaa pitkien välimatkojen vuoksi. Tyypillisenä tilanteena voidaan mainita projekti, jossa asiantuntijan lausunto toimivasta laitteistosta toimitetaan ostajalle, vaikka ostaja itse ei ole tarkastanut tai edes nähnyt tavaraa.

Suurten projektisopimusten sopimusverkoissa käytetään asiakirjoja myös sopimussakko- ja vahingonkorvausjärjestelyissä. Sopimuskumppanit ovat esimerkiksi sopineet, että myyjä toimittaa ostajalle sovitun dokumentaation määräpäivään mennessä (esimerkiksi johonkin projektin aikana sovittuun osasuoritukseen liittyen). Mikäli dokumenttia ei toimiteta sovitussa ajassa, myyjä joutuu maksamaan sopimussakkoa sovitun määrän. Järjestelyistä voidaan käyttää nimitystä *dokumenttisakko*. Dokumenttisakko on sopimussakko, ja sopimusta siitä tulee tulkita kuten sopimussakkoehtoa.

Merkityksellistä on kuitenkin se, että asiakirjan toimittamatta jättäminen laukaisee automaattisesti sopimussakon. Myyjän tai velkojan ei tarvitse osoittaa tuottamusta tai aiheutuneen vahingon määrää, vaan asiakirjan toimittamatta jättäminen on sopimusrikkomus, joka johtaa dokumenttisakkoon.

Dokumenttisakon käyttö on perusteltua ja mielekästä esimerkiksi silloin, kun sopimusverkon osapuolten velvollisuudet ja toimitukset ovat riippuvaisia toisilta sopimusverkon osallisilta tai osapuolilta saatuihin asiakirjojen muodossa annettuihin tietoihin. Suurissa projektisopimuksissa erityyppiset mitoitus-, laatu- ja muut tiedot yhden toimittajan osalta ovat välttämättömiä seuraavan portaan toimittajalle; tämän tulee tietää, millä edellytyksillä ja mistä hän oman toimituksensa aloittaa.⁶⁴ Tällöin puhutaan toimitusrajoista ja toimituskynnyksistä.

Nykyisten projektisopimusten sopimusverkoissa tiedon siirtäminen osapuolelta toiselle tietotekniikan avulla – sähköpostitse tai muutoin – ei käytännössä ole ongelma. Tämän vuoksi voidaan perustellusti esittää, että dokumentaation laatiminen ja sen asianmukainen tai sopimuksen mukainen toimittaminen muille sopimusverkon osapuolille ja osallisille on käytännössä riippuvainen ainoastaan dokumentaation laatijan tai välittäjän halusta. Kuitenkin erityyppisten tiedonan-

⁶⁴ Esimerkiksi raskaan teollisuuden tehtaan rakentamisprojekti on sopimusverkko, jossa kunkin osapuolen laatimat määritelmät ja käyttöohjeet ovat tärkeitä tehtaan tulevalle käyttäjälle ja rakennustyötä tekeville tai jatkaville muille projektin osapuolelle.

tovelvollisuuksien täyttäminen ja huolellisuus dokumentaatioissa aiheuttavat jatkuvasti ongelmia kansainvälisessä kaupassa ja projektisopimuksissa.⁶⁵

Sopimusverkoissa käytettyjen dokumenttien osalta voidaan huomata, että suuri osa dokumentaatiosta laaditaan ja toimitetaan sähköisessä muodossa. Kuitenkin edelleenkin asiakirjoista laaditaan paperiversioita ja paperiversioihin vaaditaan todistajia, viranomaisten vahvistuksia ym. Kirjallisen muodon vaatimus johtuu pääsääntöisesti siitä, että edelleenkin tuomioistuimissa ja välimiesoikeuksissa asiakirjojen aitoudelle asetetaan vaatimuksia, jotka voidaan täyttää ainoastaan kirjallisella muodolla.

Esimerkkinä voidaan mainita Italian korkeimman oikeuden ratkaisu *Associazione Anni Verdi ONLUS (appellant) vs. Angelini (Cassazione Civile, Sezione Lavoro, 16 febbraio 2004, n. 2912 Associazione Anni Verdi ONLUS c. Angelini)*. Italian korkein oikeus katsoi ratkaisussaan, että Internet-sivustoa ei voida käyttää kirjallisenä todisteena, ellei sitä ole asianmukaisesti vahvennettu ja todistettu oikeaksi. Sivustoa ei pidetty ”dokumenttina”. (Dokumentti-sana on johdettu latinan kielestä; *docere* = opettaa, neuvoa → *documentum* = asiakirja, mutta myös *varoitus*.)

Kansainvälisessä kaupassa ei tule myöskään unohtaa eri kansallisten lakien ja jopa eri uskontojen asettamia muotovaatimuksia sopimuksille. Kun varsinkin Pohjoismaissa sopimuksien laadinnassa on korostettu varsin paljon muotovaaputta ja samalla haluttu purkaa kaupan esteinä pidettyjä muotosäännöksiä, ollaan suuressa osassa maailman kauppakulttuureita edelleen tiukasti kiinni muotovaatimuksissa.⁶⁶

⁶⁵ Useissa kansainvälistä kauppaa harjoittavissa yrityksissä on oma dokumentaatio-osasto, jonka tehtävänä on dokumenttien hallinta, dokumentaation ja asianmukaisen kirjallisen informaation laatiminen. Kyse on yritysten riskien hallinnasta ja toimintatapojen yhtenäistämisestä. Kirjallisen informaation tuottaminen suurissa kansainvälisissä yrityksissä on näin siirretty käytännössä pois yksittäisiltä työntekijöiltä.

⁶⁶ Esimerkkinä voidaan mainita koraanissa ilmoitettu vaatimus, Koraani toinen suura (lehmä suura) 282 jae: ”Te uskovaiset, kun teette maksusitoumuksen määrätyksi ajaksi, niin tehkää se kirjallisesti. [...] Kutsukaa tähän tilaisuuteen kaksi mieleistänne miestä todistajiksi. [...] Älkää jättäkö kirjoittamatta velkasopimusta, olkoon se pieni tai suuri, ja merkitkää sen eräytymisaika. Tämä on oikeudenmukaisinta Jumalan edessä, varmimmin todistettavissa ja paras tapa välttää keskinäisiä epäluuloja, paitsi milloin kyseessä on liikeasia, jossa tavara siirtyy kädestä käteen. [...] Todistajia hankkikaa kuitenkin myydessänne toinen toisellenne, eikä hankaluutta saa tuottaa kirjurille enempää kuin todistajillekaan.” (Käännös <http://www.islamopas.com/koraani/002.htm>. Kuten edellä on todettu, islamin perusoppien mukaan koraanin tulkinta voidaan ja tulee suorittaa ainoastaan alkuperäiskielisenä).

6.1.9 Sopimusverkon tulkinnasta

Sopimusverkon tulkinta on varsin vaikeaa ja se joudutaan käytännössä tekemään osissa. Erillisten sopimusten tulkinnan osalta on ulkopuolisen usein työlästä erottaa merkityksellisimmät sopimussuhteet. Tämän vuoksi tulkinta saattaa johtaa päätelmään, joka ajaa sopimusverkon tarkoituksensa ulkopuolelle.

Kuten edellä on liikesopimusten osalta todettu, *falsa demonstratio non nocet* -periaatetta voidaan pitää liikesopimusten ja sopimusverkkojen tulkinnassa kantavana ajatuksena. Sopimusverkon osapuolten ja osallisten yksimielisesti tar koittama sopimussisältö tai oikeastaan sopimusverkon tavoite tulee asettaa tul kinnan perustaksi. Aitoa tulkintaristiriitaa ei *falsa demonstratio non nocet* -periaatteen ohjaamassa tilanteessa *inter partes* -suhteessa ole, mutta sopimusverkos sa ”tulkitun” sopimuksen ulkopuolisten (joskin siis saman sopimusverkon osallisten) tulkinnat voivat vaihdella. Tällöin tulee esille sopimusverkon tulkin nan ydinkysymys: tuleeko jotain sopimusverkon sopimusta tai sitoumusta tulkita *falsa demonstratio non nocet* -periaatteen mukaan, vaikka tämä tulkinta kaataisi sopimusverkon?

Vaikka yleispäteviä liikesopimusten ja sopimusverkkojen tulkintaperiaatteita on vaikea nimetä, voitaneen esittää seuraavanlainen sopimusverkon tulkintamalli:

Liikesopimusten muodostamien sopimusverkkojen tulkinnassa tulee korostaa osapuolten yhteistä tahtoa, joka ilmenee sopimusverkon tavoitteena. Tämän vuoksi ensisijainen tulkinnan ohjenuora on sopimusverkon pääsopimus, josta yleensä käy ilmi sopimusverkon päätavoite. Sopimusverkon tulkinnassa tulee toteuttaa pienimmän haitan ja vähäisimmän puuttumisen periaatetta. Tällä tar koitetaan sitä, että sopimusverkon päätavoitteen ja toimivuuden tulisi kärsiä mahdollisimman vähän tulkinnan lopputuloksesta; tulkinta ei lähtökohtaisesti saa kaataa sopimusverkkoa tai muuttaa sen tavoitetta mahdottomaksi. Tämä ei kuitenkaan saa johtaa siihen, että sopimukset asetettaisiin automaattisesti sopi musverkossa arvojärjestykseen. Kyse on sopimusverkkoihin liittyvien realiteet tien hyväksymisestä. Tulkintatilanteessa sopimusverkkoa voidaan verrata puu hun. Jos puusta leikataan oksa, se ei vielä kaada puuta, mutta rungon katkaise misella tapetaan myös oksat.

Esitetty tulkintamalli lähestyy teoreettisesti mielenkiintoisella (joskin tahatto malla) tavalla sovitteluperiaatteita. Kuitenkin sopimusverkon intressissä suori tettu tulkinta johtaa suojaamaan usein vahvempia ja ammattitaitoisempia osa puolita – ei suinkaan heikompia.

6.1.10 Yhteenvedo sopimusverkkoajatuksista

Sopimusverkko on yritysmarkkinoilla toimiva käsite. Se ei ole yleinen sopimusmalli, joka kattaisi kaikki kauppasopimukset. Sopimusverkko soveltuu yritysmailman ammattilaisten tekemien sopimusverkkojen sopimussuhteiden kuvaamiseen ja tarkasteluun. Toisaalta sopimusverkkoajatus voidaan hyvin käyttää yritysmailman sopimusten ja ns. sopimustodellisuuden tulkinnassa ja tutkimisessa. Välttämättömä ei suinkaan ole sopimusverkko itse, vaan se, että sopimusverkkoa hyväksikäyttäen voidaan löytää sopimusten yhteenliittymisestä osapuolten tahto.⁶⁷ Sopimusverkon merkitys voi välillisesti kohdistua myös kuluttajamarkkinoihin, esimerkiksi sovittelumahdollisuuden arvioinnissa silloin, kun kuluttaja on ”joutunut” osaksi sopimusverkkoa.⁶⁸ Tulee kuitenkin muistaa, että sopimusverkon perustan luovat liikesopimukset, joiden sovitteluun tulee suhtautua varauksellisesti.

Voidaan myös esittää, että sopimusverkkoajatus soveltuu liikesopimusten tulkintaan ja osapuolten aseman selvittämiseen sitä paremmin, mitä suuremmasta, pitempikestoisemmasta ja laajemmasta sopimusverkosta on kyse. Tämän vuoksi se soveltuu mainiosti kansainvälisen kaupan liikesopimuksien ja niihin liittyvien maksu- ja vakuusjärjestelyjen tarkasteluun.

6.2 SOPIMUSVERKON ERO LÄHIKÄSITTEISIIN

Sopimusverkko ei ole sekatyypinen sopimus. Sekatyypisessä sopimuksessa on kyse yhdestä sopimussuhteesta, jossa on useampia erityyppisiä suoritusvelvollisuuksia. *Pekkanen* kuvaa sekatyypistä sopimusta seuraavasti:⁶⁹

”Sekatyypisellä sopimuksella tarkoitetaan siis tässä tutkimuksessa sellaista sopimusta, johon perustuvat suoritusvelvollisuudet ovat kahden tai useamman yleisen sopimustyyppin mukaisia suoritusvelvollisuuksia. Sopimus täyttää toisin sanoen useamman kuin yhden sopimustyyppin tunnusmerkistön.”

Sopimus on siis ”sopimustyyppiltään sekatyypinen”. Sekatyypisen sopimuksen käsite ei kuitenkaan ole täysin yksiselitteinen tai selvä. Sopimusverkossa sopimussuhteita on useita ja ne ovat erityyppisiä. Sopimusverkko voi sisältää myös sekatyypisiä sopimuksia, kuten sekatyypisiä työsopimuksia.

⁶⁷ KKO on antanut merkityksellisen verkottuneiden sopimusten ja osapuolten toimintaa koskevan ratkaisun KKO 1996:10, jossa liikkeenluovutuksen arviointi perustettiin useiden oikeustoimien summaan.

⁶⁸ Tämän tyyppisestä tilanteesta on kyse KKO:n ratkaisussa 1996:10.

⁶⁹ *Pekkanen* s. 164. *Pekkanen* havainnollistaa sekatyypisyyttä työsopimuksissa.

Sopimusten verkottumista ei tule rinnastaa suomalaisessa oikeustieteessä esitettyyn käsitteeseen *turvaverkostoista*. Turvaverkostoilla tarkoitetaan lähinnä sääntelyn keinoin toteutettua liiketoiminnan turvaamista. Turvaverkosto suojaa jonkin yhteiskunnan kannalta tärkeäksi katsotun intressin, esimerkiksi pankkilaitosten toimivuutta. Suomalaisessa oikeustieteessä turvaverkkoajatusta on tutkinut *Tapio Anttila*, joka selvittää lähinnä talletustakuujärjestelmiä, joita voidaan pitää pankkien turvaverkkojärjestelminä.⁷⁰

Käsitteitä sopimusverkko ja sopimusketju on käytetty toisiaan vastaavina termeinä. Tässä tutkimuksessa näiden käsitteiden välille on tehty ero. Sopimusketjujen jaottelu voidaan tehdä siten, että niitä tarkastellaan kuvitellussa tai olemassa olevassa pääsopimussuhteessa. Tämän jaottelun mukaan sopimusketjut voivat olla pääsopimussuhteeseen nähden joko

1. rinnan eli horisontaalisena sopimusketjuna, jolloin pääsopimuskumppanien välissä on sopimusketju eli useita sopimuskumppaneja tai
2. peräkkäin eli vertikaalisena sopimusketjuna, jolloin pääsopimuskumppanit ovat suorassa sopimussuhteessa, mutta pääsopimuskumppani(t) käyttää alihankintatyyppistä sopimusketjua omassa suorituksessaan.

Näissä sopimusketjuissa aikaisemman sopimuksella pyritään mahdollistamaan ketjussa seuraavan sopimuksen täyttäminen.

Sopimusten ketjuuntuessa sopimussuhteet ovat tyypillisimmillään liikesopimussuhteissa *back-to-back*-järjestelyin yhdistetty toisiinsa. Tällöin sopimusketjun sopimukset ovat kokonaan tai pääosin identtisiä, jolloin sopimusketjun perustan luovat huolella samankaltaisiksi laaditut sopimukset. Järjestelyssä tulee olla aina vähintään kolme osapuolta, jotta sopimusketju voisi syntyä. Käytännössä sopimusten ketjuuntuminen toteutuu toimeksiantosopimuksina, jolloin sopimusketjun eri toimijat siirtävät toimeksiannoin sopimusvelvoitteita.

Sopimusketjun sopimukset voivat sisältää samanlaisia vakioehtoja. Tämä on usein toimivan sopimusketjun edellytys. Jos sopimukset ovat täysin erilaisia (joko tarkoitukseltaan, sisällöltään tai ehdoiltaan), ei ketjua yleensä synny. Kansainvälisen kaupan sopimusketjujen edellytyksenä ei kuitenkaan aina ole sopimusten muodollisten tai ”ulkoisten” seikkojen yhdenmukaisuus. Sopimusketjun sopimukset saatetaan joutua laatimaan tarkoituksenmukaisuussyistä tai jonkin kansainvälisen kaupan osapuolen soveltaman lainsäädännön vuoksi hyvinkin erilaisiksi. Tällöin ketjun tunnistaminen vaatii järjestelyn läpikotaista tunnistamista ja alan toimintatapojen ymmärtämistä.

Sopimusketjut ovat osapuolten pääsääntöisesti vapaasti suunniteltavissa ja toteutettavissa – sopimusvapauden rajojen puitteissa. Kuitenkin sopimusketjun

⁷⁰ Ks. *Anttila* s. 298 ja 351. *Anttilan* johtopäätöksenä voidaan yleistäen pitää, että pankkien riskien hallinta on sääntelyn avulla vaikeaa.

sopimusten osalta on joskus vaikea tunnistaa osapuolten tietoisuus tai halu olla mukana ketjussa. Varsinkin vastuukysymysten osalta tulee sopimuksien ketjuttamisessa olla huomattavan varovaisia. Suomalaisessa oikeustieteessä ja eräissä korkeimman oikeuden ratkaisuissa on käytetty laajentavia tulkintoja sopimusperusteisen vastuun osalta juuri sopimusketjutyypisissä tilanteissa.⁷¹ Kuitenkin korkeimman oikeuden ratkaisuissa kyse ei varsinaisesti ole ollut sopimusketjujen tulkinnasta vaan toimeksiantosuhteiden ja toimeksiantosopimusten tulkinnasta.

Liikesopimuksien tulkinnassa tulisi suhtautua erittäin varauksellisesti sopimusperusteisen vastuun laajentamiseen. Kun osapuolet päätyvät käyttämään parhaan osaamisen optimoimisen, riskinjaon tai jonkin muun seikan takia sopimusverkkoja tai sopimusketjuja, tulee tätä osapuolten tahtoa kunnioittaa myös sopimuksia tulkittaessa ja sopimusperusteisen vastuun rajoja tulkittaessa. Vaikka kansainvälisen kaupan sopimusketjut ja sopimusverkot laajentavatkin sopimusjärjestelyiden kirjoa ja vaikeuttavat sopimusten tulkintaa, tulee kuitenkin ulkopuolisen arvioitsijan aina muistaa osapuolten perusajatus sopimusjärjestelyn ja sopimuksen tarkoituksesta:

- sopimus sitoo vain osapuolia ja vain sellaisin ehdoin kuin se on laadittu (onnistutaan sopimuksen laadinnassa tai ei)
- sopimus ei luo velvoitteita sopimuksen ulkopuoliselle
- sopimuksen ulkopuolinen, kolmas, ei voi esittää sopimukseen perustuvia vaatimuksia vetoamalla sopimuksen osapuolten oikeuksiin (ellei tästä ole nimenomaisesti sopimuskumppanien välillä sovittu, esimerkiksi sopimus kolmannen hyväksi -tilanteessa).⁷²

Edellä esitetty sopimusten ketjuuntuminen ja sopimusverkkoajatus eivät kuitenkaan poista tai vähennä velvoiteoikeuden perusajatusta sopimuksen velvoittavuudesta inter partes; sopimusverkon tai sopimusten ketjuuntumisen avulla ei voida poistaa sopimuskumppanin sopimusvelvoitteita. Tuotevastuun säätelemiin tilanteisiin ja kuluttajasopimuksiin sovellettavat säännöt ovat summentaneet tarpeettomasti sopimusperusteisen vastuun ja laajentaneet ”vastuullisen” sopimuskumppanien määrää siten, että myös liikesopimusjärjestelyissä tarkoitettua ris-

⁷¹ Tältä osin voidaan ottaa esille KKO:n ratkaisut 1992:162, 1999:19 ja 2001:128, joissa on otettu kantaa korvausvastuusta päämiehen sopimuskumppanille. Ratkaisut ovat koskeneet hyvin lyhyttä sopimusketjua, toimeksiantoa, jossa myös kolmannen etu on tullut toimeksiantoa hoidettaessa ottaa huomioon. Korkeimman oikeuden ratkaisuista ei voida tehdä kovin pitkälle vietyjä johtopäätöksiä siitä, miten vastuuperuste heijastuu ja korvausvastuu toteutuu pitkässä sopimusketjussa.

⁷² Vertaa *Hemmo*: Sopimus ja delikti, 1998 s. 269, jossa sopimusketjun ja sopimuksen asianosaisuuteen vastuun laajentamisen mahdollisuutta on tarkasteltu. Vertaa kuitenkin s. 276, jossa *Hemmo* esittää vastuun laajentamisen vaaroista. Ks. kysymyksenasettelusta myös edelleen *Tammi-Salmi*-nen: Sopimus, kompetenssi ja kolmas, 2001.

kinjakoa on tulkittu ”samastaen”.⁷³ Sopimusvelvoitteita koskevaa vastuuta ja korvausvastuuta laajentavat ratkaisukäytännöt ja tulkintasuuntaukset ovat yritysten välisten sopimusten osalta usein hankalasti perusteltavissa. Varsinkin kansainvälisen kaupan toimivuuden ja osapuolten luottamuksen säilymisen kannalta kansallisten tuomioistuinten ratkaisuissa tulisi suhtautua varovasti sopimusperusteisten vastuiden laajentamiseen.

Sopimusketjun ja sopimusverkon suhteesta voidaan huomata, että sopimusketjut ovat usein osa sopimusverkkoja. Pääsääntönä voidaan pitää sitä, että kansainvälisen kaupan sopimusverkossa joudutaan toimimaan aina jossain määrin myös kansallisesti. Tällöin samaan kansainväliseen konserniin kuuluvat yritykset toimivat usein oman sisäisen sopimusketjun mukaisesti, jossa ketjun toisessa päässä on yrityksen pääkonttori ja toisessa päässä ovat *back-to-back*-toimeksiantoin⁷⁴ laaditut kansalliset sopimukset.

⁷³ Tässä voidaan mainita esimerkkeinä KKO:n ratkaisut 1998:160, 1992:165, 1994:80 ja 1999:19. Näissä ratkaisuissa ei ole kyse kansainvälisestä kaupasta, vaan ne on otettu esille kuvastamaan sivullisen suojaamista ilman varsinaisen sopimussuhteen luomaan tukea tai velvoitetta.

⁷⁴ *Back-to-back*-järjestelyssä sopimukset ovat identtisiä ja ne on järjestetty ketjuun.

7 Sopijakumppaneiden tasavertaisuus liikesopimuksissa ja sopimusverkoissa

7.1 JOHDANTO

Kansainvälisen kaupan liikesopimuksissa sopiuskumppanit ovat lähtökohtaisesti tasavertaisia. Pääsääntönä on myös se, että kansainvälisessä kaupassa ei sopiuskumppaneita voida asettaa heikomman tai vahvemman sopiuskumppanin rooleihin. Kansainvälisessä kaupassa on kehittynyt erilaisia suojamekanismeja, esimerkiksi vakuusinstrumentteja ja erityisiä vakuutuksia, joiden avulla sopijakumppanit voivat halutessaan itse sopimusteitse parantaa asemaansa tai turvata sen.¹ Seuraavassa tuodaan esille seikkoja, jotka osoittavat, että

- liikesopimuksissa ja kansainvälisessä kaupassa sopiuskumppanit ovat periaatteessa lähtökohtaisesti tasavertaisessa asemassa ja
- heikomman suojaaminen ei pääsääntöisesti voi toteutua (oikeudenmukaisesti) liikesopimuksissa ja kansainvälisen kaupan sopimusverkoissa.

Heikomman suojaamisen tarve ja sen korostuminen kuluttajamarkkinoilla varsinkin taloudellisen laman aikana ovat välillisesti vääristäneet kuvaa kansainvälisen kaupan perusluonteesta, jota voisi kutsua ankaran sopimussidonnaiseksi. Kun yritys ryhtyy harjoittamaan kansainvälistä kauppaa, sen oletetaan olevan yritysmarkkinoilla asiantuntija-asemassa. Lähtökohtana on se, että yritys ei menesty kansainvälisessä kaupassa ilman vankkaa asiantuntemusta. Jos yritys tekee kansainvälisessä toiminnassaan virheitä, se kärsii virheistään ensisijaisesti itse.²

¹ Kansainvälistä kauppaa koskeissa ylikansallisissa laeissa ja yleissopimuksissa on yleensä nimellisesti mainittu, ettei niitä tule soveltaa kansainvälisiin kauppasopimuksiin, joissa toisena osapuolena on kuluttaja. Ks. esimerkiksi Wienin konventio (YK:n kauppalaki) 2 artikla: ”Tätä yleissopimusta ei sovelleta: a) henkilökohtaiseen taikka perheen tai kotitalouden käyttöön ostetun tavaran kauppaan, paitsi jos myyjä ei sopimusta tehdessään tai sitä ennen tiennyt eikä hänen olisi pitänyt tietää, että tavara ostetaan tällaiseen käyttöön...”. Tästä voitaneen tehdä johtopäätös, jonka mukaan kansainvälisen kaupan osapuolet ovat lähtökohtaisesti ”samalla tasolla” eikä kuluttaja-asemasta johtuvaa epätasapainoa ole.

² Suomalaisten yritysten kansainvälisessä kaupassa tekemistä virheistä on lukuisia esimerkkejä. Tämä virheet on yleensä haluttu pitää pois julkisuudesta ja pyritty mahdollisuuksien mukaan ratkaisemaan ei-julkisissa välimiesoikeuksissa. Pääsääntönä voidaan kuitenkin pitää sitä, ettei edes oikeuden päätös vastapuolen rikollisesta toiminnasta ole käytännössä yleensä mahdollistanut korvausta suomalaisyhtiöille tai ”pelastanut” suomalaista yritystä taloudellisilta menetyksiltä. Toisaalta voidaan huomata, että kansainvälistä kauppaa harjoittavien suurten yhtiöiden virheet ovat dominoteorian tyypisesti vaikeuttaneet myös monien muiden pienempien yritysten toimintaa (esimerkiksi suuryritysten alihankkijat joutuvat käytännössä kärsimään suuryritysten virheistä).

Liikesopimuskumppanien tasavertaisuuden periaatteen ymmärtäminen ja hyväksyminen on kansainvälisen kaupan sopimussuhteiden tarkastelussa erittäin tärkeää.

Kansainvälisen kaupan sopimusverkoissa, kuten liikesopimuksissa yleensä, ajatus ankarasta sopimussidonnaisuudesta luo asiantuntija-asemassa olevien osapuolten kaipaamaa oikeudenmukaisuutta ja tasavertaisuutta. Liikesopimuskumppanien tasavertaisuus ja liikesopimusten sopimussidonnaisuus antavat uskoa vaihdantaan ja sen toimivuuteen. Kansainvälisen kaupan liikesopimuksissa ja sopimusverkoissa osapuolten lojaliteettivelvollisuus, varsinkin sopimusneuvottelujen aikana, tasapainottaa käytännössä osapuolten vastakkainasettelua.

Esimerkiksi kansainvälisen kaupan maksujärjestelyissä osapuolten asema määrittyy lähinnä sen mukaan, mitä tehtäviä osapuolella maksujärjestelyn sopimusverkossa on. Tällöin jokainen maksujärjestelyssä mukana oleva osapuoli on lähtökohtaisesti yhtä tärkeässä asemassa verkon päämäärän toteutumisen kannalta; jokaisen maksujärjestelyn osapuolten panos on tärkeä ja lähtökohtaisesti korvaamaton. Tämän vuoksi on kansainvälisen maksujärjestelyn osapuolia myös kohdeltava ja pidettävä tasa-arvoisina.

Sosiaalisen siviilioikeuden oppien mukaan ja nimenomaan sopimusten kohtuullisuutta harkittaessa sopimuskumppanien aseman arviointiin pyritään korostetusti ottamaan mukaan sopimuksen ulkopuolisia seikkoja. Sopimuskumppanien asettaminen eriarvoisiin asemiin on hyvin vierasta kansainvälisen kaupan liikesopimuksissa ja sopimusverkkojen maailmassa. Tarkemmin arvioituna, liikesopimuksissa ja kansainvälisessä kaupassa tilanne on useimmiten juuri päinvastainen. Tästä voidaan mainita esimerkkinä tutkimuksen kohteena olevat remburssimaksujärjestelyissä lähes poikkeuksetta käytetyt Kansainvälisen kauppakamarin remburssisäännöt (UCP). Remburssisäännöissä on selkeästi todettu osapuolten nimenomaisena tahtona olevan se, että remburssijärjestely on täysin itsenäinen (autonominen) järjestely. Autonominisuus on haluttu varmistaa säännöissä mm. niin, että remburssi on haluttu irrottaa jopa järjestelyn kausana olevasta kauppasopimuksesta, kauppatavarasta ja osapuolista. Tämä on todettu jo edellä tässä tutkimuksessa mainituissa ja lainatuissa artikloissa 3 ja 4:

Article 3:

”Credits v. Contracts: Credits, by their nature, are separate transactions from the sales or other contract(s) on which they may be based on and banks are in no way concerned with or bound by such contract(s) even if any reference whatsoever to such contract(s) is included in the Credit...”

Article 4:

”Documents v. Goods/Services/Performances: In Credit operations all Parties concerned deal with documents, and not with goods, services and/or other performances to which the documents may relate.”

(Artikla 3:

”Remburssin suhde sopimukseen: Remburssit ovat luonteeltaan perustanaan mahdollisesti olevista kaupp- tai muista sopimuksista erillisiä toimitteita, eivätkä tällaiset sopimukset mitenkään koske tai sido pankkeja siinäkään tapauksessa, että remburssissa jollakin tavalla viitattaisiin tällaiseen sopimukseen (sopimukseen)...

Artikla 4:

”Asiakirjojen suhde tavaroihin / palveluihin / suoritteisiin: Remburseissa kaikkien osapuolten toimenpiteet koskevat asiakirjoja eivätkä tavaroita, palveluita ja/tai muita suoritteita, joihin asiakirjat saattavat liittyä.” [ICC:n Suomen osaston käännös.)]

Kun näitä edellä esitettyjä remburssisääntöjen kohtia on tarkasteltu, voidaan esittää perustellusti kysymys, kuinka voisi olla mahdollista, että remburssin tyyppistä maksu- tai vakuusjärjestelyä³ (standby-remburssien osalta) tai sen osapuolten heikkoutta voitaisiin arvioida tilanteessa, jossa remburssisääntöjen mukaan ei edes kaupan kohteen ominaisuuden haluta vaikuttavan järjestelyyn.

Remburssijärjestelyn ja liikesopimusverkkojen osapuolten tahto on se, että muiden järjestelyssä mukana olevien kykyä tai tasa-arvoista asemaa ei tarvitse koskaan arvioida. Liikesopimus (ja itse asiassa traditionaalinen sopimus itsessään) antaa kenelle tahansa mahdollisuuden toimia tasavertaisesti sopimussuhteessa. Toki on varsin hankalaa esittää, ettei jonkin sovellettavan lainsäädöksen mukaan (esimerkiksi oikeustoimilain mukaisen sovittelun kautta) voitaisi periaatteessa ohittaa osapuolten nimenomaista sopimusehtoa ja tahtoa. Kuitenkin liikesopimuskumppaneiden hyväksymä sopimusehto siitä, että sopimuksen tulkintaan normina ei käytetä ”heikomman suojaa koskevia tulkintanormeja” poistane sopimuskumppanin mahdollisuuden vedota omaan heikkouteensa. Samoin on hyvin vaikea nähdä sitä mahdollisuutta, että tuomioistuimien perustelisi tulkin- taansa tällaisen ehdon sisältävästä liikesopimuksesta ”heikomman suoja -periaatteella” tai ”heikomman suojan tarpeella”.⁴

Seuraavissa jaksoissa on heikomman suoja -käsitettä kuvattu liikesopimuskumppanien tasavertaisuuden vastakohtana. Heikomman suojan pääsääntöinen soveltumattomuus sopimusoikeudellisiin ratkaisutilanteisiin ja varsinkin liikesopimussuhteisiin on pyritty osoittamaan kuvaamalla väitettyä heikomman suoja -periaatetta.

³ Vakuusjärjestely on mainittu, mikäli remburssia käytetään standby-remburssina eli vakuutena.

⁴ Sovittelua ja kohtuullistamista koskeissa säädöksissä edellytetään lähtökohtaisesti ehtojen epätasapainoa, mutta epätasapainon syihin ei ole niissä kiinnitetty kovinkaan paljon huomiota.

7.2 HEIKKouden MÄÄRITTELYN ONGELMIA LIIKESOPIMUSSUHTEISSA

7.2.1 Liikesopimuksissa noudatettavien periaatteiden ja sääntöjen suhteesta

Oikeustieteellisissä julkaisuissa käytiin varsinkin 1980-luvulla runsaasti keskustelua sääntöjen ja periaatteiden erosta. *Dworkinin* on katsottu aloittaneen tämän sääntö/periaate -keskustelun 1977, jolloin hän julkaisi teoksensa *Taking Rights Seriously*.⁵ *Dworkin* erottelee periaatteet ja päämäärät toisistaan pitäen periaatteita yksilön oikeuksina ja päämääriä pikemminkin yhteisöllisinä tavoitteina.⁶ Sääntöjen ja periaatteiden erottelu on tehtävä myös tutkittaessa, mitä normityyppiä esimerkiksi heikomman suoja edustaa. Pääsääntönä voidaan pitää, että säännöt joko soveltuvat kyseiseen ratkaisutilanteeseen tai ne eivät sovellu. Periaatteiden osalta soveltuvuus on puolestaan harkinnanvaraista ja suuntaa-antavaa.⁷ Hannu Tolonen esittää periaatteiden soveltumisen kannalta (viitaten tältä osin *Dworkiniin*, *Alexynin*, *Herzeniin* sekä *Taxelliin*)⁸ seuraavaa:

”Periaatetta saatetaan olla soveltamatta tai se saattaa syrjäytyä ilman, että se menettää kokonaan merkitystään tai pätevyyttään. Näin on asianlaita sellaisissa soveltamistilanteissa, joissa sopimusvapauden periaate tai neuvotteluriskin periaate syrjäytyvät kuluttajansuojalain tai lojaliteettiperiaatteen vuoksi.”

Heikomman suoja ei normina tulisi verrata sopimusvapauden periaatteeseen. Heikomman suoja rajoittaa usein käytännössä usein sopimusvapauden periaatetta. Heikomman suojan käyttö lojaliteettiperiaatteen kanssa rinnakkain saattaa myös aiheuttaa vaikeuksia. Kuitenkin on kiistatonta, että kuluttajansuojalaissa heikomman suojaaminen on lain perimmäinen tarkoitus, *ratio legis*. Kuluttajan-suojajärjestelmissä voidaan tehdä ero yleisen ”heikomman suoja -periaatteen” ja toisaalla ”heikomman suoja -säännöksen” välillä. Kuluttajan suojaamista koskeva säädös voi toteuttaa heikomman suoja, mutta kuluttajansuojassakaan ei yleistä heikomman suoja -periaatteen olemassaoloa voida aivan vaivattomasti näyttää toteen.

Jos heikomman suoja pidetään oikeusperiaatteena, on se jo lähtökohtaisesti konfliktissa muiden periaatteiden kanssa. *Pöyhösen* mukaan periaatekollisiossa

⁵ Ks. Tolonen 1989 s. 337–381.

⁶ *Dworkin*: A matter of Principle, 1985 s. 72–.

⁷ *Pöyhönen* 1988 s. 22.

⁸ Tolonen 1989, s. 343 alaviite 18. Tolonen on tarkentanut oikeusperiaatteita koskevia ajatuksiaan myöhemmin kirjassa Oikeuslähdeoppi, 2003 s. 43–50.

on kysymys siitä, miten pitää olla. Tämän tyyppinen periaatteiden välinen ristiriita ei siis ole mahdollon.⁹

”Jos nimittäin voidaan esittää riittävästi argumentteja periaatteen sisällymiselle oikeusjärjestykseen, ei periaatteen jääminen väistyneeksi suhteessa toiseen periaatteeseen merkitse sitä, että ne argumentit, jotka perustelivat hävinneen periaatteen oikeusjärjestykseen kuuluvaksi, menettäisivät merkityksensä. Ratkaisu koski vain periaatteen suhteellista voimaa siinä tilanteessa eikä sen kuulumista oikeusjärjestykseen sinänsä.”

Edellä esitetyn perusteella voitaisiin väittää, että heikomman suoja on oikeusjärjestykseen kuuluva periaate, joskin muiden periaatteiden soveltuessa useimmiten väistynä. Kuinka usein periaate voisi sitten väistyä menettämättä asemaansa oikeusjärjestyksessä? Voidaanko perustellusti väittää, että mikä tahansa periaate voi olla oikeusperiaate, mutta jos se on voimakkaasti kollisiossa muiden periaatteiden kanssa, sillä ei käytännössä ole mitään velvoittavuutta? Oikeusperiaatteen tulee kuitenkin olla ainakin jossain määrin velvoittava tai soveltava, jotta oikeusperiaatteesta voidaan puhua.

7.2.2 Oikeusperiaatteet ja heikomman suoja

Aarnio on kuvannut oikeudellisia periaatteita seuraavasti:¹⁰

”Joskus oikeudelliset periaatteet katsotaan positiivisen oikeuden yläpuolella vaikuttaviksi universaaleiksi ja ajattomiksi periaateiksi. Näin on asiaa arvioitu nimenomaan luonnonoikeudessa. Periaatteet ovat silloin mittapuita, joiden nojalla punnitaan positiivisen oikeuden sääntöjen sitovuutta. Jos positiivinen sääntö on ristiriidassa oikeudellisen periaatteen kanssa, joutuu sääntö väistymään periaatteen tieltä.

Luonnonoikeuden heikot muunnokset hyväksyvät myös ajatuksen oikeuden yläpuolella vaikuttavista periaateista, mutta katsovat, ettei positiivinen sääntö välttämättä väisty ristiriidan sattuessa. Periaatteen universaalisuudesta ja ajattomuudesta on niin ikään tingitty. Puhutaan ajallisesti ja paikallisesti muuttuvista periaateista.”

Yleisistä oikeusperiaateista Aarnio erottaa omiksi ryhmikseen:

1. oikeuden ideologisen arvoperustan
2. positiiviset oikeusperiaatteet
3. yleistyks
4. ratkaisuperiaatteet ja systeeminulkoiset periaatteet.

⁹ Pöyhönen 1988 s. 24–25.

¹⁰ Aarnio 1989 s. 79.

Heikomman suojaa voidaan arvioida oikeusperiaatteena tämän jaottelun avulla. Tärkeintä on kuitenkin keskittyä kysymyksenasettelun mukaisesti lähinnä kohtiin 2 ja 4 eli heikomman suoja -periaatteen arviointiin sopimusoikeuden positiivisena oikeusperiaatteena sekä tulkinta- ja ratkaisuperiaatteena. Aarnio on esittänyt määritelmän positiivisesta oikeusperiaatteesta:

”Positiivisella oikeusperiaatteella tarkoitetaan voimassa olevaan oikeuteen sisältyvää tai siinä edellytettyä ratkaisuperiaatetta.”¹¹

Esimerkkinä positiivisista oikeusperiaatteista hän mainitsee sopimusoikeudessa vallitsevan *pacta sunt servanda* -periaatteen. Myös vilpittömän mielen -periaatteen katsotaan vallitsevan sopimusoikeudessa – tai paremminkin sopimusoikeudessa edellytetään vilpittömää mieltä. Voidaanko sitten heikomman suojaa pitää edellä määritellyn mukaisesti positiivisessa oikeudessa vallitsevana tai edellytettynä oikeusperiaatteena? Vastaus tähän kysymykseen on kielteinen.

Positiivisissa oikeusperiaatteissa sopimusoikeudessa asetetaan sopijaosapuolet lähtökohtaisesti *tasavertaiseen* asemaan.¹² Toisaalta sopimusoikeuden perusajatuksena on – periaateaspekti kokonaan sivuuttaen eli ilman sopimusoikeuden periaatteitakin – sopimuskumppanien tasavertainen asema. Mikäli heikomman suojaa pidettäisiin oikeusperiaatteena, olisi luovuttava tämäntyyppisestä sopimuskumppanien tasavertaisuuden olettamasta. Sosiaalinen siviilioikeus onkin tavallaan irrottautunut vallitsevan tasavertaisuuden ideasta luomalla erilaisia sosiaalisia eriarvoisuuden rooleja ja tilanteita. Sosiaalisen siviilioikeuden osalta tarkoituksena on luoda tasavertainen ja tasapainoinen sopimussuhde, vaikka sopimuskumppanien välinen suhde ei lähtökohdiltaan olisikaan tasavertainen tai tasapainoinen.¹³

Tulee kuitenkin korostaa, että *sopimus on osapuolten itse itselleen sopivaksi määrittelemä tasapainotila. Osapuolten ei tarvitse olla keskenään tasavertaisia, jotta sopimus olisi tasapainossa*. Sopimuksen antama mahdollisuus on usein unohdettu: sopimuksella voidaan yhdistää oma sopimusvapaus mahdollisuuteen sitoa toinen sopimuskumppani sopimukseen. Varsinaista ”sopimuksen sisäistä heikkoutta” on hankala osoittaa olevan olemassa. Ainoastaan sopimuksen ulkopuolista heikkoutta eli osapuolten heikkoutta voidaan arvioida itsenäisesti nimenomaan heikkoutena.

Lähtökohtaisesta sopimuskumppanien tasavertaisuudesta luovuttaessa tulisi arvioida yksilön tahdon autonomian ja yleensä sopimusvapauden käsitteitä uudes-

¹¹ Aarnio 1989 s. 81.

¹² Ks. Pöyhönen 1988 s. 262, jossa tasapainon aristoteelisesta ideaalista ja sen tavoitteesta on esitetty oikeudenmukainen hinta, *iustum pretium*. Ks. myös Wilhelmsson 1985, esim. s. 120.

¹³ Wilhelmsson on käsitellyt heikomman rooleja, jotka aiheuttavat ”sopimusepätasapainon”. Wilhelmsson 1987 s. 53.

sa valossa. Jos sopijapuoli voi vedota heikkomuuteensa perustelemalla väitteen-
sä yleisellä heikomman suoja -oikeusperiaatteella, joudutaan sopimusoikeuden
pacta sunt servanda -periaatteen rajoja tarkistamaan. Mikäli heikomman suojaa
pidettäisiin yleisenä oikeusperiaatteena, tulisi sitä periaatteena pääsääntöisesti
noudattaa. Tämä aiheuttaisi sopimuskumppanin sopimusvastuun laajentumisen:
sopimusvastuun ”sopimussidonnaisuus” laajentuisi myös ”sopimuskumppani-
sidonnaisuuteen”. Sopijakumppani joutuisi siis tavallaan vastuuseen vastapuolen
heikkomuudesta mahdollisesti aiheutuvista riskeistä.

Kansainvälisessä kaupassa mukana olevat yritykset eivät käytännössä tällaisia
riskejä halua ottaa. Sopimuksesta aiheutuvien riskien ja kulujen ennakointi käy
varsin hankalaksi, mikäli arvioinnin kohteena on puhtaiden liiketoiminnallisten
riskien lisäksi sopijakumppanin heikkomuuden arviointi. Mikäli sopimuskump-
pani jo sopimuksen neuvotteluvaiheessa osoittautuu jostain syystä heikoksi, ei
sopimusneuvotteluja yleensä haluta jatkaa. Varsin järkevää liiketoiminnan kan-
nalta onkin esiintyä sopimusneuvottelujen ja koko sopimussuhteen keston ajan
”vakavaraisena ja vahvana” liiekekumppanina.

Aarnio on todennut, että modernin oikeuden normityyppejä ovat yleislausek-
keet ja sovittelusäännöt.¹⁴ Sovittelusäännöillä tavoitellaan Aarnion mukaan
”... yleensä heikomman osapuolen suojaamista ja tapauskohtaisen kohtuuden
toteuttamista.”¹⁵ Voidaan sanoa, että sovittelusäännöillä (tai kohtuullistamisnor-
meilla) toteutetaan näin oikeuden ideologisen tason arvostuksia, esimerkiksi
heikomman suoja.

Jos heikomman suojaaminen voitaisiin esittää yleisenä oikeusperiaatteena,
tulisi myös kohtuusperiaate ja sen sisältö pystyä määrittelemään selvästi. Peri-
aatteiden ja erityyppisten yleislausekkeiden tunnistaminen ja sisällön määrittele-
minen on varsin hankalaa. Voidaan esimerkiksi väittää, että heikomman suoja
-periaate on kohtuusperiaatteen ilmenemistapa. Tämä kanta kuvaa ajatusta ”pe-
riaate periaatteen sisällä”, joka ei varsinaisesti johda eteenpäin heikomman suo-
jan tarkastelun kannalta. Toisaalta esimerkiksi sosiaalisessa siviilioikeudessa on
esitetty juuri kohtuullisuuden toteuttavan heikomman suoja. Kohtuullisuushar-
kinta vaatii tulkintaa. Tulkinta on vaikea, jos aluksi joudutaan arvioimaan ”yleis-
tä kohtuullisuutta”.

Heikomman suojaaminen ja vilpittömän mielen suoja ovat kysymyksiä, joi-
den teoreettinen arviointi voi hyvinkin usein tulla yhtäaikaaisesti esille.¹⁶ Näiden
sopimusoikeuden käsitteiden tulkinta ja sovellettavuus muodostuvat käytännös-
sä kuitenkin vaikeiksi varsinkin silloin, kun kyse on samanaikaisesti:

¹⁴ Aarnio 1989 s. 77–79.

¹⁵ Aarnio 1989 s. 77.

¹⁶ Kaisto tarkastelee heikomman suoja ja vilpittömyyttä mieltä maksusuojaatilanteissa artikkelissaan
”Onko maksajalla suoja?” LM 1994 s. 475–499, erit. s. 483–490.

- liikesopimuksesta, joissa sopimuskumppanit ovat yrityksiä
- heikomman suojaaminen ja vilpittömän mielen suojaaminen johtavat selvästi eri lopputuloksiin.

Kysymykseen vilpittömän mielen suojan ja heikomman suojan tulkintaetusi-järjestyksestä kuluttajasopimussuhteessa ei voitane antaa yksiselitteistä vastausta. Jos on kyse liikesopimussuhteesta, on vaikea ylipäänsä perustella toisen yrityksen heikomman asemaa, minkä vuoksi vilpittömän mielen suojaaminen voitaneen katsoa liikesopimuksissa ensisijaiseksi. Kuitenkin on aina korostettava, että sopimuskumppanin vilpillisyys (vilpittömän mielen äärimmäisenä vastakohta) ei oikeuta minkään velvoiteoikeudellisen suojaperiaatteen mukaiseen suojaan. Näin ollen voidaan edellä esitetty päätelmä palauttaa perinteiseen käsitykseen siitä, että velvoiteoikeudessa(kin) ainoastaan vilpittömässä mielessä tehdyt toimet saavat oikeussuojaa.

7.2.3 Heikkous arvona

Heikkous voidaan määritellä arvoksi. Filosofi *G. H. von Wright* esittää arvojen kuuluvan subjektin todellisuuteen, kun systeemissä ihminen on subjekti ja luonto objekti.¹⁷ Arvoja ei voida hänen mielestään löytää tutkimalla luonnossa valitsevaa järjestystä. Perusajatuksena on pidetty sitä, että on kyettävä erottamaan toisistaan tosiasiat ja arvot (tai arvostukset). Erottelussa joudutaan palaamaan olemisen ja pitämisen (*Sein* ja *Sollen*) välille asetettuun problematiikan ja tavaltaan myös oikeustieteen tieteellisyyden arviointiin.

Kuinka heikkous voitaisiin näyttää luonnontieteellisen kokeellisesti olemassa olevaksi tai todeksi? Jouduttaisiinko luontoa pitämään antiikin ja uuden ajan tieteen mukaisesti lainmukaisena järjestyksenä? Olisiko heikkous osa tätä järjestystä? Luonto ei kuitenkaan tunne arvoja, eikä se edellä esitetyn mukaisesti tunnista ihmisen tavoin heikkoutta. Tästä seuraa problemaattinen yhtälö. Heikkouden osoittaminen tosiasiaksi tai ennalta määritellyksi asiantilaksi ei voi saada muita kuin arvostuksiin ja arvoihin sidottuja perusteluita.¹⁸

Heikkous on tulkittava humanistisena pitämisenä (*Sollen*) tai arvona. Heikkous ei ole eikä voi olla yksiselitteinen ”realiteetti”. Juridisessa ratkaisutilanteessa korostuu aina ratkaisijan inhimillinen puoli ja näin ollen myös hänen arvostuksensa. Kansainvälisen kaupan sopimussuhteiden osalta arvostukset perustuvat puolestaan lisäksi aina osapuolten kulttuuritaustoihin. Kansainvälisen kaupan ainoita yhteisiä ja yhteismitallisia arvoja ovat taloudelliset ja numeeriset arvot. Juuri maksujärjestelyt ja niiden sopimusverkot ovat esimerkki tästä.

¹⁷ *von Wright* s. 42–52.

¹⁸ Ihmisen, luonnon ja tieteen suhteen filosofisesta pohdinnasta *von Wright*.

7.2.4 Heikomman suoja liikesopimussuhteissa

Jos ryhdytään arvioimaan heikomman suoja liikesopimussuhteissa, tulee esittää jo sivutut kysymykset:

1. milloin ja millä perusteilla sopimuskumppanin heikkomuuden arviointi voidaan tai tulee tehdä?
2. kuka voi olla liikesopimussuhteissa heikommassa asemassa?
3. riittääkö sopijakumppanin heikkous vai tulee ko sopijapuolen olla toista osapuolta heikompi?
4. mihin yrityksen heikkoutta tulisi verrata eli miten heikkous mitataan?
5. onko asetettavissa yleistä tunnusmerkistöä yrityksen heikkoudelle, josta puolestaan voitaisiin johtaa oletus suojan tarpeesta?
6. mitä tapahtuu sen jälkeen, kun jonkin yrityksen heikkomuus on todettu?
7. miten heikkous vaikuttaa sopimuksen tulkintaan?

Näihin kysymyksiin voidaan esittää vain vastaajan arvostuksiin perustuvia vastauksia. Mikäli heikomman asemaan vedotaan, tulee ratkaisutilanteessa tulkinnalla pyrkiä ensiksi vahvistamaan sopimuksen sisältö ja sen pätevyys. Kun sopimuksen sisältö ja tarkoitus on sopimuksen tulkintaperiaatteiden avulla selvitetty, voidaan ryhtyä arvioimaan mahdollista heikomman suojan tarvetta. Mikäli lain-säädännöstä on löydettävissä tarkastelun kohteena olevan sopimuksen tulkinnasta nimenomainen säännös heikkomuuden huomioon ottamisesta tai jokin ilmaisu oletetusta heikkomuudesta, käytetään ratkaisutilanteessa näitä säännöksiä.¹⁹ Ongelmana on heikomman aseman ja toisaalta kohtuullisuuden käyttö liikesopimuksen tulkintanormina. Heikomman suojan pitäminen tulkintaperiaatteena törmää kuitenkin edellä esitettyyn yleisyyden ja arvostuksen ongelmaan; voidaanko väittää, että meillä vallitsee yleinen ja itsenäinen heikomman suoja -tulkintaperiaate? Heikkomuuden arvioinnissa tarvitaan arvostuksiin perustuvaa tulkintaa, ja toisaalta sopimuksen tulkintaan voi vaikuttaa heikomman asema.

7.2.5 Kuka voi olla heikommassa asemassa?

Heikomman suojaamisen katsotaan vahvistavan toista eli heikompaa sopijapuolta. Heikomman suojaamista voidaan pitää tavallaan yksilötason ”oikeutena”. Tällä tarkoitan luonnollisen henkilön (ja luonnolliseen henkilöön rinnastettavien pienyritysten) oikeutta vedota heikomman asemaansa sellaisessa sopimussuhteessa, joissa hän on osapuolena. Luonnollisen henkilön voidaan katsoa olevan heikommassa asemassa monestakin eri syystä. On esitetty sellaisia näkökantoja, joiden mukaan esimerkiksi sosiaalinen asema tai vähävaraisuus olisi osoitus

¹⁹ Esimerkiksi oikeustoimilaki 36 § sekä *Wilhelmsson* 1985 s. 72.

heikosta asemasta.²⁰ Oikeuskirjallisuudessa tai lainsäädännössä ei ole löydettyvissä tyhjentävää juridista määritelmää ”heikosta asemasta” tai heikosta henkilöstä.

Riittääkö sopijakumppanin heikkous heikomman suojaamiseen vai tuleeko sopijapuolen olla nimenomaan toista osapuolta heikompi? Sopimusoikeudessa heikomman suoja ei voi olla sosiaalisessa siviilioikeudessa esitetyn kaltaista yleistä ”heikon” osapuolen suojaa. Heikkous on juridisesti arvioituna in casu -heikkoutta, jota tulisi pystyä vertaamaan toisen sopijakumppanin heikkouteen. Heikomman suojasta tulisi voida erottaa myös oikeussubjektin oikeustoimikelvottomuus, vaikka käytännössä nämä ovat päällekkäisiä; oikeustoimikelvottomuuden tarkoituksena voidaan toki pitää heikomman suojaa. Oikeustoimikelvottomuuteen vetoamalla voidaan katsoa suojattavan oikeustoimikelvotonta henkilöä eli ”heikkoa” osapuolta. Toisaalta on hyvin vaikea suhteuttaa osapuolten heikkouksia toisiinsa. Vielä vaikeammaksi arviointi muuttuu silloin, kun sopimuskumppaneita on useita, ja heidät tulisi asettaa heikkousjärjestykseen. Tämä tilanne on esillä sopimusverkoissa ja sopimusketjuissa.

Varsin usein heikkoutta käytetään eräänlaisena tehosteena prosessuaalisessa argumentaatiossa. Käytännössä riidan ratkaisijalle (tuomioistuin tai välimiesoikeus) esitetään perusargumentaatio vaatimuksen perustaksi, minkä lisäksi saatetaan esittää, että vaatimuksen esittäjän tulisi saada toista osapuolta parempaa tai kohtuullisempaa kohtelua, koska vaatimuksen esittäjä on heikompi osapuoli. Kyse on tällöin useimmiten suoranaisestä säälin hakemisesta, ei todellisesta heikkoudesta. Liikesopimuksia koskevissa riidoissa on hyvin yleistä se, että prosessin loppuvaiheessa toisen yhtiön asiamies esittää ”varmuuden vuoksi” väitteen epätasapainoisesta sopimussuhteesta, jonka perusteella väitteen tekijä vaatii ”tuomioistuimen mahdollisesti tuomiossaan määräämän korvauksen kohtuullistamista”. Näyttönä tälle epätasapainolle esitetään useimmiten hyvin mielikuviutuksettomia väitteitä, kuten esimerkiksi se, että kohtuullistamista vaativa yhtiö on liikevaihdoltaan toista yhtiötä pienempi. Heikkoutta ei kuitenkaan kovin yleisesti käytetä itsenäisenä väitteenä tai päävaatimuksen perusteena; ei liene kovin yleistä, että osapuoli haluaisi hakea vaikkapa vahvistuskanteella itsensä julistamista heikoksi.

7.2.6 Laissa määritelty heikomman suoja

Kansallisella lainsäädännöllä pyritään usein suojaamaan kuluttajamarkkinoiden heikompia osapuolia. Varsinkin säädösten esitoissa tätä suojaamistehtävää pide-

²⁰ Ks. sosiaalisen siviilioikeuden yleisesitys *Wilhelmsson: Social civilrätt* sekä *Tolonen, Juha* s. 261.

tään usein yhtenä nyky-yhteiskunnan perustehtävänä – yhteiskuntamallista riippumatta. Lailla voidaan katsoa suojattavan niitä, jotka eivät voi käyttää taloudellista tai muuta valtaa tavoitteidensa saavuttamiseksi. Laissa määritelty heikomman suoja kohdistuu pääsääntöisesti luonnollisiin henkilöihin.

Esimerkkinä heikomman suojan toteutumisesta kansallisessa lainsäädännössä voidaan mainita kuluttajansuojasäädökset.²¹ Myös monissa muissa säädöksissä on pyritty tasoittamaan oletettua tai todettua epätasapainoa sopimuskumppanien välillä.²² Toisaalta voidaan ottaa esille suomalainen oikeustoimilaki, jossa puolestaan suojataan ”tasapuolisesti” kumpaakin sopijakumppania hänen sopimusstatuksestaan (esimerkiksi ostaja tai myyjä) riippumatta. Oikeustoimilain kolmannessa luvussa on esitetty oikeustoimien pätemättömyysperusteita, joiden rinnastus heikomman suojaan tai niiden tulkinta ”avoimiksi” heikomman suoja-säännöksiksi on väärä. Nämä lainkohdat eivät ohjaa tulkitsijaa sopimuksen heikomman osapuolen tunnistamisessa tai tämän heikon aseman arvioinnissa. Säännöksistä ei ole johdettavissa lainsäätäjän yleistettävää kannanottoa heikomman suoja -periaatteen puolesta.

Heikompaan suojaavista säännöksistä on selkeästi huomattavissa, että heikompaan sopijakumppania pyritään suojaamaan ennakolta. Nykytilanteessa sopimuksen osapuolet voivat jo ennen sopimuksen solmimista arvioida oman ja toisen sopimuskumppanin aseman tai heikkouden. Tarkoituksena on lisätä sopimusten seurausten ennakoitavuutta sopimuksesta neuvoteltaessa. Osapuolet voivat lähtökohtaisesti luottaa siihen, että sopimuksella on todella ne vaikutukset, jotka sille on sovittu. Sopimussuhteeseen ryhtyvillä on parhaat edellytykset arvioida solmittavan sopimuksen seurauksia, niin hyötyjä kuin haittoja. Sopimusneuvotteluissa osapuolet voivat myös punnita oman ja neuvottelukumppanin heikkoutta.

Heikomman suojaamisen tarve nousee esille lähinnä sopimuksia tulkittaessa. Laissa voidaan suojata esimerkiksi sitä, joka ei ole halunnut ryhtyä sopimukseen²³ tai joka ei ole saanut aikaan haluamaansa sopimusta. Toisaalta lainsäädännössä ilmaistujen edellytysten täyttyessä voi sopimuskumppanilla olla mahdollisuus vaatia sopimuksen sovittelua esimerkiksi olosuhteiden muututtua. Sopimuskumppanien luottamus toisen osapuolen tahdonilmaisun sitovuuteen ja vaihdannan intressit on pääsääntöisesti kuitenkin nostettu lainsäädännössä ensisijaisiksi heikkouden suojaamisen tarpeeseen verrattuna.

²¹ Esimerkiksi KSL 1 §, jossa lain perusasetelmaksi on asetettu kuluttajan ja elinkeinonharjoittajan eriarvoinen asema.

²² Tässä voidaan mainita työsopimuslaki ja huoneenvuokralaki. Ks. esimerkiksi TSL 1 § (työntekijä / työnantaja) ja HVL 22–25 § (erottelu vuokralaisen / vuokranantajan velvollisuudet ja oikeudet).

²³ Tällaisia ovat esimerkiksi OikTL 28 ja 29 §:ssä pätemättömyysperusteina mainitut pakottamistilanteet.

Kansainvälisessä kaupassa heikomman suojaan liittyvien kysymysten juridinen arviointi vaatii aina erilaisten kulttuurinäkemysten yhdistämistä. Useissa kansainvälistä kauppaa koskevissa yleissopimuksissa on pyritty välttämään heikkomuuden asettamista sopimustekstiin.²⁴ Tämä johtuu suurelta osin siitä peruslähdekohdasta, että kansainvälisen kaupan liikesopimukset ovat yritysten välisiä oikeustoimia, jolloin kuluttajan kaltainen osapuoli ei ole mukana sopimuksessa. Mielenkiintoisena poikkeuksena voidaan tuoda esille Unidroit-periaatteiden Artikla 3.10., jossa on ilmaistu kuluttajansuojaan verrattava oikeusohje:

Article 3.10
(Gross disparity)

(1) A party may avoid the contract or an individual term of it if, at the time of the conclusion of the contract, the contract or term unjustifiably gave the other party an excessive advantage. Regard is to be had, among other factors, to (a) the fact that the other party has taken unfair advantage of the first party's dependence, economic distress or urgent needs, *or of its improvidence, ignorance, inexperience or lack of bargaining skill*; and ... [Kursiivi tässä.]

(Artikla 3.10
(Vakava epätasapaino))²⁵

(1) Sopimuspuoli voi vaatia sopimuksen tai sen yksittäisen ehdon julistamista pätemättömäksi, jos sopimus tai sopimusehto sopimusta solmittaessa antoi perusteettomasti toiselle sopimuspuolelle kohtuuttoman suuren edun. Arvioinnissa on kiinnitettävä huomiota muun muassa siihen, (a) onko toinen sopimuspuoli oikeudettomasti käyttänyt hyväkseen toisen riippuvaista asemaa, taloudellista ahdinkoa tai pakottavaa tarvetta *taikka toisen ajattelemattomuutta, tietämättömyyttä, kokemattomuutta tai neuvottelukyvyn puutetta*; ja ...)

Tässä Unidroitin artiklassa on selkeästi epäonnistuttu, sillä tietämättömyyteen tai neuvottelutaitojen puuttumiseen ei tulisi voida vedota kansainvälisessä kaupassa.

7.2.7 Heikomman suoja sopimusoikeudellisena tulkintaperiaatteena

Heikomman suojan tarvetta perustellaan lähtökohtaisesti oikeussubjektin asemalla ja heikkoudella. Heikomman suojan arvioinnin taustalla on käytännössä aina jokin oikeustoimi, mutta arviointi kohdistuu osapuoliin eikä sopimukseen.

²⁴ Ks. esimerkiksi Wienin konventio (CISG).

²⁵ Tätä termiä on käyttänyt mm. *Sisula-Tulokas*. Ks. *Sisula-Tulokas* s. 85.

Heikomman suojaa tarvitsee sopimussuhteen heikompi osapuoli. Todellisuudessa sopimussuhteen heikompana osapuolena on yleensä myös sosiaaliselta statukseltaan tai varallisuudeltaan heikompi. Määriteltäessä sopimusoikeudellista heikomman suojan tarvetta sosiaalinen asema luo ainoastaan osakriteerin heikomman määrittelyyn. Juridinen heikomman osapuolen arviointi perustuu siis lähinnä sosiaaliseen ja taloudelliseen arvomaailmaan.

Heikomman suoja ei ole kansainvälisen kaupan sopimuksen tulkintaperiaatteita. Se seikka, että liikesopimuksen tai kansainvälisen kaupan sopimuksen tulkitsija ottaa heikomman aseman huomioon sopimuksen tulkinnessa, ei liene suoranaisesti estettävissä.²⁶ On kuitenkin huomattava, että heikomman osapuolen suojaamista ei voida arvioida tulkintaperiaatteena. Vaikka liikesopimuksen tulkinnan tulos osoittaisi toisen osapuolen olevan heikommassa asemassa, ei heikomman suojaa varsinaisesti voida esittää tulkinnan perusteena tai tulkintaohjeena.

Heikomman suoja saattaa välillisesti vaikuttaa liikesopimuksen tulkinnessa, esimerkiksi silloin, kun tulkinnessa havaitaan toisen osapuolen toimineen epälojaalisti toista sopimuskumppania kohtaan. Epälojaali toiminta voi saattaa toisen osapuolen heikompaan asemaan, kuin missä hän olisi sopimusta tehtäessä. Tulkinnan lopputulos voi osoittaa toisen osapuolen toimineen lojaliteettiperiaatteen vastaisesti ja sopimussuhde on muodostunut tämän takia epätoivotuksi sopijakumppanille, jolloin heikomman suojaaminen voi toteutua. Kyse on kuitenkin tällöin toisen osapuolen sopimusrikkomuksesta – olipa kyse nimenomaisen lojaalin sopimusehdon rikkomisesta tai lojaliteettiperiaatteen rikkomisesta: kyse ei ole heikomman suojaamisesta tai heikomman suoja -periaatteesta. On tärkeää huomata, että heikomman suoja -ajatus perustuu sille, että ensin liikesopimusta tulkitaan, jotta tulkinalla havaittua epäsuhtaa tai sopimusrikkomusta voidaan heikomman suoja -normin avulla pyrkiä korjaamaan.

Heikomman asemaa voidaan joutua määrittelemään liikesopimuksissakin esimerkiksi silloin, kun harkitaan oikeustoimilain 36 §:n mukaisen sovittelun käytön mahdollisuutta:

”... Kohtuuttomuutta arvosteltaessa on otettava huomioon oikeustoimen koko sisältö, *osapuolten asema* oikeustointa tehtäessä ja sen jälkeen vallinneet olosuhteet sekä muut seikat.”[Kursivointi tässä.]

Jos liikesopimuksen osapuoli vaatii oikeustoimilain 36 §:n perusteella oikeustoimen sovittelua, pitänee vaatimuksen ratkaisijan ottaa arvioinnissaan huomioon osapuolten asemaa tutkiessaan mahdollinen heikomman asema. Liikesopimus-

²⁶ Kohtuutta voidaan puolestaan pitää tulkintaperiaatteena tai ainakin tulkintaohjeena liikesopimuksissa.

ten osalta on mahdoton esittää yksiselitteistä vastausta siihen, mikä voitaisiin asettaa heikomman osapuolen määrittelyssä heikkouden arvioinnin ajankohdaksi; osapuolen asema ennen, jälkeen vai liikesopimuksen tekohetkellä? Osapuolen heikkousasema voi hyvinkin muuttua liikesopimussuhteen keston aikana.

Voisiko esimerkiksi pankki vaatia 30 vuoden lainasopimuksen sovittelua perustaen vaatimuksensa siihen, että sen asema on heikentynyt merkittävästi 10 vuoden aikana? Lainasopimuksen allekirjoitushetkellä vakavaraista pankkia ei ehkä enää ole olemassa 10 vuoden kuluttua allekirjoituksesta, vaan se on fuusioitu toiseen pankkiin. Onko niin, että heikoksi itsensä tunteva pankki saa heikomman suojaa, jos kuvitteellisena sopimuskumppanina oleva yritys olisi vaikkapa vastaavan kymmenen vuoden aikana kehittynyt kumisaapastehtaasta maailman suurimaksi matkapuhelimien valmistajaksi? Tässä hypoteettisessa esimerkissä heikomman osapuolen erottamisen vahvemmassa ei sinänsä pitäisi olla vaikeaa, mutta se osoittaa heikkommuuden arvioinnin mahdottomuutta liikesopimuksissa. Toisaalta esimerkiksi suomalaiset pankit esittivät vastaavan tyyppisiä argumentteja ns. pankkikriisin aikana 1990-luvun alussa, jolloin pankkien vaatimuksena oli sovittujen antolainojen korkojen korottaminen.²⁷

Kun oikeustointa tulkitaan, sovelletaan lähtökohtaisesti yleisiä tulkintaperiaatteita. Tulkinnan jälkeen on mahdollista todeta sopimus kohtuuttomaksi. Liikesopimuksen tulkinnassa saatetaan joutua arvioimaan, mitä heikkous merkitsee tahdonilmaisun, vaikenemisen tai muun osapuolen toimen suhteen. Osapuolten heikkouden tai vahvuuden arviointi tulee kohdistaa osapuoliin, ei oikeustoimeen. Heikomman aseman arvioinnin jälkeen voidaan sen tulos asettaa varsinaisen oikeustoimen tulkinnan avuksi. Mikä painoarvo liikesopimuksen tulkinnassa sitten tulisi asettaa sille, että toinen sopijakumppani on todettu heikommaksi? Voidaan myös kysyä, onko heikomman suojaaminen liikesopimuksissa noudatettava ratkaisuperiaate?²⁸ Vastausta pohdittaessa voidaan ottaa esille Pöyhösen kanta sovittelunormin käytön luonteesta ratkaisutoiminnassa:²⁹

”Sovittelunormin käyttö ratkaisussa on siten pitkälti samankaltaista riippumatta siitä, onko se oikeussääntö vai oikeusperiaate.”

²⁷ Tästä KKO 1992:50.

²⁸ On muistettava edellä esitetty *Aarnion* määritelmä: ”Positiivisella oikeusperiaatteella tarkoitetaan voimassa olevaan oikeuteen sisältyvää tai siinä edellytettyä ratkaisuperiaatetta.”

²⁹ *Pöyhönen* 1988 s. 64–77.

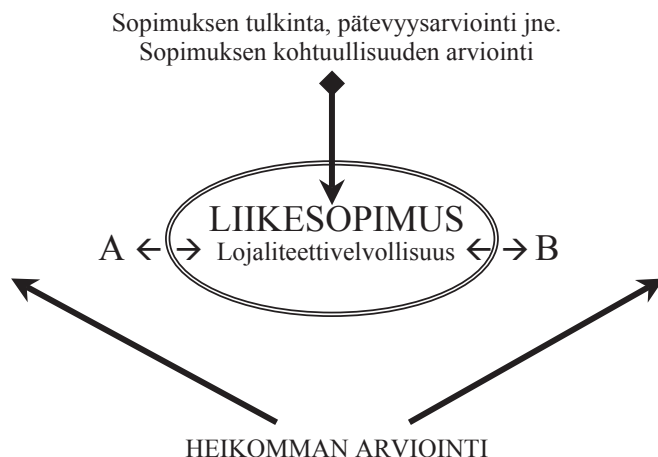
Rajanvetoa periaatteiden ja sääntöjen välillä on selvitetty erityyppisin perustein.³⁰ Erolla ei kuitenkaan ole käytännössä merkitystä, mikäli nämä normityypit (säännöt ja periaatteet) ovat velvoittavia tai niitä pidetään velvoittavia.

Sosiaalisen siviilioikeuden näkemysten mukaan ratkaisutilanteessa voidaan heikomman suojaaminen asettaa ratkaisun perustaksi. Yksittäinen ratkaisu perustuu siis kuitenkin todettuun heikomman osapuolen (eli sopimuskumppanin) asemaan. Ratkaisutilanteessa ollaan lähtökohtaisesti sitä mieltä, että tarkastelun kohteena oleva sopimus ei ole objektiivisesti arvioituna tasapainossa. Näin tulkinnan tukena on aina ratkaisijan arvio heikomman asemasta ja heikkomuudesta yleensä.

Jos heikomman suoja pidetään tulkintaperiaatteena, syntyy ongelma siitä, kohdistetaanko heikomman arviointi *in casu* -tulkintaan vai onko tulkinnessa olemassa yleisiä heikomman suojaamista osoittavia tulkintaohjeita. Kuten edellä on todettu, ei ole olemassa yleisellä tasolla olevia heikomman suoja -periaatteita. Tämän vuoksi joudutaan heikomman aseman arvioinnissa tukeutumaan ”*in persona*”- eikä *in casu* -harkintaan. Heikomman suojan tarkastelussa kohteena ovat heikkomuuteen vetoavan sopijakumppanin lisäksi kaikki muutkin sopijakumppanit. Tässä piilee heikomman suojaamisen perimmäisin ongelma: kuinka liikesopimussuhteessa olevat osapuolet voidaan arvioida tai järjestää heikkous- tai vahvuusjärjestykseen?³¹ Sopimusverkoissa ongelmaksi muodostuu se, että osapuolia eli heikkomuusarvioinnin kohteita on monia. Voidaanko usean sopimuskumppanin verkossa asettaa osapuolet heikkousjärjestykseen: esimerkiksi 1. heikko, 2. heikompi, 3. heikoin?

³⁰ Säännöt ja periaatteet -keskustelusta esimerkiksi Tolonen 1989 s. 337–381 sekä Pöyhönen 1988 s. 37–64.

³¹ Usein on esitetty, että velkoja–velallinen-suhteessa velkoja on vahva ja velallinen heikko. On todettava, etteivät tämäntyyppiset sosiaalisen siviilioikeuden suosimat heikomman osapuolen roolit ole aina yksiselitteisiä tai automaattisesti ja aukottomasti perusteltavissa. Esimerkiksi yksittäisen valtion velka voi olla niin suuri, että valtio on velallisasemansa vuoksi pikemminkin ”vahvempi” velkojiinsa nähden.



Kuvio 16. Heikomman arviointi.

Heikomman suojan tarpeen arviointi kohdistuu sopimuskumppaneihin, näiden arvioituun heikkouteen ja taustalla olevaan sopimukseen. Heikomman arviointi on aina vain osapuoliin kohdistuvaa arviointia, kuvataan sitä sitten tapauskohtaiseksi tai vaikkapa ”sopimussidonnaiseksi”.

7.2.8 Lojaliteettiperiaate liikesopimuksissa – heikomman suoja kuluttajasopimuksissa

Yleisen lojaliteettiperiaatteen (tai good faith, fair dealing ym. periaatteiden) soveltuvuudesta sopimusoikeutemme ollaan vähitellen pääsemässä yksimielisyyteen. Jos heikomman suojasta muodostuu oikeusperiaate, tarvitaan myös vallitsevan lojaliteettiperiaatteen käsitteen laajentamista. Tämä on tarpeen siitä riippumatta, katsotaanko lojaalisuuden kattavan muita periaatteita tai velvollisuuksia (esimerkiksi tiedonantovelvollisuuden). Heikomman suoja -ajatusmallia käytetään yleisesti sopimuksen tulkinnan tai osapuolten aseman jälkeenpäin tapahtuvassa arvioinnissa, mikä aiheuttaa vaikeuksia sopimuksia solmittaessa. Sopijakumppani ei koskaan voi olla varma toisen sopijakumppanin ”heikkouden tilasta”. Tämän vuoksi sopimuksia pyritään tekemään mieluummin ”varmasti vahvojen” sopimuskumppaneiden kanssa.

Heikomman suojaaminen ja lojaalisuus on erotettava toisistaan. Sopimus-kumppanien on lojaalia toimia toisen sopijakumppanin edut huomioon ottaen. Tämä ei tarkoita, että sopimuskumppanin olisi arvioitava toisen osapuolen heikkomuus ja pyrittävä poistamaan se. Lojaalisuus korostaa yhteistyötä yhteisen päämäärän saavuttamiseksi. Heikomman suojaaminen vaatii heikkommuuden arviointia ja toimia heikkouden poistamiseksi. Kansainvälisessä kaupassa osapuolet haluavat yleensä toimia lojaalisti, mutteivät pääsääntöisesti millään tavoin halua ryhtyä heikomman suojaamiseen tai heikkommuuden arvioimiseen. Kansainvälisen kaupan liikesopimusverkkojen osapuolilla ei ole edes mahdollisuuksia tehokkaasti arvioida muiden sopimusverkon osallisten heikkoutta tai vahvuutta.

Heikomman suojaa on myös tarkasteltu sopimusten sovittelun kaltaisena yleisenä oikeusperiaatteena.³² Kyseessä on tällöin yleistys, jossa yksittäisestä säännöstä johdetaan yleispätevä periaate. Yleistyksen perustaksi on esitetty yksittäisiä heikompaa suojaavia normeja, josta tulisi johtaa oikeuden yleinen heikomman suoja -periaate.³³ Tällöin ydinongelmana on varsinaisesti eräänlaisen ”periaateanalogian” sallittavuus.³⁴ Yksittäisistä säännöksistä ei voida johtaa yleistä oikeusperiaatetta. Varsinkin heikomman suojan sisällön vaikea ja toisaalta arvostuksiin nojautuva selvittäminen aiheuttaa käytännössä ongelmia. Heikomman aseman arvioiminen ja heikomman suojan tarpeen määrittelemisen riippuvat tulkitsijan omista arvostuksista. Näiden tulkitsijan subjektiivisten arvojen taustalla ovat puolestaan yhteiskunnan tai vallitsevan systeemin yleiset arvostukset. Toisaalta on tärkeää korostaa, ettei edes yleisistä tai yleisesti hyväksyttävistä arvostuksista ole katsottu voitavan suoraan johtaa oikeusperiaatteita.

Jos heikomman suoja katsottaisiin sopimusoikeudessa vallitsevaksi oikeusperiaatteeksi, tulisi kaikkien sopimuksien toteuttaa osapuolten nimenomaisesti sopimien tavoitteiden ohella myös heikomman suojaa. Tämä vaatimus kaikkiin sopimuksiin sisäänrakennetusta heikomman suojasta on periaatteessa mahdollinen ja ymmärrettävä, mutta käytännössä erittäin hankala näyttää toteen. Toisaalta oikeusperiaate voitaneen muotoilla myös siten, ettei se koske kaikkia sopimuksia.

Heikomman suojaamisesta voidaan erottaa heikomman hyvittäminen. Hyvittämisen perustana on *Pöyhösen* mukaan ”... sopimusinstituutin käytön aikaansaaman epäoikeudenmukaisuuden oikaiseminen siten, että heikommalle annetaan yleisesti parempi juridinen asema kuin osapuolelle normaalisti”.³⁵ Käsit-

³² Heikomman hyvittämisestä katso *Pöyhönen* 1988 s. 273–.

³³ Ks. *Aarnio* 1989 s. 81.

³⁴ *Aarnio* esittää myös ongelmana olevan oikeudellisen induktio-päätelymallin soveltuvuuden. *Aarnio* 1989 s. 82.

³⁵ *Pöyhönen* 1988 s. 273.

teiden välistä eroa voidaan kuvata siten, että heikomman suojaaminen on yläkäsite ja heikomman hyvittäminen eräs yläkäsitteen konkreettinen seuraus. Heikomman hyvittämisen kehittelyä on havaittavissa nimenomaan *Wilhelmssonin* esittämissä heikomman rooleissa.³⁶

Yritysmarkkinoilla heikomman suojaamisen ajatus on hyväksytty kuluttajan ja elinkeinonharjoittajan välisten suhteiden sääntelyssä. Heikomman suojaaja käsittelevissä tutkimuksissa ja jopa lainvalmistelussa ovat jääneet sivuun ne seikat, joiden perusteella kuluttajaa tai yksityistä henkilöä on ryhdytty suojaamaan. Oman erillisen tutkimuksen arvoista olisi tarkastella sitä, kumpi seikka syntyi ensiksi: väitetty heikomman suojaamisen periaate vai kuluttaja-asemassa olevan suojaamiseen johtaneet säädökset? Useimmiten kuluttajan suojaamista koskevien säädösten valmisteluvaiheessa on saatettu tyytyä ainoastaan toteamaan, että kyseinen säädös toteuttaa ”heikomman suojaperiaatteen ajatusta”.³⁷ Heikomman suojaamisen peruste on löydettävissä, mutta sen perusta on ollut pikemminkin lainsäädäntötyössä mukana olleiden ajatus tai poliittinen tavoite – ei suinkaan lainvalmisteluhetkellä voimassa ollut oikeusperiaate. Varsin taajaan juridisessa periaatekeskustelussa on sekoitettu oikeusperiaatteen olemassaolon kriteerit eräänlaiseen tuomioistuinnäytöksilänteeeseen. Tilannetta voidaan verrata tuomioistuinkäsittelyyn, jossa oikeusperiaate on pikemminkin tiedeyhteisön ”tuomio” tai ”päättös”. Tässä tilanteessa tiedeyhteisö (tuomioistuimen tavoin)

- ensin pohtii, onko jollain tavoitteella ”oikeussuojan tarve” ja tämän jälkeen
- arvioi, voidaanko jonkin oikeusperiaatteen statuksen ”myöntämisellä” antaa tuomion tavoin oikeussuojaa halutulle tavoitteelle.

Aidon oikeusperiaatteen voimassaolon perustaa ei kuitenkaan luo pelkästään hypoteettinen tai edes konkreettinen ”oikeussuojan tarve” eli esimerkiksi se seikka, että työnantaja tai velallinen olisi työnantajansa tai velkojan armoilla. Lainsäädäntöön ja sen muuttamiseen saattaa tämän tyyppinen tilanne antaa aiheen ja jopa institutionaalisen tuen, mutta oikeusperiaate ei voine syntyä yksin tarpeesta oikeusperiaatteeseen?³⁸

7.2.9 Yhteenveto heikomman suojaamisen ajatuksesta

*Mill*³⁹ esitti yhden heikomman suojaaja sivuavan perusajatuksen: kyse ei ole eriarvoisuudesta vaan erilaisuudesta ja näiden käsitteiden eron ymmärtämisestä. Li-

³⁶ Ks. *Pöyhönen* 1988 s. 274 ja *Wilhelmsson* 1987 s. 51.

³⁷ Esimerkiksi HE 247/1981.

³⁸ Mikäli oikeusperiaate voisi syntyä tarpeesta, on käsillä teoreettinen vaara siitä, että esimerkiksi tiedeyhteisö tai muu auktoriteetti voisi vapaasti kehittää omia oikeusperiaatteitaan.

³⁹ Ks. *Millin* ajatuksista edellä jaksossa 3.2 s. 51–59.

kesopimus ja kuluttajasopimus sekä yritys ja kuluttaja ovat erilaisia, mutta ne eivät ole sopimusoikeudellisesti arvioituna eriarvoisia sopimusoikeuden instituutioita. Kuluttajansuojasäännösten valossa taas eriarvoisuus on lähtökohtaisena olettamana yrityksen ja kuluttajan välisissä sopimuksissa.

Määriteltäessä heikomman suojan asemaa sopimusoikeudessa ja erityisesti kansainvälisessä kaupassa joudutaan tukeutumaan monien muiden käsitteiden rinnakkaisiin ja päällekkäisiin määrittelyihin. Kansainvälisessä toimintaympäristössä sekoittuvat eri kansalliset arvostukset ja käsitteet. Näin ollen heikkouden määrittely kansainvälisissä sopimussuhteissa on varsin monisäikeistä. Meillä on kyetty vain vaivoin selvittämään esimerkiksi sellaiset käsitteet kuin yleinen sopimusten sitovuuden periaate, sopimusten kohtuullisuus, lojaliteettiperiaate ja lojalisuusvelvollisuus. Heikomman suojan voidaan katsoa toteutuvan eri oikeudenaloilla, esimerkiksi työ- ja prosessioikeudessa. Kuitenkaan heikomman suoja-periaatetta ei tulisi kritiikittömästi ottaa osaksi ”yleistä” sopimusoikeudellista periaatekäsitteistöä. Tosiasiassa varsinkin pohjoismaisessa lainsäädäntötyössä heikomman suojaaminen on usein lainvalmistelussa eräänlaisena yleisrationa tai ainakin vahvasti valmistelun taustalla. Yleistäen voidaan todeta, että heikomman suojaamisen tarve sinänsä voitaneen hyväksyä myös sopimusoikeudessa ja varsinkin kuluttajamarkkinoiden sopimusten sääntelyssä, mutta suojan toteutumisen tulisi olla poikkeuksellista (esimerkiksi vain laissa määritellyissä tilanteissa).⁴⁰

Usein unohdetaan, että sopimusta neuvotellessa sopimuskumppanien perusajatus on yleensä se, että he ovat tasavertaisessa asemassa sopimustilanteessa. Voidaan sanoa, että sopimus mahdollistaa sopimuskumppanien tasavertaisuuden illuusion: sopimuksen sitovuuden periaate turvaa sopimuskumppanien ajatuksen tasavertaisuudesta ja tasapuolisuudesta sopimussuhteessa. Itse sopimussuhteessa ei tarkalleen ottaen ole heikkoja tai vahvoja sopimuskumppaneita; ainoastaan sopimuksen ulkopuolella sopimuskumppanit voivat olla ”heikkoja tai vahvoja”.

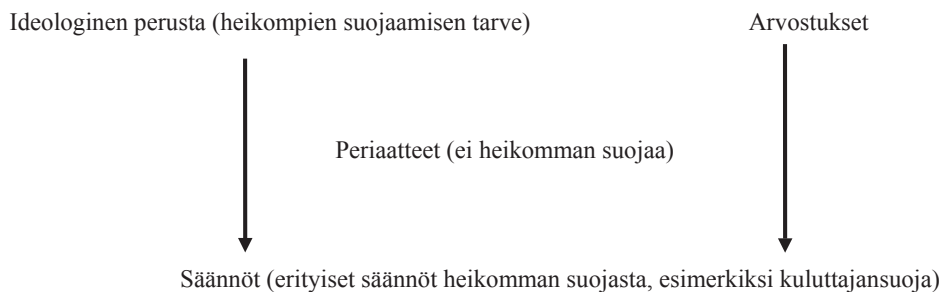
Heikomman suojaamisen määrittely on vaikeaa, koska heikkouden käsite on moniulotteinen ja monitasoinen. Esimerkiksi naista on pidetty heikossa asemassa olevana, sosiaalinen siviilioikeus on esittänyt omat heikomman roolinsa, lainsäädännössä on suojattu henkilöitä määrätyissä tilanteissa heikkomuutensa perusteella ja toisaalta ideatasolla säälimme heikompia. Kuinka näin hajanaisesta käsitteestä voitaisiin johtaa ”ehjä” heikomman suoja -periaate? Toisaalta, jos heikomman suoja pidettäisiin oikeusperiaatteena tai muuna periaatteena, tulisi periaatteen soveltua aina, kun heikompi osapuoli olisi todettavissa.

⁴⁰ Nimenomaiseen säädökseen (esim. työlainsäädäntö) perustuva heikomman (työntekijä) suojaaminen tulee erottaa nyt puheena olevasta periaatetasosta, jossa heikompaa suojataan vain siksi, että hän on heikompi. Se seikka, että jokin säädös toteuttaa heikomman suoja, tulee erottaa siitä, että periaatteen tasolla kaikkia heikkoja suojattaisiin vahvempia vastaan.

Käytännössä täysin tasa-arvoisia subjekteja ei ole olemassa, vaan varsinkin sopimussuhteissa voidaan aina kahden osapuolen välillä esittää toisen olevan heikommassa asemassa. Heikomman suoja -periaatteen ongelmat kaikissa sopimussuhteissa ovat ilmeiset ainakin seuraavista syistä:

1. aina jotain subjektia tulisi suojata heikompana osapuolena
2. väistytvätkö muut oikeusperiaatteet heikomman suojan tieltä arvioitaessa näiden oikeusperiaatteiden merkitystä tai painoarvoa?
3. miten sopimuksen sitovuuden periaatetta tai lojaalisuusperiaatetta voidaan verrata (tai ”punnita”) heikomman suojaan?
4. minkä tyyppiset ominaisuudet voidaan ottaa heikomman subjektin heikouden arvioinnissa huomioon?
5. onko heikomman suoja -periaatteella tarkoitus suojata ajatusta siitä, että heikomman on hyödyllistä pysyä heikkona; eli onko tarkoitus pitää heikkoutta oikeushyvä, jota tulee suojata? Heikomman suojaaminen voi johtaa käytännössä lopputulokseen, jossa toinen sopimuskumppani voi periaatteessa todeta: ”Onneksi olin sopimuskumppania heikompi!”

Inhimillinen halu suojata yhteiskunnassa heikommassa asemassa olevia vaikuttaa ideologiselta tasolta suoraan sääntöihin. Kysymyksen voi heikomman suoja -periaatteeseen kytkien esittää: kuka on heikko ja miten häntä tulee suojata ja kuka vastaa suojaamisesta aiheutuvista kuluista? Olipa inhimillinen tai poliittinen heikomman suojaamisen halu tai tarve mikä tahansa, ei varsinaista kaiken kattavaa heikomman suoja -periaatetta voida riidattomasti esittää olevan sopimusoikeudessa. Se seikka, että heikompia suojataan säädöksissä, ei perustu mihinkään yleiseen heikomman suoja -periaatteeseen. (Ks. seuraava kuvio 17.)



Kuvio 17. Heikomman suoja -sääntöjen tausta.

Heikomman suojaaminen toteutuu käytännössä kompromissina sopimussidonnaisuuden ja sopimustasapainon ja tätä kautta toki sopimuskumppanien tasavertaisuuden kustannuksella.⁴¹ Kuinka tärkeää on sitten heikomman suojaaminen yhteiskunnassa tavoitteeksi asetetun oikeusvarmuuden tai oikeudenmukaisuuden toteutumisen kannalta? Vastattaessa tähän kysymykseen joudutaan ottamaan kantaa niin juridisiin kuin yhteiskunnallisiin tavoitteisiin. Millä tasolla heikomman suojaaminen voidaan ylipäänsä hyväksyä: hyväksytäänkö heikomman suojaamista koskevat tavoitteet ideologiselle tasolle, periaate- vai sääntötasolle? Jos heikomman suojaaja pidetään sopimusoikeudessa oikeusperiaatteena, tulee se pystyä määrittelemään itsenäisenä ja muihin periaatteisiin verrattavissa olevana normina. Pelkkä hetkittäinen moraalinen tai ideologinen halu heikomman suojaamiseen ei osoita oikeusperiaatteen olemassaoloa.

7.3 LIIKESOPIMUSKUMPPANIENTEN YHDENVERTAISUUS

7.3.1 Sopimusvapaus ja ajatus yhdenvertaisuudesta

Liikesopimuksissa sopimusvapaus on sopimusoikeudellinen pääperiaate.⁴² Sitä ei voida kuitenkaan pitää ainoastaan liike-elämän periaatteena. Mikäli riittävää sopimusvapautta ei yritysmarkkinoille voida taata, on yrityksissä aina kyetty luomaan keinoja halutun vaihdannan mahdollistamiseksi. Sopimusvapaudella korostetaan myös sitä tosiseikkaa, että yrityksillä on periaatteessa ensisijainen tarve luoda ja toteuttaa vaihdantaa. Tällöin liike-elämän yhteinen intressi ja instrumentti on epäilemättä sopimus. Sopimukseen pääseminen hankaloituisi melkoisesti, jos heikomman suoja toteutuisi ilman varsinaisia ja nimenomaisia ehtoja yritysten välisissä liiketoimissa.

Sopimusvapautta tarkasteltaessa voidaan ottaa esille *Baylesin* esittämä vapauden periaate:⁴³

”The principle of freedom: person should be presumed to be free, compatible with a like freedom of others, to use, retain and dispose of their property as they desire, the presumption being stronger the more property is self-expressive or identifying.”

(”Vapauden periaate: jokaisella on lähtökohtaisesti katsottava olevan vapaus, joka on yhdenvertainen muiden vastaavan vapauden kanssa, haluamallaan ta-

⁴¹ Pöyhönen 1988 s. 264 sekä siinä mainitut viitteet.

⁴² Esimerkiksi KauppaL 1 luku 3 §.

⁴³ *Bayles* s. 82–84. Tämän *Bayles* esittää teoksessaan esineoikeuden periaatteita koskevassa osiossa.

valla käyttää ja pitää hallussaan omaisuuttaan sekä määrätä siitä. Tämä oletta-
mus on sitä voimakkaampi, mitä selvemmin kyseinen omaisuus ilmaisee
omistajansa persoonaa taikka yksilöi hänet.”)

Baylesin mukaan vapauden periaate osoittaa luottamuksen yksilön autono-
miaa kohtaan (*person should be presumed to be free*), sopimusvapauden (*to use,
retain and dispose of their property as they desire*) ja osapuolten lähtökohtaisen
tasavertaisuuden (*compatible with a like freedom of others*). Mikäli Baylesin
esittämän vapauden periaatteen rinnalle nostetaan heikomman suojan periaate,
syntyy periaatteiden välille ilmeinen ristiriita.

Bayles korostaa sopimusoikeuden päämäärien (*aims*) osalta sopijakumppanin
(A) nimenomaista mahdollisuutta sitoa sopimuksin toinen osapuoli (B) (A:n)
omaan tahtoon (eli A sitoo sopimuksin B:n tahdon). Baylesin mielestä merki-
tyksellisintä ei suinkaan ole mahdollisuus sitoutua itse. Sopijakumppanien
tulee voida luottaa siihen, että vastapuoli täyttää sopimusvelvoitteensa, eli
siihen, että tehty sopimus pitää. Heikomman suojaaminen heikentäisi tätä
luottamusta.

Kansainvälisessä kaupassa on mahdollista toteuttaa sopimusverkon avulla ja
päämääränä jonkin ”heikomman” suojaa. Tällöin verkon osapuolet ovat kuiten-
kin vapaaehtoisesti sopimusteitse päätyneet tähän päämäärään. Monissa kan-
sainvälisen kaupan vakuusjärjestelyissä itse asiassa toteutetaan sopimusteitse
myös heikomman suojaa. Esimerkiksi remburssilla voidaan katsoa turvattavan
myyjää, joka on ”heikommassa asemassa” lähetettyään kaupan kohteena olevat
tavarat ostajalle ennen maksua.

Kuten edellä on todettu, liikesopimuskumppaneiden välillä ei juurikaan voida
mitata juridisin keinoin heikkoutta tai vahvuutta. Eräänlaisena indisiona liikeso-
pimussuhteessa ja sopimussuhteissa yleensäkin vallitsevasta lähtökohtaisesta
sopimuskumppanien tasavertaisuudesta voidaan ottaa esille tuomioistuinten ar-
viointi siitä, miten sopimuskumppanien varallisuusasema vaikuttaa sopimuksen
pätevyyden tai kohtuullisuuden tulkintaan. KKO on ratkaisussaan 1991:10 otta-
nut kantaa tähän kysymykseen ja lausunut perusteluissaan oikeustoimilain 36 §:n
soveltavuudesta seuraavaa:

”... [takaajien] velan määrä on tosin ollut huomattava heidän varallisuusase-
maansa nähden. Huomioon ottaen takauksen tarkoitus varmistaa päävelan
maksu takaussitoumuksen soveltaminen täysimääräisenä ei kuitenkaan tällä-
kään perusteella johda kohtuuttomuuteen.

Hilda Kujansuun ja Patrakan takaussitoumus on siten pätevä omavelkaise-
na takauksena eikä sen sovitteille ole edellytyksiä.”

Tässä voidaan ottaa esille myös *Wreden* näkemys vuodelta 1947 vuoden 1929 oikeustoimilain 36 §:n soveltuvuudesta sopimussakon kohtuuttomuuden arviointiin vaikuttavista seikoista:⁴⁴

”Mutta huomiota ei ole kiinnitettävä velvoitetun varallisuusasemaan.”

Varallisuusaseman merkitys on korostetussa asemassa taloustieteissä, liike-elämässä ja varsinkin rahoituslaitoksen toiminnassa. Liiketoimintaa harjoittavien yritysten luottamus rahoituslaitoksien varallisuusasemaan (nimenomaan kansallisissa lainsäädännöissä edellytettynä vakavaraisuuteen) on vahva. Liikesopimussuhteissa sopimuskumppanien tai sopimusverkon osallisen varallisuusasemalle ei kuitenkaan tule antaa velvoiteoikeudellista merkitystä esimerkiksi arvioitaessa velvoitteen kohtuuttomuutta. Varallisuusaseman ei myöskään tulisi vaikuttaa osapuolten heikkouden arviointiin. Minkälaista juridista heikkoutta liikesopimussuhteissa sitten voi esiintyä, jos väitetyn heikkouden perusta tai arviointi ei pääsääntöisesti voi olla varallisuusasemaan liittyvää?

7.3.2 Tarvitaanko yritysmarkkinoilla heikomman suoja?

Tarvitaanko kansainvälisessä kaupassa tai yritysmarkkinoilla yleensä heikomman suoja? Onko esimerkiksi velallisyhtiö todella suojan tarpeessa pelkästään sen vuoksi, että se on velkaa? Onko velkojayhtiöllä todellisuudessa valtaa velallisen liiketoimiin? Yksinkertaistaen voidaan sanoa, että valtaa voi käyttää se, jolla sitä on. Sillä, perustuuko tämä valta määräävään asemaan yhtiön johdossa vai yhtiön ulkopuoliseen velkojan asemaan, ei ole käytännön merkitystä.⁴⁵

Terve liikeyritys, jonka toiminta tuottaa voittoa, ei varmastikaan halua heikomman suoja -väitteen käytön lisääntyvän. Jo yksistään edellä markkinoita käsittelevässä jaksossa esitetyt käsitteet *voitto* ja *tuotto* ovat arveluttava tavoite, mikäli heikomman suoja suositaan. Lähtökohtana voitaisiin esittää, että liiketoimesta voittoa saanut yritys on sopimussuhteessa vahvempi ja vähemmän voittoa saanut olisi heikompi ja tämän perusteella suojan tarpeessa.⁴⁶ Yleistystä heikosta sopimuskumppanista liiketoiminnassa ei voida tehdä yksittäisen liiketoimen tai oikeustoimen perusteella.

⁴⁴ *Wrede* s. 109.

⁴⁵ *Villa* on esittänyt ajatuksen osakeyhtiön etutahoista. Ks. *Villa* 2003 s. 45–, jossa tätä ajatusta on kehitetty yhtiöoikeudelliselta kannalta.

⁴⁶ Toisaalta voittoa saaneen yrityksen toiminta voitaisiin tällaisessa tapauksessa asettaa kyseenalaiseksi, sillä ”yrityshän on myynyt kalliimmalla kuin se tavarahan on itse ostanut tai valmistanut”. Eräänlaisen yhtiötasapäisyyden nimissä yritysten tulisikin myydä tuotteitansa ainoastaan hankintahintaan, johon voitaisiin lisätä mahdolliset tuotannon kulut.

Heikomman asemaa ei voida käytännössä osoittaa kansainvälisessä kaupassa. Liiketoiminnassa on mahdollista erilaisten tytäryhtiöiden, bulvaaniyhtiöiden sekä erityisten sopimusjärjestelyiden, kuten sopimusverkkojen avulla, peittää yrityksen heikkous tai vahvuus. Näillä toimilla pyritään kuitenkin yleensä liiketoimintaan liittyvät riskit minimoimaan, eikä kyse ole pääsääntöisesti lainkaan yhtiön heikkouden tai vahvuuden osoittamisesta.

Tarvitaanko kansainvälisessä liiketoiminnassa kohtuullisuutta tai heikomman suojaa? Kysymys on näin asetettuna liian yleisluontoinen. Aluksi on syytä muistaa, että liiketoimintaa on monenlaista. Pienen perheyriksen tai yksityisen kioskinpitäjän asema ei juuri poikkea tavallisesta kuluttajasta. Toisaalta monikansallisen ja liikevaihdoltaan miljardien eurojen luokkaa olevan yrityksen toiminta saattaa muistuttaa pikemminkin valtion kuin yrityksen toimintaa. Pääsääntönä voidaan myös pitää, että yritykset eivät itse halua heikomman suojan kaltaisia epävarmuustekijöitä yritysmarkkinoille. Edelleen tulee muistaa, että kansainvälisen kaupan sopimus antaa mahdollisuuden heikommalle osapuolelle tehdä sopimuksen vahvemman yhtiön kanssa.

Myös kohtuullisuus on yritysmaailmassa yrityksen sisäisenä ”organisaatiokohtuullisuutena” vaikeasti arvioitavissa. Heikomman suojaamista tai kohtuullisuutta voidaan toteuttaa yritysten välisissä sopimuksissa, mutta tällöin nämä tavoitteet ovat kaikkien sopimuskumppanien haluamia. Nykykäsityksen mukaista yritystoimintaa on kuitenkin vaikea kuvitella, jos sen ainoana päämääränä olisi heikomman suojaaminen tai ”yleinen kohtuullinen toiminta”. Pyrittäessä suojaamaan heikkoa osapuolta joudutaan vastaamaan kysymykseen, mikä on kohtuullista liikesopimussuhteessa.

Pääsääntönä voidaan edelleen pitää sitä, että sopimuksen katsotaan syntyvän tarjouksesta ja siihen annetusta myöntävästä vastauksesta. Suurissa liiketoimissa perinteiset sopimukset ovat muuttuneet valtaviksi informaatiolähteiksi. Sopimusten tulkintaan voidaan hakea uutta tukea sopimusta tai sitoumusta ympäröivästä liiketoimien tai ”reaalimaailman” sopimus- ja sitoumusverkosta. Voidaan samalla huomata, että osapuolten perustarkoitus sopimuksen teossa ei ole aikojen kuluessa käytännössä muuttunut. Epävarmuus kansainvälisessä kaupankäynnissä on kuitenkin ajanut osapuolia siihen, että omat oikeudet on haluttu turvata mahdollisimman huolellisesti jo sopimusta valmisteltaessa. Tällöin tarvitaan ankaria ja toisaalla yksinkertaisia sitoumuksia tai sopimuksia, joilla sopijakumppani voi asemansa turvata. Heikomman suojan rajaaminen poikkeukseksi yrityssuhteissa ei tarkoita, että rikoksen tai oikeudenvastaisen toiminnan uhriksi joutuneen oikeuksia tai oikeussuojaa rajoitettaisiin. Esimerkiksi rikoksella aiheutettu haitta tai kilpailua koskevien säädösten rikkominen muuttaa sopijakumppanin tai osapuolen asemaa. Loukattu sopimuskumppani tai osapuoli saa ja sen tulee saada oikeussuojaa. Lainvastainen tai muutoin vilpillinen toiminta ei muuta sopimuskumppanien tasapainotilaa so-

pidäksessä, mutta ne voivat tehdä sopimuksesta pätemättömän tai mitättömän.

Kansainvälisen kaupan yritystoiminnassa korostuu heikomman suoja -ajatusten sijaan edellä esitetty yleinen lojaalisuus(-periaate), joka puolestaan tukee osapuolten yhteisen intressien aikaansaamista ja saavuttamista.

7.3.3 Heikomman suoja -ajatusten vaikutuksista liikesopimussuhteissa

Sopimuskumppanina olevan heikomman osapuolen suojaamisen seuraukset ovat monenlaisia. Ensimmäinen seuraus on se, että heikompi suojatessa sopimuksen sitovuus käytännössä supistuu ja heikompi osapuoli hyötyy tai välttää ainakin osin hänelle kuuluvan velvoitteen tai riskin kyseisessä sopimussuhteessa. Toisaalta heikomman suojaamisesta voi aiheutua myös heikompi haittoja. Voi nimittäin käydä niin, että heikoiksi luokiteltavien yritysten kanssa ei uskalleta tehdä sopimuksia. Tällöin on vaarana, että heikossa taloudellisessa tilassa olevat yritykset saattavat jäädä kokonaan merkittävien liikesopimusten ulkopuolelle. Todellisuudessa on jo nyt niin, ettei yritys yleensä halua tehdä sopimuksia tunnustusti heikon tai merkittävästi heikommassa asemassa olevan yrityksen kanssa. *Wilhelmsson* on todennut osuvasti:

”Ett starkt skydd för den svagare parten i ett avtalsförhållande kan leda till att motparten överhuvudtaget inte vill ingå ifrågavarande avtal.”⁴⁷

(”Sopimussuhteen heikomman osapuolen vahva suoja voi johtaa siihen, että vastapuoli ei ylipäättään halua solmia kyseessä olevaa sopimusta.”)

Heikomman suojan liiallinen kansallinen korostaminen saattaa johtaa siihen, että ”heikompien” yritysten kanssa ei haluta tehdä myöskään kansainvälisen kaupan sopimuksia.⁴⁸ Kansainvälisen kaupan toimijat pitävät kansallista suojaa yleensä puolueellisenä ja katsovat sen tukevan toista sopimuskumppania kansainvälisessä kaupassa. *Pacta sunt servanda* -periaate on kansainvälisessä kaupassa tehtävien liikesopimusten perusta.⁴⁹

⁴⁷ *Wilhelmsson* 1987 s. 155.

⁴⁸ Esimerkkinä voidaan mainita ulkomaisten pankkien epävarmuus suomalaisten luottosopimusten sitovuudesta, joka syntyi oikeustoimilain 36 §:n voimaantulon jälkeen.

⁴⁹ Heikomman suojanormeilla ei aina onnistuta suojaamaan varsinaisia heikompi oikeussubjekteja. Heikomman suojaamiseen tähtäävät mekanismit voivat joissain tapauksissa pikemminkin heikentää jo ennestään heikkojen asemaa. Esimerkiksi velallisten suojaksi laaditut normit voivat käytännössä johtaa siihen, että rahoituslaitoksien omat prosessit kehittyvät luotonhakijoiden kannalta monimutkaisiksi ja rahoituslaitosten luotonantohalukkuus saattaa jopa vähetä.

Heikomman asemaa pyritään usein käyttämään väärin. Ajatusmallia on vääristelty esimerkiksi siten, että sosiaalisen aseman ja heikkouden katsotaan oikeuttavan automaattisesti jonkinlaiseen erityiseen oikeusturvaan. Yksilön ottama riski halutaan heikomman suojan turvin siirtää jonkun muun kannettavaksi. Tällaisia ”yleisvastuun kantajia” ovat esimerkiksi pankit ja verottaja ja viime kädessä veroja maksavat tahot.⁵⁰ Varsin epämiellyttävä tilanne on käsillä silloin, jos yritys pyrkii saavuttamaan etuja vetoamalla heikkouteen. Kansainvälisessä kaupassa heikkomuuteen ei pääsääntöisesti haluta vedota. Kärjistetysti voisi esittää, että kansainvälisessä kaupassa heikomman suojaan vetoava yritys osoittaa kykenemättömyytensä kansainväliseen kaupankäyntiin.

Mielenkiintoista on huomata se, että myös kilpailuoikeudessa on joiltain osin pyritty heikompien kuluttajien edun nimissä ”heikompien yritysten” suojaamiseen. Kilpailuoikeudellisen valvonnan ja sääntelyn tarkoituksena on markkinoiden terveyden turvaaminen, eikä pelkästään heikkojen kuluttajien tai yritysten suojaaminen.

7.3.4 Vaatimus heikomman suojaamisesta ja sovittelusta – piilevän dissensuksen seuraus?

Edellä on käsitelty heikomman suojan periaatteesta ja kohtuullisuuden vaatimuksista sopimusoikeudessa. Ei voi olla esittämättä kysymystä, miksi sopimussuhteissa osapuolet vaativat sovittelua tai miksi oikeustieteessä esitetään perusteluja heikomman suojaamisesta tai kohtuullisuuden toteuttamisesta sovittelun avulla? Mikä johtaa heikomman suojavaatimukseen tai sovitteluvaatimukseen?

Lähtökohtana ja perusedellytyksenä sopimuksen syntymiselle on, että osapuolten välillä vallitsee sopimuksen sisällöstä konsensus, yhteisymmärrys. Pääsääntönä on pidetty sitä, että sopimuskumppanien tulee olla yhtä mieltä kaikista sopimusehdoista. Käytännön sopimuksissa tulee kuitenkin jatkuvasti esille tilanteita, joissa yhteisymmärrys ei ole ollut tai ei ole täydellinen. Sopimuskumppaneilla on tällöin seuraavat perusvaihtoehdot:

1. sopimuskumppanit eivät tee mitään
2. sopimusta pyritään osapuolten tai kolmannen toimesta tulkitsemaan ja ”paras” tulkintavaihtoehto sovitaan sopimuskumppaneja sitovaksi
3. sopimuskumppanit ryhtyvät uudelleenneuvotteluihin (omförhandling) ja sopivat asian

⁵⁰ Tämä käy ilmi *Muttalaisen* tutkimuksesta Velkajärjestelyt neuvotteluratkaisuinä, 1996. Siinä tarkasteltiin velkajärjestelylain vaikutusta vapaaehtoisten sovintoratkaisujen syntyyn pankin ja asiakkaan välillä. Tutkimuksessa todettiin lain edesauttaneen asiakkaan neuvotteluasemaa. Kuitenkin eräissä tapauksissa asiakkaat ovat pyrkineet parantamaan neuvotteluasemaansa uhkaamalla pankkia velkajärjestelyyn hakeutumisella. Tämä on yksi osoitus heikkomuuden väärinkäytöstä.

4. sopimuskumppani riitauttaa sopimuksen ja asia siirretään tuomioistuimen, välimiesoikeuden tms. ratkaistavaksi.

Sopimuskumppanien erimielisyys voi johtua olosuhteista, jotka ovat syntyneet tai muuttuneet sopimuksen teon jälkeen. Usein kuitenkin osapuolet tai ainakin toinen osapuolista on tiennyt jo sopimusta neuvoteltaessa, että sopimus sisältää jonkinasteisen erimielisyyden eli dissensuksen, mutta on hyväksynyt tämän dissensuksen osaksi sopimusta. Sitä, että ainakin toinen sopimuskumppani tiesi erimielisyydestä, mutta sopimus kuitenkin on solmittu, kutsun tässä piileväksi dissensukseksi.⁵¹ Piilevä dissensus ilmenee käytännössä vasta sopimusriidan yhteydessä, mutta se on lähes mahdoton näyttää toteen jälkikäteen, ellei dissensuksesta tiennyt osapuoli myönnä tietoisuuttaan. Käytännön liiketoiminnassa ja liikesopimusten laadinnassa osapuolet ovat usein tietoisia sopimuksen ”heikoista kohdista” ja sopimuskumppanit ovat tunnistaneeet ja hyväksyneet piilevän dissensuksen. Piilevästä dissensuksesta ei kuitenkaan osapuolten välillä sovita, mikä tarkoittaa sitä, ettei piilevä erimielisyys voi olla sopimusehtona. Jos erimielisyydestä sovitaan, voitaneen katsoa, että kyse ei ole piilevästä dissensuksesta, vaan sopimuksen ulkopuolelle jätetystä seikasta; siis seikasta, josta ei ole päästy konsensukseen. Voidaan myös esittää, että jonkinasteinen ”hyväksytty erimielisyys” sopimuksessa lieenee käytännössä ja teoriassakin sallittu, mutta se johtaa sopimusriidassa väistämättä vähintään tulkintaerimielisyyteen.

Heikommen suoja -periaatteeseen vetoaminen ja sovitteluvaatimukset johtuvat usein siitä, että sopimuksessa on piilevä dissensus. Sopimuskumppanien lojaalisuusvelvoitteen tulisi sisältää velvollisuus ilmoittaa (piilevästä) erimielisyydestä silloin, kun toinen sopimuskumppani ei tätä dissensusta ole huomannut. On vaikea kuvitella, milloin sopimuskumppani voisi esittää heikommen suojaamisvaatimuksen tai sovitteluvaatimuksen, jos sopimussuhteessa on toimittu täysin lojaalisti. Varsinkin liikesopimuksissa asetelma on korostetusti näin: yritysten välisissä liikesopimuksissa piilevä dissensus osoittaa eittämättä erimielisyydestä kärsineen ammattitaidottomuutta sopimuksen laadinnassa ja sopimusneuvotteluissa. Mutta ennen kaikkea kyse on piilevästä dissensuksesta tienneen sopimuskumppanin epälojaalista toiminnasta; tämä on tiennyt erimielisyyden olemassaolosta tai ainakin osannut odottaa erimielisyyden tulevan esille myöhemmin, mutta ei ole kertonut tästä mitään toiselle sopimuskumppanille.⁵²

Jos piilevä dissensus voitaisiin poistaa sopimussuhteissa, poistuisi käytännössä myös suurin osa sovittelun ja heikommen suojan tarpeesta. Kuitenkin jonkinasteinen piilevä dissensus on usein osa niin liikesopimussuhteita kuin muitakin

⁵¹ *Piilevä dissensus* -käsitettä on tässä tutkimuksessa käytetty *Klamin* artikkelissa ”Reaaliset” argumentit, LM 1996 s. 468–476, erit. s. 469 esitettyä mukaillen.

⁵² Tässä ei pohdita mahdollista vilpillistä toimintaa tai pätemättömyysperusteita.

sopimussuhteita. Kun sopimuskumppanit ovat saavuttaneet sopimusneuvotteluissaan konsensuksen, ei konsensuksen rikkoutumisen pelossa yleensä haluta esittää mahdollisia piileviä dissensuksia. Toisaalta sopimuksesta saatava hyöty voi olla sidoksissa riippuvainen toisen sopimuskumppanin tietämättömyydestä, jolloin piilevästä dissensuksesta koituu toiselle sopimuskumppanille (tarkoitussellisesti tai tahattomasti) haittaa ja toiselle hyötyä. Jos sopimuskumppani kuitenkin haluaa tehdä parhaansa välttääkseen heikomman suojaa ja sovittelua koskevat ongelmat, tulisi hänen sopimuksen tekovaiheessa esittää sopimuskumppanilleen tietämänsä piilevät dissensukset. Tällöin hän toimii lojaalisuusperiaatteen mukaisesti.

Tässä voidaan ottaa esille KKO:n ratkaisu 1991:153, josta on havaittavissa piilevän dissensuksen elementtejä:

KKO 1991:153

A oli ostanut sorakauppias B:ltä maa-ainesta omakotitalonsa rakennuspaikan perustusta varten. Myyty maa-aines oli ollut soveltumatonta tähän tarkoitukseen. B oli viimeistään tuodessaan aineksen A:n rakennuspaikalle tullut tietoiseksi sekä aineksen käyttötarkoituksesta että sen soveltumattomuudesta siihen. B:n olisi tullut huomauttaa A:lle aineksen soveltumattomuudesta aiottuun tarkoitukseen, mutta hän oli tämän laiminlyönyt. A:lla oli ollut perusteltua aihetta luottaa B:n asiantuntemukseen. Kaupan kohteen katsottiin olleen virheellistä.

Tapauksessa KKO on lausunut perusteluissaan seuraavaa:

”Asiassa ei tosin ole selvitetty, mitä Laulainen oli tilausta tehdessään edellyttänyt tilaamansa aineksen ominaisuuksilta ja mitä hän oli kertonut Hedinille sen käyttötarkoituksesta. Hedin oli kuitenkin viimeistään tuodessaan aineksen Laulaisen rakennuspaikalle tullut tietoiseksi aineksen aiotusta käyttötarkoituksesta rakennuspaikalla ja tällöin hänen on myös täytynyt olla selvillä aineksen soveltumattomuudesta aiottuun tarkoitukseen.”

...

”Hedinin olisi ammattimaisesti sorakauppaa harjoittavana pitänyt huomauttaa Laulaiselle aineksen soveltumattomuudesta tämän rakennuspaikan perustuksiin. Tämän Hedin on laiminlyönyt. Laulaisella on ollut perusteltua aihetta luottaa Hedinin asiantuntemukseen ja arviointiin aineksen soveltuvuudesta aiottuun tarkoitukseen. Näin ollen tavara on ollut Hedinin vastattavasta syystä kauppalaan 17 §:n 2 momentin 2 kohdan ja 3 momentin nojalla virheellistä.”

KKO on tarkastellut kaupankohteen virheellisyyttä, mutta samalla on myös lausuttu asiantuntijan eli ammattimaisesti tavarankauppaa harjoittavan velvollisuudesta informoida sopimuskumppania tavaran soveltumattomuudesta po. tarkoitukseen. Ratkaisussa kuvattu tilanne vastaa piilevän dissensuksen tilannetta

siten, että asiantuntijalla oli tieto piilevästä dissensuksesta. Tietämyksen näyttäminen on vaikeaa ja ehkäpä osittain tästä syystä ratkaisussakin on päädytty ”perinteiseen” perustelutapaan. Asianmukainen lojaali toiminta olisi mitä oletettavimmin voinut estää sopimusriidan.

8 Remburssimaksu sopimusverkkona

8.1 JOHDANTOA

Kansainvälisen kaupan sopimuksissa, kuten kauppasopimuksissa yleensäkin, yhdistyvät myyjän velvollisuus luovuttaa tavara omistusoikeudella ostajalle ja ostajan velvollisuus maksaa kauppahinta myyjälle. Seuraavassa tarkastellaan kansainvälisessä kaupassa käytettyjä dokumenttimaksuja ja varsinkin remburssia, joka on käytetyin dokumenttimaksutapa. Remburssissa yhdistyvät edellä esitetyt tutkimuksen teemat:

1. Kansainvälisen kaupan markkinat, jotka ovat yritysmarkkinat.
2. Sopimusverkot, jotka mahdollistavat kansainvälisessä kaupassa monimutkaiset sopimusjärjestelyt ja riskienhallinnan.
3. Sopimuskumppanien tasavertaisuus kansainvälisen kaupan sopimussuhteissa.
4. Lojaliteettiperiaate kansainvälisen kaupan sopimusverkoissa.

Koska kansainvälisessä kaupassa syntyy osapuolten välille pääsääntöisesti aina sopimusverkko, ei selkeiden rajojen asettaminen kansainvälisen kaupan rahoitusjärjestelyjen, vakuusjärjestelyjen ja eri maksutapojen välillä ole täysin mahdollista.¹ Kaikki kauppaan liittyvät toiminnot yhdistyvät kokonaisuudeksi. Tätä ajatusta tukee myös edellä esitetty sopimusverkon dominoteoria ja sopimussuhteiden kiinteä liittyntä toisiinsa, jotka kumpikin korostuvat remburssijärjestelyssä. Selvyiden vuoksi on syytä todeta, että seuraavassa ei syvennytä kansainvälisen kaupan maksuvälineisiin, kuten esimerkiksi luottokorttimaksuun tai sekkiin, vaan tässä tutkimuksessa selvitetään maksutapoja.

On itsestään selvää, että maksu ja raha liittyvät kiinteästi toisiinsa. Lähes kaikki yhteiskunnassa tapahtuvat toiminnot mitataan rahassa. Rahalle voidaan esittää erilaisia ja myös uusia funktioita riippuen siitä, millä markkinoilla tai markkinoiden kerrostumalla toimitaan. Edellä on esitetty rahan päätehtävinä olevan 1. maksuväline, 2. arvon mitta ja 3. varallisuuden muoto. Markkinoille muodostuu marginaalisia rahamääräisiä ylijäämäosuuksia, jotka osaltaan lisäävät vaihdantaa ja ovat vaihdannan kohteena.² Rahan määrän, vaihdannan lisääntymisen ja

¹ Ks. Gorton jakso 9, s. 175–212, jonka otsikkona on osuvasti *Relationen köp-transport-försäkring-finansiering* (Kauppa-kuljetus-vakuutus-rahoitus-suhteesta.)

² Tarkka s. 89. Kansantaloustieteessä näitä kutsutaan ”rahoitusyli jäämäisiksi” taloudenpitäjiksi, eli tulot ovat suuremmat kuin menot.

rahan siirtämisen nopeutuminen on heijastunut maksun aseman korostumiseen kaikilla markkinoilla. Toimivien rahoitusmarkkinoiden ja tätä kautta pankkien merkitys korostuu markkinoilla olevan rahan suodattamisessa kuluttajilta yritysmarkkinoille ja toisaalta yritysmarkkinoilta kuluttajille.³ Toisaalta pankkien ehkäpä tärkein tehtävä on maksuliikenteestä eli rahan siirtämisestä huolehtiminen. Rahalla on korkoon sidottu arvo.⁴ Kuluttajamarkkinoilla raha on edelleen pitkälti ainoastaan vaihdannan väline.⁵ Sen tuotannollinen arvo tai tuottoarvo ei kuluttajamarkkinoilla nouse merkittäväksi tekijäksi. Toisaalta rahoitusmarkkinoiden myötä rahoituslaitosten pääomia kokoava funktio on mahdollistanut käyttörahan kokoamisen tuotantoon kauppia- ja tuotantorahaksi.⁶

1990-luvulla kehittyi uusi käsitys markkinoista ja markkinatapahtumista sekä niiden ennakoitavuudesta. Tietotekniikan kehityksen ja pääoman erittäin nopean sekä määrältään rajattoman siirrettävyyden johdosta markkinoiden ennustettavuus on muuttunut lähes mahdottomaksi. Markkinoiden epävarmuuden lisääntyessä esimerkiksi suuret valuuttaostot pyrittiin ja pyritään edelleenkin usein käytännössä jakamaan eri valuutoiksi, jotta pelättävissä oleva valuuttatappio voitaisiin minimoida.⁷ Myös maksuliikenne on muuttunut viimeisen vuosikymmenen aikana tehokkaaksi ja nopeaksi. Maksajan suojantarve on monilta osin väistynyt sen vuoksi, että maksusuoritukset ovat teknisesti nykyaikana hyvin turvallisista.⁸ Kansainvälisen kaupan osapuolilla ei enää ole varsinaista teknistä huolta maksusiirroista.

8.2 REMBURSSIMAKSU SAAMISOIKEUDEN LAKKAUTTAJANA

Vaikka remburssia käytetään runsaasti kansainvälisessä kaupassa, unohtuu usein, että remburssit (ja muut dokumenttimaksut) ovat nimenomaan maksutapoja. Remburssijärjestelyn ensisijainen tarkoitus on siis kauppahinnan maksu. Tarkoitus on jäänyt dokumenttimaksuja koskevissa tutkimuksissa usein taka-alalle.

³ Rahoitusmarkkinoista *Tarkka* esimerkiksi s. 91.

⁴ Ks. *Tarkka* s. 128.

⁵ Tätä ajatusta tukee myös Suomen Pankin tutkimus A:96 1996, Euro – yhteinen raha (toim. *Paavo Peisa*). Tutkimuksessa arvioidaan yhteiseen valuuttaan siirtymisen vaikutuksia myös kotitalouksien kannalta, ks. esim. s. 114.

⁶ *Tarkka* s. 93.

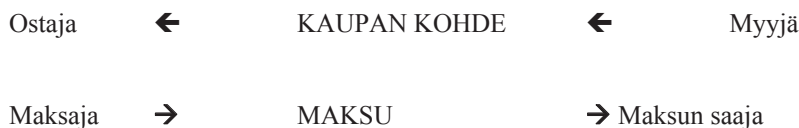
⁷ Euroopan unionin jäsenmaiden yhteinen valuutan on katsottu mahdollistavan vakaan rahapolitiikan euroalueella. Ks. *Peisa* s. 11–15.

⁸ Maksajan suojan tarpeesta, maksusuojan tarpeesta ja tilisiirtojen toteutuksesta *Juusela ja Kais-to*.

Seuraavassa johdantona dokumenttimaksujärjestelyihin esitetään yleisesti kauppahinnan maksu saamisoikeuden lakkauttajana.

Saamisoikeus voi lakata maksuun (saamisoikeuden vastaava suoritus, *solutio*⁹), saatavien kuittaukseen, saatavan vanhentumiseen tai saamisoikeuksien yhtymiseen. Suoritukset on jaettu luontoissuorituksiin ja rahasuorituksiin.¹⁰ Saaminen voi myös lakata sijaissuoritukseen, velan uudistamiseen, maksutalletukseen, preklusioon, anteeksiantoon, yrityssaneeraukseen tai velkajärjestelyyn. Saamisoikeuden lakkauttavista tavoista maksu on varmasti yleisin. Maksuun liittyvät oikeudelliset erityiskysymykset ovat perinteisesti velvoiteoikeudellisia ja sopimusoikeudellisia. Perinteisessä oikeustieteellisessä tutkimuksessa maksua on tarkasteltu varsinkin maksusuojakysymysten ja saamisen lakkaamista koskevien tutkimusten yhteydessä. Maksun vaikutusten tarkastelu on ollut varsin esi-neoikeuspainotteista. Sitä vastoin itse maksuun tai erilaisten maksutapojen valintakysymyksiin ja maksutapojen eroavuuksiin ei ole kiinnitetty juurikaan huomiota.

Maksuun liittyviä ongelmia voidaan ryhmitellä esimerkiksi tarkastelemalla kustakin maksutavasta tyypillisesti johtuvia ongelmia ja kysymyksiä, maksun tekniseen toteutukseen liittyviä ongelmia tai maksujärjestelyyn ja sen osapuoliin liittyviä kysymyksiä. Maksu ei yksinkertaisen perusmekanisminsa vuoksi juurikaan lisää kiinnostusta maksua itseään kohtaan. Tätä kuvaa seuraava yksinkertainen kaavio maksusta ja sen asemasta kauppasopimuksessa Zug um Zug -periaatetta kunnioittaen:



Kaavio 18. Kauppasopimuksen suoritukset.

Jos maksutapahtuma kuvataan näin pelkistettynä, voidaan huomata, että maksu itsessään on teknisesti yleensä yksinkertainen ja ongelmaton. Kuitenkin maksuun liittyvät järjestelyt ja varsinkin kansainvälisen kaupan sopimukseen liittyvien maksujen tutkiminen osoittavat, että maksun perusajatus usein hämärtyy. Jos vielä otetaan mukaan kansainvälisen kaupan sopimusverkossa tapahtuvat monet yhtäaikaiset maksut ja muut suoritukset, maksun käsite käytännössä mo-

⁹ Saatavan lakkaamista koskevasta terminologiasta esim. *Halila – Ylöstalo* s. 13.

¹⁰ Pohjoismaisissa tutkimuksissa tätä jaottelua on käytetty taajaan; suoritusten jaottelusta esimerkiksi *Hellner Special avtalsrätt II*, 1995 s. 27–31.

nimitkaistuu.¹¹ Toisaalta tiedonsiirtotekniikan ja pankkien selvitysjärjestelmien kehittyminen on vastaavasti helpottanut ja varmentanut maksujen teknistä suoritamista.

Seuraavassa maksua tarkastellaan kansainvälisen kaupan itsenäisenä oikeudellisenä instituutiona. Maksu-termillä on tarkoitus korostetusti kuvata rahasuoritusta. Tässä tutkimuksessa suoritus on yleiskäsite velan tai muun velvoitteen suorittamiselle, kun taas maksu kattaa ainoastaan rahasuoritukset. Maksutapahumaa voidaan kuvata erottamalla siitä seuraavat peruselementit:

- oikea suoritus eli sopimuksen mukainen suoritus,
- saamisen lakkaaminen (osittain tai kokonaan) ja
- valuutan eli rahan siirto.

Oikeaa suoritusta koskevien periaatteiden, säädösten ja tutkimusten mukaan suorituksen tulee olla oikean määräinen, oikeaan aikaan tehty, oikealle velkojalle tehty, oikeassa paikassa tehty ja oikean henkilön tekemä.¹² Kansainvälisessä kaupassa kauppahinnan maksussa¹³ henkilösidonaisuus eli maksajan henkilöllisyys ei ole merkittävässä asemassa. Käytännössä tärkeintä maksun saajalle on, että hän saa oikean määräisen ja oikea-aikaisen maksun.¹⁴ Kansainvälisessä kaupassa on varsin harvinaista, että väärä henkilö maksaisi kauppahinnan. Toisaalta voidaan todeta, että puhtaan maksuteknisesti tarkasteltuna ostaja maksaa kauppahinnan kansainvälisessä kaupassa hyvin harvoin; käytännössä pankki suorittaa maksun ostajan (tai ostajan pankin) toimeksiannosta.

Kansainvälisessä kaupassa maksun suorituspaikalla ei nykyisen tiedonsiirtotekniikan ansioista ole enää juurikaan merkitystä.¹⁵ Kuitenkin on edelleen huomattava, että mikäli maksupaikasta ei ole sovittu, viemävelkaperiaate (eli periaate, jonka mukaan velka on maksettava velkojan luona) pätee pääsääntönä kansainvälisessä kaupassa.¹⁶ Periaate on luettavissa esimerkiksi Unidroitin artiklassa 6.1.6:¹⁷

¹¹ Maksun kausan, velallisen yksipuolisen ilmoituksen, suorituksen sopimusperusteisuuden ja maksuvaikutuksen suhteesta *Hakulinen, Y. J.*: ”Maksun oikeudellisesta luonteesta”. LM 1931 s. 239–247. Hakulisen huomiot ovat edelleen arvokkaita, vaikka artikkelin kysymyksenasettelu ja argumentointi osin perustuukin tuolloin voimassa olleisiin säädöksiin.

¹² Ks. esimerkiksi *Halila – Ylöstalo* s. 13–29 sekä *Hemmo* Pankkioikeus 2001 s. 101–112.

¹³ Tässä tutkimuksessa käsitellään kansainvälisen kaupan maksuina ainoastaan rahasuorituksia.

¹⁴ Ks. suorituksen henkilösidonaisuudesta *Varallisuus oikeus* s. 167–168.

¹⁵ *Hemmo* Pankkioikeus 2001 s. 101–105 sekä *Arnesdotter*: Moderna betalningsmetoder, 1996.

¹⁶ Ks. myös kauppalaan 48 §: ”Kauppahinta on maksettava myyjän luona...”. Ostajan maksuvelvollisuuteen kuuluu myös velvollisuus sopimuksen mukaisesti hyväksyä vekseli ja asettaa remburssi, pankkitakaus tai muu vakuus sekä velvollisuus ryhtyä muihin maksun suorittamiseksi tarvittaviin toimenpiteisiin.

¹⁷ Samoin *The Principles of European Contract Law* artikla 7.101: ”Article 7:101: Place of Performance (1) If the place of performance of a contractual obligation is not fixed by or determinable from the contract it shall be: in the case of an obligation to pay money, the creditor’s place of business at the time of the conclusion of the contract...”. (Suorituspaikka (1) Jos sopimusperusteisen

”Article 6.1.6 (Place of performance)

(1) If the place of performance is neither fixed by, nor determinable from, the contract, a party is to perform:

- (a) a monetary obligation, at the obligee’s place of business;
- (b) any other obligation, at its own place of business.”

(”Artikla 6.1.6 (Suorituspaikka)

Jos suorituspaikkaa ei ole määrätty sopimuksessa, eikä se ole siitä pääteltävissä, osapuolen on suoritettava rahavelvoite velkojan liikepaikassa; muu velvoite omassa liikepaikassaan.”)

Toisaalta saman artiklan 2 kohdassa todetaan:

”(2) A party must bear any increase in the expenses incidental to performance which is caused by a change in its place of business subsequent to the conclusion of the contract.”

(”(2) Sopimusosapuoli vastaa suoritukseen liittyvistä lisääntyneistä kuluista, jotka aiheutuvat siitä, että hänen liikepaikkansa on muuttunut sopimuksen päättämisen jälkeen.”)

Maksun tulee olla edellä esitetyn mukaisesti kaikilta osin ”oikea”, jotta se lakkauttaisi saamisen. Mikäli kansainvälisen kaupan sopimuksessa on sovittu, että maksutapa on remburssi, on maksun tapahduttava tällöin remburssilla, jotta suoritus olisi oikea. On kuitenkin hyvin vaikea kuvitella, että myyjä vaatisi ostajaa korjaamaan maksun sen jälkeen, kun ostaja on maksanut kauppahinnan täysmääräisenä suoralla ja peruuttamattomalla tilimaksulla myyjän pankkitilille. Tällöin on hyvin vaikea ainakaan väittää, että suorituksen virheellisyys olisi aiheuttanut myyjälle vahinkoa, koska myyjälle tehty maksu on käytännössä aivan sama kuin se olisi ollut remburssilla maksettaessa.¹⁸ Sen sijaan ostajalle maksutavalla on suuri merkitys, sillä ostaja saattaa odottaa maksaessaan saavansa esimerkiksi kaupan kohteeseen oikeuttavat asiakirjat. Jos maksutapa ei täytä ostajan vaatimuksia, saattaa tavara jäädä tavarantoimittajalle – tai pahimmassa tapauksessa myyjälle.

Kansainvälisessä kaupassa maksun ja maksutavan merkitys on kasvanut. Kehitys on kulkenut pois käteisen rahan käytöstä. Käteisen rahan säilytys, siirtäminen ja hallinta muodostavat kansainvälisessä kaupassa suuren riskin. Nämä on-

velvoitteen suorituspaikasta ei ole sovittu tai jos se ei käy ilmi sopimuksesta suorituspaikkana on pidettävä: rahasuorituksen ollessa kyseessä velkojan liikepaikka sopimuksen tekohetkellä...).

¹⁸ On kuitenkin tilanteita, joissa nimenomaan remburssimaksujärjestely on erityisessä asemassa. Tällainen tilanne on esimerkiksi silloin, kun myyjä käyttää remburssia rahoituksen saamiseksi.

gelmat ovat perinteisesti liittyneet lähinnä rahan väärennöksiin ja käteisen rahan anastusmahdollisuuksiin. On itsestään selvää, että käteinen raha on helpommin anastettavissa kuin esimerkiksi tilillä oleva raha ja anastetun käteisen rahan käyttö on helppoa. Kansainvälistä kauppaa harjoittavat yritykset ja pankit ovat kehittäneet useita erilaisia käytäntöjä ja instrumentteja, joiden päätarkoituksena on ollut vähentää tai korvata käteinen raha ja sen siirtäminen. Hyvänä esimerkkinä tällaisista instrumenteista voidaan mainita maksukortit, luottokortit, dokumenttimaksut ja osaltaan myös vakuustakuut¹⁹.

Tiedonsiirtotekniikan kehittyminen on nopeuttanut maksujen siirtoja, mutta samalla maksujen siirtoihin numeerisina tiedostoina ja maksuihin liittyvään dokumentaatioon on kohdistunut uudentyyppisiä riskejä.²⁰ Voidaan perustellusti sanoa, että kansainvälisen kaupan maksutapoihin liittyvät riskit ja ongelmat ovat siirtyneet käteisen rahan ongelmista suurelta osin elektronisen rahan ja asiakirjojen (dokumentaation) ongelmiin. Oman merkittävän ongelmansa käteisen rahan käyttöön kansainvälisessä kaupassa tuo se, että kauppahinnat ovat nousseet suurissa kaupoissa niin valtaviksi, ettei käteismaksu ole käytännössä mahdollinen.²¹

8.3 MAKSUTAVOISTA JA MAKSUEHDOISTA

8.3.1 Maksutavoista

Maksutapa on sopimuskumppaneiden välisen kauppasopimuksen ehdossa määriteltä tapa maksaa kauppahinta. Maksutapa määräytyy siis sovitun maksutapaehdon mukaan. Käytännössä maksuehto on aina sopimusneuvotteluissa saavutettu osapuolten yhteisymmärrys eli neuvottelutulos. Tämän vuoksi maksuehtojen tulkinnassa kyse ei ole varsinaisen maksun suorittajan eli pääsääntöisesti pankin tai jonkin muun sopimuksen ulkopuolisen määräämästä sopimusehdosta. Jonkinlaisena poikkeuksena neuvotellusta maksuehdosta voidaan pitää käytännössä usein esiintyvää maksutavan määräytymistä sopimuskumppanien noudattaman tavan perusteella. Tällöin maksutapaa määrittelevä ja sopimuskumppaneiden

¹⁹ On demand -takuista *Lehtinen* 1994. Vakuustakuilla on pyritty korvaamaan esinevakuustyyppien käteissuorituksen ja käteistalletuksen käyttö.

²⁰ Tekniikan kehittyminen on myös tuonut mukanaan uutta, joskin usein tarpeetonta terminologiaa myös maksuihin. Katso esimerkiksi *Kaiston* kritiikki pankkiraha-termiä kohtaan *Kaisto* 2002 s. 189–193.

²¹ Kansainvälisessä kaupassa esiintyy usein summia, joiden osalta kukaan kaupan osapuolista ei realistisesti edes ajattele maksun siirtyvän käteisellä. Esimerkiksi 100 miljoonaa euroa 500 euron seteleinä muodostanee n. 20 metriä korkean setelipinon.

ta sitova tapa voi olla joko kyseisellä alalla vallitseva yleinen kauppatapa tai sopimuskumppanien sopimuskäytäntöön perustuva liiketapa.

Vaikka sopimuskumppanit voivat periaatteessa vapaasti sopia, millä maksutavalla kauppahinta suoritetaan, on tilanteita, joissa tämä vapaus ei toteudu. Esimerkiksi voidaan maininta kansalliset säädökset ja rajoitukset, jotka voivat määritellä sopimuskumppanien käytössä olevat maksutavat.²² Toisaalta myös kansainvälisen kaupan sopimusverkkokäytännöissä voidaan huomata, että pääsopimuksessa käytetty maksuehto voi johtaa sopimusverkon muiden osapuolten käyttämien maksuehtojen valinnanvapauden rajoituksiin. Tyypillisimmillään nämä rajoitukset ilmenevät sopimusverkossa esiintyvissä back-to-back-sopimusjärjestelyissä²³, joiden edellytyksenä on se, että ketjuuntuneet sopimusverkon sopimukset ovat ainakin olennaisimmilta ja tärkeimmiltä osin identtisiä.

Maksutavalla on käytännössä aina välitön kaupallinen merkitys lopulliseen kauppahintaan eli siihen, mitä kaupan kohde maksaa. Mikäli maksutapa sovitaan myyjän kannalta varmaksi, on myyjän vaatima kauppahinta yleensä pienempi. Tämän vuoksi voidaankin sanoa, että myyjän turvallisuuden tunne kauppahinnan saamisesta siirtyy kauppahintaan. Myyjän vaatiman kauppahinnan suuruisen valuuttamäärän saaminen myyjän omaan käyttöön vaikuttaa merkittävästi myyjän riskin rajoittamistarpeeseen ja kulurakenteeseen. Myyjän rahoittajan näkökulmasta taas pelkkä kauppahinnan saatava ei riidattomana oikeutenakaan käytännössä poista rahoitusriskiä; vasta maksun konkreettinen saaminen poistaa myyjän rahoitukseen kohdistuvaa epävarmuutta.²⁴

Kansainvälisen kaupan sopimusverkossa ei voida asettaa tiukkoja rajoja rahoitusjärjestelyjen, vakuusjärjestelyjen ja maksutapojen välille.²⁵ Sopimusverkossa sopimukset ja sitoumukset yhdistyvät niin kiinteästi toisiinsa, että aina ei ole mielekästä tai edes tarpeellista erottaa yhtä sopimusverkon osaa kokonaisu-

²² Yleensä maksutapaehtorajoitukset (esimerkiksi pakko käyttää remburssia) ovat kansallisten keskuspankkien asettamia rajoituksia, joilla pyritään rajoittamaan ns. valuuttapakoa ja samalla tukemaan kansallista valuuttapolitiikkaa. Hyvin yleistä on esimerkiksi myös se, että ei pelkästään maksutapa vaan myös maksava pankki on määritelty kansallisin säädöksin. Tämä tarkoittaa käytännössä sitä, että vientiyritykset voivat hyväksyä ulkomailta tulevat ostajan suoritukset ja sitoumukset ainoastaan kotimaiselta pankiltaan. Tällöin suorat maksut ostajavaltion pankista eivät tule kyseeseen, vaan liiketoimessa joudutaan käyttämään myyjän maan maksujärjestelyssä pankkia välipankkina. Toisaalta voidaan todeta, että tämäntyyppiset järjestelyt todellisuudessa tehokkaasti turvaavat maksun saajaa kansainvälisessä kaupassa.

²³ Kuten edellä on todettu, *back-to-back*-sopimusjärjestelyissä on kyse sopimusketjusta, jossa käytännössä samansisältöinen sopimus kopioidaan ja ketjutetaan siten, että sen ehdot säilyvät samansisältöisinä koko sopimusketjun läpi.

²⁴ Erityisenä esimerkkinä maksutavan merkityksestä tältä osin voidaan mainita avattu (ja mahdollisesti vahvistettu) remburssi, jota pidetään usein ”saatuna maksuna” vaikka maksutapahtumaa ei de facto voitane kirjata yhtiön kirjanpitoon tuloksi.

²⁵ Ks. *Gorton* jakso 9, s. 175–212.

desta. Toisaalta myös sopimusverkon kokonaisuuden juridinen tarkastelu helpottuu, jos sopimusverkon eri osat ja niiden tarkoitus ymmärretään.²⁶

Kansainvälisen kaupan osapuolet ovat maksujärjestelyissään käytännössä aina riippuvaisia pankkien tarjoamista palveluista. Pankin asema ja asiantuntemus korostuvat sopimusverkossa. Kansainvälisessä kaupassa pankkien tarjoamilla palveluilla on sopimuskumppaneille suuri merkitys. Ilman pankin apua tapahtuvat käteismaksut eivät ole periaatteessa mahdollisia, mutta suurten kauppahintojen maksaminen käteisellä on hyvin vaikeaa. Tämän vuoksi pankkien turvattu ja vakaa asema on myös kansainvälisen kaupan etu.

Kansainvälisessä kaupassa transaktioihin liittyvät dokumenttien ym. hallinnointikustannukset ovat eräiden arvioiden mukaan n. 8 prosenttia koko kansainvälisen kaupan bruttohinnasta.²⁷ Tämä tarkoittaa sitä, että kansainvälisen kaupan maksuihin liittyy merkittävä kuluerä, jonka pienentäminen on toki kaupan varsinainen osapuolien (niin ostajien kuin myyjien) tavoitteena.

8.3.2 Maksutapojen jaottelu

Maksutavat voidaan ryhmitellä monella tavoin. Seuraavassa on esimerkkejä maksutapojen jaottelusta.

Maksuajankohta. Ensimmäisenä voidaan esittää maksutapojen jako maksuajankohdan mukaan. Maksut voidaan erottaa toisistaan kolmesta eri maksuajankohdasta; ennen tavarantoimitusta tehdyistä maksuista (ennakkomaksut), tavarantoimituksen kanssa samanaikaisesti suoritetuista maksuista (käteismaksut) ja tavarantoimituksen jälkeen tapahtuvista maksuista (luottolliset maksut). Maksuehdon myötä sovittu maksuajankohta osoittaa käytännössä myyjän luottamuksen ostajan kykyyn ja haluun täyttää pääsopimusvelvoitteensa eli kauppahinnan maksu. Mitä vähemmän luottamusta myyjällä on ostajan maksukykyyn, sitä aikaisemmassa vaiheessa kauppaa hän haluaa saada kauppahinnan. Hyvin tavantoimitusta on se, että ostaja esittää kaupan syntymisen edellytykseksi maksuajan saamista. Jos myyjä silloin hyväksyy ehdotuksen, hän vaatii yleensä ostajaa järjestämään jonkinlaisen vakuuden saamisensa turvaksi. Maksuajankohtaan ja sen valintaan vaikuttavat myös myyjän ostajalle mahdollisesti antama rahoitus.²⁸

²⁶ Tässä tutkimuksessa esitetään dokumenttimaksu sopimusverkon osana ja maksutapana. Sen sijaan varsinaisiin maksuvälineisiin ei tässä syvennytä. Kansainvälisessä kaupassa käytettyjä maksuvälineitä ovat esimerkiksi sekki ja vekseli.

²⁷ Gary Collyer in esitys, ICC:n seminaari Helsinki 25.5.2004 (ICC Seminar on Documentary Credits 2004, Helsinki 25.5.2004.)

²⁸ Esimerkkinä voidaan mainita ns. vendor-rahoitus, jossa myyjä itse mahdollistaa ostajalle antamallaan tai järjestämällään rahoituksellaan kaupan. Vendor-tyyppisen rahoituksen perusongelma on se, että myyjä toimii yhtä aikaa kahdessa roolissa: kaupan kohteen valmistajana ja myyjänä sekä ostajan rahoittajana. Myyjä ottaa riskin siitä, että ostaja täyttää pääsopimussopimusvelvoit-

Maksuajankohdan perusmäärittely voidaan tehdä kunkin kauppasopimuksen osalta asettamalla kysymys, onko kauppa luotollinen vai ei.

Kauppahinnan maksamisen osalta sopimuskumppanit sopivat käytännössä kolmesta perusasiasta: 1. kauppahinnan määrä ja valuutta, 2. maksupaikka ja 3. maksuajankohta. Tämän vuoksi maksuajankohta on periaatteessa aina mukana maksutavassa. Toisaalta maksuajankohta on säädelty myös useissa eri säädöksissä ja säännöissä sekä erityyppisissä vakioehdoissa. Esimerkiksi YK:n kauppalain 58 artiklassa on säädetty maksuajankohdasta:

58 art. 1) Jos ostaja ei ole velvollinen maksamaan kauppahintaa muuna erityisenä ajankohtana, hänen tulee maksaa se silloin, kun myyjä asettaa sopimuksen ja tämän yleissopimuksen mukaisesti joko tavaran tai tavarasta määräämiseen oikeuttavat asiakirjat ostajan määrättäviksi. Myyjä voi asettaa tämän mukaisen maksun ehdoksi tavaran tai asiakirjojen hallinnan luovuttamiselle.

2) Jos sopimukseen liittyy tavaran kuljetus, myyjä saa lähettää tavaran ehdoin, että tavaran tai tavarasta määräämiseen oikeuttavien asiakirjojen hallinta luovutetaan ostajalle vain kauppahinnan maksua vastaan.

3) Ostaja ei ole velvollinen maksamaan kauppahintaa, ennen kuin hänellä on ollut tilaisuus tarkastaa tavara, paitsi jos tämä on ristiriidassa sopijapuolten kesken sovittujen luovutusta tai maksua koskevien menettelytapojen kanssa.

Dokumenttimaksuissa kauppahinta suoritetaan myyjälle asiakirjoja vastaan. Kuitenkin ostaja suorittaa kauppahinnan avaajapankille käytännössä jo remburssitoimeksiannon yhteydessä ja viimeistään avaajapankin avatessa remburssin.²⁹ Tämän vuoksi maksuajankohdan mukaisessa jaottelussa on otettava huomioon se, että kauppahinnan suorittamisen ajankohta vaihtelee: myyjän maksunsaamisajankohta ei ole useinkaan sama kuin ostajan maksuajankohta.

Vakuuden sisältävät ja vakuudettomat maksut. Maksutavat voidaan jaotella myös vakuuden sisältäviin ja vakuudettomiin maksuihin. Tämä erottelu on usein nimenomaan myyjän kannalta olennainen. Myyjän ei välttämättä tarvitse erikseen vaatia vakuutta ostajalta, mikäli maksutapa sisältää jo vakuuden. Toisaalta maksajan kannalta vakuuden yhdistäminen maksutapaan saattaa tulla halvemmaksi kuin erillisen vakuuden hankkiminen. Maksuun liittyvät vakuudet ovat pääsääntöisesti henkilövakuuksia. Periaatteessa maksutapaan ja maksuehtoon voidaan liittää myös esinevakuuselementti, mutta esinevakuuden käyttö maksutavan osana ei ole käytännössä järkevää.³⁰ Voidaan perustellusti esittää

teensa ostajana ja rahoitusvelallisen velvoitteensa. Käytännössä myyjä kantaa tällöin ostajan rahoitukseen liittyvät riskit.

²⁹ Tällöin kyse on katetusta remburssista.

³⁰ Esinevakuuden käyttö kansainvälisessä kaupassa on edelleen yleistä joissakin kauppakulttuureissa. Esinevakuuden tavanomainen käyttö suorituksen vakuutena tulee kuitenkin erottaa siitä,

kysymys, onko tällöin kyse edes esinevakuudesta vai esimerkiksi loppukauppahinnan maksusta ”pantin tai muun esinevakuuden” arvon määrällä?

Dokumenttimaksut ja ”ei-dokumenttimaksut”. Maksut voidaan edelleen jaotella dokumenttien käytön perusteella. Tässä jaottelussa kyse on lähinnä siitä, tapahtuuko maksu dokumentteja vastaan vai ei. Dokumenttimaksuissa juuri asiakirjat muodostavat maksun kannalta tärkeän osan, sillä ilman dokumentteja ei dokumenttimaksua voida suorittaa. Dokumenttien käyttö maksujärjestelyissä kehittyi ajatuksesta, jossa tavaraa ei voitu vaivattomasti ja maksun kannalta turvallisesti tai maksuajan kannalta hyvissä ajoin siirtää *Zug um Zug* -periaatteen mukaisesti eli samanaikaisesti.

Kauppasopimuksessa sovittu dokumenttimaksun järjestämisvelvollisuus on katsottu maksutoimeksi, johon maksajan täytyy ryhtyä täyttääkseen maksuvelvoitteensa. Kansainvälisessäkin kaupassa pääsääntönä voidaan pitää sitä, että ostajan pääsopimusvelvoite on kauppahinnan maksu – olipa maksutapa mikä tahansa. YK:n kauppalain 54 artiklassa on esitetty:

”Ostajan velvollisuuteen maksaa kauppahinta sisältyvät sellaiset toimenpiteet ja sellaisten muodollisuuksien noudattaminen, joita sopimuksen taikka lakien tai määräysten mukaan edellytetään, jotta maksu voisi tapahtua.”

Kyseisessä artiklassa on ostajalle asetettu velvollisuus edesauttaa ja toimia siten ”... jotta maksu voisi tapahtua”. Kansallisen lainsäädännön osalta samainen periaate voidaan löytää esimerkiksi kauppalain 48 §:n 2 momentissa, jossa on todettu:

”Ostajan maksuvelvollisuuteen kuuluu myös velvollisuus sopimuksen mukaisesti hyväksyä vekseli ja asettaa remburssi, pankkitakaus tai muu vakuus sekä velvollisuus ryhtyä muihin maksun suorittamiseksi tarvittaviin toimenpiteisiin.”

Kauppalain mukaan maksajan toimenpidevelvollisuus määräytyy kuitenkin eri dokumenttimaksutilanteissa eri tavoilla. Esimerkiksi jos maksutavaksi valitaan perittävä³¹, pankille annettavan maksutoimeksiannon tekee myyjä eikä ostaja. Tämän vuoksi perittävässä ostajan maksuvelvollisuus täyttyy ja voi täyttyä vasta silloin, kun pankki esittää perittävään liitetyn dokumentaation ostajan lunastettavaksi.

että esinevakuus yhdistetään maksuun. Esimerkkinä viimeksi mainitusta tilanteesta voidaan esittää kauppahinnan osan käteissuoritus, jonka mukana annetaan velkojalle pantti. Onko tällöin kyse kokonaiskauppahinnan maksusta, johon on liitetty epätavanomainen ”esineasuoritus”?

³¹ Ks. myöhemmin jaksossa 8.4.5.1 s. 288– perittävän määritelmä.

8.4 KANSAINVÄLISEN KAUPAN MAKSUEHDOISTA

8.4.1 Maksuehtojen jaottelusta

Seuraavassa maksuehdolla tarkoitetaan sopimuksen ehtoa, jossa sopimuskumppanien valitsema maksutapa on määritelty.

Kansainvälisen kaupan liikesopimuksissa on kehittynyt erityyppisiä maksuehtoja, joita käytetään osapuolten tarpeiden mukaan. Maksuehdolla voidaan rajata ja osittain myös jakaa maksuun ja valuutan (rahan) siirtoon liittyviä riskejä. Maksuehtojen toimintamekanismiin liittyy käytännössä aina pääsopimuskumppanien lisäksi kolmas osapuoli, joka yleensä toimeksiannon saajana välittää tai muutoin toimittaa kauppasopimuksessa määritellyn maksuehdon mukaisen ja sopimuksessa määritellyn maksun maksunsaajalle. Tällöin on hyvin tärkeää tarkastella, kuka maksaa ja kenelle.

Kansainvälisen kaupan maksut suoritetaan suurimmalta osin pankkien välityksin. Pankkien maksujen siirtojärjestelmät ovat kehittyneet turvallisiksi ja luotetuiksi, minkä vuoksi kansainvälisen kaupan osapuolet suosivat pankkeja maksujärjestelyissään. Periaatteessa maksun saajan pankkitili on aina rahasuorituksen määränpää, vaikka maksu voidaan suorittaa myös muita maksuinstrumentteja tai maksuvälineitä käyttäen. Pääsääntöisesti myyjä haluaa kauppahinnan määräisen suorituksen nimenomaan rahana, koska rahasuoritus on yhteismitallinen ja likvidi varallisuuden muoto; rahasuoritusta ei tarvitse muuttaa likvidiksi.

Kansainvälisen kaupan liikesopimuksissa käytetään lähinnä seuraavia maksuehtoja:³²

- puhtaat maksut,
- avoimeen tiliin ostot, tavanomaisin ehdoin ym.,
- perittävät,
- remburssit ja
- confirming-tyyppiset järjestelyt.

Nämä maksuehdot voidaan jaotella edelleen alaryhmiin esimerkiksi sen mukaan, milloin maksu tapahtuu. Tällöin esimerkiksi puhtaiden maksujen osalta jaottelu voisi olla: puhtaat ennakkomaksut, puhdas maksu samanaikaisesti tavarantoimituksen kanssa ja puhdas maksu tavarantoimituksen jälkeen. Maksuehtojen jaottelu pystytään tekemään tarvittaessa hyvinkin yksityiskohtaisesti. Käytännössä maksuehdot ovat kuitenkin usein eri maksuehtojen yhdistelmiä ja ehtoja laaditaan tapauskohtaisesti osapuolten omaksumien käytäntöjen ja tarpeiden mukaan. On hyvin yleistä, että kansainvälisessä kaupassa sopimuksesta neuvo-

³² Jaottelun taustana Gortonin esitys. Ks. Gorton s. 180 sekä Bogdan s. 69–86.

teltaessa sopimuskumppaneiden edustajilla on valuttuudet sopia ainoastaan kun-
kin yhtiön ennalta määräämän maksutavan ja maksuehdon käytöstä.

Maksuehdosta sopimisen jälkeen liikesopimuksen sopimuskumppanit ryhty-
vät yhdessä tai erikseen neuvottelemaan (yleensä) pankin kanssa, kuinka valittu
maksutapa (tai maksujärjestely) tullaan toteuttamaan. Kansainvälisen kaupan
käytännössä osapuolet ovat siis useimmiten jo sopineet ja kirjanneet käytettävän
maksuehdon, kun maksujärjestelyä koskeva toimeksianto annetaan pankille.
Maksujärjestelyyn ”myöhässä” mukaan tuleva pankki joutuu puolestaan usein
toteamaan, että sovittu maksuehto on huonosti tai väärin laadittu. Joissain tapauk-
sissa toimeksisaajapankin on jopa mahdoton toteuttaa sopimuskumppanien sopi-
ma maksujärjestely. Tämä mahdollisuus saattaa johtua esimerkiksi kansallises-
ta lainsäädännöstä³³ tai siitä, että sopimuskumppanit eivät ole osanneet laatia
halutun maksutavan vaatimaa ja osoittavaa maksuehtoa oikein.³⁴

Onkin suositeltavaa, että kansainvälistä kauppaa harjoittavat yhtiöt konsultoi-
sivat ja neuvottelisivat maksujärjestelyyn otettavan pankin kanssa suunnitellusta
maksuehdosta. Pankeilla on maksujärjestelyasiantuntemusta, jota tulisi hyödyn-
tää jo sopimuksen neuvotteluvaiheessa. Yleensä maksuehdosta ja -tavasta sovi-
taan viimeisenä sopimusneuvotteluissa ja usein vieläpä kiireellä, jolloin virheitä
tapahtuu helposti. Maksuehtoja yhdistelemällä voidaan luoda monimutkaisia,
pelkästään maksua koskevia sopimusjärjestelyjä.³⁵

Maksutapojen valinnalla pyritään hallitsemaan niin kansainvälisen kaupan
sopimukseen kuin myös itse maksuun liittyviä riskejä. Kansainvälisen kaupan
osapuolten kannalta luottoriski (maksun saamatta jääminen tai menettäminen),
valuuttariski (valuuttaan liittyvät epävarmuudet) ja muut kansainvälisen kaupan
tyypilliset riskit³⁶ korostuvat, jos osapuolet ovat valinneet väärän maksutavan.

Maksutapaa koskevien sopimusehtojen kirjo on valtava. Voidaan havaita, että
maksutapalausekkeitä kehitetään koko ajan. Tämän ja osittain paikallisten sekä
kansallisten tulkintojen erilaisuuden vuoksi ei ole harvinaista, että kansainväli-
sen kaupan maksutapaehdosta syntyy joskus tulkinnallisia erimielisyyksiä. Eri-
mielisyyksien ja tulkintaongelmien välttämiseksi voidaan esittää neljä perusoh-
jetta kansainvälisen liikesopimuksen maksuehdosta neuvotteleville: 1. maksuta-

³³ Esimerkiksi eräissä maissa ainoastaan remburssimaksu on vientikaupassa ainoa sallittu maksu-
ehto ja -tapa.

³⁴ Maksuehdon väärä käyttö saattaa todellisuudessa perustua myös sopimuskumppanin pitkäai-
kaiseen väärinymmärrykseen, jolloin väärinymmärrys voi molemminpuolisena muodostua jopa
osapuolia sitovaksi tavaksi.

³⁵ Ks. esimerkiksi *Gorton* s. 181. Kansainvälisessä kaupassa mukana olevat pankit ovat projek-
teissaan myös syndikoineet maksuja, jolloin pankkien välillä on erityinen maksusyndikaattisopi-
musjärjestely.

³⁶ Tällaisia yleisiä riskejä ovat esimerkiksi maariski. Maariskeistä esimerkiksi Finnvera on laati-
nut oman julkaisunsa, jossa arvioidaan kuhunkin maahan liittyviä poliittisia ym. riskejä. Ks. <http://www.finnvera.fi/upload/Maakatsaukset.pdf>.

pa tulisi sopia mahdollisimman selkeäksi ja yksinkertaiseksi, 2. maksutapaa kuvaavien lyhenteiden käyttöä tulisi välttää, 3. maksujärjestelyssä mukana olevaa pankkia tulisi konsultoida maksuun liittyvissä asioissa ja 4. pankin asiantunteemukseen kansainvälisen kaupan maksujärjestelyissä tulisi lähtökohtaisesti luottaa.

Erään keskeisen ongelman kansainvälisen kaupan sopimuksissa ja liiketoiminnassa yleensäkin muodostavat maksutapaehdoista käytettävät lyhenteet. Lyhenteiden käyttö on usein holtitonta ja epätarkkaa. Usein sopimuskumppanit joutuvat toteamaan, että kansallisesti hyvinkin tunnettujen ja vakiintuneiden maksutapalyhenteiden sisältö ja merkitys eivät vastaakaan toisen sopimuskumppanin kansallista tulkintaa ja käsitystä kyseisestä lyhenteestä. Maksutapalausekkeiden lyhenteiden käytössä ja tulkinnassa voidaan toki etsiä tukea esimerkiksi kansainvälisen järjestöjen ohjeista, kuten YK:n kauppamenettelysuosituksista (nk. *Payterms*). Valitettavasti on todettava, että tunnettujen maksutapalyhenteiden käyttö (kuten myös lyhenteen ja sen ohessa esitetyn yleisiin ehtoihin tai ohjeisiin tehty viittaus) ei aina takaa varmaa tulkintalopputulosta maksutavasta tai maksuehdoista.³⁷ Tämän vuoksi kansainvälisessä kaupassa tulee suhtautua hyvin varovasti lyhenteiden käyttöön ja pyrkiä pikemminkin kirjoittamaan lyhenteet auki väärinymmärrysten ja tulkintaongelmien rajoittamiseksi.

Eräiden arvioiden mukaan kansainvälisessä kaupassa käytetyt maksutavat jakautuvat seuraavasti³⁸:

Koko kansainvälisen kaupan määrästä (100 %)

- avoimeen tiliin tapahtuvia maksuja (suoria ja puhtaita maksuja) n. 70 %
- remburssimaksuja n. 15 %
- perittäviä n. 5 %
- muita n. 10 %.

Edellä esitetyistä luvuista ei käy ilmi, minkälaisissa transaktioissa dokumenttimaksuja käytetään. Mitään täsmällistä tai tarkkaa arvioita maksutapojen käytön jakautumisesta eri maksutapojen välillä ei voitaneakaan esittää, koska esimerkiksi suurissa kaupoissa pankki haluaa harvemmin avata remburssia, jos riski on suuri, ja toisaalta pienissä kaupoissa kulut nousevat suhteettoman suuriksi remburssilla maksettaessa.

Yleisesti voidaan todeta, että remburssilla maksetaan tiettytyyppisessä kaupassa ja tiettyjen valtioiden kanssa käytävässä kaupassa. Kyse on usein myyjän tavasta vaatia aina remburssimaksu. Edelleen tulee muistaa, että maksuissa käytetään myös yhdistelmiä eri maksuista, jolloin voidaan esittää usean eri maksutavan olevan samanaikaisesti käytössä.

³⁷ *Payterms*-suositushje, ks. <http://www.unece.org/cefact/rec/rec17en.htm>.

³⁸ Gary Collyerin esitys ICC:n seminaarissa Helsinki 25.5.2004

8.4.2 Puhtaat maksut

Puhtaissa maksuissa on kyse pankin suorittamasta rahavarojen siirrosta maksun saajalle. Periaatteessa puhdas maksu voi tapahtua konkreettisesti saajan ”käteen” tai – kuten käytännössä aina – suoritus tehdään maksun saajan pankkitilille. Puh- taiden maksujen osalta kyse on maksutoimeksiannosta, jonka pankki täyttää saamiensa toimiohjeiden mukaisesti. Termi *clean payments*³⁹ eli puhtaat maksut tarkoittaa sitä, että ostaja maksaa ”suoraan” maksunsaajalle.⁴⁰ Pääsääntöisesti puhdas maksu suoritetaan joko sekkiä käyttäen tai maksumääräyksellä. Sekin käyttö on merkittävästi vähentynyt niin kansallisissa kuin kansainvälisissä trans- aktioissa. Tämän vuoksi seuraavassa ei syvennyttä sekien käyttöön.

Käytännössä suorat maksut toteutetaan pankkien tiedonsiirtoteknologiaan pe- rustuvien maksunsiirtojärjestelmien avulla siten, että maksaja suorittaa maksun saajalle pankkinsa välityksellä. Pankkien välinen SWIFT-verkko mahdollistaa turvalliset maksumääräystoimeksiannot ja suojatun viestinvälityksen kansainvä- lisessä pankkitoiminnassa.⁴¹ Edellytyksenä SWIFT:in käytölle on kuitenkin se, että maksuun osallistuvilla pankeilla on SWIFT-yhteys. Muutoin pankkien väli- sessä tiedonsiirrossa joudutaan käyttämään muita tapoja, esimerkiksi sähköpos- tia, perinteistä kirjettä tai teleksiä.⁴²

Puhtaina maksuina on mainittu käteissuoritus, tilisiirtona tapahtuva maksu- määräys, sekki ja vekseli.⁴³ Edellä esitetyn mukaan sekki ja vekseli ovat kuiten- kin lähinnä maksuvälineitä⁴⁴. Vekseli on määritelty suomalaisessa oikeuskirjalli- suudessa monella tavalla. Esimerkiksi *Aurejärven* mukaan vekseli on ”luotonan- non oikeusinstrumentti”⁴⁵, ja *Hemmo* kuvaa vekseliä ”velkainstrumenttina” ja ”luottovälineenä”.⁴⁶ Vekselin määrittelyn osalta voidaan tässä tyytyä toteamaan,

³⁹ *Clean payment* tai puhdas maksu ei sinänsä ole kovin onnistunut termi, joskin se on yleisesti käytetty. Vertaa esimerkiksi ICC:n säännöt no. 522, jossa artiklan 2 c-kohdassa selvitetään termiä ”*clean collection*”, joka on suomennettu ”puhdas perittävä”.

⁴⁰ Ks. *Bogdan* s. 69.

⁴¹ SWIFT = Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication. Ks. esimerkiksi *Juusela* s. 15–19 sekä *Boman* s. 45.

⁴² Ks. *Juusela* s. 16.

⁴³ Tällä kannalla on esimerkiksi *Gorton*. Suomessa toimivat pankit ovat julkaisseet esitteitä ulko- maankaupan maksutavoista, jotka havainnollistavat ja opastavat käytännön tasolla maksutapojen käyttäjiä.

⁴⁴ Ks. esimerkiksi *Gorton*.

⁴⁵ *Aurejärvi* 1986 s.1.

⁴⁶ *Hemmo* Pankkioikeus 2001 s. 165. Tältä osin voidaan viitata yleisesti vekselin historiaan, sen moninaiseen käyttöön ja muutovaatimuksiin, joista tarkemmin esimerkiksi *Aurejärvi* 1986 s. 106– ja *Ylöstalo* 1956.

että vekseli on pikemminkin maksu- tai luottoväline kuin edellä esitetyn määritelmän mukainen maksutapa tai maksuehto.

Puhtaat maksut suoritetaan käytännössä aina käteisenä rahana tai tilirahana. Tämän vuoksi puhtaita maksuja voidaan arvioida myös maksuvälineinä, sillä käteinen raha on maksuväline. Kansainvälisessä kaupassa puhtaista maksuista käytetään maksuehtolauseketta COD (*Cash on delivery*). Puhtaita maksuja tarkoittavien lyhenteiden käyttö ei ole suositeltavaa, ellei lyhennettä ole sopimuksessa erikseen määritelty. Esimerkiksi osapuolten halu käyttää puhdasta maksua voi joskus olla syytä ilmaista selvästi käteissuorituksena eli käyttäen *in cash*-tyyppistä ilmaisua.⁴⁷

Jos käytetyn lyhenteen merkityksestä syntyy epäselvyyttä, tulee tulkinnassa käyttäyä yleisiä sopimusoikeudellisia tulkintaperiaatteita. Kansainvälisen kaupan osalta ongelmaksi muodostuu kuitenkin se, että myös lyhenteiden eri tulkintoja voidaan perustella monella eri tavoin. Hyvin yleispätevä tulkintaperiaate on se, jonka mukaan sopimuksen epäselvää ehtoa tulee tulkita sopimuksen laatijan vahingoksi. Kansainvälisen kaupan sopimus on useimmiten kuitenkin pitkän neuvotteluprosessin tulos, joten sopimusehdon ja sen lyhenteen ”oikeaa” laatijaa on käytännössä vaikea osoittaa. Vielä vaikeampaa sopimuksen laatijan osoittaminen on laajojen sopimusverkon sopimusten (esimerkiksi yhteistyö- tai ns. projektirunkosopimusten) osalta silloin, kun sopimusosapuolia sopimusverkossa on useita. Toisaalta on selvää, että jos sopimustekstin tai sen osan laatija on tiedossa, tulee epäselvyyssääntö mahdollisesti sovellettavaksi. Näkemys, jonka mukaan epäselvyyssääntö koskisi vain yhden sopimuskumppanin yksipuolisesti laatimia vakioehtoja, on väärä.

Kansainvälisessä kaupassa ja liikesopimuksissa yleensäkin on hyvin yleistä, että neuvotteluosapuolet pyrkivät osoittamaan asiantuntemustaan ja omaa erinomaisuuttaan käyttämällä neuvotteluissa lyhenteitä ja vierasperäisiä termejä. Tällöin on yhtä lailla tavanomaista, että toinen neuvotteluosapuoli puolestaan pelkää osoittavansa jonkinasteisen asiantuntemattomuutensa tai tietämättömyytensä, mikäli hän tiedustelee lyhenteen tai termin sisältöä. Myöhemmin voikin osoittautua, että kumpikaan osapuoli ei itse asiassa lainkaan tiennyt tai tiedä, mitä sopimuksessa käytetty lyhenne tai termi tarkoittaa. Maksuehdon osalta tämä voi muodostua hyvinkin hankalaksi. Lyhenteiden kirjoittaminen auki sopimustekstiin on erittäin suositeltavaa varsinkin silloin, kun kauppasopimuksen tai sopimusverkon osapuolet ovat uusilla markkinoilla tai uusien kauppakumppanien kanssa tekemässä sopimuksia. Jos osapuolilla on yleisesti arvioituna väärä, mutta yhteinen ja yhtenevä käsitys lyhenteen sisäl-

⁴⁷ Esimerkkinä voidaan mainita tilanne, jossa eräs yhtiö oli käsittänyt COD:n ”*Cash on delivery*” tarkoittavan ”*Cash on documents*” tai jopa ”*Credit on demand*”. Lyhenteisiin liittyviä erehdyksiä on hyvin vaikea korjata sopimuksen allekirjoittamisen jälkeen.

löstä ja tarkoituksesta, syntyy osapuolten välillä tämän ”väärän” käsityksen mukainen sopimus. Tällöin sovellettavaksi tulee falsa demonstratio non nocet -tulkintaperiaate, jonka mukaan sopimusta tulee tulkita sopimuskumppanien yhteisen tahdon mukaan, vastasipa sopimuksessa ilmaisu sitten lyhenteen yleistä merkitystä (tai kielenkäyttöä) tai ei.

Käteisen rahan ja tilirahan ero on kansainvälisen kaupan käytännölle vieras ja hyvin teoreettinen.⁴⁸ Tämän vuoksi erottelua näiden välillä ei ole tässä tutkimuksessa tehty. Ulkomaan rahaan⁴⁹ liittyviä kysymyksiä ei myöskään tarkastella, sillä kansainvälisessä kaupassa maksuvaluutta sovitaan käytännössä aina. Mikäli sovittua valuuttaa ei voida käyttää tai valuuttaa ei ole sopimuksen hinta- tai maksuehdossa mainittu, joudutaan sopimusvelvoitteita ja maksu- ja hintaehtoa tulkitsemaan in casu. Maksuvaluutan osalta suosituksena voitaneen esittää, että maksunsaajan pitäisi aina hyväksyä viemävelkaperiaatteen mukaisen maksupaidan eli maksunsaajan asuinpaikan valuutassa tehty maksu.⁵⁰ Erillisenä kysymyksenä kansainvälisessä kaupassa saattaa nousta esille se, noudatetaanko maksun määrän ja arvon osalta nominalismia (kuten Suomessa) vai valorismia. Tulee myös huomata, että kansainvälisen kaupan liikesopimukseen sovellettava laki asettaa osaltaan rajoja valuuttaa koskeville sopimusehdoille.

Suoran tai puhtaan maksun käsite ei sisällä automaattisesti maksun ajankohtaa koskevaa määrittystä. Puhtaat maksut voivat näin ollen tapahtua missä tahansa vaiheessa kauppasuhteen kehittymistä; suoritus aika on vapaasti valittavissa. Puhtaiden maksujen keskeinen merkitys on siinä, että käytännössä kaikki pankkien ja muiden yritysten maksut tapahtuvat viime kädessä puhtaina maksuina eli jokaisessa maksutavassa puhdas maksu on viimeinen maksutapahtuman vaihe. Tätä ajatusmallia ei kuitenkaan tule korostaa liikaa, sillä maksutapojen valinnalla on huomattava merkitys.

Maksumääräys on kansainvälisessä kaupassa käytetty maksuehto, joka vastaa kotimaista tilimaksua. Maksumääräystä voidaan luonnehtia edulliseksi ja turvalliseksi⁵¹ tavaksi hoitaa kansainväliseen kauppaan liittyviä maksuja. Maksumääräyksen vastaanottava pankki ei ota vastatakseen mistään muusta kuin toimeksi-

⁴⁸ En näe tilirahalla ja käteisellä rahalla edes teoreettisesti mitään eroa. Kyse on ainoastaan siitä, minkälaiselle dokumentaatiolle annetaan tai hyväksytään rahamääräinen arvo. Samantyyppinen teoreettinen ja keinotekoinen erottelu voidaan toki tehdä esimerkiksi pankkikorttimaksun ja käteisen rahan tai arvo-osuuden ja osakkeen välillä. Tämän tyyppisen tieteellisen keskustelun mielekkyys on käsitykseni mukaan hyvin kyseenalaista. Ks. *Koulu, Risto*: Tilimaksun saajan suojasta. *Oikeustiede–Jurisprudentia* XXIV:1991, s. 197–270.

⁴⁹ Ulkomaan rahasta, valuuttamääräisestä rahasta ja Suomen rahasta katso *Hemmo* Pankkioikeus 2001 s. 104 ja 107–108.

⁵⁰ Kansallisen ns. käyvän rahan osalta katso esimerkiksi velkakirjalaki 7 § 1 momentti.

⁵¹ Turvallisuus tässä tarkoittaa rahan turvallista (”fyysistä”) siirtymistä, eikä se kata esimerkiksi suorituksen varmuutta.

annon mukaisesta suorituksesta maksun saajalle. Pankit itse luonnehtivat asemaansa maksumääräyksessä ”maksun välittäjäksi”.⁵² Maksumääräyksen toimintamekanismi kansainvälisessä kaupassa on sama kuin tilisiirron toimintamekanismi. Käytännössä maksumääräystoimeksiannot voidaan antaa pankille ainoastaan siten, että pankin velvollisuus on 1. välittää toimeksiannossa määritelty rahamäärä maksunsaajalle 2. peruttamattomasti ja 3. ilman mitään muita rajoituksia tai lisäehtoja. Tämä tarkoittaa käytännössä sitä, että toimeksiantajalla on maksumääräyksen annettuaan periaatteessa hyvin rajoitetut mahdollisuudet peruuttaa tai muuttaa maksumääräystä.

Maksumääräystä koskevan toimeksiannon peruuttamattomuus johtuu siitä, että toimeksiantajan tulee kyetä antamaan täsmälliset ja yksiselitteiset ohjeet pankille, joita pankki puolestaan voi (ja sen tulee) ”bona fide” noudattaa. NykYTEKNIikka on johtanut siihen, että maksumääräykset lähtevät pankista hyvin nopeasti eteenpäin. Jos toimeksiantajalla olisi mahdollisuus toimeksiannon vapaa-seen muuttamiseen, johtaisi tämä siihen, että maksumääräyksinä toimitettu maksuliikenne hidastuisi merkittävästi. Pankkikäytännössä on kuitenkin maksutoimeksiannon muuttaminen periaatteessa mahdollista siihen asti, kunnes maksumääräystoimeksiantoa koskeva tieto on saatettu kansainväliseen tiedonsiirto-verkkoon.⁵³ Usein pankit pyrkivätkin toteuttamaan myös maksumääräyksen antaneen asiakkaansa toiveita, vielä silloin, kun määräys on annettu pankille (asiakkaalla on ollut tarve muuttaa maksumääräystoimeksiantoa jälkeenkäin). Tällöin joudutaan maksumääräyksen ehtojen muuttamisen mahdollisuus arvioimaan aina tapauskohtaisesti.

Kansainvälisen maksumääräyksen ja maksuliikenteen yleisen toimivuuden perusedellytys on se, että maksun saajan pankki- ja tilinumerotiedot ovat asianmukaisesti ilmoitettu ja oikein. Yleensä pankki toteaa toimeksiannon saatuaan (tai vahvistettuaan), että tilinnumero on nimenomaan toimeksiantajan ilmoittama. Kansainvälinen tilinumerojärjestelmä IBAN (*International Bank Account Number*) on tuonut vuodesta 2002 Euroopan talousalueen osalta helpotusta maksunsaajan tilinumerojen tunnistukseen ja vahvistukseen. Nykyisen pankkien kansainvälisten maksujen toimeksiannoissa on IBAN-numeron lisäksi maksumääräyksessä myös ilmoitettava saajanpankin tunnisteena käytettävä nimenomainen koodi, *Bank Identification Code* eli BIC.⁵⁴

⁵² Tämä käsitys on todettavissa mm. pankkien itsensä laatimista pankkipalveluja koskevista julkaisuista.

⁵³ Tästä myös kansallinen tilisiirtolaki, jossa tilisiirtokäsitteistöä.

⁵⁴ IBAN:sta ks. European committee for Banking Standardsin julkaisu ECBS publication SIG203 IBAN: The Standard Implementation Guidelines and EBS204 IBAN: International Bank Account Number Standard.

Suomalaiset pankit käyttävät maksumääräystoimeksiannoissa yleisiä lähtevien ja saapuvien ulkomaankaupan maksuehtoja.⁵⁵ Maksumääräystä käytettäessä tulisi sopia siitä, kuka maksaa maksumääräyksestä aiheutuvat kulut. Pääsääntönä voidaan pitää sitä, että maksumääräyksen toimeksiantaja sitoutuu vastamaan toimeksiannosta aiheutuneista kuluista.⁵⁶ Tämä perustuu yleisesti hyväksyttyyn toimeksiantosopimuksia koskevaan periaatteeseen, jonka mukaan toimeksiantaja vastaa toimeksiannon kuluista, ellei muuta ole sovittu.⁵⁷

Usein puhdas maksu suoritetaan laskua vastaan eli velallinen maksaa laskun perusteella saatuaan tavarat. Laskusta tulee huomata, että kansainvälisessä kaupassa ostajalla on yleisesti hyväksytty mahdollisuus tarkistaa tavara ennen kauppahinnan maksua. Puhdas maksu laskua vastaan onkin ostajan kannalta toivottava, sillä maksuun liittyvät riskit, kuten myös luottoriski, ovat tällöin täysin myyjällä – edellyttäen, että kaupan kohde on maksuajankohtaa ennen ostajalla.

Tässä ei erikseen syvennytä internetin kautta käytävään kauppaan ja verkkomaksuihin tai elektroniseen rahaan. Tulevaisuus tuonee kuitenkin mukanaan lisää turvallisia mahdollisuuksia maksaa kauppahinta verkkomaksuna. Yleisesti voidaan todeta, että internetin kautta maksettavissa maksutavoissa yhdistyy eri maksutapojen ominaisuuksia (kuten esimerkiksi luottokorttimaksu). Internetin kautta tapahtuvia maksuja voidaan lähinnä pitää vain informaation siirron ja varmennuksen kannalta uusina ja teknisesti mielenkiintoisina tapoina maksaa, mutta maksutapaan liittyvät kysymykset ja ongelmat ovat internetissä samoja kuin perinteisissä maksutavoissa.

Puhtaisiin maksuihin ei liity varsinaisesti asiakirjoja eikä maksajan tai jonkun muun tekemiä erillisiä sitoumuksia maksun saajan kanssa. Maksun saajan ja maksun teknisen suorittajan (yleensä pankin) välillä ei siis ole sitoumus- tai sopimussuhdetta. Puhtaissa maksuissa maksua koskeva sopimus- ja toimeksiantosuhde on toimeksiantajan ja maksun teknisen suorittajan välinen. Maksun saajalla ei maksujärjestelyssä ole pääsääntöisesti mitään varsinaista toiminta- tms. velvollisuutta maksun saamiseksi. Tässä mielessä puhtaiden maksujen ja dokumenttimaksujen välillä on selvä ero. Dokumenttimaksuissa myyjä turvaa mak-

⁵⁵ Ks. Suomen pankkiyhdistys: Saapuvien ulkomaanmaksujen yleiset ehdot 1.7.2003, sekä Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EY) N:o 2560/2001, joka koskee 1.7.2003 alkaen EU-maissa välitettäviä, rajat ylittäviä, enintään 12500 euron tilisiirtoja.

⁵⁶ Käytännössä osapuolet voivat vapaasti sopia maksumääräyksen kuluvastuusta. Kansainvälisen kaupan sopimuskumppaneilla on hyvin yleinen ajattelutapa, jonka mukaan kulut ovat laskennallinen osa kauppahintaa. Tällöin maksumääräyksestä (tai mistä tahansa maksutavasta) aiheutuvat kulut siirretään jo sopimuksen neuvotteluvaiheessa käytännössä suoraan kauppahintaan.

⁵⁷ Suomalaisissa sopimus- ja varsinkin toimeksiantokäytännöissä kulujen korvaamista koskevat kysymykset on viime aikoihin asti jätetty usein sopimatta. Kuluja ei ole pidetty merkittävänä tai tärkeänä osana sopimusneuvotteluja. Kuitenkin erilaisten kulujen noustessa on niistä alettu enenevässä määrin keskustella ja sopia. Tässä voidaan mainita myös kotimainen lainsäädäntö ja keskustelu vuokra-asuntojen vuokrauskulujen maksamisvelvollisuudesta.

susaatavansa siten, että ostaja lunastaa tavaraan oikeuttavat asiakirjat tai ostajan tulee hyväksyä vekseli tavaraan oikeuttavia asiakirjoja vastaan – toki pääsopimuksessa sovitun mukaisesti.

8.4.3 Confirming

Confirming on lähinnä Englannissa käytetty maksutapana.⁵⁸ *Confirming* tunnetaan kansainvälisessä kaupassa lähinnä ostolaskujen rahoitusmuotona.⁵⁹ Siinä ulkomainen ostaja ilmoittaa myyjän rahoittajalle haluavansa ostaa tavaraa *confirming-järjestelyllä*. Sopimussuhde syntyy *confirmingissa* rahoittajan ja ostajan välille. Rahoittaja lupaa *confirming-järjestelyssä* suorittaa myyjälle ostajan ostolaskuja sovitun luottorajaan asti. Rahoitusyhtiön myyjälle antamaa lupausta voidaan tältä osin pitää myös vakuustyyppisenä sitoumuksena. *Confirming*in järjestävää rahoittajaa kutsutaan *confirming houseksi* tai *export houseksi*.⁶⁰

Confirming-järjestelyyn liittyy käytännössä luottoelementti. Käytännössä myyjän rahoittaja saa toimeksiannon ostaa tavara, ja tämä samainen rahoittaja vahvistaa maksavansa pääsääntöisesti käteisellä kaupan kohteen ja mahdollisesti myöntää luottoa.⁶¹ *Confirming-maksutavassa* ostaja ei maksa kauppahintaa myyjälle vaan *confirming*in rahoittajalle (yleensä juuri *confirming houselle*). *Confirming* on käytössä lähinnä kauppasopimuksissa, joissa tarkoituksena on antaa lyhytaikaista luottoa ostajalle eli käytännössä ostajalle annetaan maksuaikaa samalla, kun myyjä saa koko kauppahinnan toimitustaan vastaan. Myyjälle maksettavasta kauppahinnasta *confirming house* vähentää kulu- ja palkkio-osansa. Kun *confirming house* on maksanut kauppahinnan myyjälle, se ilmoittaa ostajalle, että ostaja on velvollinen maksamaan sovitun kauppahinnan suoraan *confirming houselle*. *Confirmingia* voidaan kuvata maksujärjestelynä, jossa on järjestetty ostajalle luottoa ja rahoitusta.⁶² *Confirming-maksujärjestelyjä* on hyvin erilaisia, mutta edellä esitettyä voidaan pitää järjestelyn perusmallina.⁶³

⁵⁸ *Schmitthoff* s. 298.

⁵⁹ Ks. Km 1990:43 s. 16–17 sekä *Rudanko* 1995 s. 28.

⁶⁰ *Schmitthoff* s. 298.

⁶¹ Käsitteistä *confirming* ja *confirming house* ks. *Schmitthoff* s. 296–302 sekä *Gorton* s. 180 ja 262. *Confirmingia* vastaavana myyjän vientisaamisten rahoitusjärjestelynä voidaan pitää *forfaiting-järjestelyä*. *Forfaitingissa* myyjä myy vientisaamisen rahoitusyhtiölle.

⁶² Käsitteiden luotto ja rahoitus välistä ”eroa” ei tässä ryhdytä selvittämään.

⁶³ Rahoitusyhtiöillä on erilaisia näkemyksiä *confirming-järjestelystä* ks. esim. <http://www.bbasett.com/bbdocs/finance/confirming.html>.

8.4.4 Ennakkomaksut

Ennakkomaksu-termiä voidaankin perustellusti pitää ainoastaan suorituksen ajankohtaa kuvaavana terminä. Voidaan myös perustellusti väittää, että ennakkomaksu ei ole maksuehto. Kuitenkin ennakkomaksuihin ja niiden käyttöön liikesopimuksissa liittyy paljon piirteitä, joiden perusteella ennakkomaksua voidaan tarkastella erillisenä ja itsenäisenä maksutapaehdona.

Ennakkomaksun perusajatus on se, että maksun saaja saa maksun ennen omaa vastasuoritustaan. Kansainvälisessä kaupassa ennakkomaksua vaaditaan yleensä aina silloin, kun myyjä ei luota ostajaan tai jos myyjä tarvitsee maksusta saatavia varoja kaupankohteen valmistamiseen. Ennakkomaksu voi olla koko kauppahinnan suuruinen tai osa kauppahintaa. Yleensä ennakkomaksulla maksetaan vain osa kauppahintaa (esimerkiksi 30 prosenttia kauppahinnasta). Ennakkomaksua tarkastellaan tavallisesti maksuna tai osana kauppahinnan maksua. Sitä voidaan tarkastella myös esinevakuustyyppisenä suorituksena, jossa ostajan katsotaan antavan ennakkomaksulla käteispannin tai talletuksen ostajalle. Tällöin maksusuoritusta voidaan pitää eräänlaisena denuntiaationa eli vakuusomaisuuden siirtona vakuudensaajalle. Toisaalta tämän ajattelutavan mukaisesti voidaan esittää, että ennakkomaksun vakuuselementti poistuu viimeistään silloin, kun myyjän suoritus (yleensä kaupan kohteen luovutus) tai koko kauppahinta (ennakkomaksu + loppukauppahinta) suoritetaan täysimääräisenä myyjälle.

Ennakkomaksuista voi syntyä hyvin vaikeita riitoja ja erimielisyyksiä. Tämän vuoksi ennakkomaksujen käyttöä tulee – ainakin ennakkomaksun maksajan – vakavasti harkita. Ennakkomaksun saajalle voi puolestaan tulla ongelmia, mikäli ennakkomaksu joudutaan palauttamaan sen jälkeen, kun varat on jo käytetty esimerkiksi kaupankohteen valmistukseen. Ennakkomaksuihin liittyy niin maksajan kuin maksun saajankin kannalta monenlaisia riskejä, jotka aktualisoitessaan aiheuttavat merkittäviä menetyksiä sopimuskumppaneille.

Ennakkomaksujen riskit aktualisoituvat lähinnä maksajan kannalta pahimmillaan silloin, kun kokonaiskauppahintaan verrattuna merkittävää ennakkomaksua ei palautetakaan maksajalle vastoin hänen kuvittelemaansa ennakkomaksun tarkoitusta. Tällöin maksajan ennakkomaksun menetys tuntuu täysin kohtuuttomalta.⁶⁴ Ennakkomaksujen kohtuuttomuusriskiä pyritään rajoittamaan mm. vakuuksin. Vakuuksien käyttö kaikkien ennakkomaksun tyyppisten suoritusten yhteydessä on suositeltavaa varsinkin silloin, kun mitään varsinaista kirjallista sopimusta ei osapuolten välillä ole. Toisaalta kansainvälisen kaupan ennakkomaksujen riskit voivat johtua jo pelkästään käytetyistä termeistä.

⁶⁴ Tällöin esille tulee usein maksajan kohtuuttomuusväite tai vaatimus perusteettoman edun palauttamisesta. Näiden väitteiden tai väitteisiin perustuvien vaatimusten menestyminen on kuitenkin epävarmaa, vaikka objektiivisesti tulkittuna ennakkomaksun menetys olisikin ”kohtuutonta”.

Ennakkomaksusta voidaan käyttää monenlaisia termejä, joiden juridinen merkitys ja tulkinta voivat vaihdella maa- ja kauppakulttuurikohtaisesti. Esimerkkeinä ennakkoon tapahtuvien maksujen yhteydessä usein esiintyvistä termeistä voidaan mainita: *prepayment*, *advance payment*, *reservation fee*, *deposit* ja *down payment*. Kansainvälisessä kaupassa näiden termien sisältö, merkitys ja tulkinta vaihtelevat merkittävästi. Tämän vuoksi ennakkomaksujen osalta tulee maksajan ja maksun saajan joko nimenomaisesti sopia tai muutoin varmistua maksuun liittyvistä oikeuksistaan ja velvollisuuksistaan. Kansainvälisessä kaupassa ennakkomaksuun liitettävien lisämääreiden (kuten mahdolliseen ennakkomaksun palautettavuuteen liittyvien ehtojen) laadinnassa tulee olla huolellinen.⁶⁵

Puhtaat ennakkomaksut. Puhtaiden maksujen osalta on maksuja koskevissa julkaisuissa ja pankkien ohjeissa usein erikseen mainittu puhtaat ennakkomaksut⁶⁶. Termillä tarkoitetaan maksua, jossa maksaja tietoisena siitä, että kaupan kohde ja rahat ovat yhtä aikaa myyjän hallussa, maksaa kauppahinnan yleensä kokonaan ennakkoon myyjälle tai tämän osoittamalle pankille. Mikäli puhdasta ennakkomaksua käytetään kansainvälisen kaupan sopimuksissa, maksun vaatija eli yleensä myyjä on ollut sopimusta solmittaessa epävarma ja epäluuloinen maksajan maksukyvyistä vaatiessaan tämäntyyppistä maksutapaa. Maksunsaajan neuvotteluasemasta riippuen hänellä voi olla mahdollisuus saada tämäntyyppinen ennakkomaksusuoritus itselleen. Puhtaan ennakkomaksun maksutavan vaatiminen voi johtaa siihen, että maksaja kokee puolestaan osapuolten välillä valitsevan liian suuren epäluottamuksen. Ennakkomaksunvaatijahan osoittaa suoraan sen, ettei maksajalla maksunvaatijan käsityksensä mukaan ole kykyä tai halua selviytyä maksusta. Epäluottamus voi pahimmillaan johtaa peruuttamattomaan eripuraan sopimuskumppanien välillä.

Turvatut ennakkomaksut. Turvatuissa ennakkomaksuissa maksajalle on sovittu annettavaksi jonkinlainen ”vakuus” sen varalta, että myyjä ei täytä sopimusvelvoitteitaan. ”Vakuus” turvaa sen, että ostaja saa maksamansa ennakkomaksun tai sovitun osan siitä takaisin. Tässä on käytettävä lainausmerkkejä, koska kaikkia ennakkomaksun maksaneen ostajan saamista turvaavia instrumentteja ei voida pitää juridisesti tarkasteltuna vakuuksina. Usein käytettyjä vakuusinstrumentteja ovat esimerkiksi ennakkomaksutakuut ja -takaukset sekä erityyppiset vakuutukset.⁶⁷

Ennakkomaksun maksaneella on pääsääntöisesti aina mahdollisuus vaatia ja oikeus saada maksamansa ennakkomaksu takaisin, mikäli hän ei jostain syystä saa kaupan kohdetta itselleen tai mikäli kauppa purkautuu maksajasta riippumat-

⁶⁵ Esimerkkeinä ennakkomaksun palautettavuuden osalta käytetyt termit ”refundable” ja ”non-refundable” eivät yksin selvennä palautettavuuden edellytyksiä.

⁶⁶ Ks. termin käytöstä esimerkiksi *Gorton* s. 180.

⁶⁷ Ennakkomaksutakuista ks. *Lehtinen* 1994 s. 38 ja 166.

tomasta syystä. Koska kansainvälisessä kaupassa sopimuskumppanit ovat fyysisesti kaukana toisistaan, on usein erittäin vaikeaa ja aikaa vievää saada tuomioistuinteitse tai muulla tavoin jo maksettua ennakkomaksua takaisin. Tästä syystä ennakkomaksun suorittajan on syytä aina arvioida tarkkaan, kuinka enakkona maksetun suorituksen käy, mikäli kaupan kohteen sovituista ominaisuuksista tai sopimuksen ehdoista ei päästä maksun jälkeen yhteisymmärrykseen tai kauppa purkautuu.

Eräissä kauppakulttuureissa ennakkomaksuja pidetään pikemminkin maksunsaajan kulukorvauksina kuin varsinaisina pääsopimusta koskevinä suorituksina. Esimerkiksi suurten teollisuusrakennusprojektien tarjouspyynnöissä vaaditut ennakkomaksut ja tarjousvakuudet saattavat käytännössä merkitä tarjouksen järjestäjälle aiheutuneiden kulujen kattamiseksi perittyjä maksuja. Tämänäyttymisestä ennakkomaksuista tai ennakkomaksuvakuuksista on tarjouspyynnössä saatettu lausua esimerkiksi: ”Ennakkomaksuja ei palauteta tarjouksen tehneille yrityksille”. Informaatiota maksun luonteesta ei kuitenkaan aina ilmoiteta tarjouksen tekijälle selvästi, vaan vedotaan ennakkomaksun osalta vaikkapa väitettyyn ”valitsevaan” kauppatapaan. Ennakkomaksujen ja niitä koskevien vakuuksien järjestämisen taustalla on usein käytännössä se, että tarjousten vastaanottaja haluaa saada tietoja tarjousten antaneiden yritysten taloudellisesta tilanteesta, maksukyvystä ja suhteista rahoittajiin (yleensä pankkeihin). Edelleen on todettava, että eräissä tapauksissa vaadittu ennakkomaksu on ollut ostajan vaatima lahjus, jota ilman sopimusta ei synny. Ennakkomaksuja voidaan käyttää hyväksi myös lainvastaisessa toiminnassa, kuten rahanpesussa.

On itsestään selvää, että ennakkomaksuun liittyy aina maksajan kannalta merkittäviä riskejä. Toisaalta jos ennakkomaksu halutaan turvata, on turvaamisesta aiheutuvat kulut syytä ottaa kauppahinnasta sovittaessa huomioon. Yleisiä ennakkomaksun turvaamistapoja ovat mm. pankkien järjestämät vakuudet ja tavaliset vakuutukset. Turvaamisesta aiheutuneiden kulujen määrä riippuu pääsääntöisesti turvattavan intressin suuruudesta ja käytettävästä vakuusinstrumentista. Mikäli ennakkomaksusta ja sen turvaamisesta aiheutuvat kulut nousevat suuriksi, on ehkä mielekäästä käyttää jotain vakuuden sisältävää ennakkomaksun maksutapaa, kuten esimerkiksi remburssia. Ennakkomaksu voidaan suorittaa remburssimaksuna, jolloin ennakon maksaa avaajapankki, kun ennakkomaksun saa-ja esittää pankille sovitut remburssi asiakirjat.

8.4.5 Dokumenttimaksut

Dokumenttimaksut ovat kansainvälisessä kaupassa kehittyneitä maksutapoja. Niiden alkuperää tai syntyajankohtaa on mahdoton tarkkaan määritellä, mutta vekselin ja sekin käyttöönoton jälkeen niitä voidaan pitää kansainvälisen kaupan maksujen kehityksen kannalta hyvin merkityksellisenä. Dokumenttimaksut ovat

nimensä mukaisesti asiakirjoihin perustuvia maksujärjestelyjä. Jos kansainvälisen kaupan sopimuksessa sovitaan käytettäväksi asiakirjoihin sidottua maksua, muodostuu maksusta kansainvälisen kaupan sopimusverkon tärkeä osa. Dokumenttimaksujärjestelyissä syntyy kansainvälisen kaupan sopimusverkon sisälle tavallaan oma ”maksujärjestelysopimusverkko”. Asiakirjasidonnaisissa maksuissa pankki on käytännössä välttämätön järjestelyn ja sopimusverkon osapuoli.

Dokumenttimaksuissa ilmenevät ja niissä tulee olla seuraavat peruseikat:

- maksutoimeksiannon antaja
- maksava (pankki tai muu rahoituslaitos)
- maksun saaja
- maksuun liittyvä ja maksuun oikeuttava dokumentaatio.

Dokumenttimaksuissa maksutoimeksiannon voi tehdä kuka tahansa kansainvälisen kaupan sopimusverkon osapuoli.⁶⁸ Riippumatta siitä, kuka maksutoimeksiannon tekee, aloittaa toimeksianto dokumenttimaksujärjestelyn. Ilman nimenomaista toimeksiantoa ei ole dokumenttimaksujärjestelyä. Dokumenttimaksutavasta riippuen varsinaisen ensimmäisen maksutoimeksiannon antaa yleensä pääsopimuskumppani eli ostaja tai myyjä. Käytännön kannalta toimeksiannon antajan henkilöllisyydellä on merkitystä lähinnä sen vuoksi, että toimeksiantaja on lähtökohtaisesti vastuussa toimeksisaajan eli pankin kuluista, ellei toisin ole sovittu.

Toimeksiannoissa sovittu toimintavelvollisuus saattaa olla niin laaja, että kuluja syntyy useammalle järjestelyyn osallistuvalla. Tällöinkin yleisten sopimusoi-keuden peruseriaatteiden mukaisesti toimeksiantaja on viime kädessä vastuussa kaikista kuluista, ellei joku muu ole sopinut nimenomaan maksavansa järjestelyn kuluja. On hyvin tyypillistä, että kuluvastuusta ei juurikaan neuvotella tai edes keskustella pääsopimuskumppanien välillä. Dokumenttimaksuja koskevissa toimeksiannoissa pankki voi välttyä vastaamasta toimeksiantajan kyselyihin pankin kulujen määrästä ennen toimeksiannon saamista ja toisaalta pankki voi perustelusti kuitenkin vaatia kulunsa myöhemmin toimeksiantajalta. Varsinkin dokumenttimaksuja koskevissa ongelmatilanteissa pankin kulujen määrä yleensä nousee hyvin suureksi, minkä vuoksi kuluista tulisi sopia yksiselitteisesti.⁶⁹

Dokumenttimaksuihin liittyy usein varsinaisen maksun lisäksi myös luottoelementti. Dokumenttimaksujen luotollisuus ei kuitenkaan pääsääntöisesti tar-

⁶⁸ Maksutoimeksiannon voi periaatteessa tehdä mikä tahansa osapuolitaho lukuun ottamatta maksavaa itseään. Maksavan itse itselleen tekemä maksutoimeksianto ei täytä maksutoimeksiannon tunnusmerkkejä. Kansainvälisen kaupan sopimusverkoissa on yleistä, että maksutoimeksiantoja ketjutetaan. Tämän vuoksi potentiaalisia toimeksiantajia ei voida rajoittaa vain myyjä- tai ostaja-osapuoliin.

⁶⁹ Dokumenttimaksujärjestelyn kulujen määrään vaikuttaa ratkaisevasti se, sisältääkö dokumenttimaksu pankin velvollisuuden itsenäisesti maksaa dokumenttimaksu asiakirjoja vastaan vai ei.

koita vastaavaa luotollisuutta pääsopimussuhteessa. Luotonantaja on käytännössä pankki⁷⁰, joka suostuu maksamaan kauppahinnan myyjälle tämän esittäessä dokumenttimaksussa sovitut asiakirjat. Kauppahinta maksetaan siis asiakirjoja vastaan: saatuaan asiakirjat pankki siirtää sovitun summan myyjälle. Mikäli ostaja ei ole kattanut dokumenttimaksua eli siirtänyt varoja pankille jo ennen pankin myyjälle tekemää maksua, kyse on pääsääntöisesti luotosta. Tällöin pankki luottaa siihen, että se saa ostajalta maksuaan vastaavan suorituksen. Ostaja maksaa pankille myös asiakirjoja vastaan: pankki antaa tavaraan oikeuttavat asiakirjat ostajalle tämän maksua vastaan.

Dokumenttimaksua voidaan kuvata seuraavasti⁷¹:

1. MAKSUN SAAJA (MYYJÄ) → dokumentit → PANKKI

2. PANKKI → maksu → MAKSUN SAAJA (MYYJÄ)

3. PANKKI → dokumentit → MAKSAJA (OSTAJA)

4. MAKSAJA (OSTAJA) → maksu → PANKKI

tai

1. MAKSUN SAAJA → dokumentit → PANKKI → maksu → MAKSUN SAAJA

2. PANKKI → dokumentit → MAKSAJA → maksu → PANKKI

Kaavio 19. Dokumenttimaksu.

Pankki käytännössä haluaa turvata mahdollisimman tehokkaasti asemansa dokumenttimaksuissa. Tämän vuoksi se yllä esitetystä kaaviosta poiketen luovuttaa dokumentit *vasta* maksun saatuaan. Näin ollen kohdat 3 ja 4 voisivat vaihtaa paikkaa keskenään. Teoriassa pankki ”myy” dokumentit ostajalle, ja tämän vuoksi esimerkkiin on valittu havainnollisempi esitysjärjestys (ensin dokumenttien luovutus ja sitten maksu).

Tästä yksinkertaisesta kaaviosta voidaan todeta dokumenttimaksun perimäinen ja yksinkertainen tarkoitus: myyjä (maksun saaja) saa rahat (kauppahin-

⁷⁰ Tältä osin katso *Havansi* 1984 s. 322.

⁷¹ Esimerkkikaaviossa 19 tavara ja sen liikkuminen on jätetty kokonaan pois.

nan), jotka ostaja (maksaja) maksaa (tai on jo maksanut). Dokumenttimaksussa pankin saamaan toimeksiantoon kuuluu sisäänrakennettuna oletuksena valuutan turvallinen siirto ostajalta myyjälle. Pankkien tehokkaat maksunsiirtojärjestelmät turvaavat nykyään hyvin maksujen siirrot kansainvälisessä kaupassa. Voidaan todeta, että maksunsiirtojärjestelmät ovat sinänsä hyvin turvallisia.⁷²

Kansainvälisen kaupan osapuolten kannalta dokumenttimaksujen edut ovat ilmeiset varsinkin silloin, kun osapuolet eivät vielä riittävän hyvin tunne toisiaan, jotta yhteinen luottamus olisi syntynyt. Dokumenttimaksuissa kauppahintaa ei periaatteessa makseta koskaan tavaraa, vaan dokumentteja vastaan. Ostaja voi todeta asiakirjoista esimerkiksi sen, onko myyjä lähettänyt kauppatavaran tai muutoin toiminut sopimuksenmukaisesti. Toisaalta myyjän ei tarvitse esimerkiksi odottaa kaupan kohteen saapumista ostajalle saadakseen kauppahinnan, vaan myyjä voi saada dokumenttimaksusuorituksen täytettyään omat sopimusvelvoitteensa (jos näin on haluttu). Edelleen osapuolet voivat dokumenttimaksulla varmistua siitä, että maksu tullaan aina suorittamaan myyjälle, mikäli tämä esittää sovitut asiakirjat pankille (maksajalle). Tämä on mahdollista, jos dokumenttimaksutavaksi valitaan remburssi.⁷³

Kansainvälisestä kauppaa koskeissa ulkomaisissa tutkimuksissa ei dokumenttimaksuista ole käytetty yksiselitteistä tai vain yhtä termiä. *Documentary credits* -termiä on käytetty lähinnä remburssista ja perittävästä on käytetty nimitystä *payment against documents* tai *cash against documents*. Mitään yleispätevää englanninkielistä yleistermiä dokumenttimaksuille ei siis näytä olevan. Tämän vuoksi ei myöskään ole suositeltavaa yrittää sellaista kehittää. Sen sijaan on mielenkiintoista huomata, että suomalaisessa pankkikäytännössä dokumenttimaksu-termillä on vakiintunut sisältö; dokumenttimaksuilla tarkoitetaan remburssseja ja perittäviä.

Remburssi-termiä käytetään myös kansainvälisessä kaupassa vakuuksien yhteydessä. Esimerkkinä voidaan mainita *standby-remburssit*, jotka ovat kaupallisen remburssin muodossa annettuja henkilövakuuksia. Standby-remburssilla ei nimestään (remburssi) huolimatta ole tarkoitus maksaa kauppahintaa, vaan kyse on henkilövakuudesta, joka on teknisesti laadittu remburssin muotoon. Standby-remburssit eivät siis ole maksutapoja, eivätkä tämän vuoksi kuulu dokumenttimaksuihin.⁷⁴

⁷² Ongelmallista on se, että järjestelmiä käyttävät tahot voivat tekniikan turvallisuudesta huolimatta toimia edelleen hyvinkin omavaltaisesti.

⁷³ Dokumenttimaksuista esim. *Jack: Documentary credits*, 1993, s. 2.

⁷⁴ Remburssi- tai letter of credit -nimitystä käytetään vakuuksien osalta usein sen vuoksi, että vakuuden toimintamekanismi on sama kuin remburssin. Standby-remburssista myöhemmin jaksossa 8.6 s. 333.

Perustavimpana ajatuksena ja perusteena dokumenttimaksuissa on se, että kauppatavara ja kauppahinta eivät ole koskaan samanaikaisesti samoissa käsissä. Dokumenttimaksut suojaavat tämän perusajatuksen mukaisesti niin kansainvälisen kaupan myyjää kuin ostajaa.

8.4.5.1 Perittävä

Perittävää voidaan kuvata dokumenttimaksujen perusmallina. Perittävässä ostaja käytännössä maksaa kauppahinnan lunastamalla tavaraan oikeuttavat asiakirjat. Dokumenttimaksujen perusperiaatteen mukaisesti perittävässä rahat ja tavara eivät ole yhtä aikaa toisella sopimuskumppanilla, mikä voidaan todeta tarkasteltaessa tämän jakson lopussa esitettyä kaaviokuva. Ostajan lunastaessa tavaraan oikeuttavat asiakirjat hän saa tietää, että kaupan kohde on lähtenyt myyjältä tai ainakin ostaja tietää saavansa tavarahan haltuunsa ”ostamallaan” asiakirjoilla. Toisaalta myyjä tietää, että ostaja ei voi saada tavaraan oikeuttavia asiakirjoja ennen kuin hän on lunastanut perittävän eli maksanut kauppahinnan. Perittävän käytöstä on täten lähtökohtaisesti etua sekä ostajalle että myyjälle.

Vaikka perittävien käyttö onkin vähentynyt viime vuosien aikana, perittäviä esiintyy edelleen maksuehtona kansainvälisen kaupan sopimuksissa. Perittävän ja remburssin välinen ero ei ole pankki- tai maksuteknisesti tarkasteltuna suuri. Merkittävin ero näiden maksutapojen välillä on se, että perittävä on puhtaasti ja ainoastaan kauppahinnan maksutapa, kun taas remburssi on maksutapa, joka sisältää maksutapafunktion lisäksi henkilövakuuden.

Kun kauppahinta suoritetaan perittävällä, ei maksutapaehdolla tarkoiteta eräntyneen, maksamattoman kauppahinnan perimistointia. Maksutavan suomenkielinen nimitys aiheuttaa usein epäselvyyksiä ja väärinkäsityksiä jopa kansainvälistä kauppaa harjoittaville suomalaisille yrityksille. Maksutapana perittävä ei siis viittaa osapuolen laiminlyötiin, maksun viivästymiseen tai muuhun sopimusrikkomukseen, eikä perittävää tule myöskään tulkita tai sekoittaa maksun perintään saati ulosottotoimiin.

Suomalaisten pankkien maksutapaa koskevissa toimeksiantolomakkeissa on esiintynyt harhaanjohtava nimitys *periminen* (”Perimistoimeksianto” ja ”Perimisohjeet”). Terminä ”periminen” viittaakin maksutapoja tuntemattomien mielestä edellä todetulla tavoin maksamattoman saatavan perimiseen tai jopa viranomaisten ulosottotoimiin. Suomen kielessä perittävän ja perinnän ero ei ole riittävän selvä muille kuin ulkomaankauppaa harjoittaville tai ulkomaankaupan maksuista perillä oleville. Perittävä-termin ulkomaiset vastineet kuvastavat lähinnä maksutavan teknistä sisältöä. Esimerkiksi ruotsinkielinen termi *dokumentinkasso* (tai *inkasso*) ja englanninkielinen *cash against documents* (CAD) selvittävät perittävä-terminä paremmin järjestelyn luonnetta. Toisaalta kansainvälisen kaupapakamarin yhdenmukaiset perittävässännöt (ICC:n julkaisu nro. 522) ovat viral-

liselta englanninkieliseltä nimeltään *ICC Uniform rules for Collections*.⁷⁵ ICC:n käyttämään terminologiaan viitaten uskaltanee esittää, että perittävän englanninkielinen vastine olisi *collection*.

Perittävän lunastaminen tapahtuu periaatteessa käteissuoritusta vastaan. Osapuolet voivat myös sopia, että lunastus tapahtuu siten, että ostaja hyväksyy myyjän asettaman vekselin. Järjestelyä kutsutaan tällöin yleensä termillä *documents against acceptance* tai lyhenteellä D/A. Vekseliä käytettäessä myyjä yleensä antaa ostajalle maksuaikaa. Jos myyjä haluaa pankin vekselitakuuksen saatavansa turvaksi, joutuu ostaja pääsääntöisesti asettamaan vastavakuuden (tai jopa kattamaan⁷⁶ täysimääräisesti) takauksen antaneelle pankille. Tällöin pankin vaatima vakuuden asettaminen johtaa käytännössä siihen, että ostaja ei saa varsinaista maksuaikaa.

Perittävät ovat yleensä aina pankkien järjestämiä maksutapoja. Perittävä on korostetusti asiakirjasidonnainen maksujärjestely, jossa pankin toimintaa on kuvattu dokumenttien välitykseksi. Pankki toimii perittävässä myyjän toimeksiantona, eikä pankki sitoudu myyjää tai ketään muutakaan kohtaan itsenäiseen tai liitännäiseen suoritusvelvollisuuteen ostajaa kohtaan. Tästä syystä perittävää ei voida luokitella vakuuden sisältäväksi maksutavaksi (eikä se sitä ole). Jos perittävään on sisäänrakennettu erillinen henkilövakuus, lienee perustelluinta tarkastella perittävää lähinnä remburssin kaltaisena maksutapana.⁷⁷ Maksutapojen erilaisten yhdistelmien ja käytännössä kehittyneiden muunnelmien tulkinnassa on kuitenkin pyrittävä korostetusti in casu -tulkintaan. Kansainvälisen maksutapaehdon tai maksutavan – kuten perittävän – tulkinta ei voi perustua mihinkään yleiseen tai ulkopuolisen ennalta asettamaan luokitteluun. Varsinkin dokumenttimaksujen osalta tulee tulkitsijan tuntea ja ymmärtää koko kyseisen maksujärjestelyn sopimusverkko. Vasta tämän jälkeen voidaan esittää arvioita maksujärjestelystä.

⁷⁵ Tässä voidaan myös huomauttaa ICC:n käännöksissä esiintyneestä terminologiasta. ICC 522 -sääntöjä edeltäneet perittäviä koskevat säännöt Uniform Rules for Collections oli käännetty ”Yhdenmukaiset *perimissäännöt*”, mikä on harhaanjohtava. Edelleenkin ICC:n terminologia perittävää koskevien käännösten osalta voi johtaa sääntöjen lukijaa harhaan. Ks. esimerkiksi ICC 522 -sääntöjen artikla 2 c: ”’Puhdas perittävä’ tarkoittaa rahoitusasiakirjojen *perimistä*, jolloin liitteenä ei ole kaupallisia asiakirjoja” (kursivointi kirjoittajan).

⁷⁶ Pankkiteknisellä termillä ”kattaminen” tarkoitetaan tässä termin yleismääritelmää eli varojen täysimääräistä siirtämistä pankille ennen varsinaista transaktiota.

⁷⁷ Joissakin kauppasopimuksissa osapuolet ovat sopineet perittävän käytöstä, mutta syystä tai toisesta perittävätoimeksianton saanut pankki on toiminut käytännössä samalla tavoin kuin avajapankki remburssitoimeksiannossa. Tällöin väärinkäsityksen taustalla on yleensä ollut pankille annettu virheellinen toimeksianto.

Lähtökohtaisena edellytyksenä perittävää käytettäessä on se, että myyjällä on oltava tavaraan oikeuttavia asiakirjoja. Esimerkiksi merikuljetuksissa käytetty konossementti on yleinen perittävätoimeksiannossa määritelty asiakirja. Osapuolet voivat sopia myös muunlaisista tavaraan oikeuttavista asiakirjoista, jotka ostajan tulee perittävän ehtojen mukaan lunastaa pankilta. Pankin tehtävänä on esittää myyjän perittävätoimeksiannossa määrittelemät asiakirjat ostajan lunastettavaksi. Pankin päävelvollisuudet perittävätoimeksiannossa ovat hyvin yksinkertaiset. Nämä velvollisuudet ovat luettavissa esimerkiksi ICC:n perittävässä sääntöissä, artiklat 2 ja 12:

2 artikla a-kohta:

”’Collection’ means in the handling by banks of documents as defined in sub-article 2(b), in accordance with instructions received, in order to:

- i. obtain payment and/or acceptance, or
- ii. deliver documents against payment and/or against acceptance, or
- iii. deliver documents on other terms and conditions.”

(”Perittävä” tarkoittaa sitä, että pankit saamiensa ohjeiden mukaisesti käsittelevät Artiklassa 2(b) määriteltyjä asiakirjoja tarkoituksenaan:

- i. hankkia maksu ja/tai hyväksyminen tai
- ii. luovuttaa asiakirjat maksua/ja tai hyväksymistä vastaan tai
- iii. luovuttaa asiakirjat joillakin muilla ehdoilla.”)

12 artikla a-kohta:

”Banks must determine that the documents received appear to be as listed in the collection instruction and must advise by telecommunication or, if that is not possible, by other expeditious means, without delay, the party from whom the collection instruction was received of any documents missing, or found to be other than listed.

Banks have no further obligations in this respect.”

(”Pankkien on varmistettava, että niiden vastaanottamat asiakirjat näyttävät olevan samat, jotka perittävätoimeksiannossa on lueteltu. Jos jokin asiakirja puuttuu tai on muu kuin luettelossa mainittu, siitä on ilmoitettava teleteitse tai jos se ei ole mahdollista, jollain muulla nopealla tavalla viipymättä sille osapuolelle, jolta perittävätoimeksianto saatiin. Pankeilla ei ole muuta velvollisuutta tässä suhteessa.”)

Perittävässä myyjä luovuttaa (tavaraan oikeuttavat) asiakirjat pankille siten, että pankki asettaa ne myyjän toimeksiannon mukaisesti ostajan (maksajan) lunastettavaksi. Perittävästä on olennaista huomata, että ostaja voi kuitenkin periaatteessa jättää pankin sille esittämät asiakirjat lunastamatta. Lunastamatta jättäminen johtaa siihen, että ostaja ei saa tavaraa, mutta toisaalta myös myyjä jää ilman suoritusta. Tällöin myyjällä on kuluriski kaupan kohteena olevan tavaran varastoinnista tai mahdollisesti jopa sen palauttamisesta. Kansainvälisen kaupan

sopimusverkkoa ja liikesopimussuhteita yleensä tarkasteltaessa ostajan perusteen kieltäytyminen lunastaa asiakirjoja on käytännössä aina sopimusrikkomus. Tähän liittyvä myyjän riski on verrattavissa siihen, että myyjä on lähettänyt kaupakohteen ostajalle, mutta ostaja ei maksa laskutettua kauppahintaa. Perittävä on kuitenkin tavalliseen laskutettavaan saamiseen (puhtaaseen maksuun) verrattuna merkittävästi parempi maksutapa; kauppatavara on laskutusperusteisessa kaupassa siirtynyt ostajalle ennen laskutusta, kun taas perittävässä kauppatavara ei siirry ostajalle, ellei hän lunasta tavarahan oikeuttavia asiakirjoja. Myyjän kannalta perittäväan liittyy selkeänä riskinä se, että perittävän lunastaminen eli kauppahinnan maksu riippuu viime kädessä ostajan maksuhalusta.

Perittävien osalta sovitaan pankin ja myyjän välillä käytännössä usein, että perittävätoimeksiantoon sovelletaan edellä jo mainittuja Kansainvälisen kauppakamarin yhdenmukaisia perittävässäntöjä⁷⁸. Mikäli tätä viittausta ei perittävässä ole, voitaneen näitä ICC:n sääntöjä kuitenkin pitää ainakin jonkinlaisena kirjatuna selvityksenä yleisesti noudatetuista perittäviin liittyvistä toimintatavoista ja terminologiasta. ICC:n säännöt eivät kuitenkaan automaattisesti kuvaa sovellettavaa kauppatapaa eivätkä ne myöskään muodosta itsenäistä kauppatapaa.⁷⁹

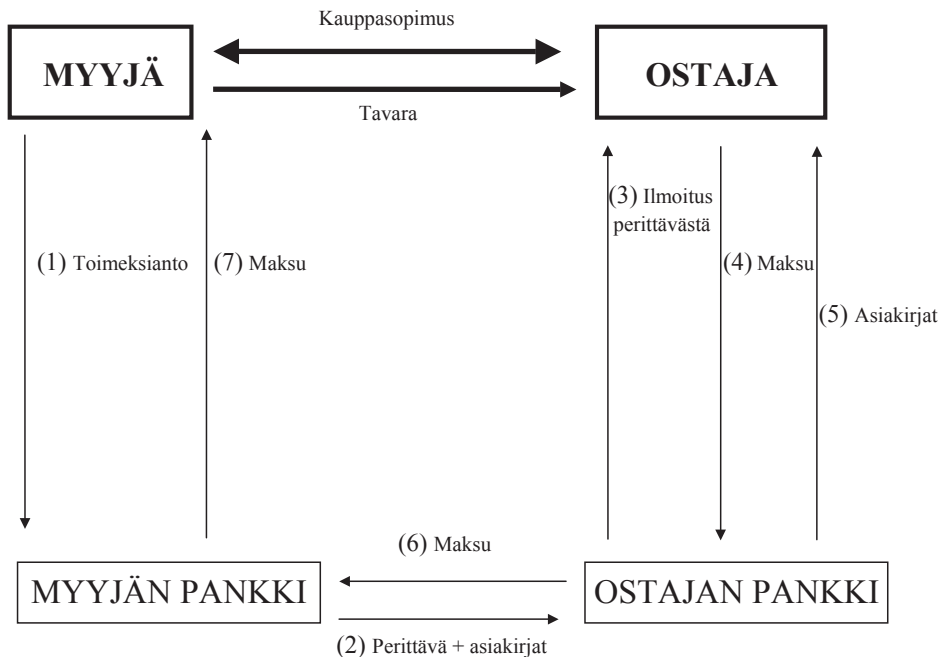
Perittävät jaetaan pankkiteknisesti usein vienti- ja tuontiperittäviin. Pääsääntönä kummassakin voidaan pitää sitä, että ostaja saa tavarahan oikeuttavat asiakirjat haltuunsa maksua vastaan tai hyväksymällä vekselin. Dokumenttimaksujen peruseriaate toteutuu perittävässä; raha ja tavara eivät koskaan ole samoissa käsissä.⁸⁰ Perittäväällä varmistetaan myös se, että ostaja ei saa edes kaupan kohteeseen oikeuttavia asiakirjoja haltuunsa, ennen kuin hän on maksanut kauppahinnan eli lunastanut perittävän asiakirjat. Perittävässä ostajan toimet kaupan kohteen hallinnan saamiseksi muodostuvat kaksivaiheiseksi: 1. ostaja lunastaa asiakirjat, 2. joilla hän saa tavarahan hallinnan itselleen. Perittävää koskevaa maksuehtoa ja perittävätoimeksiantoa laadittaessa on otettava huomioon, että ostajan tulee lunastamallaan asiakirjoilla todella saada kaupan kohteen hallinta itselleen. Mikäli hän ei sitä asiakirjojen lunastamisen jälkeen saa, on katsottava ostajan kuitenkin maksaneen sovitun kauppahinnan, ja ostajaa on pidettävä oikeutettuna saamaan kaupan kohteen hallinnan itselleen. Jos ostaja on täyttänyt sopimusvelvoitteensa ja maksanut asianmukaisesti perittävän, on myyjä pääsääntöisesti vastuussa siitä, että ostaja saa kaupan kohteen hallintaansa.

⁷⁸ ICC:n julkaisu no. 522 Yhdenmukaiset perittävässännöt (ICC Uniform Rules for Collections, URC).

⁷⁹ Jos ICC:n 522 -säännöt olisivat kauppatapa, ei osapuolten tarvitsisi niihin erikseen edes sopimuksessa tai toimeksiannossa viitata.

⁸⁰ Myyjän kannalta perittävän liittyy myös kuluja. Perittävässä toimeksiannon tekee ostaja, joten hänen vastuullaan on lähtökohtaisesti pankille toimeksiannosta aiheutuneiden kulujen korvaaminen.

Perittävässä ostajalla on mahdollisuus pankissa itse tarkistaa asiakirjat ennen maksua ja päättää samalla siitä, milloin hän maksaa perittävän.



Kaavio 20. Perittävä.

Perittävään liittyy myyjän kannalta kuitenkin yksi merkittävä epävarmuustekijä. Mikäli nimittäin ostaja ei jostain syystä halua maksaa perittävää eli lunastaa pankilta tavaraan oikeuttavia asiakirjoja, ei pankilla tai myyjällä ole maksutapaan liitettyjä pakotteita saada ostajaa maksamaan perittävä. Pankilla ei myöskään ole perittävämaksujärjestelyssä itsenäistä velvollisuutta maksaa kauppahintaa myyjälle. Perittävää käytettäessä on mahdollista, että pankin esittäessä perittävän ostajan maksettavaksi ostaja kieltäytyy perittävän ja täten myös kauppahinnan maksusta. Näin voi käydä esimerkiksi silloin, kun ostaja saa tavarankuljetuksen aikana jostain muualta halvemmalla kyseisen tavarankuljetuksen eikä enää halua maksaa perittävän kohteena olevasta tavarasta vaadittua hintaa. Tätä kautta perittävään liittyy riski siitä, että kaupan kohteen palauttaminen myyjälle on joko mahdotonta tai kaupan kohteen arvoon nähden liian kallista. Esimerkiksi pilaantuvien tuotteiden (kuten hedelmät) myyminen perittävällä on myyjälle hyvin riskialtista, koska ostajan ilmoittaessa, ettei hän tule perittävää maksamaan, on

käytännössä mahdotonta enää palauttaa tuotteita pilaantumattomina myyjälle. Vilpillinen ostaja voi käyttää tilaisuutta hyväkseen ilmoittamalla myyjälle, että hän voi kuitenkin ostaa tuotteet sovittua halvemmalla hinnalla. Myyjä on tällöin käytännössä pakon edessä; hän voi joko myydä tuotteet halvemmalla tai antaa tuotteiden pilaantua.⁸¹ Perittävä ei siis itsenäisesti turvaa maksua, vaan perittävä maksun täytyy turvata erillisin sopimusjärjestelyin, esimerkiksi vakuus- tai vakuutusjärjestelyin.

Perittävän käyttö kansainvälisen kaupan sopimuksissa riippuu edellä esitetyn mukaisesti seuraavista kysymyksistä:

- kuinka hyvin osapuolet tuntevat toisensa,
- millaisesta kauppatavarasta on kyse ja
- voiko myyjä myydä tuotteen uudestaan kuljetuksen määräpäässä, jos ostaja ei maksa perittävää.

Tavallisesta kaupallisesta perittävästä (eli perittävästä maksutapana) on erotettava ns. jälkiperittävä, jolla tarkoitetaan pankin kautta tapahtuvaa, laskusaatavan perintää muistuttavaa järjestelyä. Jälkiperittävää käytetään lähinnä silloin, kun ostaja on jättänyt kauppalaskun maksamatta. Tällöin myyjä ryhtyy perimään maksamatonta laskusaatavaa ostajalta antamalla pankilleen kaupallisen perittävän järjestelyin tehtävän toimeksiannon. Jälkiperittävää koskevassa toimeksiantossa myyjä antaa laskun tai muun ”tavaraan oikeuttavan” asiakirjan pankilleen, joka tämän perusteella laatii ostajalle tavallisen kaupallisen perittävän – mutta nyt perittävä laaditaan jälkikäteen ilman kauppasopimuksessa mainittua perittävämaksuehtoa. Jälkiperittävässä esitettävä asiakirja ei todellisuudessa oikeuta kaupan kohteen saamiseen, sillä kohde on jo siirtynyt ostajalle – mutta kauppahinta on jäänyt maksamatta. Kun myyjän pankki lähettää myyjän toimeksiannon mukaisen jälkiperittävän ostajan pankille, tulee tästä laskusaatavasta automaattisesti tieto ostajan pankille. Ostajan pankki puolestaan voi tehdä omat johtopäätöksensä siitä, jos ostaja ei maksa jälkiperittävää. Jälkiperittävä parantaa näin ostajan pankille annetun tiedon myötä ostajan maksuhalukkuutta. Ostaja ei yleensä halua näyttää pankilleen, että sillä on maksamattomia laskuja. Tämän vuoksi ostajayritykset lunastavat jälkiperittäviä eli maksavat jälkikäteen kauppahinnan. Maksaessaan jälkiperittävän ostaja saa itselleen laskun, jolla on hänelle merkitystä käytännössä ainoastaan kauppahinnan suorittamisen tositteena.

⁸¹ Tässä ei ryhdytä arvioimaan ostajan toimien lainmukaisuutta tai mahdollisia pätemättömyysperusteita.

8.5 REMBURSSI

8.5.1 Yleistä

Remburssit voidaan jaotella kahteen pääryhmään: kaupallisiin remburseihin ja standby- remburseihin. Kaupalliset remburssit (*commercial letters of credit*) ovat puhtaasti kaupallisia tarkoituksia varten ja ne ovat nimenomaisesti dokumenttimaksuja. Kaupallisilla remburseilla maksetaan kauppahinta dokumentteja vastaan. Kansainvälistä kauppaa harjoittavissa yhtiöissä ja eräissä pankeissa käytetään kaupallisesta remburssista myös nimitystä ”tavararemburssi”. Termin käytön tarkoituksena lienee se, että ”tavararemburssia” käytetään tavaran kauppasa kauppahinnan maksutapana. Tavararemburssi on kuitenkin terminä osin harhaanjohtava, sillä remburssit (niin kaupalliset ”tavararemburssit” kuin standby-remburssitkin) ovat nimenomaan *asiakirjasidonnaisia* järjestelyjä, joissa:

”[Remburseissa] kaikkien osapuolten toimenpiteet koskevat asiakirjoja eivätkä tavaroita, palveluita ja/tai muita suoritteita, joihin asiakirjat saattavat liittyä.” (Remburssisääntöjen artikla 4)

Remburssi on tunnetuin kansainvälisessä kaupassa käytetty dokumenttimaksu. Yksinkertaisimmillaan sitä voidaan kuvata kansainvälisessä kaupassa käytetyksi maksutavaksi, jossa ostajan pankki antaa kirjallisen sitoumuksen kauppahinnan maksamisesta myyjälle sovittuja asiakirjoja vastaan. Remburssin erityispiirteenä on totuttu pitämään sitä, että siihen liittyy avajapankin antama vakuus.⁸² Remburssijärjestelyssä yhdistyvät tämän tutkimuksen keskeiset teemat: korostunut sopimusvapaus, ankara sopimuksen sitovuus yritystoiminnassa, kansainvälisessä kaupassa (yritysmarkkinoilla) käytetty sopimusjärjestely, sopimusverkkomalli, asiantuntemus, erityisosaaminen, osapuolten tasa-arvoisuus ja osapuolten lojaalisuus.

Lähtökohtana remburssin kehittymiselle on ollut yritysmarkkinoilla vallinnut pelko siitä, että sekä kauppatavara että kauppavaluutta olisivat yhtäaikaaisesti samalla henkilöllä.

Remburssia käytetään yleensä silloin, kun ostaja ja myyjä ovat maantieteellisesti (tai vaikkapa kulttuurillisesti) tarkasteltuna kaukana toisistaan. Tällöin remburssi antaa suojaa kummallekin kansainvälisen kaupan osapuolelle.

Remburssin yksi perustarkoitus on, että kauppahinta maksetaan turvallisesti ostajalta myyjälle siten, että kauppatavara ja kauppahinta eivät ole samanaikaisesti samoissa käsissä. Kun remburssitutkimuksia ja remburssikäytäntöjä tarkas-

⁸² Usein remburssi kuvataan ”erityiseksi henkilövakuudeksi”. Ks. esimerkiksi *Havansi* 1984 s. 316 ja 321.

tellaan, voidaan helposti tulla johtopäätökseen, että pankkien tehtävänä on toimia kansainvälisessä kaupassa remburssimaksusta kieltäytyjänä. Käsitys voi olla joissakin tapauksissa perusteltu, mutta lähtökohtaisesti se on väärä. Remburssilla on tarkoitus maksaa kauppahinta ja pankin tehtävä on maksaa – ei kieltäytyä maksusta. Remburssimaksu ei poikkea perustehtäviltään millään tavoin muista kansainvälisen kaupan maksutavoista; tarkoituksena on, että ostaja maksaa myyjälle kauppahinnan. Remburssissa pankkien toiminta ja asiantuntemus on tärkeässä asemassa. Kuitenkin tulee muistaa, että remburssijärjestely perustuu pääsopimuksessa sovittuun maksuehtoon.

Remburssin tulee toimia, jotta kansainvälisen kaupan toimijoiden luottamus remburssiin maksutapana säilyy. Jos luottamusta remburssiin ei ole, ei sitä käytetä. Toisaalta remburssijärjestelyn vaikeaselkoisuus ja monimutkaisuus voivat vähentää osapuolten halua käyttää remburssia. Asiantuntemukseen ja täsmälliseen dokumentaatioon kiinteästi yhdistyvänä maksujärjestelynä remburssi on kuitenkin edelleenkin tunnetuin, kehittynein ja useimmiten edelleen turvallisin maksutapa kansainvälisessä kaupassa.

8.5.2 Remburssin määritelmä ja remburssiterminologiaa

Remburssi (*Letter of Credit* tai *L/C*, usein myös *Documentary Credit* tai *D/C*)⁸³ on tapa suorittaa kauppahinta kansainvälisessä kaupassa. Remburssi on maksaja-osapuolen pankin maksajan puolesta antama sitoumus tai ilmoitus suorittaa tietty rahamäärä maksun saajalle. Lähtökohtaisesti remburssissa määritellään tietty summa, joka on käytännössä kauppahinta. Remburssin summa muodostaa maksun enimmäismäärän. Remburssisäännöissä on remburssit määritelty seuraavasti:

Artikla 2

”... järjestelyä, jossa pankki (avaajapankki) toimien asiakkaan (toimeksiantajan) pyynnöstä ja tämä ohjeiden mukaisesti tai omasta puolestaan

⁸³ *Documentary credit* -termillä tarkoitetaan useimmiten dokumenttimaksuja, mutta käytännössä termi viittaa yleensä nimenomaan rembursseihin. UCP 500 -säännöissä käytetään rembursseista yleisnimitystä *Credit*. Remburssista käytetty terminologia ei ole yhtenäinen, vaan remburssista käytetään myös muita englanninkielisiä nimityksiä kuten *documentary letter of credit* ja kaupallista maksuvälinettä kuvaavaa termiä *commercial letter of credit*. Suomen ulkopuolisissa pohjoismaissa *remburs*-nimitys on yleisin. Saksassa remburssista käytetään nimitystä *Rembours*, mutta myös *Akkreditiv* ja *Bankakkreditiv*. Venäjäksi remburssi on myös *Аккредитив* *Akkreditiv* ja ranskaksi *Lettre de Crédit* tai *Crédit documentaire*. Tässä ei ole syytä tarkastella kunkin termin käyttöä ja vastaavuuksia, mutta remburssin nimityksillä saattaa olla vaikutuksia siihen, miten remburssia voidaan käyttää (esimerkiksi voidaanko remburssissa käyttää vekseliä vai ei).

- i. sitoutuu maksamaan kolmannelle osapuolelle (remburssinsaajalle) tai tämän määräämälle tai sitoutuu hyväksymään ja maksamaan remburssinsaajan asettamia vekseleitä (asetteita) tai
- ii. valtuuttaa toisen pankin suorittamaan tällaisen maksun tai hyväksymään ja maksamaan tällaisia vekseleitä (asetteita) tai
- iii. valtuuttaa toisen pankin negosioimaan⁸⁴ vaadittua asiakirjaa (asiakirjoja) vastaan edellyttäen, että remburssin määräykset ja ehdot on täytetty...”

Kansainvälisessä kaupassa käytettyyn kaupalliseen remburssiin ei liity ”sanktio-ominaisuutta”, vaan avaajapankin remburssimaksu myyjälle on normaali kansainväliseen kauppaan liittyvä tapahtuma. Remburssimaksujen käytön perusajatuksena on se, että remburssissa avaajapankki sitoutuu ostajan lisäksi pääsopimuksessa sovitun kauppahinnan maksuun. Pankin maksuvelvollisuus on kuitenkin riippuvainen siitä, että sille esitetään remburssin mukaiset asiakirjat.⁸⁵ Kun pankki on avannut remburssin eli hyväksynyt ostajan toimeksiannon toimia maksavana pankkina remburssijärjestelyssä, sillä on ankara velvollisuus suorittaa remburssissa esitetty summa eli kauppahinta ennalta sovittuja asiakirjoja vastaan.⁸⁶

Perinteisesti remburssia koskevissa tutkimuksissa on todettu, että kansallista erityislainsäädäntöä remburssista ei juuri ole. Tämä asiantila on ainakin osin muuttunut, sillä remburssia koskevaa erityislainsäädäntöä on ainakin 35 valtiosta.⁸⁷ Tunnetuimpana remburssia koskevana säädöksenä mainitaan yleensä Yhdysvaltojen *Uniform Commercial Coden* (UCC) 5 artikla, jossa on säännöksiä remburssista. Vaikka erityistä kansallista lainsäädäntöä remburseista ei olisi-kaan, on kansainvälisen kauppakamarin ICC:n julkaisemien sääntöjen katsottu yleisluontoisina ohjeina yleensä pitkälti vastaavan osapuolten tarpeita remburssitoiminnan ohjaajina. Remburssisääntöjen käytöstä ja soveltuvuudesta on kuitenkin aina nimenomaisesti mainittava remburssin toimeksiantosopimuksissa ja

⁸⁴ *Negosiointi* on määritelty sääntöjen 10 artiklan b ii. -kohdassa: ”Negosiointi tarkoittaa sitä, että negosioimaan valtuutettu pankki ostaa asetteen ja/tai asiakirjat takautumisoikeudella. Pelkkä asiakirjojen tarkastus ilman ostoa ei tarkoita negosiointia.” Negosiointi tarkoittaa käytännössä sitä, että pankki ilmoittaa remburssimaksun saajalle, että tämä saa remburssissa ilmoitetun suorituksen pankilta, mutta pankki varaa oikeuden peräyttää maksun itselleen, jos avaajapankki tai vahvistava pankki (joka on negosioivan pankin sopimuskumppani [pankkien ketjussa]) ei jostain syystä maksakaan negosioineelle pankille remburssin määrää.

⁸⁵ *Kurkela* 1993 s. 130.

⁸⁶ *Kurkela* 1982 I s. 129. Katso *Kauppinen – Paavonsalo* s. 198–202 sekä UCP-500 artikla 9.

⁸⁷ Tästä teoksessa *Documentary Credit Law throughout the World*, 2001, jossa on mainittu seuraavat maat: Itävalta, Bahrain, Bolivia, Bulgaria, Kanada, Columbia, Tšekki, Egypti, El Salvador, Saksa(n liittotasavalta), Kreikka, Guatemala, Honduras, Unkari, Irak, Israel, Kuwait, Libya, Malesia, Meksiko, Oman, Qatar, Venäjä, Singapore, Slovakia, Sudan, Sveitsi, Syyria, Tunisia, Turkki, Yhdistyneet Arabiemiraatit, Iso-Britannia, Yhdysvallat, Jemen ja Jugoslavia.

itse remburssissa. Automaattista ICC:n sääntöjen soveltaminen ei ole. Kuitenkin esimerkiksi suomalaisten pankkien käyttämissä vakiomuotoisissa remburssitoimeksiannoissa käytetyissä lomakkeissa on poikkeuksetta mainittu ICC:n sääntöjen soveltamisesta.⁸⁸

Vaikka tässä ei varsinaisesti syvennytä remburssin historiaan, on muutamat seikat remburssin historiasta syytä tuoda esiin.⁸⁹ Remburssin käytön alkuvaiheet on sijoitettu 1100- ja 1200-luvulle. Remburssin katsotaan kehittyneen tuolloin Välimeren alueella yleistyneen ja kehittyneen vekselin myötä. Vekselin ja samalla ensimmäisten remburssin kaltaisten järjestelyiden osalta voidaan todeta, että ne poikkesivat merkittävästi nykyisestä remburssista. Merkittävin ero oli se, että tuolloiset järjestelyt muistuttivat toiminta- ja käytövaltaaltaan (nykyistä) vekseliä. Remburssin esiasteeksi kuvattavan vekselityyppisen maksujärjestelyn tarkoituksena oli se, että asiakirjassa esitettiin käsky maksaa, eikä suinkaan annettu nimenomaista sitoumusta maksaa. 1600-luvulla remburssi kehittyi *Kozholchykin* mukaan maksujärjestelyksi, jossa nimetylle henkilölle maksettiin sitoumuksessa määritelty summa. Kyse ei ollut suosittelukirjeestä (*letter of recommendation*) vaan sitoumus annettiin nimenomaisesti maksamisesta.

Suosituskirjeiksi katsottiin eräissä oikeuskulttuureissa (kuten Espanjassa) sellaiset sitoumukset, joissa ei ollut nimenomaista mainintaa maksunsaajasta tai tarkasti määriteltyä summaa. Suosituskirjeet muistuttivat edelleen vekseliä, vaikka ne eivät olleet protestoitavissa kuten vekselit. Ongelmalliseksi ”suosituskirje-remburssin” käyttö muodostui sen vuoksi, että remburssi oli antajansa (vapaasti) peruutettavissa. Peruutettavan remburssin käyttö maksutapana on hyvin ongelmallista. Peruutettavissa olevan remburssin käyttö ei luo erityistä suojaa kenellekään järjestelyn osapuolelle – lukuun ottamatta remburssin avaajaa, joka voi halutessaan milloin tahansa perua sitoumuksensa. Peruutettavan remburssin käyttöä voidaan pitää usein täysin turhana.

Nykymuotoinen remburssi kehittyi asteittain vasta 1800-luvun puolen välin jälkeen kansainvälisen kaupan ja luotonannon tarpeita varten.⁹⁰ Usein on esitetty, että kaupallinen remburssi, *commercial letter of credit* olisi kehittynyt lähinnä Yhdysvaltojen markkinoiden kehittyessä, laajentuessa ja kasvaessa.⁹¹ Toisaalta

⁸⁸ Tämäkin osaltaan tukee tässä tutkimuksessa esitettyä käsitystä siitä, etteivät ICC:n säännöt muodosta kauppatapaa kansainvälisessä kaupassa. Mikäli kyseessä olisi kauppatapa, ei sen noudattamisesta tarvitsisi erikseen sopimuksessa tai toimeksiannossa mainita. Samoin on todettu edellä perittävää koskevien ICC:n sääntöjen osalta.

⁸⁹ Tältä osin esitys perustuu *Kozholchykin* esittämään historialliseen katsaukseen. Katso *Kozholchyk* s. 396–400 ja siinä esitetyt alaviitteet. Vekselin ja remburssin esimuotoa *Kozholchyk* on kutsunut termillä ”*Letter of Payment*”.

⁹⁰ *Kozholchyk* s. 397

⁹¹ *Kozholchyk* kuvaa remburssimaksujärjestelyn yleistymistä viitaten professori *Karl N. Llewellynin* tutkimuksiin.

myös Englannissa remburssimaksujärjestelyt olivat yleisiä jo 1820-luvulla.⁹² Tärkeän sysäyksen remburssien kehitykselle antoivat yleinen pankkiteknisen toiminnan kehittyminen, Yhdysvaltojen kaupankäynnin kasvu sekä lennätin(/sähke)-yhteyksien yleistyminen. Nämä mahdollistivat remburssien käytön lisääntymisen varsinkin 1860-luvulla.⁹³ Kuin vahvistuksena ja osoituksena remburssin yleistymisestä 1860-luvulla annettiin ensimmäiset merkittävät yhdysvaltalaiset remburssit koskevat tuomioistuinratkaisut 1860-luvulla.⁹⁴

Pohjoismaissa remburssin käyttö yleistyi vasta ensimmäisen maailmansodan jälkeen, mutta jo ennen toisen maailmansodan alkua remburssi oli jo varsin yleinen tapa maksaa kansainvälisiä maksuja.⁹⁵

Remburssijärjestelyä on kuvattu monella tavalla⁹⁶, mutta remburssin peruselementit voidaan esittää seuraavasti:

- remburssi on maksutapa
- remburssi on pääsopimuksen nähden itsenäinen maksujärjestely
- remburssin kausa on pääsopimuksessa mainittu kauppahinnan maksu
- remburssi on ketjuuntunut sopimusverkko, jossa remburssin maksaja sitoutuu itsenäiseen ja ehdolliseen suoritukseen
- remburssin ehdollisuus tarkoittaa, että remburssi maksetaan asiakirjoja vastaan.

Seuraavat remburssijärjestelyyn liittyvät perustermit on syytä määritellä, jotta järjestelyn tarkastelu olisi mielekästä.⁹⁷

Toimeksiantaja (*applicant*): Toimeksiantaja on käytännössä ostaja, joka antaa pankille toimeksiannon avata remburssi.

Edunsaaja eli maksunsaaja (käytetään myös termiä myös remburssin saaja) (*beneficiary*): Edunsaaja on yleensä myyjä, jonka hyväksi remburssi on avattu ja joka käytännössä esittämällä remburssissa määritellyt asiakirjat avaajapankille tai vahvistavalle pankille (maksavalle pankille) saa maksavalta pankilta suorituksen.

⁹² Näiltä osin *Kozholchik* s. 399.

⁹³ Tekniikan kehittyminen ja remburssimaksujärjestelyn käyttökelpoisuus on yhdistetty monissa tutkimuksissa niin kiinteästi toisiinsa, ettei asiaa voi sivuuttaa. Tästä myös *Kozholchik* s. 398 alav. 15.

⁹⁴ Tältä osin *Kozholchik* mainitsee mm. yhdysvaltalaiset oikeustapaukset *Duncan v. Edgerton*, Bosw. 36 (N.Y. 1860) ja *First National Bank of Chicago v. Pettit*, 41 Ill. 492 (1877), joskin *Llewellyn* mukaan remburssia koskevia tuomioistuimien ratkaisuja oli jo vuosisadan alussa (kuten *Robbins v. Bingham* 4 Johns. 476 (N.Y. 1809)).

⁹⁵ *Palmgren* s. 472.

⁹⁶ Ks. esimerkiksi *Norri* 1993, s. 33–34. *Norri* korostaa remburssin itsenäisyyttä pääsopimuksesta ja viittaa *Friedrich Kübleriin*, joka on esittänyt remburssin olevan takuusitoumus. Ks. *Kübler: Feststellung und Garantie*, 1967.

⁹⁷ Terminologia ei ole täysin vakiintunut remburssijärjestelyissä.

Peruuttamaton ja peruutettavissa oleva remburssi (*irrevocable, revocable letter of credit*): Rembursseja voi olla peruutettavissa olevia tai peruuttamattomia. Peruutettavissa oleva remburssi on nimensä mukaisesti avaajapankin milloin tahansa peruutettavissa tai muutettavissa oleva sitoumus. Tämän merkittävän epävarmuuden vuoksi peruutettavissa oleva remburssi on hyvin harvinainen. Velvoiteoikeudellisesti peruutettavissa oleva remburssi on sekasikiö, jonka käyttöä ei voi suositella kenellekään remburssin osapuolelle. Peruutettavuus aiheuttaa monenlaisia ongelmia, eivätkä remburssin peruseriaatteet toteudu peruutettavissa olevassa remburssissa.

Peruuttamattomassa remburssissa pankilla on ankara ja peruuttamaton maksuvelvollisuus remburssiasiakirjoja vastaan. ICC:n remburssisäännöissä on mainittu, että remburssissa on selkeästi ilmoitettava, onko remburssi peruutettavissa oleva vai peruuttamaton. Jos tällaista mainintaa ei remburssissa ole, katsotaan remburssisääntöjen mukaan remburssi peruuttamattomaksi.⁹⁸

Avaajapankki (*issuing bank*): Avaajapankki sitoutuu maksamaan remburssissa määriteltyjä asiakirjoja vastaan edunsaajalle remburssissa mainitun maksun. Remburssijärjestelyssä ostaja antaa pankille toimeksiannon suorittaa remburssissa mainittu toimeksianto. Jos pankki hyväksyy toimeksiannon, se ilmoittaa remburssin osapuolille hyväksymisensä eli pankkikielellä ilmoittaa avaneensa remburssin. Avaaminen tarkoittaa remburssissa sitä, että pankki ottaa vastatakseen toimeksiannon mukaisista velvollisuuksista, joista tärkein on, että avaajapankki sitoutuu maksamaan remburssissa mainitun summan asiakirjojen esittävälle remburssissa mainitulle remburssinsaajalle. Remburssin avauksen katsotaan synnyttävän myös vakuuden; pankki sitoutuu maksamaan myyjälle.⁹⁹ Pankin vastuulla on remburssiasiakirjojen tarkastaminen, ellei pankki toimi ainoastaan ilmoittavana pankkina tai ns. kirjeenvaihtajapankkina.

Henkilövakuuksia koskevissa tutkimuksissa on esitetty yleisesti, että remburssi on henkilövakuus.¹⁰⁰ Kuitenkin vasta avaajapankin suorittama remburssin avaus ja avaamista koskevan ilmoituksen tekeminen remburssin saajalle muodostuvat pääsopimussuhteen ulkopuolisen antamasta sitoumuksesta remburssissa mainitun summan maksamisesta. Tämän vuoksi vasta remburssin avaamisen jälkeen voidaan puhua henkilövakuudesta. Itse asiassa ennen remburssin avaa-

⁹⁸ Ks. remburssisääntöjen artikla 6. Remburssisääntöjä uudistettaessa (2005 talvi) on esitetty, että peruutettavissa oleva remburssi poistuisi kokonaan säännöistä eli remburssi olisi aina peruuttamaton. Kuitenkin remburssiin lisätty ehto remburssin peruutettavuudesta olisi varmaankin edelleen mahdollinen ja tulkittava lähtökohtaisesti sanamuotonsa mukaan.

⁹⁹ Avaajapankin maksuvelvollisuuden määrä ei vaikuta vakuusominaisuuden arviointiin.

¹⁰⁰ Ks. esimerkiksi *Havansi* 1984 s. 316 ja 321–322.

mista ei voitane puhua edes remburssista, vaan kyse on paremminkin ostajan toimeksiannosta tai tarjouksesta pankille.

Ilmoittava pankki (*advising bank*): Ilmoittavalla pankilla tarkoitetaan pankkia, joka ilmoittaa remburssin saajalle remburssin ja mahdollisesti ilmoittaa myös muusta remburssitoimeksiannon sisällöstä. Ilmoittava pankki ilmoittaa remburssin, mutta ei sitoudu mihinkään maksamisvelvollisuuteen remburssijärjestelyssä mukana olevia osapuolia kohtaan. Ilmoittavalla pankilla on kuitenkin katsottu olevan niin pankkikäytännön kuin remburssisääntöjenkin mukaan huolellisuus- ja jopa toimimisvelvollisuus. Ilmoittavan pankin velvollisuuksia on kuvattu esimerkiksi remburssisääntöjen artiklassa 7:

”... mikäli ilmoittava pankki päättää ilmoittaa remburssin, sen tulee tarkistaa kohtuullisen huolellisesti ilmoittamansa remburssin aitous. Jos pankki päättää olla ilmoittamatta remburssia, sen täytyy tiedottaa tästä päätöksestä avaajapankille välittömästi.”

Maksava pankki: Maksava pankki on avaajapankki tai vahvistavapankki, joka maksaa remburssissa mainitun summan remburssin edunsaajalle.

Vahvistettu remburssi ja vahvistava pankki (*confirmed letter of credit, confirming bank*): Vahvistetussa remburssissa avaajapankin lisäksi toinen pankki on ottanut vastatakseen remburssin maksusta remburssinsaajalle remburssi-asiakirjoja vastaan. Pankkia, joka ei ole avaajapankki, mutta joka ottaa vahvistamalla vastatakseen remburssin maksusta, kutsutaan vahvistavaksi pankiksi. Vahvistava pankki sitoutuu itse maksamaan remburssisuorituksen remburssissa sovitun mukaan edunsaajalle. Vahvistettua remburssia käytettäessä remburssinsaajalla on käytännössä kaksinkertainen varmuus siitä, että hän saa suorituksen asiakirjoja vastaan. Vahvistetulla remburssilla myyjä voi varmistua siitä, että myyjän omassa maassa toimiva ”myyjän pankki” voi sitoutua maksamaan myyjälle remburssin määrän eli vahvistaa remburssin. Vahvistava pankki vahvistaa remburssin omalla sitoumuksellaan. Avaajapankin ja vahvistavan pankin vastuita remburssinsaajaa kohtaan voidaan pitää käytännössä samanlaisina.

Hiljainen vahvistus (*silent confirmation*): Hiljaisessa vahvistuksessa remburssijärjestelyn ulkopuolinen sitoutuu vastuuseen avaajapankin velvoitteista. Yleensä hiljaisen vahvistuksen antaa pankki. Kyse on henkilövakuudesta, jossa vahvistus eli vakuus annetaan siten, että varsinaisen remburssijärjestelyn toimeksiantaja ja avaajapankki eivät periaatteessa tiedä vahvistuksesta (tämän vuoksi vahvistusta kutsutaan *hiljaiseksi*). Hiljainen vahvistus on kyseessä myös silloin, kun ilmoittava pankki (jota voidaan pitää remburssijärjestelyn ”ulkopuolisenä”) vahvistaa ilman avaajapankin vahvistuspyyntöä remburssin. Hiljaisessa vahvistuksessa käytännön ongelmaksi saattaa muodostua se, että hiljaisen vahvistuksen antaneen pankin ja remburssin avaajapankin välillä ei ole sopimussuhdetta tai toimeksiantoa vahvistaa remburssi. Tämän vuoksi hiljaisen vahvistuk-

sen antanut pankki ei pääsääntöisesti voi vaatia tekemäänsä suoritusta takaisin avaajapankilta.

Remburssit ja maksuajankohta. Remburssveja voidaan laatia siten, että ne palvelevat kauppasuhteen eri aikoina tapahtuvaksi haluttuja maksuja. Tällöin voidaan puhua maksuajallisesta remburssista ja avista-remburssista. Avista-remburssissa maksetaan maksun saajalle silloin, kun ehtojen mukaiset asiakirjat esitetään pankille. Aikaremburssissa myyjä on myöntänyt ostajalle maksuaikaa. Avista- ja aikaremburssi termeillä voidaan ilmaista ja havainnollistaa se, onko kauppasopimuksessa ostajalle haluttu myöntää maksuaikaa (eli luottoa).

Korkein oikeus on ratkaisussaan 1983:162 selvittänyt remburssin osapuolia, remburssimaksun kuittausmahdollisuuksia konkurssioikeuden, remburssin maksuajankohdan ja toisaalta ilmoittavan ja avaavan pankin vastuun kannalta:

Suomalainen pankki A toimi iranilaisen avaajapankin B:n toimeksiannosta välittäjäpankkina remburssisuhteessa. A:n tehtävänä oli ilmoittaa B:n avaamasta peruuttamattomasta remburssista suomalaiselle myyjäyhtiölle C:lle ja maksaa tälle remburssivarat. A:n saatua remburssivarat B:ltä C asetettiin konkurssiin. Tämän jälkeen A kuittasi osalla remburssivaroista oman saatavansa C:ltä.

Kuittaukseen käytetyt varat olivat C:n konkurssin alkaessa olleet A:lla B:n remburssivelvoitteen täyttämistä varten eikä A:lla, joka ei ollut vahvistanut remburssia, remburssisuhteen välittäjäpankkina ollut itsenäistä maksuvelvollisuutta C:tä kohtaan. Kuittauksista ei hyväksytty, koska B:n C:lle maksettavaa velkaa A ei voinut käyttää kuittaukseen C:ltä ollutta saatavaansa vastaan.

Ilmoittavan pankin ja avaajapankin erilainen asema sekä näiden vastuut ja velvollisuudet on kyetty ratkaisussa asianmukaisesti kuvaamaan.

8.5.3 Syyt remburssin käyttämiseen

Remburssiin käyttöön on monia syitä. Remburssi on kansainvälisessä kaupassa käytetty maksujärjestely, joka on kansainvälistä kauppaa harjoittavien kauppiaiden ja pankkien yhdessä kehittämä maksutapa. Tämän vuoksi remburssia voidaan kuvata käyttäjien itse synnyttämänä ja kehittämänä maksujärjestelynä. Siinä yhdistyvät osapuolten haluamat varma maksu ja vakuus. Dokumenttimaksuihin liittyvä asiakirjasidonnaisuus on puolestaan remburssin etu, koska asiakirjojen luotettavuus on edelleen suuri.

Yhtenä syynä remburssin käyttöön voidaan pitää sitä, että siinä toteutuu varsinakin vakuustakuissa esiintyvä *pay now – argue later* -ajatus, jonka mukaan kauppahinta maksetaan ennen kuin pääsopimuksesta muutoin riidellään.¹⁰¹ Tä-

¹⁰¹ Ks. Lehtinen 1994 s. 106–.

män vuoksi varsinkin myyjät suosivat remburssin käyttöä maksutapana. Kuitenkin myös ostajalla on etua remburssin käytöstä. Ostaja voi todeta remburssimaksun yhteydessä tavarana lähteneen myyjältä, koska myyjän tulee (pääsääntöisesti) esittää kuljetusasiakirjat (kuten konossementti) remburssiasiakirjoina kauppahinnan maksun saamiseksi.

Remburssin käytön syistä on esitetty monia erilaisia perusteluita. Kuitenkin seuraava perustelu on jäänyt niin remburssia koskevissa tutkimuksissa kuin maksukäytännöissä ilman huomiota: ostaja voi niin kansallisten kuin kansainvälisenkin kaupan sopimuksia koskevissa säädöksissä ja säännöissä pääsääntöisesti kieltäytyä suorituksesta, jos myyjä ei täytä sopimusvelvoitteitaan. Tätä kutsutaan *exceptio non adimpleti contractus* -tilanteeksi. Esimerkiksi jos tavarantoimittaja-myyjä ei toimita myytyä tavaraa, ostajalla ei ole velvollisuutta maksaa kauppahintaa. Jos kauppahinta suoritetaan remburssilla, ei periaatteessa *exceptio non adimpleti contractus* tule kyseeseen: kauppahinnan suoritukseen on sitoutunut kolmas eli avaajapankki, joka suorittaa maksun vain asiakirjojen perusteella (tavarasta huolimatta). Remburssissa maksu tapahtuu aina asiakirjoja vastaan. Remburssiasiakirjat valitaan käytännössä siten, että ne osoittavat myyjän täyttäneen sopimusvelvoitteensa tavarantoimittamisen osalta. Yleensä konossementti tai jokin muu kuljetukseen liittyvä asiakirja sovitaan esitettäväksi pankille remburssiasiakirjana, joten myyjä ei voi vaatia suoritusta, ellei hänellä ole velvoitteidensa täyttämistä osoittavaa asiakirjaa (esimerkiksi konossementti).

Remburssi on maksuväline, joka tunnetaan kansainvälisesti hyvin. Remburssi ei ole maksutapana korkoinstrumentti, mutta sen käyttöön liittyy palkkioelementti. Remburssijärjestelyssä mukana oleva pankki voi vaatia palkkioita remburssiin liittyvistä toimenpiteistä. Toisin kuin yksinkertaiseen tilirahansiirtoon remburssiin liittyy konkreettisia toimia (kuten perinteinen pankkivirkailijan suorittama asiakirjojen tarkistus), joista pankki voi perustellusti periä palkkion. Tämä on seikka, joka usein oikeuttaa pankin perimät palkkiot ja näin mahdollistaa myös esimerkiksi islaminuskteisissa maissa pankin ansiotoiminnan toimenpidepalkkioina – ilman varsinaisen koron perimistä.

Minkä vuoksi kansainvälisen kaupan sopimusten maksu- ja vakuusjärjestelyissä käytetään *rigor commercialis* -periaatetta tukevia, ankaraehtoisia remburseja? Eräs syy saattaa olla se, että vahingonkorvausinstituutio ei toimi siinä ympäristössä niin hyvin kuin kansallisessa. Voidaan todeta, että kansainvälisen kaupan osapuolten riskien hallinta pelkästään vahingonkorvausinstituutioihin tukeutumalla ei yleensä riitä osapuolille. Ankaruus tuo mukanaan huolellisuutta eli osapuolet toimivat yleensä huolellisesti.

Toisaalta maksujärjestelyihin liittyvän vahingonkorvausvastuun osalta pankin asemaa voidaan pitää jossain määrin erityislaatuisena verrattuna esimerkiksi kansainvälistä kauppaa harjoittavaan yritykseen. Pankilla on ammattimaisena maksujärjestelyjen ja -palvelun tarjoajana vastuu kansainvälisen kaupan maksu-

järjestelyn onnistumisesta, jos se on ottanut toimeksiannon. Jos yritys tai yksityinen henkilö tarjoaa ammattimaisesti ja useimmiten mainostaen ammattitaitoisia palvelujaan, vastuu suhteessa palvelujen käyttäjiin on ankarampaa kuin normaali tuottamustasvastuu. Asiantuntijalle ja ammattimaisesti toimintaa harjoittavalle on asetettu ja hyväksytty korostettu huolellisuusvelvollisuus, joka kohdistuu toimeksiannon hoitamiseen tai palvelun suorittamiseen. Merkittävää on se, että ammattimaisen palvelun tuottaja on vastuukysymysten aktualisoituessa arvioitava nimenomaan palvelun tuottajan ominaisuudessa, ei yksilönä tai yrityksenä. Esimerkiksi pankin voidaan perustellusti jo pelkän ammattinimikkeensä ”pankki” perusteella olettaa olevan pankki- tai rahoitusalan ammattilainen. Vastuukysymyksiä koskevia seikkoja ei periaatteessa siirretä yksilötuottamustasolle. Huolellisuuden aste on tämän ajatusmallin mukaan asetettava ammatin ja ammattitaidon mukaan eikä niinkään henkilön ominaisuuksien tai kykyjen mukaan. Remburssi on erityistä osaamista ja ammattitaitoa vaativa järjestely, jossa pankin vastuuta voidaan perustellusti arvioida ottamalla huomioon pankin erityinen asiantuntemus.

Korkein oikeus on arvioinut korvausvastuuta ammattimaisuus huomioon ottaen. Korkeimman oikeuden arvioissa ammattimaisen toimijan vastuu on ollut yleensä ankarampi kuin ei-ammattimaisen korvausvastuu. Tältä osin voidaan tarkastella ratkaisuja 2001:128, KKO 1992:44, KKO 1992:3 ja KKO 1988:35. Pääsääntöisesti korkeimman oikeuden ratkaisuissa on arvioitu korvausvastuuta sellaisissa sopimussuhteissa, joissa sopimuskumppaneina on ollut vastakkain asiantuntija ja ei-asiantuntija. Tämän vuoksi suoria johtopäätöksiä näistä ratkaisuista ei tule tehdä kansainvälisen kaupan sopimussuhteista tai liikesopimussuhteista yleensä.

Kansainvälisessä kaupassa toimivaan yritykseen ja pankkeihin suhtaudutaan lähtökohtaisesti luottavasti, koska kyse on asiantuntijasta. Tällöin myös näiden huolellisuusvelvollisuudelle asetetaan korkea standardi ja niiltä edellyttää korkeatasoista sopimusvelvoitteiden täyttämisen tasoa. Kansainvälisessä kaupassa myös toimeksiannon antavalta taholta vaaditaan normaalitason ylittävää huolellisuutta. Kansainvälisen kaupan asiantuntemusta ei voida luokitella toimialan yrityksen koon mukaan. Kaikilta yrityksiltä vaaditaan ja kaikki yritykset vaativat toisiltaan korostettua huolellisuutta ja vankkaa asiantuntemusta toimissaan.

8.5.4 Strict compliance -periaate ja remburssin asiakirjasidonnaisuus

Edellä on tullut esille dokumentaation tärkeyden korostuminen sopimusverkossa. Remburssimenettely on selvästi asiakirjasidonnainen sopimusverkko. Remburssi määrittelee ne asiakirjat, jotka tulee esittää maksun saamiseksi. Mikäli asiakirjat eivät ole juuri sellaiset, miksi ne on määritelty, ei pankki saa suorittaa

maksua.¹⁰² Toisaalta voidaan sanoa, että tällöin pankki ei myöskään voi suorittaa maksua, koska remburssissa esitetyt edellytykset (määrätyt asiakirjat esitetään pankille) eivät täyty. Lordi *Sumner* lausui ehdottomuusperiaatteesta, *strict compliance* -periaatteesta¹⁰³, englantilaisen tapauksen *Equitable Trust Company of New York v. Dawson Partners Ltd.* 2 Ll.L.R. 49 (1927) ratkaisun yhteydessä osuvasti:

”There is no room for documents which are almost the same, or which will do just as well.”

(”Melkein samoille asiakirjoille ei ole tilaa, tai asiakirjoille, jotka käyvät yhtä hyvin.”)

Yhdysvaltojen Uniform Commercial Coden remburssseja koskevassa artikla 5:ssä on selvitetty *strict compliance* -periaatetta:

UCC § 55-108 Issuer’s rights and obligations

”(a) Except as otherwise provided in Section 5-109, an issuer shall honor a presentation that, as determined by the standard practice referred to in subsection (e), appears on its face strictly to comply with the terms and conditions of the letter of credit...”

(UCC § 55-108 Avaajapankin oikeudet ja velvollisuudet

”(a) Jollei kohdassa 5-109 toisin säädetä, avaajapankin on hyväksyttävä esitys, joka, alakohdan (e) tarkoittaman vakiokäytännön mukaan määriteltynä, näyttää tarkasti noudattavan remburssin määräyksiä ja ehtoja...”)

ja esitetty seuraamus siitä, jos asiakirjat eivät ole periaatteen mukaisia:

”Except as otherwise provided in Section 5-113 and unless otherwise agreed with the applicant, an issuer shall dishonor a presentation that does not appear so to comply.”

(”Jollei kohdassa 5-113 tosin säädetä ja jollei toimeksiantajan kanssa toisin ole sovittu, avaajapankin ei tule hyväksyä esitystä, joka ei näytä tällä tavoin noudattavan remburssin määräyksiä ja ehtoja.”)

Strict compliance -periaate kuvastaa sopimusverkkomallin mukaista ajatusta tiukasta sopimuksen sitovuuden ja sopimuksen noudattamisen periaatteesta. Mi-

¹⁰² Esimerkiksi *Kurkela* 1982 I s. 134–135.

¹⁰³ *Strict compliance* -periaatteesta mm. *Jack* s. 139, 269 ja 69 sekä remburssisääntöjen artikla 13. *Kurkela* käyttää *strict compliance* -periaatteesta nimitystä *ankaran yhdenmukaisuuden vaatimus*. Ks. *Kurkela* 1993 s. 118. Kyse on kuitenkin pikemminkin vastaavuudesta eli asiakirjojen tulee vastata niitä ”vaatimuksia” eli niitä asiakirjoja, jotka remburssissa on sovittu käytettäväksi.

käli remburssitoimeksiannossa sovituista asiakirjoista voitaisiin vapaasti poiketa ja pankki suorittaisi maksun väärä asiakirjoja vastaan tai ilman asiakirjoja, ei järjestelyllä olisi mitään varmuutta. Tämä puolestaan heijastuisi koko kansainvälisen kaupan kyseiseen sopimusverkkoon, ei pelkästään remburssijärjestelyyn. Toisaalta tulee huomata, että kansainvälisessä kaupassa perusteeton tai väärä kauppahinta voi siirtyä myös muilla maksutavoilla kuin remburssilla. Mikäli maksavan pankin suoritus on virheellinen tai perusteeton, suoritus on kuitenkin remburssimaksujärjestelyissä vaikeasti peruutettavissa.¹⁰⁴ Tämä johtuu remburssin ehtojen ankaruudesta ja remburssin riippumattomuudesta pääsopimuksesta ja muista kauppaan sekä kaupan osapuoliin liittyvistä seikoista.

Eräissä angloamerikkalaisissa remburssiratkaisuissa ja oikeuskirjallisuudessa on strict compliance -periaate viety remburssien osalta pitkälle, että sen todettu sivuuttavan *de minimis non curat lex* -periaatteen. *De minimis non curat lex* -periaate tarkoittaa karkeasti yleistäen sitä, että pikkuseikoille, mitättömille virheille tai jopa lainvastaisuuksille ei tule antaa merkitystä. Esimerkiksi yhden gramman vajetta 150 tonnin lastissa voidaan pitää *de minimis non curat lex* -periaatteen mukaan merkityksettömänä. Kuitenkin periaatteessa remburssien osalta pieninkin poikkeama on aina strict compliance -periaatteen mukaan merkityksellinen. Angloamerikkalaisissa tuomioistuimissa *de minimis non curat lex* -periaatteen sivuuttamista strict compliance -periaatteella on kuitenkin myös arvioitu kriittisesti, eikä *de minimis non curat lex* -periaatteen sivuuttamista ole pidetty aina täysin perusteltuna.¹⁰⁵

Tulee huomata, että remburssisäännöissä on *de minimis non curat lex* -tyyppisiä rajoituksia strict compliance -periaatteeseen artiklassa 39. Tämän artiklan mukaan remburssissa ilmaistu ”noin” sallii 10 % poikkeaman (artikla 39 a-kohta) ja artiklassa mainituissa erityistilanteissa myös 5 % poikkeamat remburssin määrässä on sallittu (artikla 39 b- ja c-kohdat).¹⁰⁶

Strict compliance -periaatetta noudatetaan pankkikäytännössä, mutta eräissä periaatetta koskevissa tuomioistuinratkaisuuissa on havaittavissa kokonaisharkintaa. Näissä ratkaisuuissa on päädytty tulkitsemaan strict compliance -periaatteen mukaista vaatimusta ottamalla huomioon dokumentaatio kokonaisuutena. Esimerkiksi remburssi asiakirjoissa olleiden kirjoitusvirheiden osalta strict compliance -periaatteen vaatimusta on eräissä tapauksissa tulkinnalla lievennetty. Nämä

¹⁰⁴ Kurkela 1993 s. 131.

¹⁰⁵ *De minimis curat lex* -periaatetta on kuvattu englantilaisessa oikeuskirjallisuudessa mm. seuraavasti: ”*The law does not concern itself with trifles.*” (Laki ei piittaa pikkuseikoista.) *De minimis curat lex* -periaatteesta ja sen sivuuttamisesta remburssien osalta Jack s. 152 ja siinä viitatus tapaukset. Tulee korostaa, ettei *de minimis* -sääntöä pidä sekoittaa tulkinnassa käytettyyn ns. *minimisääntöön*, josta tässä tutkimuksessa myöhemmin luvussa 8.9.5.

¹⁰⁶ Ks. myös remburssisääntöjen artikla 37 c-kohta, jossa on todettu ”... kaikissa muissa asiakirjoissa tavarankuvaus voi olla yleisluontoinen, mutta ei ristiriitainen remburssin tavarankuvauksen kanssa.”

tulkinnat ovat kuitenkin poikkeustapauksista. Esimerkkinä voidaan mainita yhdysvaltalainen tapaus Voest-Alpine Trading USA Corp. v. Bank of China (2002). Tapauksessa remburssin avaajapankki (Bank of China) oli kieltäytynyt remburssisuorituksesta mm. asiakirjassa ololleen kirjoitusvirheen takia. Maksunsaajan nimi oli kirjoitettu virheellisesti ”Voest-Alpine USA Trading Corp” (edunsaajan oikea nimi oli Voest-Alpine Trading USA Corp.). Tuomioistuin katsoi, että kyseinen kirjoitusvirhe ei yksin ollut sellainen peruste, että se olisi oikeuttanut pankin kieltäytymään suorituksesta. Päätöksessä oli otettu huomioon, että yhtiön nimen yhteyteen kirjoitettu osoite oli oikein, eikä muutoinkaan sekaantumisen vaaraa ollut. Tämänkaltaisista ratkaisuksista ei tule tehdä päätelmiä **strict compliance** -periaatteen heikentymisestä.

Remburssijärjestelyssä jokaisella mukana olevalla pankilla katsotaan olevan asiakirjojen tarkistamisvelvollisuus lukuun ottamatta avoimaa pankkia eli pankkia, joka ainoastaan siirtää asiakirjat.¹⁰⁷ Jos vahvistava pankki tai avaajapankki kieltäytyy suorituksesta sille maksunsaajan esittämiä asiakirjoja vastaan, tulee pankin ilmoittaa kieltäytymisestä, kieltäytymisen syystä eli siitä, miksi asiakirjat ovat olleet virheellisiä sekä mitä pankki tekee esitetyille asiakirjoille.¹⁰⁸

Voidaan kuitenkin todeta, että remburssisääntöjen 14 artiklan d-kohdassa esitetty vaatimus – eli ilmoitus, palauttaako pankki asiakirjat asiakirjojen esittäjälle vai pitääkö pankki asiakirjat itsellään – on usein turha, sillä pankki voi käytännössä palauttaa asiakirjat ainoastaan asiakirjojen esittäjälle. Toisaalta jos pankki ei palauta asiakirjoja, voinee asiakirjojen esittäjä tehdä loogisen johtopäätöksen siitä, että asiakirjat ovat edelleen pankin hallussa. Tällöin voidaan perustellusti esittää näkemys, että pankilla on aina velvollisuus maksunsaajan eli asiakirjojen esittäjän pyynnöstä palauttaa asiakirjat, jotka pankki on hylännyt.

Strict compliance -periaatteeseen ei kuitenkaan tulisi liittää sopimusoikeudellisen velvoitteen täyttämisen perusteena vaatimuksen esittämisen oikea-aikaisuudesta. On selvää, että remburssissa, kuten kaikissa velvoiteoikeudellisissa instrumenteissa tulee velkojan vaatimus velallisen velvoitteen täyttämisestä esittää oikea-aikaisesti; remburssiasiakirjat tulee esittää pankille remburssin voimassaoloaikana. Strict compliance -käsitteellä on kuitenkin perinteisesti tarkoitettu *vain maksuvaatimuksen esittämistavan sopimuksen mukaisuuden* – ei siis oikea-aikaisuutta. Maksuvaatimuksen sopimuksen mukaisessa esittämistavassa ja vaatimuksen oikea-aikaisuudessa on kuitenkin kyse samasta peruskäsitteestä eli sopimuksen mukaisesta toiminnasta. Käytännössä maksuvaatimuksen sopi-

¹⁰⁷ Ks. esimerkiksi remburssisääntöjen artikla 13.

¹⁰⁸ Ks. remburssisääntöjen artikla 14.

muksen mukaisuus ja oikea-aikaisuus ovat yleisiä edellytyksiä maksun saamiseen.

Tässä ei ryhdytä tutkimaan remburssiasiakirjoihin liittyviä erityiskysymyksiä, vaikka ne käytännössä muodostavat remburssijärjestelyssä teknisesti arvioituna olennaisen osan. Asiakirjojen osalta kyse on kuitenkin lähinnä pankkiteknisistä seikoista, joiden oikeudellinen tarkastelu ei ole kovinkaan hedelmällistä. Remburssiasiakirjoihin liittyvät kysymykset muodostavat ehkäpä suurimman osan pankkien remburssitoimeksiantoihin liittyvästä työstä. Se seikka, mihin asiakirjoihin remburssimaksu liitetään ja mitkä asiakirjat maksuun oikeuttavat, on remburssitoimeksiannoissa remburssin osapuolten ja pankkien asiantuntemukseen liittyvä peruskysymys. Tältä osin asiakirjojen remburssin mukaisuus tulee jättää remburssimaksun teknisten asiantuntijoiden (kuten esimerkiksi pankit ja ICC) tehtäväksi.

Remburssiasiakirjoihin liittyvien pankkitekniisten kysymysten osalta on tehty mittavia tutkimuksia ja ohjeistuksia. Näitä ovat mm. kansainvälisen kauppakamarin pankkitekniisen lautakunnan lausunnot (*ICC Publications: Documentary Credits in Practice*). Lausunnot on tarkoitettu ohjaamaan pankkeja, kun ne tekevät arvioinnin remburssiasiakirjojen oikeellisuudesta. Myös ISBP-ohjeet on laadittu remburssisääntöjen soveltamisen selventämiseen remburssiasiakirjoihin liittyvissä kysymyksissä.

Asiakirjojen merkitystä remburssijärjestelyn eri vaiheissa voidaan lyhyesti kuvata seuraavasti:

1. remburssiasiakirjojen valinta pääsopimuksen neuvotteluvaiheessa (pääsopimuskumppanien välillä)
2. remburssiasiakirjojen selvittäminen ja kirjaaminen remburssiin toimeksiannon syntymisvaiheessa (toimeksiantajan ja avaajapankin välillä)
3. remburssiasiakirjojen arvioiminen maksun saajan esittäessä asiakirjat maksavalle pankille (myyjän ja avaaja-/vahvistavan pankin välillä).

Kohdassa 3 kyse on strict compliance -periaatteen soveltumisesta. Asiakirjojen esittäminen on merkityksellisin ja useimmiten käytännössä hankalin remburssiasiakirjoihin liittyvä vaihe. Avaamalla tai vahvistamalla remburssin pankki on antanut selkeän sitoumuksensa maksaa sovitun summan remburssin edunsaa-jalle vain ja ainoastaan tiettyjä asiakirjoja vastaan.

8.5.5 Strict compliance on rigor commercialis -periaatteen ilmentymä

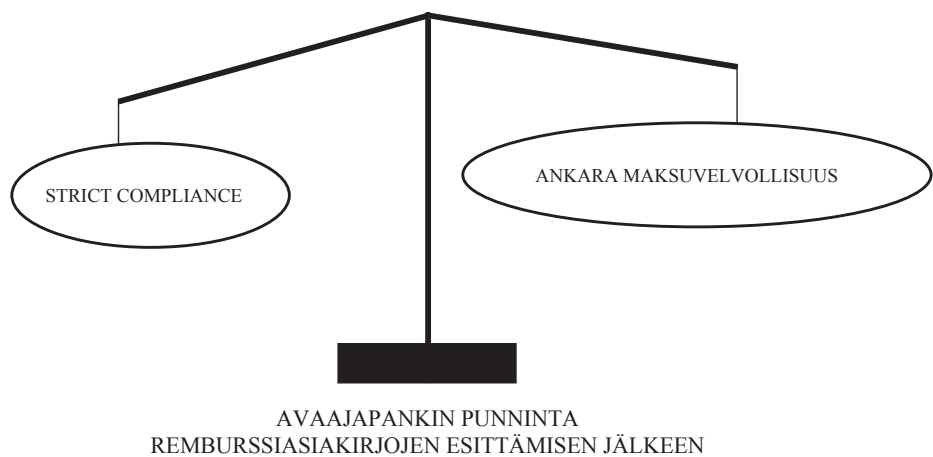
Strict compliance -periaate kuvastaa remburssin toiminnalle erityisen tärkeää elementtiä eli sitä, että avaajapankin ankaran maksuvelvollisuuden vastapainona

on avaajapankin ankara velvollisuus noudattaa remburssissa asetettuja ehtoja maksun suorittamiselle ja tässä yhteydessä tarkistaa huolellisesti pankille esitetävät asiakirjat.

	Myyjän etu	Ostajan etu
Asiakirjasidonnaisuus	Avaajapankin ankara maksuvelvollisuus, kun myyjä esittää remburssin mukaiset asiakirjat	Remburssimaksu suoritetaan ainoastaan sovittuja asiakirjoja vastaan.
Pankin tehtävät	Avaajapankin ankara maksuvelvollisuus. Avaajapankki maksaa myyjälle remburssin määrän heti, kun avaajapankille esitetään remburssissa sovitut asiakirjat.	Strict compliance -periaate eli velvollisuus toimia tiukasti remburssin ehtojen mukaan. Suoritus tapahtuu vain sovittuja asiakirjoja vastaan, ei vääriä tai puuttuvia asiakirjoja. Strict compliance -periaate suojaa toimeksiantajaa (eli ostajaa).

Kuvio 21. Asiakirjasidonnaisuus ostajan, myyjän ja pankin kannalta.

Strict compliance -periaate ja avaajapankin ankara maksuvelvollisuus voidaan myös esittää kuviona.



Kuvio 22. Ankara maksuvelvollisuus ja asiakirjasidonnaisuus pankin arvioinnissa

Strict compliance on rigor commercialis -periaatteen ilmentymä kansainvälisen kaupan remburssimaksujärjestelyssä.¹⁰⁹ Rigor commercialis -periaate on kansainvälisessä kaupassa käytännössä sitä ehdottomampi ja sitovampi, mitä asiantuntevammasta sopimuskumppanista on kyse.

Strict compliance -periaatteen mukaan pankilla on ankara huolellisuusvelvoite remburssi asiakirjojen tarkistuksessa. Strict compliance -periaate ei kuitenkaan edellytä, että avaajapankin tarkistamisvelvollisuus sisältäisi järjestelyn tarkoituksenmukaisuuden arviointia. Itse asiassa strict compliance -periaate johtaa päinvastaiseen tulkintaan. Pankin velvollisuutena ei ole pohtia, *miksi* juuri sovittu ja remburssissa ilmoitetut asiakirjat on esitettävä maksun saamiseksi. Pankin tehtävänä ei ole pohtia, *minkä vuoksi* remburssin asiakirjat on määritelty juuri sovittunlaisiksi. *Jack* on todennut osuvasti:

”It is not for a bank to reason why.”¹¹⁰

(Ei ole pankin tehtävänä pohtia miksi.)

Pankin asema paranee remburssijärjestelyssä strict compliance -periaatteen myötä. Se selkeyttää ja rajaa avaajapankin riskejä. Strict compliance -periaate asettaa huolellisuusvelvoitteen tavallaan myös remburssin saajalle, sillä hänen täytyy esittää vain ja ainoastaan remburssissa määritellyt asiakirjat, jotta hän saisi remburssimaksun. Pääsopimukseen tai sen osapuolten toimiin liittyvä tarkoituksenmukaisuusharkinta ei kuulu strict compliance -periaatteeseen eikä avaajapankin velvollisuuksiin sen tarkistaessa remburssi asiakirjoja.¹¹¹

Strict compliance -periaatteen osalta voi kuitenkin tulla esiin myös toisenlaisia tarkoituksenmukaisuusharkintoja kuin *why*- eli *miksi*-harkintaa. Siitä on kyse, kun asiakirjat ovat pankin näkemyksen mukaan täysin epäloogisia tai hyvin vaikeasti ymmärrettäviä. Mikäli asiakirjojen yhteys toisiinsa tai asiakirjojen ominaisuutena yleisesti pidetty loogisuus ontuu, voi pankki harkita tarkoituksenmukaisuutta asettamalla kysymyksen ”ovatko ne siten remburssin tarkoituksen mukaisia”. Tällöinkin pankin tarkoituksenmukaisuusarvioinnin tulisi tukea ainoas-

¹⁰⁹ Yleisesityksenä kaupallisten sopimusten osalta *Hellner* 1989.

¹¹⁰ *Jack* s. 150, jossa samalla viitataan oikeustapaukseen Commercial Banking Co of Sydney v. Jalsard Pty Ltd, jossa päätöstä tehnyt Lordi *Diploc* lausui: ”The banker is not concerned as to whether the documents for which the buyer has stipulated serve any useful commercial purpose or as to why the customer called for tender of a document of a particular description”. (Pankkiiri ei ole kiinnostunut siitä, täyttävätkö ostajan määräämät asiakirjat mitään erityistä kaupallista tarkoitusta tai miksi asiakas halusi kyseisen kuvauksen mukaisen asiakirjan.)

¹¹¹ Periaatteessa remburssitoimeksiannossa voitaisiin pankille antaa velvollisuus harkita tai tarkistaa asiakirjojen tarkoituksenmukaisuus, mutta tämä johtaisi täysin asiakirjojen tarkistuskäytännölle vieraaseen tilanteeseen. On vaikea uskoa minkään pankin suostuvan avaamaan remburssia siten, että pankilla olisi velvollisuus toimittaa jonkinlainen tarkoituksenmukaisuusharkinta. Remburssisäännötkin korostavat nimenomaan asiakirjasidonnaisuutta.

taan pankin arviointia siitä, ovatko asiakirjat remburssissa määritetyn kaltaisia eli palvelevatko asiakirjat remburssin tarkoitusta.

Strict compliance -periaatteen mukaan pankin on kyettävä vastaamaan, ovatko asiakirjat remburssissa määriteltyjä vai ei. Vastauksen tulee olla ”kyllä” tai ”ei”. Mitään välimuotoa ei ole. Strict compliance -periaatteessa annetaan vastaus myös kysymykseen siitä, tuleeko edunsaajan esittää kaikki asiakirjat remburssimaksua vaatiessaan. Vastaus on yksiselitteinen; kaikki vaaditut remburssiasiakirjat tulee esittää. Muussa tapauksessa remburssimaksuvaatimus ei ole oikein esitetty (koska kaikkia asiakirjoja ei ole esitetty avaajapankille).¹¹² Tämä kaikkien asiakirjojen esittämiskaava on viety pitkälle. Esimerkiksi ns. yhdistetyt asiakirjat eivät täytä ”erillisinä vaadittujen asiakirjojen vaatimusta”.

Strict compliance -periaatteesta voidaan esittää seuraava tapaus. Remburssissa oli ilmoitettu kuusi ”alkuperäistä asiakirjaa”, jotka oli numeroitu asiakirjoiksi 1–6. Strict compliance -periaatteen mukaan remburssin saajan tuli esittää kaikki kuusi erillistä asiakirjaa. Jos näistä remburssissa mainituista alkuperäisistä asiakirjoista jotkut on yhdistetty yhdeksi asiakirjaksi, ei avaajapankki saa eikä sillä ole velvollisuutta hyväksyä asiakirjoja. Minkä vuoksi strict compliance -periaatetta on tulkittu näin tiukasti, vaikka tosiasialla samat asiakirjat ja tiedot löytyvät yhdistetystä asiakirjasta? Kyse on siitä, että ostaja on saattanut suunnitella ja valita remburssiasiakirjat myös asiakirjojen myöhempää käyttöä varten. Juuri tämän vuoksi ostaja tarvitsee haltuunsa kyseiset kuusi asiakirjaa erillisinä. Jos jotkut asiakirjat on yhdistetty, saattaa se aiheuttaa ostajalle menetyksiä esimerkiksi silloin, kun ostaja on sopinut kolmansien kanssa luovuttavansa juuri nuo kaksi (yhdistettyä) alkuperäistä asiakirjaa erikseen – vaikkapa alkuperäisinä kahdelle eri taholle.

Remburssi muodostaa osan kansainvälisen kaupan sopimusverkkoa, jossa valitsee verkon dominoteoria. Sopimusverkossa ja remburssitoimeksiannossa avaajapankin omatoimisuus (esimerkiksi asiakirjojen yhdistämisen) johtaa samalla sopimusrikkomuksen hyväksymiseen. Voidaan sanoa, että avaajapankki ei voi sinänsä mitättömän tuntuksella hyväksymisellä omatoimisesti muuttaa sopimusverkon sopimustasapainoa.¹¹³ Strict compliance -periaate ei pelkästään suojaa remburssijärjestelyn osapuolia, vaan sillä on myös varsinaisten osapuolten intressien ylittävä vaikutus: strict compliance -periaate tukee sopimusverkkoa (kunten muutkin rigor commercialis -periaatteen ilmentymät).

Ulkopuolisen on usein vaikeaa ymmärtää kansainvälisen kaupan ja siinä käytetyn remburssimaksujärjestelyn tarkoituksenmukaisuutta. Joissain tapauksissa kansainvälisen kaupan tai remburssiin liittyvien järjestelyjen tarkoituksenmukai-

¹¹² *Jack* s. 151 sekä varsinkin viitattu oikeustapaus *Donald H Scott & Co v Barclays Bank Ltd.* [1923 2 KB 1].

¹¹³ Ks. ICC:n julkaisu 489 ”More Case Studies on Documentary Credits”, 1991 s. 68–69.

suuden arvioiminen on kolmannelle käytännössä jopa mahdotonta. Strict compliance -periaate rigor commercialis -periaatteen ilmentymänä on kuitenkin kaiken kaikkiaan kansainvälisen kaupan toimivuuden elinehto. Lordi *Summer* on todennut ratkaisussa *Equitable Trust Co. of New York v Dawson Partners Ltd.* edellä (s. 304) esitetyn jälkeen:

”Business could not proceed securely on any other lines. The bank’s branch abroad, which knows nothing officially of the details of the transaction thus financed, cannot take upon itself to decide what will do well enough and what will not. If it does as it is told, it is safe; if it declines to do anything else, it is safe; if it departs from the conditions laid down, it acts at its own risk.”

(”Liiketoiminta ei voi muutoin edetä turvallisesti. Pankin ulkomailla sijaitseva konttori, joka ei tiedä virallisesti mitään rahoitettavan liiketoimesta, ei voi ottaa tehtäväkseen päättää, mitkä käyvät riittävän hyvin ja mitkä eivät. Jos se toimii, kuten sitä on käsketty toimimaan, se on turvassa; jos se kieltäytyy tekemästä mitään muuta, se on turvassa; jos se poikkeaa asetetuista ehdoista, se toimii omalla riskillään.”)

Strict compliance -periaate johtaa remburssijärjestelyssä käytännössä siihen, että avaajapankin suorittama asiakirjojen tarkistus päättyy aina avaajapankin osalta konkreettiseen pakkoon tehdä päätös; avaajapankin on tehtävä itsenäinen päätös siitä, vastaavatko asiakirjat remburssissa määriteltyjä asiakirjoja. Avaajapankki voi esittää asiakirjat ja remburssin ehdot kolmannen arvioitavaksi (esim. Kansainvälisen kauppakamarin pankkikomissio, joka on antanut lausuntoja remburssisääntöjen soveltamisesta), mutta avaajapankki joutuu tekemään päätöksen yksin ja omalla vastuullaan. Se ei voi periaatteessa remburssin tarkoituksesta ja mekanismista johtuen ottaa vastaan sitovia määräyksiä tai ohjeita keneltäkään avattuaan remburssin.¹¹⁴ Poikkeuksena on kuitenkin mainittava tuomioistuimen mahdolliset kielto- tai turvaamistoimipäätöksiä kaltaiset määräykset, joita pankin on noudatettava.

Käytännössä muutos voidaan kuitenkin tehdä remburssiin kaikkien osapuolten suostumuksin ja tällöin viime kädessä avaajapankin toimeksiantaja eli ostaja esittää pankille muutokset, jotka remburssin saaja hyväksyy. Mikäli remburssijärjestelyssä on mukana useampi pankki (ilmoittava tai vahvistava pankki) tai remburssiin liittyvä muu osallinen, tulee niitakin tahoja informoida ja saada näiltä suostumus, mikäli he ovat sitoutuneet toimimaan remburssijärjestelyssä. Remburssin muuttamisessa on kyse teoriassa remburssijärjestelyn osapuolten eräänlaisesta ”aikaisemman” remburssin peruutuksesta ja ”uudesta” remburssin avaamisesta. Vanhaa remburssia ei sellaisenaan enää ole. Remburssin muuttaminen

¹¹⁴ Tältä osin vahvistavan pankin asema on sama kuin avaajapankin.

saattaa myös aiheuttaa ongelmia remburssin peruutettavuuden osalta.¹¹⁵ Edellä esitetystä yhteisessä peruutuksessa on kyse kollektiivisesta toimesta, jolla kaikki osapuolet yhdessä peruuttavat järjestelyn. Tämän tyyppinen yhteistoiminta ja kaikkien remburssiosapuolten hyväksymä toiminta on mahdollista (remburssisääntöjen kieltämättä) sopimusvapauden periaatteen mukaan.

8.5.6 Remburssi on pääsopimukseen ja sopimusverkkoon nähden itsenäinen sopimus

Sopimusverkon ja yksittäisen sopimuksen suhdetta on tässä tutkimuksessa tarkasteltu jakamalla yksittäiset sopimukset sopimusverkkoon nähden liitännäisiin ja itsenäisiin sopimuksiin. Remburssi on tarkoituksella pääsopimuksesta erillinen sitoumus.¹¹⁶ Remburssissa mukana olevien osapuolten toimet koskevat vain asiakirjoja. Pääsopimus, tavarat, palvelut tai muut suoritteet jäävät periaatteessa remburssin ulkopuolelle. Remburssin käytöstä aiheutuu toimeksiantajalle eli ostajalle kuluja. Toisaalta asiakirjojen esittämisvelvollisuus antaa remburssissa myös ostajalle vakuuden kaltaisen turvan siitä, että suoritusta ei tapahdu, ellei sovittuja dokumentteja esitetä.

Remburssia on kuvattu pääsopimuksesta eli kansainvälisestä liikesopimuksesta itsenäisenä ja riippumattomana maksujärjestelynä. Tämä on myös remburssin perusominaisuus, jota kuvataan usein ilmaisulla *the autonomy of letter of credit*.¹¹⁷ Jo 1867 Lordi *Crains* lausui ratkaisussaan tapauksessa *The Agra and Masterman's bank (Ltd), Ex Parte The Asiatic Banking Corporation (Ltd)* (1867) riippumattomuudesta seuraavan:

”The person taking bills on the faith of it is to have the absolute benefit of the undertaking in the letter, and to have it in order to obtain the acceptance of his bills, without reference to any collateral or cross claims.”¹¹⁸

(”Asiakirja [tässä sanaa *bill* on käytetty vanhassa merkityksessä ’vekseliremburssi’] vastaanottava henkilö uskoo saavansa täyden hyödyn asiakirjan määrittämästä sitoumuksesta, ja vastaanottavansa sen saadakseen hyväksynnän vekseleilleen, ilman liityntää vakuuksiin tai vastasaamiseen.”)

Remburssin riippumattomuus ja itsenäisyys ovat pääperiaatteita, mutta poikkeuksellisesti pääsopimuksella voi olla vaikutus remburssiin. Tällainen poikkeus

¹¹⁵ Ks. remburssisäännöt artikla 6. Peruuttamattomuus remburssisääntöjen mukaan koskee lähinnä toimeksiantajan mahdollisuutta perua remburssi.

¹¹⁶ Remburssisääntöjen artikla 3.

¹¹⁷ Tästä remburssisääntöjen artikla 1 sekä *Jack* mm. s. 17 ja 75.

¹¹⁸ Ks. *Coutsoudisin* artikkeli *Letters of credit and the fraud exception a comparative analysis of the laws of the United States of America, England, and South Africa*.

on esimerkiksi vilpillinen toiminta (*fraud*), josta myöhemmin luvussa 9 tässä tutkimuksessa.¹¹⁹

Remburssikäytäntö on kehittynyt siten, että remburssiasiakirjoihin ei välttämättä enää liity niin ehdottomasti tavaraan oikeuttavaa asiakirjaa kuin ennen tai sellainen asiakirja laaditaan osapuolten välillä vasta tavaran siirtymisen yhteydessä. Esimerkiksi kansainvälisessä kaupassa remburssissa on käytetty jopa Ex Works -toimitusehtoa. Tällöin ostaja tulee myyjän tehtaalle noutamaan tavaraa esimerkiksi rekka-autolla, ja vasta tehtaalla laaditaan osapuolten toimesta rahtikirja, joka luovutetaan myyjälle tavaraa noudettaessa. Varsin selvää on, että remburssia käytettäessä kuljetusehto ja vastuiden siirtyminen tulee pohtia ja suunnitella huolella, jotta ongelmilta välttyttäisiin.

Remburseista aiheutuvat pankkien kulut lasketaan siten, että käytännössä kauppahinnaltaan pieniä kauppvoja ei kannata suhteellisesti suuriksi muodostuvien kulujen takia maksaa remburssilla. Toisaalta jopa eräissä kuluttajakaupoissa on kuluttajaa vaadittu maksamaan remburssilla. Muun muassa käytettyjen traktorien kauppaa tehtiin 1980-luvulla Englannista Suomeen remburssikauppana, vaikka ostajat olivat yksityisiä suomalaisia maanviljelijöitä. Pienten remburssikauppojen osalta on tärkeää laskea ja sopia remburssikulujen korvaamisvastuusta osapuolten välillä. Mikäli myyjä sitoutuu maksamaan kulut, voi käydä niin, että hän ei saa pienestä kauppasummasta mitään itselleen, koska kulut ylittävät sovitun kauppahinnan – tai pahimmassa tapauksessa myyjä joutuu vielä maksamaan kuluja yli kauppahinnan. Pienten remburssimaksujen osalta on suositeltavaa ja kohtuullista, että kulut jaetaan tasan myyjän ja ostajan välillä, sillä remburssin käytöstä on useimmiten hyötyä myyjälle ja ostajalle.

Remburssin edut maksutapana ovat edelleen kansainvälisessä kaupassa merkittävät. Sekä myyjä että ostaja hyötyvät, koska remburssi tunnetaan maksutapana ainakin pankeissa hyvin. Toisaalta remburssia käyttävät pääsääntöisesti ainoastaan remburssin käyttöön perehtyneet tahot, koska maksutapa vaatii asian-tuntemusta ja huolellisuutta kaikilta remburssimaksujärjestelyyn osallistuvilta. Suoranaisten hyötyjen lisäksi remburssin käytöstä on myös välillistä hyötyä. Esimerkkinä remburssijärjestelyn välillisestä hyödystä voidaan mainita se, että remburssin käytön vuoksi kansainväliseen kauppaan liittyvä dokumentaatio on laadittava huolella, jotta se täyttäisi remburssin ehdot. Yleensä dokumentaatiosta on hyötyä myyjän ja ostajan lisäksi myös sopimusverkon muille osapuolille ja osallisille, koska he voivat saada asianmukaiset tiedot kauppasopimuksesta.

Kansainvälisessä kaupassa on yleistä, että remburssilla maksettaessa myyjä lähettää konossementin yhden kappaleen (yhden yleensä kolmesta kappaleesta)

¹¹⁹ Tästä ajatuksesta mm. *Jack* s. 40.

suoraan ostajalle heti kaupan kohteen kuljetuksen alkamisen jälkeen. Tämä on menettelytavan yleisyydestä huolimatta hyvin riskialtista, koska:

- konossementilla ostaja saa tavaran haltuunsa, olipa kauppahinta maksettu tai ei,
- myyjän tulisi varmistua siitä, että hänellä on kaikki remburssiasiakirjat kunnossa, ennen kuin hän lähettää konossementtikappaleita ostajalle. Myyjän on siis syytä kysyä vahvistavalta pankilta tai avaaja pankilta, hyväksyykö se myyjän hallussa olevat asiakirjat ja maksaako pankki remburssin määrän asiakirjoja vastaan. Jos myyjä saa suorituksen tai lupauksen suorituksesta, voi se lähettää konossementin kappaleen ostajalle, koska se on saanut tai saa varmasti suorituksen jo hyväksyttyjä asiakirjoja vastaan pankilta.

Remburssikaupassa pankki pääsääntöisesti vaatii, että remburssitoimeksiantajan tekevä ostaja antaa joko vakuuden remburssin summaa vastaavasta määrästä tai että toimeksiantaja kattaa remburssin ennen sen avaamista. Vaikka toimeksiantaja ei kattaisikaan remburssia, tehdään pankissa käytännössä aina nimenomainen remburssia koskeva luottopäätös siitä, avataanko remburssi kyseisen asiakkaan toimeksiannosta.

Remburssissa kantava ajatus on remburssin itsenäisyys ja riippumattomuus pääsopimuksesta. Joissakin tilanteissa saattaa syntyä kysymys siitä, miten pääsopimuksen purku, irtisanominen, mitättömyys tai pätemättömyys vaikuttaa remburssiin. Asian tarkastelu tulee perustaa siihen, että sopimuskumppanit ovat pääsopimuksessa yhteisesti sopineet remburssin käytöstä. Tällä maksuehdolla on haluttu luoda turva nimenomaan maksun saajalle eli myyjälle.

Pääsopimuksen päättymisen tavalla ja ajankohdalla on merkitys remburssille ja remburssin osapuolille. Mikäli sopimuskumppanit ”purkavat yhdessä” sopimuksen tai ”yhteisesti irtisanovat” sopimuksen päättymään, ei liene ongelmaa remburssin käytön ja kohtalon osalta. Tällöin tulee kuitenkin ottaa huomioon myös sopimuksen ulkopuolisen eli remburssin avaajapankin, vahvistavan pankin ja ilmoittavan pankin asema. Näille tulee ilmoittaa sopimuksen päättymisestä ja siitä, että remburssi peruutetaan.

Remburssitoimeksiannon päättäminen ennen pankin suorittamaan maksua tulee tehdä siten, että remburssin saaja ja toimeksiantaja (ostaja) ilmoittavat pankille (pankeille) asiasta. Tällöin ainoastaan remburssin saajan ja toimeksiantajan yhteinen ilmoitus on riittävän selkeä päättämään remburssitoimeksiannon kesken sen voimassaoloa. Tämä johtuu remburssitoimeksiannon erityislaatuisuudesta; toimeksiantajan oma ilmoitus toimeksiantosuhteen lopettamisesta toimeksisaajalle (eli remburssin peruuttamisilmoitus pankille) ei ole käytännössä tehokas – ellei kyse ole perin harvinaisesta peruutettavissa olevasta remburssista. Avaajapankki on sitoutunut ankaraehtoisesti maksamaan remburssisumman tiettyjä asiakirjoja vastaan ilman väitteentekomahdollisuutta. Tämän vuoksi toimek-

siantajan yksipuoliset käskyt pankille remburssin avaamisen jälkeen eivät voi muuttaa edunsaajalle eli myyjälle annettua (maksu-)sitoumusta.

Mikäli vain toinen kansainvälisen kaupan liikesopimuskumppani purkaa tai irtisanoo sopimuksen päättymään, tulevat remburssijärjestelyssä seuraavat kysymykset esille:

- mitä asiakirjoja vastaan suoritus tapahtuu, eli onko myyjällä ylipäänsä mahdollisuus esittää remburssin ehtojen mukainen maksuvaatimus sopimuksen päättymisen jälkeen?
- mikäli myyjällä on asiakirjat, on remburssimaksu riippuvainen siitä, esittääkö myyjä maksuvaatimuksen?

Nämä kysymykset voidaan yhdistää yhdeksi: voiko remburssi toimia, vaikka pääsopimusta ei ole?

Pääsopimuksen purku- ja irtisanomistilanteissa myyjä esittää joko perustellun tai perusteettoman maksuvaatimuksen avaajapankille, jolla on antamansa sitoumuksen perusteella periaatteessa ankara velvollisuus maksaa remburssisumma.

Remburssijärjestelyssä lähtökohtana on se, että avaajapankki maksaa, jos sille esitetään remburssissa määritellyt asiakirjat. Jos pääsopimuskumppanit päättävät ennen maksuvaihetta sopimussuhteensa, tulisi näiden ilmoittaa pankille remburssin peruuttamisesta. Nimenomaan remburssin saajan on tehtävä peruuttamista koskeva ilmoitus, koska toimeksiantajana oleva ostaja ei voi peruuttamattoman remburssin ollessa kyseessä tällaista ilmoitusta yksipuolisesti tehdä. Toisaalta avaajapankin edun mukaista olisi se, että osapuolet ilmoittaisivat yhdessä avaajapankille heidän yhteisestä tahdostaan, mikäli sillä on jotain vaikutusta avaajapankin asemaan tai velvollisuuksiin. Remburssin toiminta perustuu siihen, että avaajapankki on sitoutunut ankaraehtoisesti maksamaan remburssisumman tiettyjä asiakirjoja vastaan ilman väitteentekomahdollisuutta. Rajoina tälle ankaraehtoiselle maksuvelvollisuudelle ovat strict compliance -periaate (eli jos asiakirjat eivät vastaa remburssissa mainittuja asiakirjoja, pankin tulee kieltäytyä maksusta) ja vilpillinen toiminta.

8.5.7 Remburssin sisältämä vakuus

Remburssi poikkeaa henkilövakuusominaisuutensa vuoksi muista maksutavoista.¹²⁰ Vakuusominaisuus syntyy avaajapankin sitoumuksesta maksun saajalle maksaa sovittuja remburssi asiakirjoja vastaan. Tällöin vakuuden antajan ase-

¹²⁰ Vakuusominaisuus on tosin vain periaatteellinen, mikäli kyse on peruutettavissa olevasta remburssista.

massa oleva kolmas eli pankki sitoutuu itsenäiseen vastuuseen kauppahinnan¹²¹ suorittamisesta myyjälle.

Suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa mainittuja henkilövakuuksia ovat:¹²²

1. takaus
2. luottovakuus
3. delcredere-sitoumus
4. vakuustakuut (esimerkiksi first demand -takuu)
5. remburssi.

Mahdollisuudet järjestää vakuus ovat kansainvälisessä kaupassa käytännössä toisenlaiset kuin kansallisessa kaupassa. Kun kauppaa käydään kotimaanmarkkinoiden tutussa ympäristössä, on käytössä olevien ja tehokkaiden vakuuksien määrä runsaampi kuin kansainvälisessä kaupassa. Yhtenä esimerkkinä voidaan mainita esinevakuudet, joita käytetään kotimaisilla markkinoilla runsaasti. Kansainvälisessä kaupassa esinevakuuksia ei juurikaan käytetä, koska niiden käyttöön tarvittavia arviointeja ja arvostuksia on usein hankala suorittaa.¹²³

Mitä suuremmat kulttuurierot ja välimatkat kauppaa käyvien osapuolten välillä ovat, sitä vaikeampaa esinevakuuksien käyttö on. Vakuuden arviointia helpottaa suuresti, jos vakuusesineellä on yleisesti tunnustettu ”maailmanmarkkinahinta”. Tällaisia vakuusesineitä ovat esimerkiksi jalometallit. Niissä on kuitenkin erityisongelmana tavarantoiminnan oikeellisuus ja aitous, jotka vakuuden saajan tulisi huolella ennakolta tarkastaa. Esinevakuuksiin liittyvä irtaimen esineen hallinnan siirron vaatimus aiheuttaa ongelmia kansainvälisessä kaupassa. Suomalaisessa oikeustieteessä on esitetty lievempiä kantoja traditiovaatimukselle. Esimerkiksi *Havansi* on todennut:¹²⁴

”Traditiovaatimus irtaimen panttauksessa ei välttämättä merkitse sitä, että kyseinen esine tai arvopaperi olisi kirjaimellisesti siirrettävä pantinomistajan (O) hallinnasta pantinsaajan (L) yksinomaiseen hallintaan, joskin käytännössä näin usein tapahtuu.”

On kuitenkin huomattava, että kansainvälisessä kaupassa soveltuvien periaatteiden ja sääntöjen kirjo on laaja, minkä vuoksi traditiolle kulloinkin asetettujen kansallisten vaatimusten osalta ei voida esittää yleispätevää sääntöä.

¹²¹ Tässä lähdetään olettamasta, että remburssi avataan koko kauppahinnan määräisenä. Rembursin määrä voi tuki olla muukin, kuin koko kauppahinta.

¹²² Ks. esimerkiksi *Havansi* 1993, s. 3–4, sekä *Aurejärvi* 1986, s. 221. Ks. myös *Havansi* 1984, s. 270–280 ja 316.

¹²³ Joskin esimerkiksi Kaukoitään suuntautuvassa kaupassa on käytetty jalometalleja panttivakuutena.

¹²⁴ *Havansi* 1992 s. 132.

Kansainvälisessä ja kansallisessa kaupassa voidaan periaatteessa käyttää samantyyppisiä vakuuksia. Niiden valinnan ja käyttökelpoisuuden ratkaisee suu-relta osin se, kuinka helposti vakuus voidaan realisoida. Mikäli vakuudesta ei saada pikaisesti kompensatioita epäonnistuneen kaupan tai virheellisen kaupan kohteen takia, ei vakuudenvaihtaminen ole onnistunut. Toisaalta kansainvälisessä kaupassa käytetyn vakuuden tulisi olla myös vakuutta järjestävälle mahdollisimman vaivaton.

Remburssi on henkilövakuuden sisältävä maksujärjestely. Remburssin voidaan katsoa muodostuvan kahden eri velvoiteoikeudellisen instituution (maksun ja henkilövakuuden) yhdistelmästä. Vakuuden antajana on avaajapankki, sillä se sitoutuu maksamaan remburssissa mainittuja asiakirjoja vastaan remburssin määrän. Koska vakuuden antajana on pankki, pidetään remburssia varmana vakuutena. Remburssimaksun suorittaminen sovittuja asiakirjoja vastaan luo toimintavaroituksen myös maksun saajalle: jotta tämä saisi maksun, on hänen esitettävä juuri oikeat asiakirjat maksavalle pankille.

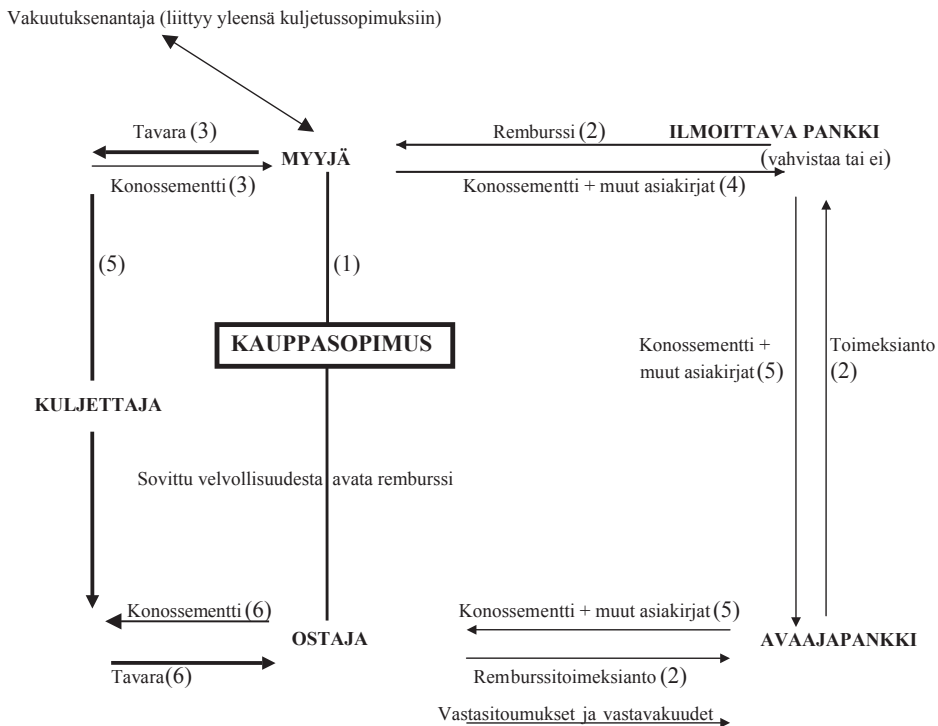
Remburssin henkilövakuus on erityislaatuinen, sillä maksusitoumuksen antajana toimiva avaajapankki maksaa ja antaa maksun saajalle henkilövakuussitoumuksen ostajan velvollisuudesta maksaa remburssissa määritelty suoritus eli yleensä pääsopimuksessa sovittu kauppahinta. Voidaankin sanoa, että remburssissa avaajapankin suoritus on ensisijassa kauppahinnan maksu ja toissijaisesti avaajapankin vakuussuoritus. Teoriassa voitaisiin esittää kritiikkiä ja kiistää remburssin henkilövakuusominaisuus väittämällä, että kyse on ainoastaan itsenäisestä ja pääsopimuksesta irrotetusta vastuusta maksaa remburssissa määritelty summa remburssi-asiakirjoja vastaan. Tämän tyyppisen kritiikin perusteella voitaisiin kyseenalaistaa myös muiden henkilövakuuksien ”vakuusluonne”. Esimerkiksi takauksenkin osalta voitaisiin väittää, että takauksen saajan tulee esittää maksuvaatimus takaajalle ja tämän vuoksi kyse olisi vain takaajan sitoumuksesta maksaa. Henkilövakuus on kuitenkin annettu vakuustarkoituksessa ja jonkin velvollisuuden täyttämisen turvaamiseksi. Tämän vuoksi remburssijärjestelyn avaajapankin sitoumusta voidaan perustellusti arvioida henkilövakuutena.

Remburssin avaamisen edellytyksenä on käytännössä aina se, että maksava pankki saa sitoumukselleen vastasitoumuksen toimeksiantajalta tai että toimeksiantaja kattaa remburssin määrän pankille.¹²⁵ Kansainvälisen kaupan pankki-käytännöissä esiintyy kuitenkin tilanteita, joissa pankki ei ole vaatinut vastavakuutta tai remburssin kattamista ennen remburssin avaamista. Pankkikäytännössä pankin vakuudetonta luottotamasta on kutsuttu ”omaa sitoumusta vastaan”, mikä lienee termin ”vakuudetta” kaunistelua.

¹²⁵ Yleisesitys vastasitoumuksista *Saarnilehto, Ari* (toim.): Vastasitoumuksista ja muista pankkisiroumuksista, 1993.

KKO ratkaisussa 1997:111 on käräjäoikeuden tuomion osalta kuvattu tämän tyyppistä tilannetta seuraavasti: ”STS-Pankki Oy:n johtokunnan päätöksellä 7.5.1992 Skipatrol Oy:lle on myönnetty 0,39 miljoonan markan määräinen remburssi. Johtokunnan kokoukseen ovat osallistuneet Aav, Degerth, Laaksonen, Kyhälä ja Wahlroos. Luottihakemuksen mukaan luotto on myönnetty omaa sitoumusta vastaan eli vakuudetta. Remburssi on jäänyt pankin vahingoksi.”

8.5.8 Remburssin rakenne¹²⁶



Kaavio 23. Remburssin rakenne.

1. Kauppasopimus, jossa on sovittu remburssimaksuehdosta.
2. Ostaja tekee toimeksiannon pankille. Hyväksyttyään toimeksiannon pankkia kutsutaan avaaajapankiksi.
3. Myyjä lähettää tavaran (kaupan kohteen) ja tekee muut kuljetukseen liittyvät sopimukset.

¹²⁶ Mukailtu Gortonin s. 283 esittämästä kaaviosta.

4. Myyjä esittää remburssin mukaiset asiakirjat pankille (Ilmoittava pankki). Pankki voi vahvistaa remburssin. Remburssin vahvistus tarkoittaa, että myös ilmoittava pankki sitoutuu remburssin mukaiseen vastuuseen maksusta.
5. Kuljetus suoritetaan. Asiakirjat lähetetään ilmoittavasta pankista avaaja-pankille, joka esittää ne maksettavaksi ostajalle. Ilman näitä asiakirjoja ostaja ei saa tavaraa haltuunsa (esimerkiksi konossementti). Kuljetukseen liittyy usein pääsopimuksessa sovittu vakuutusopimus.
6. Kuljettaja (tai esimerkiksi tulli) luovuttaa tavaran sovittuja asiakirjoja vastaan.

Kuvassa paksumpi nuoli osoittaa tavaran kulun. Raha kulkee ostajalta avaaja-pankille, josta ilmoittavan pankin kautta myyjälle. Asiakirjat kulkevat myyjältä ilmoittavalle pankille, josta avaajapankin kautta ostajalle.

8.5.9 Remburssijärjestelyn sitoumus- ja sopimussuhteet

Remburssissa tulee olla seuraavat perussuhteet, jotka voidaan havaita myös edellä esitetystä remburssia kuvaavasta kaaviosta.

Remburssissa pääsopimus on kauppasopimus. Pääsopimukseen liittyvät pääsopimuskumppanien eli ostajan ja myyjän velvollisuudet. Pääsopimuksessa on määritelty maksutapa.

Varsinaisesti remburssin kehittyminen itsenäiseksi maksusitoumukseksi alkaa avaamistoimeksiannosta, jonka ostaja antaa pankille. Ostaja on toimeksiantosopimuksessa toimeksiantaja ja pankki toimeksisaajana. Remburssitoimeksiantosuhteessa osapuolilla on toimeksiantosuhteeseen liittyvät tavanomaiset velvoitteet. Kuitenkin remburssitoimeksiannossa korostuu toimeksiantajan velvoite antaa riittävät ja oikeat tiedot, ja toisaalta pankeilla on toimeksisaajana erityisiä velvollisuuksien rahoituslaitoksena, kuten rahanpesun estämistä koskevien säädösten ja määräysten mukaiset velvollisuudet.

Pankilla on velvollisuus toimia toimeksiannon vastaanottamisen ja hyväksymisen jälkeen eli avattuaan remburssin (sekä toimiessaan vahvistavana pankkina tai ainoastaan kirjeenvaihtajapankkina tai ilmoittavana pankkina) erityisen huolellisesti sekä toimeksiantajaa että remburssin maksun saajaa kohtaan.

Remburssin saajan velvollisuutena on esittää asiakirjat pankille. Kun osapuolet ovat pääsopimuksessa sopineet remburssin käytöstä maksutapana, unohdetaan usein se, että myyjän velvollisuutena on esittää remburssiasiakirjat pankille. Esittämisvelvollisuutta ei ole asetettu pelkästään maksun saamiseksi, vaan myös sen vuoksi, että ostaja saa tavaraan oikeuttavat asiakirjat haltuunsa. Remburssia koskevissa tutkimuksissa keskitytään usein tarkastelemaan vain myyjän oikeutta saada kauppahinta. Tällöin kuitenkin unohdetaan se, ettei myöskään ostaja voi saada asiakirjoja, jos myyjä ei esitä niitä pankille. Periaatteessa myyjä voi toimittaa tavaraan oikeuttavat asiakirjat suoraan ostajalle, mutta tällöin hän ei voi saada kauppahinnan maksua avaajapankilta. Remburssi ei kuitenkaan poista

myyjän velvollisuutta luovuttaa tavara tai tavaraan oikeuttavat asiakirjat ostajalle tai remburssijärjestelyssä pankille.

Pankilla on velvollisuus tarkistaa asiakirjat strict compliance -periaatteen asettamien vaatimusten mukaan siten, että ne vastaavat remburssitoimeksiantosopimuksessa sovittuja asiakirjoja. Mikäli asiakirjat eivät vastaa remburssissa sovittua, ei pankki voi hyväksyä asiakirjoja eikä myöskään suorittaa kauppahinnan maksua. Avaajapankin velvollisuus on maksaa, jos asiakirjat ovat remburssissa mainitut. Periaatteessa olisi syytä tehdä ero näiden kahden velvollisuuden välille; pankin tulee aina tarkistaa asiakirjat, mutta maksuvelvollisuus aktualisoituu vasta tämän tarkastusvelvollisuuden täyttämisen jälkeen. Jos asiakirja hylätään (strict compliance -periaatteen perusteella), tulee hylkäävän pankin vedota nimenomaan siihen, että asiakirjat eivät ole remburssin mukaisia. Hylkäämisen syynä vedotaan käytännössä remburssisääntöihin, jos remburssisääntöjä sovelletaan järjestelyssä. Pankki ei voi ilman erillistä sopimusta maksunsaajan kanssa vedota pankin sisäisiin ohjeisiin tai esimerkiksi ISBP-ohjeisiin.

On myös syytä huomata, että remburssijärjestelyssä ei pidä hyväksyä vekseliä toimeksiantajan maksettavaksi vaan avaajapankin tai vahvistavan pankin maksettavaksi. Jos toimeksiantaja on vekselissä maksavana, ei remburssin perusajatus toteudu. Tällöinhän toimeksiantaja itse maksaisi eikä pankki.

Pankki voi halutessaan antaa ennakollisen ilmoituksen siitä, että se tulee avaamaan toimeksiannossa kuvatun remburssin tulevaisuudessa. Ilmoitus on tarpeen pääsopimusneuvottelujen loppuvaiheessa: pääsopimuksen lopullisen hinnan määräytyminen on käytännössä usein riippuvainen maksutavasta. Mitä varmempi suoritus myyjälle on tulossa, sitä enemmän myyjä voi periaatteessa joustaa kauppahinnassa. Remburssi sisältää pankin antaman sitoumuksen maksaa remburssin määrä myyjälle tämän esittäessä remburssissa mainitut asiakirjat; eli remburssi sisältää pankin antaman henkilövakuuden. Pankilla on velvollisuus antaa asiakirjat ostajalle, kun ostaja on täyttänyt omat velvollisuutensa toimeksiantajana.

Pankin tulee toimia toimeksiantosopimuksessa sovittulla tavalla. Pankin vastuun rajat ja toimintavelvollisuus remburssijärjestelyssä määräytyvät myös remburssissa säännönmukaisesti käytettäväksi sovittujen ICC:n sääntöjen mukaan (remburssisääntöjen tai ISP 98 -sääntöjen perusteella, jos kyse on standby-remburssista).

Pankin vastuu on liikesopimusverkolle tyypillisesti vähintään kaksisuuntainen. Pankit vastuut kohdistuvat yleensä kuitenkin kolmeen eri tahoon:

1. pankin vastuu toimeksiantajaa eli ostajaa kohtaan
2. pankin vastuu maksun saajaa eli myyjää kohtaan
3. remburssijärjestelyssä mukana olevat toiset pankit (esimerkiksi silloin, kun kyse on ns. syndikoidusta remburssimaksusta, joissa vastuu on useammalla pankilla).

Remburssijärjestelyssä mukana olevan pankin vastuun arvioinnin tai pankin toiminnan sopimuksen mukaisuuden arvioinnin kannalta ei ole riittävää tarkastella vain luotonantajan yleistä vastuuta¹²⁷ tai perinteiseen tapaan tarkastella vain pankin laatimaa tahi tarkastamaa dokumentaatiota. Useissa kansainvälisissä remburssia koskevista korkeimpien oikeuksien ja ICC:n keräämissä tapauksissa huomio kiinnittyy ”pankkitekniikan toimivuuteen” ja luotonantajan ”velvollisuuksiin ja oikeaan toimintaan”. Tällöin kuitenkin unohdetaan, että juridisesti kyse on perimmiltään yksinkertaisesta toimeksiannosta, jossa

1. pankki antaa myyjälle
2. ostajan toimeksiannosta
3. toimeksiannossa määritellyn sitoumuksen
4. kauppahinnan maksamisesta
5. remburssiasiakirjoja vastaan.

Pankin vastuun arviointi on siten edellä mainitunlaisesti aina vähintään kaksisuuntainen: yhtäältä toimeksiantajaa ja toisaalta edunsaajaa, maksunsaajaa tai toista pankkia kohtaan. Toimeksiannon kaksisuuntaisuutta kuvastaa myös remburssisääntöjen artikla 14 c, jossa pankki voi ”oman harkintansa mukaan” tiedustella toimeksiantajan mielipidettä asiakirjojen hyväksymisessä:

”If the Issuing Bank determines that the documents appear on their face not to be in compliance with the terms and conditions of the Credit, it may in its sole judgment approach the Applicant for a waiver of the discrepancy(ies). This does not, however, extend the period mentioned in sub-Article 13 (b).”

(”Jos avajaapankki päättää, etteivät asiakirjat näytä remburssin määräysten ja ehtojen mukaisilta, se voi oman harkintansa mukaan kääntyä toimeksiantajan puoleen ja pyytää virheen (virheiden) hyväksymistä. Tämä menettely ei kuitenkaan pidennä artiklassa 13 (b) mainittua ajanjaksoa.”)

8.5.10 Remburssin maksuajankohta

Remburssissa määritelty suoritus voidaan maksaa ajankohtana, joka tulee sopia avajaapankin kanssa. Määritelmien osalta tulee erottaa toisistaan voimassaolo ja ajankohta, jolloin remburssi on maksettavissa. Tätä ajankohtaa kuvataan englannin kielessä termillä *availability*, joka tarkoittaa ajankohtaa, jolloin remburssi on ”käytettävissä” (kuten esimerkiksi remburssisääntöjen 10 artiklassa.). Remburssi sovitaan pääsääntöisesti maksettavaksi:

- avistamaksuna eli remburssidokumentteja vastaan (*at sight payment*)
- maksuajan jälkeen (*deferred payment*)

¹²⁷ Näistä vastuista *Huhtamäki* 1993.

- pankki hyväksyy – käytännössä myyjän asettaman – vekselin (*by acceptance*), joka erääntyy maksettavaksi remburssissa mainittuna eräpäivänä
- pankki maksaa regressioikeudella (*by negotiation*).

Avisointi-termillä tarkoitetaan remburssiterminologiassa pankkiteknistä avisointia, eikä esimerkiksi kuljetusalalla käytettyä avisointia, jolla puolestaan tarkoitetaan ilmoitusta tavarán saapumisesta tai lähtemisestä. Vahvistava pankki vahvistaa remburssin, mutta avisoiva pankki ei vahvista. Jos avisoiva pankki vahvistaa remburssin, puhutaan vain vahvistavasta pankista.

Avistaremburssilla¹²⁸ tarkoitetaan puolestaan remburssia, jossa remburssi maksetaan asiakirjoja vastaan ilman maksuaikaa. Avistaremburssin vastakohtana voidaan tämän määrittelyn mukaan pitää maksuaikaa sisältävää remburssia, joita ovat käytännössä tavallinen maksuaikainen remburssi ja remburssi, jossa käytetään myöhemmin erääntyvää vekseliä. Myyjä voi toki pyrkiä diskonttaamaan myöhemmin erääntyvän vekselin jo ennen eräpäivää, jolloin maksu tapahtuu käytännössä ilman vekselissä määriteltä maksuaikaa.

8.5.11 Osapuolten vastuut remburssissa

Remburssijärjestelyn osapuolien vastuiden määrittelyssä on usein todettu vastuiden riippuvan lähinnä siitä, missä asemassa osapuoli on. Määrittelytapa on kuitenkin velvoiteoikeudellisesti arvioituna lähtökohtaisesti väärä. Remburssissa osapuolen asema määärtyy toimeksianto- ja sopimussuhteiden perusteella. Osapuolten vastuiden arvioinnissa tulisi aina korostaa sitä, että remburssin osapuolen asema tai nimitys ei sinänsä luo vastuuta tai anna oikeuksia järjestelyssä.

Remburssin toimeksiantoperusteisuuden hyväksymisen myötä huomataan, että käytännössä usein vaikeiksi koetut remburssiin liittyvät oikeudelliset erimielisyydet ja ongelmat ovat itse asiassa tyypillisiä toimeksiantosopimuksiin liittyviä ongelmia, sillä remburseissa ja muissa toimeksiantoon perustuvissa sopimusjärjestelyissä esiintyvät juridiset ongelmat ovat yleensä samantyyppisiä. Toimeksiantosuhteisiin liittyvät perusongelmat voidaan kiteyttää seuraaviin peruskysymyksiin:

- onko toimeksianto ylipäänsä annettu?
- onko toimeksianto (toimintaohje) annettu selkeästi ja riittävän yksiselitteisesti?
- onko toimeksianto vastaanotettu?
- onko toimeksianto suoritettu toimeksiantosopimuksen mukaisesti?

¹²⁸ Avistarembursista on käytetty myös termiä *käteisremburssi*. Ks. esimerkiksi *Kauppinen – Vanhanen* s. 151.

Remburssijärjestelyihin liittyvien vastuiden tulkinnassa ja arvioinnissa tulee muistaa, että remburssitoimeksiannot ja remburseihin liittyvät toimet ovat pankkikäytännössä pitkälti vakiintuneet. Toimintatapojen vakiintumista on edesauttanut elektronisessa muodossa (käytännössä SWIFT-järjestelmän kautta) annettavat toimeksianto- ym. ohjeet. Toisaalta remburseihin liittyvät tulkintaongelmat voivat korostua käytetyn terminologian ja erilaisten kauppakulttuurien takia.

Pankin asema voi kansainvälisen kaupan maksujärjestelyssä saada erilaisia painotuksia. Pankkia voidaan pitää ainoastaan toimeksisaajana, jonka tehtävät sovitaan toimeksiantosopimuksessa. Toisaalta pankki on usein asiantuntijana maksujärjestelyn tai -tavan valinnassa. Mikäli maksutapana käytetään remburssia, on pankilla (nyt siis avaajapankilla) vakuuden antajan asema. Maksujärjestelystä sovittaessa pankin ja toimeksiantajan välillä sovitaan korostetusti maksun järjestämisen lisäksi maksujärjestelyyn liittyvien riskien jaosta. Mikäli pankin osalta ei ole selkeästi sovittu liiketoiminnasta aiheutuvan riskin kantamisesta, ei pankki voi pääsääntöisesti olla vastuussa toimeksiantajan riskeistä. Poikkeuksellisenä riskinjakosopimuksena voidaan kuitenkin pitää juuri remburssia, koska siinä pankki avatessaan remburssin ottaa riskin kannettavakseen. Näin syntyvän vakuusvelvoitteen vastapainoksi pankki vaatii yleensä vastasitoumuksen tai vastavakuuden, vaikka se saa tavaraan oikeuttavien asiakirjojen synnyttämän ”vakuuden”.

Tapauksessa Helsingin hovioikeus 25.4.1996, S 95/1198 (lainvoimainen) tulee hyvin esille pankin ja asiakkaan välisten vastuiden jakautumisen pääperiaatteet kansainvälisessä kaupassa.

Tapauksessa kantaja vaati pankilta vahingonkorvausta toimeksiantosopimuksen perusteella.

Toimeksiantosopimuksessa oli sovittu maksujärjestelystä, jonka pankki otti hoitaakseen. Kantajan mukaan pankki oli valinnut maksujärjestelyn toteuttamiskeinon siten, ettei toimeksiantajalla (eli kantajalla) ollut mahdollisuutta vaikuttaa valintaan.

Käräjäoikeuden ratkaisusta, johon myös hovioikeus on yhtynyt, käy selkeästi esille, ettei kaikenlaisia liiketoimintaan liittyviä riskejä voida automaattisesti siirtää pankin kannettavaksi. Riskinjaosta voidaan sopia hyvinkin yksityiskohtaisesti. Mikäli nimenomaista sopimusta riskin siirtämisestä pankille ei ole tehty, ei kansainvälistä kauppaa harjoittava yritys voi tällaista toimeksiantosopimuksen ulkopuolista riskiä pankille siirtää. Tapauksessa ei ollut kyse kuluttajan tekemästä sopimuksesta, vaan pankin toimeksiantajana oli kansainvälistä kauppaa harjoittava ja toimialansa tunteva yritys.

Toimeksiantosopimus sisälsi ainoastaan oikeutuksen siirtää toimeksiantajan ilmoittama määrä valuuttaa amerikkalaiseen pankkiin. Varat oli tarkoitus vapauttaa maksun saajan hyväksi, kun toimeksiantoon sisältyneet kaikki muut ehdot ovat täyttyneet. Pankilla ei ollut varsinaista omaa intressiä tai selkeää asiantuntijaroolia kyseisessä kauppasuhteessa. Pankki oli toiminut nimenomaisesti ja ainoastaan maksutapojen asiantuntijana. Kantajan katsottiin puo-

lestaan olevan ainakin jossakin määrin asiantuntija kansainvälisessä kaupassa. Maksutoimeksiannon taustalla olevassa kaupassa kantajan tarkoituksena oli ostaa maailmanmarkkinoilta 12 500 tonnia sokeria. Kauppahinta oli yli 3 miljoonaa Yhdysvaltain dollaria.

Maksutoimeksiannossa oli sovittu pankin tehtäväksi ainoastaan maksun tekninen toteuttaminen. Pankkia ja pankinjohtajaa vastaan nostetussa kanteessa toimeksiantaja esitti perusteluina myös, että nämä eivät olleet ilmoittaneet järjestelyyn liittyvistä muista riskeistä. Lisäksi kantajan mielestä toimeksiannosta neuvotelleen pankinjohtajan olisi tullut nimenomaisesti ilmoittaa, ettei pankki ota vastatakseen näistä ”muista riskeistä”.

Sokerikaupan maksuehdoksi oli myyjä (joka ei ollut jutussa osapuolena) esittänyt kantajalle vaihtoehtoina joko peruuttamattoman ja siirrettävissä olevan kansainvälisen pääpankin vahvistaman remburssin tai ehdollisen myyjän pankin vahvistaman SWIFT-maksun. Kantaja ei oman selvityksensä mukaan ollut tietoinen näiden maksutapojen eroista, ja tämän vuoksi maksutavan valinnasta oli keskusteltu pankinjohtajan kanssa. Pankinjohtaja oli käydyissä keskusteluissa kertonut kantajalle lähinnä remburssista. Koska pankinjohtajalla ei ollut omakohtaisia kokemuksia ehdollisesta SWIFT-maksusta, hän oli heti tiedustellut asiaa pankin toiselta toimihenkilöltä.

Pankinjohtaja oli informoinut kantajaa maksutapojen eroista, ja ilmoittanut, ettei pankki suosittele ehdollisen SWIFT-maksun käyttöä. Kantajalle oli syntynyt käsitys, että pankki ei ollut halukas käyttämään ehdollista SWIFT-maksua, koska pankin palkkio olisi tätä maksutapaa käytettäessä ollut huomattavasti remburssista saatavaa palkkiota pienempi. Kyseisistä maksutavoista aiheutuneet pankin kulut olisivat olleet remburssin osalta 18 000 Yhdysvaltain dollaria ja ehdollisen SWIFT-maksun osalta 70 markkaa. Kantaja oli päättänyt ehdollisen SWIFT-maksun käyttöön.

Pankki oli selvittänyt, että maksumääräyksen saanut pankki saattoi tulkita kaupassa käytettyä erityisehtoista maksumääräystä joko ehdollisena tai ehdottomana. Kantajan itse muotoileman erityisehtoisen SWIFT-maksumääräyksen lähettänyt pankki ei käytännössä vastaa vastaanottavan pankin tulkinnasta ja toiminnasta. Pankki oli ilmoittanut tästä vastuun rajoittamisesta kantajalle. Käräjäoikeus oli tuomiossaan katsonut, että pankki oli toiminut kantajalta saamansa toimeksiannon mukaisesti.

Kun kantajan sopimuskumppani ei kyennyt sokerierää toimittamaan, jäi suoritettu maksu yhdysvaltalaiselle pankille, joka palautti maksun lähes kokonaan takaisin vastaajapankille. Vastaajapankki puolestaan hyvitti summalla kantajan tiliä. Kantaja vaati vastaajapankkia suorittamaan vahingonkorvauksena palauttamatta jääneen osan kauppahintaa (775 000 USD). Syytä yhdysvaltalaisen pankin päätökselle jättää osa kauppahinnasta palauttamatta ei tapauksessa esitetty. Käräjäoikeuden tuomion mukaan kantaja ei kyennyt näyttämään, että vastaajapankki olisi sitoutunut erityiseen vastuuseen. Käräjäoikeuden perusteluiden mukaan pankin erityistä vastuuta vastaan oli myös pidettävä näyttöä siitä, että pankki oli perinyt ainoastaan 180 markan palkkion toimeksiannosta. Hovioikeus ei muuttanut käräjäoikeuden tuomiota.

Remburssijärjestelyissä on kehitetty hiljainen vahvistusmenettely (*silent confirmation*), jolla tarkoitetaan yleensä sitä, että avaajapankin maksusitoumuksen

lisäksi jokin ulkopuolinen antaa maksun saajalle vakuuden (yleensä pankkitaakuun) avaajapankin sitoumuksen täyttämisen vakuudeksi. Hiljainen vahvistus on erotettava käsitteellisesti omaksi erilliseksi remburssiin liittyväksi vakuudeksi, jonka antaa joku muu kuin avaajapankki tai vahvistava pankki. Kyse on erillisestä vakuussitoumuksesta, jossa vakuuden antaja sitoutuu maksamaan remburssissa mainitun summan edunsaajalle. Hiljaisen vahvistuksen perusajatuksena on se, että remburssijärjestelyn osapuolet eivät tiedä hiljaisesta vahvistuksesta (josta johtuu järjestelyn nimi). Ongelmana hiljaisessa vahvistuksessa voi olla se, miten se liittyy tai ei liity remburssijärjestelyyn, ja toisaalta, voidaanko siihen soveltaa esimerkiksi remburssisääntöjä.

Pankin hoitaessa remburssitoimeksiantoa saattaa pankkien tietojen siirrossa sattua virheitä. Tällöin kyse on pääsääntöisesti virheestä, jossa pankki siirtää saamansa toimeksiannon sisältämät tiedot virheellisesti remburssiasiakirjaan tai toiselle remburssin osapuolelle. Tämäntyyppinen tiedonsiirtovirhe voi sattua esimerkiksi siten, että pankin toimihenkilö unohtaa laittaa asiakkaan toimeksiannossa määrittämän mukaisen oikean tiedon varsinaiseen remburssidokumenttiin. Esimerkkinä voidaan mainita unohdus laittaa ”rasti oikeaan ruutuun” tai kirjoitusvirhe Incotermsien osalta. Jos pankki on siirtänyt tiedot virheellisesti tai muutoin käsitellyt remburssiin liittyviä tietoa virheellisesti, on se pääsääntöisesti vastuussa tiedonsiirtovirheestä aiheutuneesta vahingosta.

8.5.12 Remburssi ja maksunsiirto

Remburssin perimmäinen tarkoitus on maksaa kansainvälisessä kaupassa kauppahinta. Kyse on siitä, että ostaja ja myyjä sopivat niistä ehdoista, joilla sovittu kauppahinta maksetaan ja siitä, kuka maksaa myyjälle kauppahinnan. Remburssi on kokonaisjärjestely, jonka viimeisenä osana on maksun siirto myyjälle. Tämän vuoksi on syytä esittää muutama huomio tilisiirron suhteesta remburssiin. Tilisiirtoja on säädelty tilisiirtolailla vuodesta 1999.¹²⁹ Tilisiirtolain voimaantultua tilisiirtomaksuihin liittyneet epävarmuudet vähenivät suomalaisessa pankkitoiminnassa.

Remburssiin ja maksunsiirtoon liittyvien perusongelmien osalta kysymyksenasettelu on usein seuraava:

1. miten remburssin perusteella voidaan maksaa väärälle taholle?
2. voiko suoritus olla väärän suuruinen?

¹²⁹ Tilisiirtolaki tuli voimaan 14.8.1999. Ennen sen voimaantuloa vallinneesta tilanteesta katso esimerkiksi *Koulu, Risto*: Tilimaksun saajan suojasta. Oikeustiede–Jurisprudentia XXIV:1991, s. 197–270, *Hemmo, Mika*: Sopimus ja delikti, 1998 s. 321–326 ja *Pöyhönen* 1992 s. 1184, jossa *Pöyhönen* on pohtinut sopimussuhteen osapuolien asemaa tilisiirrossa. Pankkitilisiirtoja koskevien riitojen osalta katso KKO:n aikaisemmasta ratkaisukäytännöstä ratkaisut 1992:3 sekä 1994:80.

3. voiko maksun laukaiseva vaatimus eli dokumenttien esittäminen pankille olla väärä eli voiko maksuperuste olla väärä?

Jos kansainvälisessä kaupassa maksutavaksi on valittu remburssi, voidaan näihin kysymyksiin (1–3) vastata varsin lyhyesti:

Remburssimaksussa maksunsaajaksi ilmoitetaan asiakirjat esittävä taho. Tämä on pääsääntöisesti myyjä, joka esittää remburssiin perustuvan maksuvaatimuksen yhteydessä kirjallisesti, mihin suoritus tulee tehdä. Käytännössä ainoastaan myyjän itsensä antama virheellinen tieto voi johtaa virheelliseen suoritukseen.

Remburssissa määritellään maksun suuruus. Käytännössä ilmenee tilanteita, joissa kauppahinta ei vastaa remburssitoimeksiannossa tai remburssin avauksen yhteydessä ilmoitettua, mutta remburssin summa on kuitenkin jo tuolloin myyjän tiedossa. Jos summa ei jostain syystä ole sovitun suuruinen, voidaan remburssissa ilmoitettua määrää korjata osapuolten suostumuksin. Kuitenkin on huomattava, että pankin remburssin perusteella maksama summa on käytännössä aina oikean määräinen – se seikka, vastaako remburssin määrä kauppahintaa, on remburssista riippumaton ja niin teoriassa kuin käytännössäkin eri asia.

Viimeisenä esitetty kysymys maksuperusteen oikeellisuudesta aktualisoituu jokaisessa remburssissa. Maksuperusteen oikeellisuus edellyttää sitä, että pankki tekee suorituksen sovittuja asiakirjoja vastaan. Vaikka pankki ei pääsääntöisesti (ja remburssisääntöjen mukaan) vastaa asiakirjojen oikeellisuudesta, vastaa pankki kuitenkin siitä, että se suorittaa maksun asiakirjoja vastaan. Pankissa joudutaan tutkimaan ja arvioimaan asiakirjojen remburssin mukaisuutta, minkä vuoksi virheitä voi sattua.

Lähtökohtaisesti remburssijärjestelyn osapuolilla on tavoitteena se, että pankki suorittaa kauppahinnan eli remburssin määrän myyjälle. Jos maksuperuste on muodollisesti väärä (eli asiakirjat poikkeavat remburssissa sovitusta), ei maksava pankki voi tehdä remburssiin perustuvaa suoritusta. Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, ettei myyjä olisi missään tapauksessa oikeutettu kauppahinnan saamiseen pääsopimuksen perusteella.

Periaatteessa on mahdollista, että myyjä on täyttänyt pääsopimusvelvoitteensa muutoin mallikkaasti, mutta jostain syystä maksua ei remburssilla saada. Tilanne on tällöin myyjän kannalta ongelmallinen. Käytännössä ei yleensä ole väliä sillä, millä perustein kauppahinta suoritetaan, jos ostaja saa kuitenkin tavaran haltuunsa. Edelleen voidaan todeta, että myyjä voi periaatteessa aina vaatia ja saada suorituksen suoraan ostajalta. Myyjä voi taas puolestaan itse toimittaa ostajalle tavaraan oikeuttavat asiakirjat muutoinkin kuin remburssijärjestelyllä. Jos myyjä tai ostaja täyttää omat sopimusvelvoitteensa, mutta ei remburssiin liittyvästä syystä saa asianmukaista vastasuoritusta sopimuskumppanilta, ovat perusteettoman edun palautusvelvollisuuden edellytykset helposti käsillä. Remburssin toi-

mimattomuus ja siihen soveltuvat mahdolliset ”oikaisumekanismit” ja ratkaisut tulee arvioida aina tapauskohtaisesti.

8.5.13 Remburssi – sopimus kolmannen hyväksi?

Sopimus kolmannen hyväksi voidaan kuvata tilanteeksi, jossa sopimuskumppanit A ja B sopivat, että C:llä on itsenäinen oikeus vaatia sopimusta tai sen osaa täytettäväksi.¹³⁰ Sopimus kolmannen hyväksi voidaan periaatteessa kuvata itsenäiseksi käsitteeksi, mutta määritelmään voidaan kohdistaa perustellusti kritiikkiä. Varsinkin liikesopimusverkoissa kolmannen asema ei käytännössä ole sama kuin esineoikeudellinen tertiuksen asema. Sopimusverkoissa ”kolmas” on itse asiassa usein sopimuksen tai sopimusjärjestelyn kolmas osapuoli.

Kolmannen hyväksi tehtyjä sopimuksia on monenlaisia ja esimerkiksi korkein oikeus on ottanut lukuisissa ratkaisuissaan kantaa tähän käsitteeseen.¹³¹ Sopimus kolmannen hyväksi -termiä käytettäessä joudutaan usein selvittämään seuraavat seikat ja tekemään rajanvetoa mm. seuraaviin käsitteisiin:

- saatavan siirto,
- sopimuskumppanin oikeus siirtää oikeuksiaan,
- suorituksen tai velvoitteen erityislaatuisuus,
- oikeuksien siirtomahdollisuus ylipäänsä ja
- mahdollinen perusteeton etu.

Toisaalta jokainen sopimusperusteinen toimeksianto, jossa toimeksisaaja on velvollinen toimimaan kolmatta kohtaan jollain tavalla, voisi periaatteessa muodostaa ”sopimus kolmannen hyväksi” -tilanteen. Jos sopimuksen ulkopuolinen haluaa vedota tertiuksena sopimuksen luomiin velvoitteisiin ja vaatii esimerkiksi suoritusta itselleen, ollaan poikkeuksetta myös jonkinasteisten prosessuaalisten ongelmien edessä. Periaatteessa pääkysymyksenä on tällöin aina se, onko kyse sopimuskumppanista tai sopimuksen osapuolesta tai ”aidosta sopimuksen ulkopuolisesta” eli tertiuksesta.

Sopimus kolmannen hyväksi -ajatus ei sovellu remburssiin. Kolmannen asema remburssissa ei ole sama kuin korkeimman oikeuden em. ratkaisuissa. Toimeksiannon osalta voidaan remburssia verrata postin tekemään sopimukseen toimittaa kirje perille. Kirjeessä on oltava oikea osoite, jotta se voidaan toimittaa perille; samoin remburssissa tulee olla ”oikeat” ehdot, jotta suoritus voidaan tehdä. Remburssijärjestelyssä maksunsaajan on tullut huolehtia siitä, että hänen

¹³⁰ Katso määritelmästä yleisesti Velvoiteoikeus (*Saarnilehto* toim.) s. 283–286 sekä erityisesti *Tammi-Salminen*.

¹³¹ Esimerkkeinä voidaan mainita KKO:n ratkaisut: 1939 II 142, 1959 II 2, 1982 II 32, 1996:96 ja 1996:147. Edelleen voidaan ottaa esille KKO:n ratkaisu 1994:54, jossa todettiin, että osapuolten ei katsottu sopineen ”vastuusta kolmannen velasta”. Ratkaisusta KKO 1995:54 ks. *Lehtinen* 1995.

antamansa tiedot ovat oikein. Tulee muistaa, että remburssimaksua vaatinut pääsopimuksen myyjäosapuoli on käytännössä ilmoittanut vaatimuksensa remburssin käytöstä.

Remburssijärjestelyssä remburssin maksun saajaa eli myyjää pidetään usein ulkopuolisena, eli tertiuksena. Remburssin maksunsaaja ei kuitenkaan ole aidosti kolmas vaan kauppasopimuksen myyjäosapuoli, joka on vaatinut remburssimaksun käyttöä. Myyjä toimii tietoisena remburssista ja varsinaisesti ”kolmannen hyväksi” pankki toimii ainoastaan ”kolmannen esittämästä maksuvaatimuksesta”. Remburssissa remburssin saaja saa myös tiedon siitä, että remburssi on avattu hänen hyväkseen. Remburssia voidaan näin kuvata myös pankin sitoumukseksi maksusta, joka suoritetaan maksunsaajalle sovituin ehdoin. Jos remburssitoimeksiantoa pidetään sitoumuksena kolmannen hyväksi, tällöin varsin suurta osaa pankin tekemistä liiketoimista (kuten tilisiirrot, tavalliset maksujärjestelyt, jne.) voitaisiin kuvata sopimuksiksi kolmannen hyväksi.

Remburssi ei ole sopimus kolmannen hyväksi vaan se on toimeksianto pankille suorittaa maksu mahdollisena maksunsaajalle.

8.5.14 Pankin vastuu maksunsaajaa eli myyjää kohtaan

Remburssijärjestelyssä avaajapankin ja vahvistavan pankin päävelvollisuutena on maksaa kauppahinta remburssissa määritellyin ehdoin. Remburssimaksun saajana on myyjä, mutta myyjä ei ole varsinainen remburssin sopimusosapuoli. Avaajapankki antaa myyjälle sitoumuksen maksaa sovittuja ja tarkkaan määrättyjä asiakirjoja vastaan. Jos myyjä esittää nämä asiakirjat, ei pankilla ole lähtökohtaisesti mitään mahdollisuutta kieltäytyä maksusta. Pankin velvollisuus maksaa perustuu juuri asiakirjojen esittämiseen, eikä pankin velvollisuutta remburssimaksun saajaa kohtaan rajoita tai velvoita pääsopimuksen eli myyjän ja ostajan välisessä kauppasopimuksen ehdot tai tapahtumat.

Remburssia käytetään juuri sen vuoksi, että halutaan varmistaa kauppahinnan maksu. Siksi pankin velvollisuus olla maksamatta voi perustua käytännössä ainoastaan siihen, että maksun saaja ei ole esittänyt remburssissa sovittuja asiakirjoja remburssin voimassaoloaikana. Pankin vastuun rajana remburssimaksun saajaa kohtaan on kuitenkin vilpillinen toiminta, josta myöhemmin.¹³²

8.5.15 Remburssi luotto- ja rahoitusinstrumenttina

Kauppatavara ja kauppahinta siirtyvät yhtä aikaa sopimuskumppanien välillä, ellei muuta ole sovittu. Historiallisesti tarkasteltuna remburssia voidaan pitää

¹³² Tästä tarkemmin jaksossa 9.

luottoinstrumenttina, sillä remburssikaupassa ei toteudu suoritusten samanaikaisuus (Zug um Zug -periaate). Remburssissa pankki suorittaa avaamansa remburssin perusteella kauppahinnan vasta sen jälkeen, kun myyjä on luovuttanut kauppatavaran. Toisaalta ostaja maksaa remburssin määrän jo ennen kuin hän on saanut kauppatavaran, varsinkin silloin, kun avaajapankki ei maksa remburssia käteisellä, vaan hyväksyy myyjän asettaman vekselin. Ostaja saa vekselissä määritellyn maksuajan ja avaajapankin maksu tapahtuu pankin lunastaessa hyväksymänsä vekselin.¹³³

Remburssia käytetään myös siten, että myyjä voi diskonttaamalla aikaremburssin pankille muuttaa ostajalle annetun maksuajallisen maksun käytännössä käteissuorituksiksi. Tällöin avaajapankki avaa vahvistetun aikaremburssin, jonka myyjä diskonttaa pankille. Diskonttaus edellyttää, että myyjä on esittänyt pankille remburssiasiakirjat. Tämän jälkeen avaajapankki maksaa remburssin määrän myyjälle. Remburssin perusteella maksettavasta summasta vähennetään normaalien kulujen lisäksi pankin diskonttauskulut. Aikaremburssin diskonttauksessa ei remburssin toimintamekanismia muuteta, vaan kyse on aikaremburssiin perustuvan saatavan diskonttauksesta. Aikaremburssin diskonttausmekanismia voidaan käytännössä verrata *forfaiting*-rahoitukseen, jossa myyjän tarkoituksena on saada pankilta (rahoittajalta) käteissuoritus, vaikka ostajalle onkin myönnetty pääsopimuksessa maksuaikaa.¹³⁴

8.5.16 Ostajan velvollisuus maksaa remburssilla

Kansainvälisessä kaupassa lähtökohtana on osapuolten sopimusvapaus. Tämän perusteella maksu- ja vakuusehdot voidaan sopia osapuolten välillä periaatteessa hyvinkin vapaasti. Jos ostaja sitoutuu maksamaan remburssilla, syntyy hänelle samalla velvollisuus antaa toimeksianto sovitulle tai muutoin myyjän hyväksymälle pankille avata remburssi myyjän hyväksi. Mikäli ostaja ei saa pankkia tai sovittua pankkia avaamaan remburssia, on kyseessä sopimusrikkomus. Lienee selvää, että maksutavan ja vakuuden voidaan katsoa olevan niin olennaisia ja tärkeitä sopimusehtoja, että ostajan sopimusrikkomuksen voidaan katsoa oikeutavan sopimuksen purkuun (jos sopimus yleensä katsotaan syntyneeksi).

Käytännössä on suositeltavaa antaa kauppasopimuksen allekirjoituksen odottaa siihen asti, kunnes pankki on ilmoittanut avaavansa sovitun mukaisen remburssin myyjän hyväksi. Kiire tässä vaiheessa voi vaikeuttaa sopimusvelvoitteiden täyttöä puolin ja toisin merkittävästi. Myyjän kannalta on usein niin, että hänen oman rahoituksensa hankkiminen voi olla riippuvainen remburssin avaa-

¹³³ Ks. *Palmgren* s. 475. Kyse on tällöin aikaremburssista.

¹³⁴ *Forfaiting*in käyttö on viime vuosina vähentynyt.

misesta hänen hyväkseen. Monissa pankeissa on nykyään päädytty luottopäätöksiin, joiden edellytyksenä on ulkopuolisen pankin (”kolmannen pankin”) remburssin avausilmoitus tai vahvistusilmoitus. Tätä ilmoitusta vastaan pankit ovat ryhtyneet luottottamaan asiakasyrityksiään. Asiakkaan eduksi avattuun remburssiin perustuva luottopäätös tukeutuu siihen oletamaan, että luotettavan pankin ilmoitus avata remburssi tai vahvistavan pankin vahvistusilmoitus on katsottu pankkikäytännössä niin varmaksi indisioksi tulevasta maksusta, että myyjälle on voitu antaa luottoa (joissain tapauksissa jopa yli 90 prosenttia remburssin määräästä).

Remburssiin perustuvassa asiakasluototuksessa on käytännössä kyse myös siitä, että pankkien väliseen tiedonkulkuun luotetaan ja pankit luottavat asiakkaiden kykyyn selvittää sopimusvelvoitteistaan. Osassa asiakasluototusta pankeilla on vaatimuksena tieto siitä, että kolmannen pankin avaama tai vahvistama remburssi on katettu. Ostajapuolen asiakkailta eli remburssin toimeksiantajilta on kolmannen pankin toimesta saatettu todellisuudessa vaatia, että toimeksiantaja kattaa koko remburssin määrän jo toimeksiantoa haettaessa avaajapankille. Tällöin tieto katesuorituksesta on vahva tuki myyjän luottolaitoksen luottopäätökselle.

Jos remburssia ei saada avatuksi sovitussa pankissa, on tämä yleensä merkki siitä, että ostajaan ei ”pankkimaailmassa” luoteta. Toisin sanoen käytännössä myyjäyhtiön on melko vaivatonta tarkistaa (suuntaa-antavalla tarkkuudella) ostajan eli sopimuskumppaninsa luottokelpoisuus pyytämällä tätä hankkimaan remburssiavaus luotettavasta pankista myyjän hyväksi.

8.5.17 Lojaalisuus remburssijärjestelyssä

Remburssijärjestelyn osapuolten lojaalisuudesta eli lojaliteettiperiaatteen mukaisesta toiminnasta tulee erottaa remburssitoimeksiantoon ja avaamiseen liittyvät sopimus- ja sitoumusperusteiset velvollisuudet. Selvyiden vuoksi on siis todettava, että sopimusvelvoitteen täyttäminen on lojaalia, mutta se perustuu pikemminkin sopimuksen sitovuuden periaatteeseen kuin lojaliteettiperiaatteeseen.

Kansainvälisen kaupan sopimusverkossa osapuolen on toimittava lojaalisti muita sopimusverkon osapuolia kohtaan, kuten edellä on todettu. Remburssijärjestelyjen erityispiirteenä voidaan pitää sitä, että käytännössä pankilla ei koskaan ole mahdollisuuksia kieltäytyä suorituksesta, jos sille esitetään remburssin mukaiset asiakirjat. Tällöin avaajapankin lojaalisuusmahdollisuudet rajoittuvat siten, että sen on aina toimittava päävelvoitteen eli toimeksiannon mukaan avatun remburssin ehtojen mukaan. Kun pankin asemaa tarkastellaan remburssijärjestelyssä, voidaan huomata, että pankin lojaalisuus on kaksisuuntaista. Kaksisuuntaisuus on korostunut avaajapankin osalta. Lojaliteettiperiaatteen mukaisen pan-

kin lojaalisuuden pitäisi sisällöltään olla tasapuolista ja samanlaista pankin jo-
kaista sopimuskumppania kohtaan. Avaajapankin toiminnassa on perinteisesti
korostettu lojaalisuuden merkitystä remburssin maksunsaajaa kohtaan. Tällöin
tulisi kuitenkin kyetä tekemään ero sitoumusvelvoitteen täyttämisen ja lojaliteet-
tiperiaatteen mukaisen toiminnan välillä. Pankin velvollisuuksien arvioinnissa
tulee kysyä, onko toiminta puhtaasti lojaalia toimintaa vai itse asiassa remburs-
sissa määriteltyjen pankin toimintavelvollisuuksien täyttämistä?

Remburssijärjestelyssä pankin lojaalisuuden tulisi kohdistua myös toiseen
suuntaan eli toimeksiantajaa kohtaan, joka on pääsopimuksen ostaja (tai rem-
burssijärjestelyssä mukana olevaan välipankkiin, joka toimii toimeksiantajana).
Toimeksiantajaan kohdistuva pankin toiminta on ensisijassa remburssitoimek-
siannossa sovittujen pankin velvollisuuksien täyttämistä, ei varsinaista lojaali-
suutta. Kuitenkin remburssin avaamisen jälkeen pankin sopimusperusteiset vel-
vollisuudet toimeksiantajaa kohtaan ovat hyvin rajalliset, mutta lojaalisuusvel-
vollisuus maksunsaajaa kohtaan kasvaa. Tämä ei tarkoita sitä, ettei pankilla olisi
velvollisuutta toimia remburssin avaamisen jälkeen edelleen lojaalisti toimek-
siantajaansa kohtaan. Se, miten lojaalisuuden tulisi ilmetä, on määriteltävissä
ainoastaan tapauskohtaisesti. Tältä osin voidaan esittää lojaalisuuden ilmenty-
mänä esimerkiksi pankin velvollisuus ilmoittaa toimeksiantajalle remburssijär-
jestelyn tilasta ja tapahtumista, jopa ilman tämän erillistä pyyntöä.¹³⁵ Remburssi-
toimeksiannossa avaajapankki toimii lojaalisti toimeksiantajaansa kohtaan, kun
se noudattaa toimeksiantosopimuksensa ehtoja.

Pankin lojaalisuutena kaikkia remburssijärjestelyn osapuolia kohtaan voidaan
pitää sen velvollisuutta kieltäytyä maksamasta, mikäli edunsaajan toiminta on
ilmeisen vilpillistä. Yleinen lojaalisuusperiaate tai lojaalisuusvaatimus ei voi
kumota tai ohittaa vilpittömän ja rehellisen toiminnan vaatimusta. Kansainväli-
sessä kaupassa ja pankkitoiminnassa on hyväksyttyä, että selvissä vilpillisissä
maksuvaatimuksissa pankki on voinut kieltäytyä ja sen on myös nimenomaisesti
katsottu olevan velvollinen kieltäytymään remburssimaksusta.¹³⁶

Remburssijärjestelyssä osapuolten velvollisuuksien ja lojaalisuuden raja voi-
daan asettaa teoriassa siten, että osapuolten järjestelyssä sovittujen velvoitteiden
yli menevät suoritukset perustuvat lojaliteettiperiaatteeseen. Käytännössä suu-
rimmassa osassa remburseja sovitaan noudatettavaksi remburssisääntöjä. Täl-
löin ne osapuolet, jotka ovat sitoutuneet noudattamaan sääntöjä, tietävät omat

¹³⁵ Tältä osin voidaan viitata remburssisääntöjen artiklaan 14 c, jossa pankille annetaan mahdolli-
suus ”oman harkintansa mukaan” tiedustella toimeksiantajalta virheiden hyväksymisestä: ”... *it*
may in its sole judgement approach the Applicant” (”...se voi oman harkintansa mukaan kääntyä
toimeksiantajan puoleen”).

¹³⁶ Vilpistä pankkitoiminnasta esimerkiksi *Bertrams* s. 277–336, sekä *Pierce* s. 113–115, jossa on
esitetty ulkomaista oikeuskäytäntöä vilpillisten maksuvaatimusten tapauksissa.

sopimus- ja sitoumusvelvollisuutensa. Näin muodostuu lojaalisuuden raja: ainkin osaa niistä velvoitteista, jotka ylittävät remburssissa ja remburssisäännöissä sovitut nimenomaiset sopimus- ja sitoumusvelvoitteet, voidaan pitää lojaliteettiperiaatteen mukaisina lojaalisuusvelvoitteina.

Lojaalin ja sopimuksen mukaisen toiminnan lisäksi remburssijärjestelyissä on yleisesti hyväksytty periaate, jonka mukaan remburssitoimeksiannossa pankin tulee toimia hyvän kansainvälisen pankkitavan mukaisesti. Pankkien toiminnassa lojaliteettiperiaatteen mukaisen ja hyvän pankkitavan mukaisen toiminnan ero on käytännössä usein vaikea ja jopa mahdoton määritellä. Erottelu ei aina ole edes välttämätön; jos pankin toiminta on yleisesti hyväksyttävää, se on käytännössä lojaalia ja yleensä hyvän pankkitavan mukaista. Sen sijaan remburssijärjestelyssä mukana olevan pankin toimintaa voidaan arvostella kolmen pääkriteerin mukaan kysymällä:

- onko pankin toiminta sen sitoumuksen ja sopimuksen mukaista (remburssin avauksen mukaista ja toimeksiantosopimuksen mukaista)?
- onko pankin toiminta hyvän kansainvälisen pankkitavan mukaista?
- onko pankin toiminta lojaliteettiperiaatteen mukaista?

Remburssijärjestelyssä avaajapankin tai vahvistavan pankin lojaalisuusvelvollisuus tarkoittaa myös sitä, että pankin on otettava toimissaan huomioon varsinaisen sopimuskumppanin (toimeksiantajan) lisäksi avaussitoumuksen edunsaajan eli remburssin maksunsaajan intressit. Jos osapuolet eivät ole sitoutuneet noudattamaan remburssisääntöjä, voidaan avaajapankin lojaalisuusperiaatteen mukaista toimintavelvollisuutta pitää perustellusti hyvinkin laajana. Tämänäyttypistä lojaalisuuden ajatusmallia tukee ja kuvaa osin korkeimman oikeuden ratkaisu KKO 1999:19, jossa korkein oikeus perusteli velvoitetta toimeksiantajan sopimuskumppania kohtaan:

”Pääsääntöisesti toimeksiantosopimus asettaa toimeksisaajalle velvollisuuksia vain toimeksiantajaa kohtaan. Näin ollen esimerkiksi sopimusta laatiesaan toimeksisaajalla ei yleensä ole toimimis- tai tiedonantovelvollisuutta toimeksiantajan sopimuskumppaniin nähden. Tätä voidaan perustella muun muassa sillä, että toimeksisaajan päämies suorittaa vastikkeen toimeksiannon hoitamisesta, kun taas toimeksiantajan sopimuspuoli ei ole velvollinen tekemään toimeksisaajalle vastasuoritusta. Toimeksisaajalla voi kuitenkin olla toimimis- tai tiedonantovelvollisuus myös toimeksiantajan sopimuskumppania kohtaan esimerkiksi oman menettelynsä tai tehtävän sisällön perusteella taikka muutoin tehtävän suorittamiseen liittyvistä olosuhteista johtuen. Tällöin voi syntyä tilanne, jossa toimeksisaaja joutuu sopimussuhteita koskevien periaatteiden mukaisesti vahingonkorvausvastuuseen myös toimeksiantajan sopimuskumppaniin nähden.”

Toimeksiantosuhteen vastuista voidaan ottaa esille myös ratkaisu KKO 1992:165:

Lahjanantaja oli antanut pankin notariaattiosastolle toimeksi laatia lahjakirjan, jonka perusteella lahjansaajan puolisoilla ei olisi avio-oikeutta lahjoitettavaan omaisuuteen. Notariaattiosaston lakimies oli laatinut lahjakirjan ilman avio-oikeuden poissulkevaa ehtoa seurauksin, että lahjansaaja oli sen vuoksi joutunut maksamaan tasinkoa puolisolleen myös lahjoitetun omaisuuden arvon perusteella.

Toimeksiannon suorittaminen oli merkinnyt pankille myös velvollisuutta valvoa lahjansaajan etua. Tämän velvollisuuden täyttämistä pankki vastasi lahjansaajaan nähden sopimussuhteita koskevien periaatteiden mukaan. Kun pankki ei ollut näyttänyt, että se olisi toimeksiantoa suorittaessaan menetellyt huolellisesti, se velvoitettiin toimeksiantosopimuksen rikkomisen perusteella korvaamaan lahjansaajalle tasingon suorittamisesta aiheutunut vahinko.

Lahjansaajan lakimieheen kohdistama vahingonkorvausvaatimus hylättiin, koska hän pankin työntekijänä ei ollut lahjansaajalle vastuussa pankin saaman toimeksiannon virheellisestä täyttämisestä aiheutuneesta vahingosta. Lakimies ei ollut korvausvastuussa lahjansaajalle myöskään vahingonkorvauslain nojalla, koska hänen virheensä oli tapahtunut vain pankin sopimusvelvoitteen täyttämässä. (Ään.)

8.6 STANDBY-REMBURSSI¹³⁷

Edellä on kuvattu tavallisen remburssin eli kaupallisen remburssin periaatteita ja käyttöä. Standby-remburssit eroavat kaupallisista remburseista. Ne eivät nimitään huolimatta ole kauppahinnan maksutapa.

Standby-remburssi on henkilövakuussitoumus, jossa standby-remburssin avaaja antaa vakuuden saajalle ”puhtaan henkilövakuuden”. Remburssi-nimitys tulee siitä, että standby-remburssin toimintamekanismi on sama kuin kaupallisen remburssin. Standby-remburssia voidaan pitää käytännössä vakuustakuiden (kuten first demand -vakuustakuut) kaltaisina vakuussitoumuksina. Kuitenkin vakuustakuu ymmärretään vielä selkeämmin vakuutena kuin standby-remburssi, jonka tunnettavuus perustuu käytännössä remburssin tuntemiseen. Hyvänä esimerkkinä kaupallisen remburssin, standby-remburssin ja vakuustakuun suhteesta voidaan pitää sitä, että vakuustakuita (first demand -takuita) ja standby-remburseja on luonnehdittu kansainvälisessä kaupassa *suicidal letters of crediteiksi* eli itsemurharemburkseiksi.

Standby-remburssien käyttö on varsin yleistä varsinkin Yhdysvalloissa. Ne ovat vakiintuneet osaksi kansainvälisen kaupan rahoitusta. Niiden muoto ja käyttö ovat pitkälti vakiintuneet. Standby-remburssin eroa ja suhdetta tavalliseen kaupalliseen remburssiin voidaan kuvata seuraavan esimerkin avulla: samassa

¹³⁷ Tässä tutkimuksessa on käytetty suomen kielessä kirjoitusmuotoa *standby-remburssi*, joskin kirjallisuudessa esiintyy myös nimitykset *stand by-remburssi*, *stand-by-letter of credit*, *stand-by letter of credit* jne.

kansainvälisen kaupan liikesopimussuhteessa voidaan käyttää yhtäaikaaisesti tavallista remburssia kauppahinnan maksussa ja standby-remburssia remburssimaksun erillisenä vakuutena.

Remburssien ja standby-remburssien välille on haluttu tehdä käsitteellistä eroa, mutta niiden samankaltaisesta toimintamekanismista johtuen näiden instrumenttien sääntely ja ohjeistus ovat edelleenkin pitkälti yhdenmukaista. Osa puolten niin sopiessa voidaan standby-rembursseissa noudattaa kansainvälisen kauppakamarin remburssisääntöjä (UCP). Säännöt soveltuvat sekä kaupallisiin että standby-rembursseihin. Toisaalta kaupallisiin rembursseihin ja standby-rembursseihin soveltuvat eri säännöt ja ohjeet. Esimerkiksi Yhdistyneiden Kansakuntien vakuustakuita ja standby-rembursseja koskevassa konventiossa (United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit vuodelta 1995) on nimenomaisesti todettu, että konventiota ei tulisi soveltaa kaupallisiin rembursseihin.

Standby-remburssien ja kaupallisten remburssien erottaminen on sääntelyssä ja ohjeistuksessa suotavaa. Tällöin voidaan myös selvittää näiden instrumenttien peruseroa: kaupallinen remburssi on maksutapa ja standby-remburssi on vakuus. Merkittävänä edistysaskeleena standby-remburssien sääntelyyn, tulkintaan ja laatimiseen voidaan pitää ICC:n ISP 98 -sääntöjä. Näissä säännöissä on erinomaisesti määritelty standby-remburssi. Kyseinen säännöstö on määrittelyosionsa osalta niin onnistunut, että sitä voitaisiin hyvin käyttää myös yleisenä remburssien määrittelynä. Vaikka tämän tutkimuksen alussa on lainattu osia ISP 98 -sääntöihin kirjatusta standby-remburssin määritelmästä, on syytä toistaa tässä määritelmä kokonaisuudessaan:

General Principles

1.06 Nature of Standbys

- a. A standby is an irrevocable, independent, documentary, and binding undertaking when issued and need not so state.
- a. Because a standby is irrevocable, an issuer's obligations under a standby cannot be amended or cancelled by the issuer except as provided in the standby or as consented to by the person against whom the amendment or cancellation is asserted.
- b. Because a standby is independent, the enforceability of an issuer's obligations under a standby does not depend on:
 - i. the issuer's right or ability to obtain reimbursement from the applicant;
 - ii. the beneficiary's right to obtain payment from the applicant;
 - iii. a reference in the standby to any reimbursement agreement or underlying transaction; or
 - iv. the issuer's knowledge of performance or breach of any reimbursement agreement or underlying transaction.
- b. Because a standby is documentary, an issuer's obligations depend on the presentation of documents and an examination of required documents on their face.

- c. Because a standby or amendment is binding when issued, it is enforceable against an issuer whether or not the applicant authorised its issuance, the issuer received a fee, or the beneficiary received or relied on the standby or the amendment.

1.07 Independence of the Issuer-Beneficiary Relationship

An issuer's obligations toward the beneficiary are not affected by the issuer's rights and obligations toward the applicant under any applicable agreement, practice, or law.

1.08 Limits to Responsibilities

An issuer is not responsible for:

- a. performance or breach of any underlying transaction;
- b. accuracy, genuineness, or effect of any document presented under the standby;
- c. action or omission of others even in the other person is chosen by the issuer or nominated person; or
- d. observance of law or practice other than that chosen in the standby or applicable at the place of issuance.

(1.06 Standby-remburssien luonne

- a. Standby-remburssi on peruuttamaton, itsenäinen, kirjallisessa muodossa oleva ja avattuna sitova sitoumus ilman, että se erikseen mainitaan.
- b. Koska standby-remburssi on peruuttamaton, avaajapankki ei voi muuttaa tai peruuttaa avaajapankin standby-remburssiin perustuvia velvollisuuksia, jollei standby-remburssissa näin säädetä tai jollei se henkilö, jota vastaan muutosta tai peruutusta vaaditaan, ole antanut siihen suostumustaan
- c. Koska standby-remburssi on itsenäinen, avaajapankin standby-remburssiin perustuvien velvollisuuksien täytäntöönpano ei ole riippuvainen
 - i. avaajapankin oikeudesta tai kyvystä saada toimeksiantajalta vastike
 - ii. edunsaajan oikeudesta saada toimeksiantajalta maksu;
 - iii. standby-remburssissa olevasta viittauksesta vastikesopimukseen tai perusteena olevaan oikeustoimeen; tai
 - iv. avaajapankin tietoisuudesta vastikesopimukseen tai perusteena olevasta oikeustoimesta.

1.07 Avaajapankin ja edunsaajan välisen suhteen itsenäisyys

Avaajapankin velvollisuuksiin edunsaajaa kohtaan eivät vaikuta avaajapankin oikeudet ja velvollisuudet toimeksiantajaa kohtaan minkään sovellettavan sopimuksen, käytännön tai lain nojalla.

1.06 Vastuunrajoitukset

Avaajapankki ei ole vastuussa:

- a. perusteena olevan liiketoimen (pääsopimuksen) suorituksesta tai rikkomuksesta;

- b. standby-remburssin nojalla esitetyn asiakirjan virheettömyydestä, aitoudesta tai voimassaolosta;
- c. muiden toiminnasta tai laiminlyönneistä, vaikka toinen henkilö on avaajapankin tai nimetyn henkilön valitsema; tai
- d. muiden lakien ja käytäntöjen noudattamisesta kuin sen, joka on standby-remburssissa valittu tai jota sovelletaan avauspaikassa.)

ISP 98 -säännöissä on asianmukaisesti esitetty remburssijärjestelyyn yleises-tikin liittyvät peruseikat, jotka voidaan jaotella seuraavasti:

- remburssi on pääsääntöisesti peruuttamaton,
- remburssi on riippumaton (mm. pääsopimuksesta),
- remburssi perustuu asiakirjoihin,
- remburssin avaaminen sitoo avaajaa (riippumatta mm. siitä, saako avaaja toimestaan palkkion),
- avaajapankki ei ole vastuussa pääsopimuksessa mahdollisesti tapahtuvista sopimusrikkomuksista,
- avaajapankki ei ole vastuussa maksuun oikeuttavien ym. maksujärjestelyyn liittyvien asiakirjojen aitoudesta ja
- avaajapankki ei ole vastuussa järjestelyn tai pääsopimuksen lainmukaisuudesta, muutoin kuin siltä osin, että avaus ja remburssisitoumus ovat avaa-mispaikan lain tai sovitun sovellettavan lain mukaisia.

ISP 98 -säännöistä voidaan kuitenkin tarkastella kriittisesti artiklan 1.08 koh-taa:

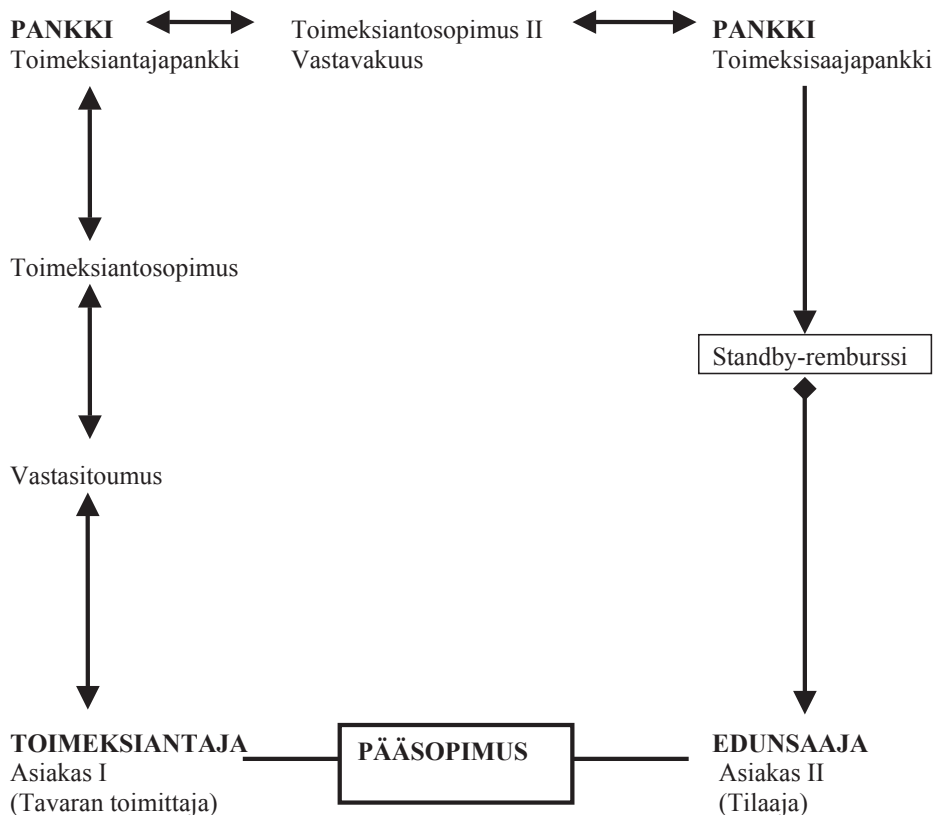
”Avaajapankki ei ole vastuussa: ...

- c. muiden toiminnasta tai laiminlyönneistä, vaikka toinen henkilö on avaaja-pankin tai nimetyn henkilön valitsema; tai...”

Tässä ISP 98 -sääntöjen artiklassa vastuunrajoitus kolmannen osapuolen toi-mista lienee lähtökohtaisesti sopimusehtona pätevä. Vastuunrajoitukseen on kui-tenkin suhtauduttava varauksin, koska ehto poikkeaa ainakin suomalaisesta käsi-tyksestä vastuun rajaamisen ja siirtämisen mahdollisuuksista.¹³⁸

Seuraavassa on kuvattu kansainvälistä kauppasopimusta, jossa on käytetty vakuutena standby-remburssia. Pääsopimuksen tarkoituksena on toteuttaa kaup-pasopimuksen ehdot.

¹³⁸ Eräänä Suomessa vallitsevana vastuuperiaatteena voidaan (hyvin yksinkertaistaen) pitää sitä, että sopimussuhteessa kukin vastaa apulaisensa tai puolestaan toimivan henkilön toimista. Tämän vuoksi tulee suhtautua kriittisesti siihen, että sopimuskumppani voisi sopimusehdoin kokonaan poistaa vastuunsa (kuten sovittujen velvoitteiden täyttäminen) käyttämällä apulaista tai muuta ”nimeämään henkilöä” puolestaan, ellei tämä ehto ole sopimuskumppaneiden toimesta neuvoteltu ja selvästi hyväksytty.

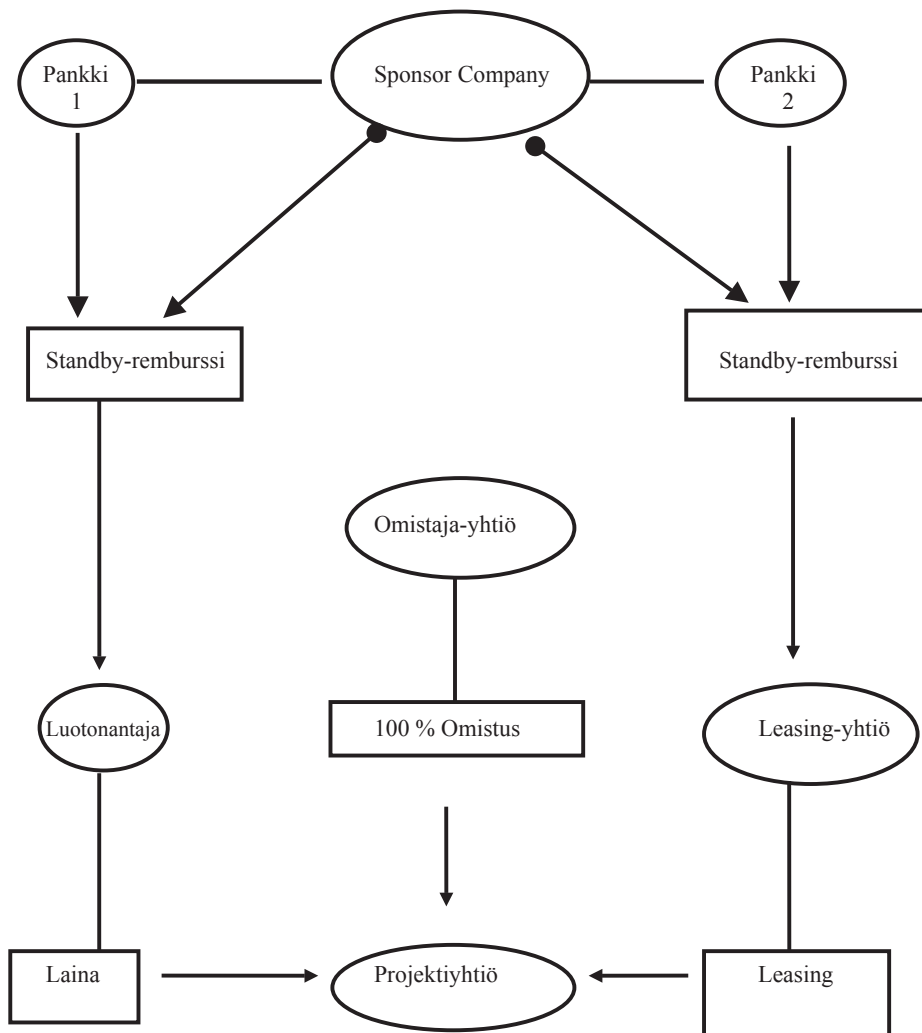


Kaavio 24. Standby-remburssi vakuutena.

Standby-remburssi voidaan antaa myös muiden velvoitteiden, kuin tavanomaisen kansainvälisen kaupan liikesopimuksen sopimusvelvoitteiden täyttämisen vakuudeksi. Esimerkki erityyppisissä projektisopimuksissa on käytetty rahoitusjärjestelyjä, jota puolestaan tukee ns. ”sponsor’s guarantee” -järjestely. Guarantee-järjestelyissä käytetään yhtä lailla vakuustakuuta kuin standby-rembursseja. Projektirahoituksen sponsori ei itse halua omistaa tai toimia mukana projektissa. Sponsoriin intressi on ainoastaan projektin tuotto.¹³⁹ Seuraavassa kaaviossa esitetyt vakuudet järjestetään pääsääntöisesti first demand -takuiden tai standby-rembursseiden avulla. Katkoviiva kuvaa sponsorin mahdollisuutta an-

¹³⁹ Kaavio mukailtu *Nevittin* s. 168 esittämästä.

taa itsenäisesti vakuudet ilman pankkeja.¹⁴⁰ On myös hyvin yleistä, että laajoissa projektirahoitussoimuksissa on mukana useita pankkeja, mutta tässä esimerkissä on otettu mukaan vain kaksi:



Kaavio 25. Standby-remburssi projektirahoitusjärjestelyssä.

¹⁴⁰ Projekteissa käytetyistä vakuuksista ja vakuustakuista *Pierce* s. 117–133.

Tämän vakuusjärjestelyn etuna voidaan pitää sitä, että sponsori ei suoraan maksa projektin kuluja. Näin sponsorilta säästyy omaa pääomaa. Haittana voidaan pitää sitä, että sponsorilla ei ole suoranaisia mahdollisuuksia määrätä projektin tuotosta, ellei osapuolten välillä tästä ole muutoin sovittu. Hyvin usein rahoitusprojektiin osallistuu yrityksiä, jotka saavat projektista hyödyn vasta pitkän ajan jälkeen.

Edellä esitetyillä esimerkeillä pyritään havainnollistamaan sitä, että standby-remburssilla ja vakuustakuulla ei ole tarkoitus maksaa kauppahintaa. Standby-remburssit eivät ole maksutapoja eivätkä maksuvälineitä, vaan ne ovat henkilövakuuksia sopimusverkon osapuolen suoritusten vakuudeksi. Standby-remburseja käytetään riskinhallinnassa jonkin epätoivottavan tapahtuman varalta, esimerkiksi vakuustakuiden tavoin kauppahintasaamisen turvaamiseksi (jopa remburssin ohella). Jos kansainvälisen kaupan liikesopimussuhteessa kaikki menee sovitun mukaisesti, ei standby-remburseja tai vakuustakuita tarvitse käyttää.

Standby-remburssia käytetään hyvin erilaisissa transaktioissa ja erilaisten pääsopimusvelvoitteiden täyttämisen vakuutena. Esimerkkinä voidaan mainita Kuuban ja USA:n välisen Sikojenlahden kriisin selvittäminen vuonna 1962, jolloin standby-remburssia käytettiin vakuutena ”poliittisessa transaktiossa”.

Sikojenlahden kriisin aikana jäi 60 haavoittunutta yhdysvaltalaista sotilasta Kuuban vangiksi. Kuuban presidentti Fidel Castro ilmoitti, että hän on valmis vapauttamaan vangit, jos Yhdysvallat antaa vapautuksesta vastineeksi kaksi miljoonaa dollaria. Yhdysvaltojen kanssa käytyjen neuvottelujen jälkeen sovittiin, että sotavangit vapautetaan ruokaa ja lääketarvikkeita vastaan.

Ruoka- ja lääketarvikkeiden toimituksen vakuudeksi Castro edellytti, että Kuuban valtion pankille (Banco Nacional de Cuba) avataan 53 000 000 dollarin standby-remburssi.

Castro vaati, että remburssin avaa The Royal Bank of Canada (kanadalainen pankki). Toimeksiantajana oli American National Red Cross (Yhdysvaltojen Punainen Risti). The Royal Bank of Canada vaati vastavakuudet standby-remburssin avaamisen yhteydessä. Se halusi varmistaa asemansa, jos Banco Nacional de Cuba esittäisi maksuvaatimuksen. Vastavakuudet antoivat Bank of America ja Morgan Guaranty Trust Company of New York. Tämän lisäksi Continental Insurance Company Group of New York vakuutti ruoka ja lääke-kuljetukset.¹⁴¹

Kaupallisen remburssin ja standby-remburssin ero voidaan esittää yksinkertaisesti: *kaupallinen remburssi on tarkoitettu maksettavaksi, mutta standby-remburssi ei ole tarkoitettu maksettavaksi.*

¹⁴¹ Tässä esitetty perustuu MacLaughlinin artikkeliin ja siinä esitettyihin lähteisiin.

8.7 REMBURSSI SOPIMUSVERKKONA

Remburssimenettelyssä muodostuu sopimusverkko, jossa tavallisesti on vähintään neljä osapuolta (kuten perittävässä¹⁴²). Nämä osapuolet ovat edellä esitetyn mukaisesti:

1. maksaja (ostaja),
2. avaajapankki (maksajan pankki),
3. remburssin saajan maassa toimiva pankki eli niin sanottu kirjeenvaihtajapankki ja
4. maksun saaja (myyjä).

Remburssijärjestelyssä voi periaatteessa olla mukana vain yksikin pankki, mutta käytännössä pankkeja on vähintään kaksi. Remburssin sopimusverkon päätarkoituksena on kauppasopimuksen ehtojen täyttäminen. Sopimusverkon kaikilla osapuolilla on selkeä tehtävä. Vaihdannan perusintresseihin kuuluu myös, että myyjä saa varmasti sovitun kauppahinnan tavarasta. Remburssissa sopimusverkon ytimen muodostaa myyjän, ostajan ja avaajapankin välinen vakuuden kolmikantasuhde. Vaikka remburssin pääasiallinen tarkoitus on kauppahinnan suorittaminen, on vakuustarkoitus käytännössä yhtä tärkeä.

Remburssijärjestelyn sopimusverkossa on myös sopimusketjuja. Eräänä tyyppillisenä remburssijärjestelyn sopimusketjuna voidaan pitää pankkien muodostamaa, yleensä identtisten sopimusjärjestelyiden ketjua, jossa kauppahinnan maksu ja asiakirjat liikkuvat kaksisuuntaisesti. Remburssin sopimusverkossa voi olla mukana lukuisia pankkeja, jotka muodostavat sopimusketjun. Käytännössä maksu- ja asiakirjasopimusketjun muodostavien pankkien väliset suhteet on pääsääntöisesti järjestetty *back-to-back*-sopimuksin, mutta ketjun pankkien asema ketjun ulkopuolisiin voi vaihdella (riippuen siitä, onko kyseessä esimerkiksi avaajapankki tai ilmoittava pankki).

Sopimusverkon yhtenä edellytyksenä on edellä esitetty, että siinä tulee olla erityyppisiä sopimuksia. Näiden sopimusten tulee puolestaan palvella yhtä yhteistä päämäärää. Remburssin sopimusverkosta on löydettävissä ainakin seuraavat erityyppiset sopimukset: 1. pääsopimus, joka on kauppasopimus, 2. käytännössä aina kuljetussopimuksia, 3. toimeksiantosopimuksia mm. pankkien välillä, 4. mahdolliset vakuutusopimukset ja 5. vastavakuuksiin liittyvät sopimukset, jotka avaajapankki vaatii toimeksiantajana olevalta ostajalta. Näistä jokainen on sopimusverkon sopimus ja samalla tärkeä osa sopimusverkkoa.

Remburssijärjestely on korostetusti asiantuntijoiden sopimusverkko: pääsopimuksen osapuolet hallitsevat kansainvälisen kaupankäynnin, pankit puolestaan

¹⁴² Ks. edellä jakso 8.4.5.1 s. 288–.

tuntevat vakuudet ja maksuliikenteen, kuljetusliikkeet kuljetustoiminnan jne. Remburssissa järjestetty riskien hallinta on tyypillistä yritysmarkkinoille ja sopimusverkoille. Vaikka remburssijärjestely saattaa asiantuntemattoman henkilön mielestä olla kallis ja hankala tapa tehdä kansainvälistä kauppaa, on muistettava, että riskien hinta suurissa kaupoissa on suuri.

Jos ostaja saa pankkinsa avaamaan remburssin, ostaja antaa myyjälle itsestään kuvan luottokelpoisena, varmana ja osaavana kauppakumppanina. Kun pankki avaa remburssin, se tutkii ostajan luottokelpoisuuden huolella. Näin pankki auttaa omalla asiantuntemuksellaan myyjää saamaan tietoa ostajan taloudellisesta tilasta.

8.8 REMBURSSEJA KOSKEVISTA LAEISTA, SÄÄNNÖISTÄ JA OHJEISTA

8.8.1 Remburssin kansallisesta sääntelystä

Remburssin kansallisen sääntelyn ja sääntöjen tarkastelussa on muistettava, että liikesopimuksia koskevassa sopimusoikeudellisessa sääntelyssä vallitsee perusongelma: ulkopuolista sääntelyä halutaan suojaamaan rehellisiä osapuolia, mutta sääntelyn ei haluta rajoittavan osapuolten sopimusvapautta ja toimintavapautta. Tämä ristiriita on käytännössä aina olemassa liikesopimuksien sääntelyssä. Remburssien kansallista sääntelyä voidaan kuvata pitkälti hyvin yleisenä velvoiteoikeuden periaatetason sääntelynä. Kansallisessakin remburssi sääntelyssä kyse on lähinnä pankin toiminnan ohjaamisesta.

Perinteisesti remburssijärjestelyn ohjaamista säännöin tai säädöksin ovat halunneet pankit. Vaikka remburssia koskeva kansallinen sääntely kohdistuukin periaatteessa kaikkiin järjestelyn osapuoliin, pankkien merkitys sääntöjen suunnittelussa ja laadinnassa on ollut korostetussa asemassa.

Kansallisista remburssia koskevista erityislaeista ja säädöksistä merkittävimpänä ja yksityiskohtaisimpana on pidetty Yhdysvaltojen Uniform Commercial Coden (UCC) artikla 5:n säännöksiä.¹⁴³ Artikla 5 uudistettiin 1995, jolloin siihen tehtiin oikeuskäytännön mukaisia ja Yhdysvaltojen pankkikäytännössä yleisesti hyväksyttyjä muutoksia.¹⁴⁴ UCC:n artikla 5 säädöksiä ja remburssisääntöjen välillä on paljon yhtäläisyyksiä, joskin esimerkiksi kuljetusasiakirjoista ei ole säädöksiä UCC:ssa. UCC:n eduksi voidaan katsoa se, että siinä on selkeästi il-

¹⁴³ Remburssia koskevien kansallisten säädösten osalta tässä esitetyn perustana *Schütze, Rolf A. – Fontane, Gabriele: Documentary Credit Law throughout the World 2002.*

¹⁴⁴ Tässä tutkimuksessa ei syvennytä common law -järjestelmän tapaoikeuden ja kirjoitetun lain suhteeseen.

maistu eräitä sääntöjä, jotka selventävät remburssin oikeudellista sisältöä. Näitä ovat mm. UCC § 5-105, jonka mukaan remburssissa ei tarvita common law'n sopimusoikeuden perusinstituutiota, *considerationia*:

"Consideration is not required to issue, amend, transfer, or cancel a letter of credit, advice, or confirmation."

"Considerationia ei edellytetä remburssin, ilmoituksen tai vahvistuksen avaamiseen, muuttamiseen, siirtämiseen tai peruuttamiseen."

Samoin *strict compliance* -periaatetta on määritelty UCC § 55-108 kohdassa:

"... appears on its face strictly to comply with the terms and conditions of the letter of credit... an issuer shall dishonor a presentation that does not appear so to comply."¹⁴⁵

("...näyttää remburssin ehtojen ja määräysten mukaiselta... avaajapankin ei tule hyväksyä ilmoitusta"¹⁴⁶, joka ei näytä tällä tavoin noudattavan remburssin määräyksiä ja ehtoja.")

UCC:ssa on myös selvitetty vilpin ja väärennöksen käsitteitä ja niiden seurauksia remburssijärjestelyssä.

"§ 5-109. Fraud and Forgery.

(a) If a presentation is made that appears on its face strictly to comply with the terms and conditions of the letter of credit, but a required document is forged or materially fraudulent, or honor of the presentation would facilitate a material fraud by the beneficiary on the issuer or applicant..."

("§ 5-109. Petos ja väärennys.

(a) Jos tehdään ilmoitus, joka näyttää tarkoin noudattavan remburssin määräyksiä ja ehtoja, mutta vaadittu asiakirja on väärennetty tai materiaalisesti vilpillinen, tai ilmoituksen hyväksyminen helpottaisi avaajapankkiin tai toimeksiantajaan kohdistuvaa edunsaajan materiaalista petosta..."

UCC:n määritelmän mukaan remburssijärjestelyssä voi *strict compliance* -periaatteen vaatimus täytyä (eli asiakirjat "näyttävät" oikeilta), mutta järjestelyssä tai pääsopimuksessa kuitenkin vilppiä. Vilpillisyys ilmenee UCC:n mukaan joko siten, että

1. asiakirjoja on väärennetty tai niiden sisältö on vilpillisesti muutettu tai
2. maksavan pankin suoritus mahdollistaa (aiheuttaa) maksavaan pankkiin tai toimeksiantajaan kohdistuvan maksunsaajan vilpillisen toiminnan.

¹⁴⁵ Ks. edellä jakso 8.5.4 s. 303–.

¹⁴⁶ UCC:ssa käytetty termi *presentation* on käännetty sanalla "ilmoitus" alkuperäistä sanamuotoa kunnioittaen; *presentation* tarkoittaa käytännössä kuitenkin *asiakirjaa*.

8.8.2 Remburssisäännöt eli UCP-säännöt (ICC 500 -säännöt)

Kansainvälinen kauppakamari on laatinut yhteistyössä pankkien kanssa remburssisäännöt, *ICC Uniform Customs and Practice for Documentary Credits*. Näitä sääntöjä käytetään yleisesti remburseissa. Kansainvälinen kauppakamari ja sen pankkitekninen valiokunta ovat yhteistyössä kansallisten osastojen kanssa uudistamassa remburssisääntöjä. Valmistelussa olevien uusien sääntöjen epävirallisten luonnosten perusteella voidaan todeta, että periaatteellisia muutoksia ei remburssisääntöihin ole tulossa. Kansainvälisen kauppakamarin remburssisääntöjä voidaan pitää esimerkkinä pankkien itsesääntelystä; tarkalleen ottaen remburssien yhteydessä noudatettavaa hyvää pankkitapaa koskevasta itsesääntelystä.¹⁴⁷ Kuitenkin remburssisäännöt ovat merkittävältä osin ja korostetusti pankkien intressit huomioon ottaen laadittu sääntökokoelma, jonka tarkoituksena on esittää ja selkeyttää pankkien vastuunrajoituksia remburssijärjestelyissä. Liittäessään remburssisäännöt osaksi pankin antamaa remburssisitoumusta tai pankin saamaa toimeksiantoa, pankki haluaa liittää remburssin toimintaperiaatteet ja omat vastuunrajoituksensa osaksi remburssitoimeksiantoa.

Remburssisääntöjä voidaan myös kuvata tavallisiksi vakioehdoiksi, joita sovelletaan remburssitoimeksiannoissa. Tällöin tarkasteltavaksi tulevat vakioehto- ja koskevat peruskysymykset, kuten esimerkiksi, onko toinen sopimuksen osapuoli hyväksynyt remburssisäännöt osaksi sopimusta ja ovatko remburssisäännöt tulleet toimeksiantosopimuksen osaksi. Avatessaan remburssin avaajapankki informoi remburssin maksun saajaa remburssin avaamisesta ja avaamisen ehdoista. Avausilmoituksessa edunsaajalle ilmoitetaan yleensä, mikäli remburssisääntöjä noudatetaan remburssijärjestelyssä. Jos remburssijärjestely on tehty oikein, tulee remburssin avausilmoituksen olla juuri sen ehtoinen kuin mitä edunsaaja (eli myyjä) on ilmoittanut ostajalle kauppasopimusneuvotteluissa. Tämän vuoksi on mielenkiintoista havaita, että pääsopimuksessa neuvoteltu remburssimaksuehto harvoin sisältää nimenomaista viittausta remburssisääntöjen soveltamisesta, vaikka remburssisääntöjä käytetään remburssijärjestelyissä yleisesti. Ostajan neuvotellessa pankin kanssa remburssin avauksesta (myyjän esittämien vaatimusten mukaisesti) yleensä pankki yksipuolisesti vaatii remburssisääntöjen soveltamista tai liittää omaan toimeksiantoonsa ilmoituksen remburssisääntöjen soveltamisesta.

Remburssisäännöt ja niiden soveltaminen tulevat esille yleensä vasta remburssia avatessa. Sen jälkeen erillinen kysymys on se, tulevatko remburssisäännöt osaksi järjestelyä vai ei. On selvää, että pankin yksipuolisella ilmoituksella remburssisäännöistä ei tule osaa remburssijärjestelystä. Tuleeko sitten remburssi-

¹⁴⁷ Vertaa tältä osin hyvää pankkitapaa koskevaan itsesääntelyyn lähinnä kansallisella tasolla, *Wuolijoki s. 57–63*.

sääntöjä noudattaa, jos esimerkiksi avaajapankki on yksipuolisesti liittänyt avausilmoitukseensa ehdon tai viittauksen remburssisääntöihin? Sääntöjen sitovuus tulee arvioida tapauskohtaisesti. Jos toimeksiantosopimuksessa ei ole sovittu siitä, että avattavaan remburssiin sovelletaan remburssisääntöjä, ei pankki voi yksipuolisesti liittää tällaista ehtoa avaamaansa remburssiin. Pankin tulee toimia aina vain toimeksiantosopimuksen mukaisesti; jos toimeksiantaja ei halua remburssisääntöjä sovellettavaksi remburssijärjestelyssä, ei pankki voi remburssiavauksessaan ilmoittaa niitä sovellettavaksi. Koska remburssisääntöjen käyttö on kuitenkin kansainvälisessä kaupassa yleistä, on toimeksiantajan suositeltavaa selkeästi ilmoittaa, jos se ei halua remburssisääntöjä sovellettavaksi remburssiin. Toimeksiantajan selkeän ilmoituksen etuna on myös se, että tällöin pankki voi halutessaan ajoissa kieltäytyä toimeksiannosta.

Jos pankki liittää remburssisäännöt vasta osaksi avausilmoitustaan ilman, että tästä on sovittu toimeksiantajan kanssa, soveltuvat remburssisäännöt avattuun remburssiin. Tällöin pankin remburssin avaus ei kuitenkaan ole toimeksiantosopimuksen mukainen, eikä pankki voi laajentaa oikeuksiaan tai rajata vastuutaan toimeksiantajaan nähdessä remburssisääntöihin vedoten. Pankin yksipuolinen remburssisääntöjen lisäys saattaa aiheuttaa sen, että remburssin saaja voi vaatia toimeksiantajalta pääsopimuksessa sovitun ehtoista remburssin avausta (eli remburssisääntöjen poissulkemista). Pankin virheellinen toiminta voi johtaa siihen, että remburssi joudutaan avaamaan uudestaan. Pankki on vastuussa siitä, että se toimii alkuperäisen toimeksiantosopimuksensa mukaan. Kansainvälisessä kaupassa remburssisääntöjen noudattaminen tai noudattamatta jättäminen ei pääsääntöisesti muuta pääsopimuksen osapuolten asemaa tai oikeuksia merkittävästi, jos sopimussuhde muutoin on ongelmaton.

Remburssisääntöjä ei tule pitää puhtaasti kansainvälisen pankkitavan ilmentymänä tai ”kansainvälisenä pankkitapana”. Tästä syystä remburssisäännöt tulevat noudatettavaksi ainoastaan, jos niiden käytöstä on nimenomaisesti sovittu. Jos remburssitoimeksiannossa ei mainita tai muutoin sovita mitään remburssisääntöjen soveltamisesta (kuten yleensä tapahtuu), voinee pankki ilmoittaa avauksessaan soveltavansa remburssisääntöjä ainoastaan, mikäli toimeksiantaja tähän suostuu. Käytännössä pankit ilmoittavat remburssijärjestelyn toimeksiantajalle, etteivät ne avaa remburssia, ellei remburssisääntöjä sovelleta. Tämän vuoksi toimeksiantaja yleensä aina suostuu tai hänen on suostuttava remburssisääntöjen ottamiseen mukaan remburssijärjestelyyn.

Kansainvälisessä kaupassa yleisten sopimusehtojen periaatteellinen ongelma on usein se, että jotkut osapuolet käyttävät sääntöjä poikkeuksettomasti ja toiset eivät lainkaan. Koska kyse on lähtökohtaisesti dispositiivisuudesta ja sopimusvapaudesta, voivat osapuolet vapaasti päättää sitoumuksensa sisällöstä. Eräissä kansainvälisissä säännöissä ja ohjeissa on lausuttu: ”Nämä säännöt sitovat kaikkia osapuolia, ellei muuta sovita”. Tämän tyyppisten sääntökohtien sananmukai-

nen tulkinta ei voi johtaa siihen, että kaikki osalliset olisivat automaattisesti velvollisia noudattamaan sääntöjä. Kunkin kansainvälisen kaupan osapuolen täytyy nimenomaisesti sitoutua noudattamaan sääntöjä, muutoin ne eivät velvoita osapuolta pelkästään sen vuoksi, että tämä on ”yksi osapuolista”. Esimerkiksi remburssisäännöissä on ilmaistu sääntöjen sitovuudesta:

1 art: ”... They are binding on all parties thereto, unless otherwise expressly stipulated in the credit.”

(1. artikla: ”... Ne sitovat kaikkia osapuolia, ellei remburssissa nimenomaan toisin määrätä.”)

Remburssisääntöjen mukainen toiminta ei takaa sitä, että samainen toiminta olisi kansallisen lain mukaista. Pankkien toiminta tai remburssijärjestelyn osallisen toiminta voi siis periaatteessa olla remburssisääntöjen mukaista, mutta kansallisen lain vastaista tai jopa laitonta. Toisaalta tulee muistaa, että remburssisääntöjen laadinnassa ja uudistamishankkeissa on mukana lukuisia eri maiden edustajia, joten suoranainen kansallisen indispositiivisen lain vastainen remburssisääntöjen ehto lienee vain teoreettinen mahdollisuus.

Kansainvälisen kauppakamarin säännöt ovat kansainvälisen liike-elämän tapa ohjata itse kansainvälisen kaupan toimintaa. Kansainvälisen kauppakamarin rooli ei ole kansallisen lainsäätäjän tai julkisyhteisön kaltainen, koska sen laatimia ja kirjaamia sääntöjä, ohjeita ja tapanormeja ei suoraan voida pitää lain kaltaisesti osapuolia sitovina (ei edes dispositiivisesti sitovina). Oman tutkimuksensa arvoisena voidaan pitää tarkastelua siitä, millä tavoin Kansainvälisen kauppakamarin säännöt ja ohjeet voivat olla tulkittavissa tapanormien kirjaamisina tai kokoelmina eli sinänsä sitovina tapanormistoina.

Remburseja koskevien sääntöjen toimivuutta voidaan tarkastella ja määritellä myös asettamalla kohtuuttomuus tai ”epäreilisuus” (*unfairness*) sääntöjen käytön ja tulkinnan rajaksi. Kohtuus on kuitenkin liikesopimuksissa ja kansainvälisessä kaupassa toisen sisältöinen kuin kuluttajasopimuksissa. Muun muassa standby-remburseja koskevia ICC:n ISP 98 -sääntöjä käsittelevissä artikkeleissa on kuvattu juuri *fairness*-periaatteen sisältöä ja merkitystä kansainvälisessä kaupassa ja muutoinkin kaupallisissa sopimuksissa. Kohtuullisuuden arviointiin on *Dolan* esittänyt kaksisuuntaisen lähestymistavan liikesopimusten ja varsinkin liikesopimuksia koskevien *sääntöjen* kohtuullisuuden arvioinnissa.¹⁴⁸ Ensimmäisenä *Dolan* mainitsee Restatement (Second) of Contracts § 211(3) (1981) ja esittää siihen viitaten:

¹⁴⁸ *Dolan, John F.*: Analyzing bank drafted standby letter of credit rules, the international standby practice (ISP98); *Wayne Law Review*, winter 2000 s. 1879.

”Standardized Agreements” provides ”[w]here the other party has reason to believe that the party manifesting assent would not do so if he knew that the writing contained a particular term, the term is not part of the agreement.”

(”Standardoidut sopimukset” -kohdassa säädetään ”... kun toisella sopimuspuolella on syytä uskoa, että hyväksyntänsä ilmaiseva sopimuspuoli ei tekisi niin, jos hän tietäisi, että kirjoitus sisältää tietyn määräyksen, määräys ei ole osa sopimusta.”)

Toiseksi hän viittaa yleisesti Unidroit-periaatteisiin:

”A harsher view of unfairness is that proposed by the Unidroit Principles of International Commercial Contracts. Under the Unidroit Principles, a provision should not be enforced if it is unfair and if the agreement does not call it to the attention of the party that suffers that unfairness. Letters of credit are not ”agreements,” but they are obligations. Application of the Unidroit Principles to them when they arise in the international setting would not be out of the question. In fact, application of principles of international law may well be more appropriate than application of the American Law Institute’s product. [...] If ISP98 fails that test of fairness, it surely fails the test of the Unidroit Principles.”

(”Unidroitin kansainvälisiä kaupallisia sopimuksia koskevissa periaatteissa on ankarampi kanta epäoikeudenmukaisuuteen¹⁴⁹. Unidroit-periaatteiden mukaan sopimusehtoa ei tule panna täytäntöön, jos se on epäoikeudenmukainen ja jos sopimus ei tuo sitä esiin sen sopimuspuolen huomioon, joka kärsii tästä epäoikeudenmukaisuudesta. Remburssit eivät ole ”sopimuksia,” mutta ne ovat sitoumuksia. Kun ne esiintyvät kansainvälisessä yhteydessä, Unidroit-periaatteiden soveltaminen ei olisi poissuljettua. Itse asiassa kansainvälisen oikeuden periaatteiden soveltaminen voi hyvinkin olla tarkoituksenmukaisempaa kuin American Law Instituten julkaisun soveltaminen [...]. Jos ISP98 ei läpäise tuota kohtuuden testiä, se ei varmastikaan läpäise Unidroit-periaatteiden testiä.”)

Pohjoismaisen sopimuksen kohtuullisuus-kohtuuttomuus-sovittelu -keskustelun rinnalla ja jopa jonkinasteisena vastapainona voidaan pitää Dolanin ajatuksia mukailleen säädösten ja sääntöjen kohtuullisuuden punnintaa. On selvää, että kulloinkin sovellettavat säännöt ja niiden kohtuullisuus tulee arvioida myös kokonaisuutena eikä ainoastaan yhden säännöissä olevan artiklan mukaan. Varovaisena johtopäätelmänä saatetaan tehdä seuraava rinnastus:

Oikeustoimilain 36 §:n mukaista ajatusmallia sopimuksesta kokonaisuutena tulisi pystyä soveltamaan säädösten ja sääntelyn kohtuullisuuteen. Kohtuusperiaatetta (fairness-periaate) voidaan soveltaa ja toisaalta tulee soveltaa myös kan-

¹⁴⁹ Tässä voitaisiin käyttää termin *unfairness* käännöksenä myös termiä *kohtuuttomuus*.

sainvälisen kaupan sääntelyyn ja säädöksiin ja niiden tulkintaan. Pohjoismaiden ajattelumalli siitä, että sopimusten kohtuullisuutta voidaan korjata sovitte-
lulla, ei pääsääntöisesti onnistu kansainvälisessä kaupassa. Kuitenkin kansain-
välisen kaupan sääntöjä voitaneen periaatteessa kohtuullistaa tai ”korjata”, jos
ne johtavat kohtuuttomuuteen. Tämä onnistuu näiden säädösten dispositiivisen
luonteen vuoksi käytännössä siten, että osapuolet eivät sovelle kohtuutonta
säädöstä.

Jos Kansainvälisen kauppakamarin remburssisäännöt koettaisiin jollain tavoin
kansainvälisen kaupan markkinoilla kohtuuttomiksi, ei niitä käytettäisi siinä laa-
juudessa kuin niitä tällä hetkellä käytetään. Toisaalta remburssisäännöistä on
tehty ja tehdään säännöllisin väliajoin uusia versioita, jotta ne vastaisivat parem-
min käyttäjien tarpeita. Remburssisääntöjen käytön joustavuus korostuu siten,
että osapuolet voivat sulkea pois heille sopimattomia sääntökohtia. Toistaiseksi
remburssisäännöt ovat mahdollistaneet tämän ”indispositiivisuuden”, mutta on
esiintynyt myös sellaisia mielipiteitä, joiden mukaan remburssisääntöjä tulisi
soveltaa ainoastaan ehjänä kokonaisuutena – tai sitten olla soveltamatta ollen-
kaan. Jos valmisteilla oleviin remburssisääntöihin tulee tämännäköinen sääntö-
jen muuttamista tai soveltamista koskeva rajoitus, muuttuu samalla kansainväli-
sen kauppakamarin nykyinen, hyvin liberaali ja käyttäjälähtöinen sääntelymeka-
nismi.

Standby-rembursseihin sovelletaan rembursseihin soveltuvia säädöksiä ja
usein remburssisääntöjä. Yhä useammin standby-rembursseihin on sovittu
sovellettavaksi nimenomaan niitä varten laadittuja ISP 98 -sääntöjä (Interna-
tional Standby Practices). ISP 98 -säännöt on laadittu lähinnä yhdysvaltalais-
ten toimesta, vaikka Kansainvälinen kauppakamari onkin ottanut säännöt jul-
kaisuihinsa. Säännöt ovat hyvin selkeät ja laadittu mahdollisimman yksinker-
taisiksi käyttä.

8.8.3 Kansainvälisen kauppakamarin International Standard Banking Practise -ohjeet

Remburssisääntöjen 13 artiklassa on lausuttu yleinen toteamus pankin velvolli-
suudesta toimia kansainvälisen pankkikäytännön mukaan eli *international stan-
dard banking practicen* mukaan. Tämä sanamuoto otettiin sääntöihin remburssi-
sääntöjä laatineen työryhmän Yhdysvaltoja edustaneen delegaation vaatimuk-
sesta. Voidaan sanoa, että remburssisäännöt perustuvat olettamalle, että pankit
tuntevat ja noudattavat remburssijärjestelyissä kansainvälistä pankkikäytän-
töä.

Pankit ovat julkisesti sitä mieltä, että kansainvälinen pankkitapa on olemassa.
Jos rembursseja koskevan kansainvälisen pankkitavan sisältöä tutkitaan tai tie-
dustellaan eri maissa toimivilta pankeilta tarkemmin, voidaan huomata, että

kansainvälisen pankkitavan sisällöstä ei sittenkään olla pankeissa täysin tietoisia eikä aina yksimielisiä.¹⁵⁰

Kansainvälinen kauppakamari on julkaisut remburssisääntöjen tulkintaa helpottamaan *International Standard Banking Practise for the examination of documents under documentary credits* -ohjeen (ISBP). Kyse on Kansainvälisen kauppakamarin pankkikomission hyväksymästä ohjeesta, joka pyrkii kuvaamaan kansainvälisen pankkitavan mukaista toimintaa. ISBP ei luo sitovaa säännöstöä, eikä remburssiin otettu viittaus remburssisääntöjen soveltamisesta johda automaattisesti ISBP-ohjeen soveltamiseen. Kuitenkin ISBP kuvaa ohjeen laatimishetkellä vallinnutta asiantilaa ja käsitystä siitä, mitä Kansainvälisen kauppakamarin pankkikomissio pitää hyvänä pankkitapana ja -käytäntönä remburssijärjestelyissä. ISBP-ohjetta voidaan pitää remburssijärjestelyissä käytettävän hyvän pankkitavan selostuksena tai remburssisääntöjen tulkintaoppaana.¹⁵¹ Vaikka ISBP-ohje on *tapaohje*, siinä on keskitytty nimenomaan pankkien toimintaan remburssiasiakirjojen tulkintaan liittyvissä kysymyksissä. ISBP ei ole yleinen tai kaikenkattava ohje siitä, mitä tulee pitää kansainvälisenä pankkitapana remburssitoimeksiannoissa.

Rembursseja koskevaa kansainvälistä pankkitapaa ohjaavat omilla säännöillään ja tulkinnoillaan pankit itse. Toisaalta pankkien toimintaa pyritään yhtenäistämään kansainvälisten organisaatioiden toimin, kuten Kansainvälisen kauppakamarin erilaisin ohjeistuksin. Nämä organisaatioiden ohjeet ja julkaisut muokkaavat omalta osaltaan merkittävästi pankkien käsitystä siitä, mitä rembursseja koskeva kansainvälinen pankkitapa on. Kolmantena kansainvälistä pankkitapaa ja remburssimakujärjestelyjä ohjaavat pankkien tarkkaan tutkimat tuomioistuinten ratkaisut. Rembursseja koskevaa kansainvälistä pankkitapaa voidaan perustellusti kuvata jatkuvassa käymistilassa olevaksi monitasoiseksi säännöstöksi, jota ohjaavat toimijat itse, toimijoiden järjestöt sekä tuomioistuimet. Jotta kansainvälisessä remburssimaksujärjestelyssä jotain seikkaa tai toimintamallia voitaisiin pitää kansainvälisen pankkitavan mukaisena, tulee kolmen pääedellytyksen täytyttyä:

1. kyseistä menettelyä noudatetaan remburssijärjestelyissä kansainvälisesti,
2. menettely on hyvä tapa -kriteerien mukaista¹⁵² ja
3. menettely ei voi olla missään valtiossa lainvastainen.

Rembursseissa noudatettavan kansainvälisen pankkitavan sovellettavuuskriteerille ei periaatteessa ole merkityksellistä se, onko kyseinen ”tapa” kirjattu sääntöi-

¹⁵⁰ Tästä osoituksena voidaan pitää sitä, että kansainvälisen pankkitavan sisällöstä käydään jatkuvaa keskustelua.

¹⁵¹ Pankkien ja ICC:n järjestämissä seminaareissa ISBP:ia on kuvattu epävirallisesti, joskin osuvasti remburssisääntöjen ”katekismukseksi”.

¹⁵² Tältä osin katso Hyvä tapa (*Saarnilehto* toim.).

hin tai ohjeisiin. Käytännössä kuitenkin kansainvälisen pankkitavan soveltaminen on lähes mahdotonta, ellei sitä ole kirjallisesti tallennettu. Kansainvälisen pankkitavan – kuten kauppatavan yleensä – kirjaaminen voi muodostaa edellä esitetyn teoreettisen kysymyksen siitä, onko kyse tavasta. Pankkitavan kirjaaminen esimerkiksi kansainväliseen julkaisuun ei kuitenkaan kumoa sitä, että kyse olisi kansainvälisestä pankkitavasta. Kirjatunkin tavan osalta tulee edellä esitettyjen kolmen pääkriteerin täyttyä.

Remburssijärjestelyissä pankkien toimintaa ohjaa yläkäsitteenä kansainvälinen hyvä pankkitapa. Kyse on ensisilmäyksellä yhtenäisestä kansainvälisesti tunnustetusta pankkikäytännöistä, mutta tarkempi tarkastelu antaa pankkien toiminnasta hyvin heterogeenisen kuvan. Kuitenkin yksistään se, että kansainvälisessä pankkitoiminnassa tunnetaan ja hyväksytään remburssin perustoimintamekanismi (avaajapankin sitoumus maksaa maksunsaajalle sovittu summa asiakirjoja vastaan), ei vielä ole osoitus yhtenäisestä tapaoikeudesta. Remburssituntemus rajoittuu pankeissakin vain harvoin asiantuntijoihin, mikä osaltaan antaa oman erityispiirteensä remburssitapojen arviointiin kansainvälisen kaupan tapanormistona.

Jos remburssikäytännön katsotaan muodostavan osapuolia sitovaa tapaoikeutta, tulee remburssiasiantuntijoiden kansainvälisestikin haravalukuinen määrä ottaa huomioon. Mikäli nimittäin remburssijärjestelyn tuntijat ovat ainoastaan pankkien asiantuntijoita, on vaarana, että tämä asiantuntijaryhmä yksin päättää, mikä on ”pankkitavan mukaisesti oikein” remburssijärjestelyissä. Jos verrattain rajallinen asiantuntija ryhmä päättää tapaoikeuden sisällöstä, on tapaoikeuden sisältö ymmärretty väärin. Tulee huomata, että esimerkiksi tuomioistuimelle esitettynä näyttönä tapaoikeudesta ei tulisi hyväksyä yksin pankkien esittämää kantaa remburssijärjestelyn ”kansainvälisen pankkitavan mukaisuudesta”, vaan tähän arvioon tulisi saada myös muiden remburssijärjestelyyn osallistuvien (kuten myyjien, ostajien, kuljetusyhtiöiden ja vakuutusyhtiöiden) mielipide.

Tässä esitetty tapaoikeuden määrittelyn tarkentaminen remburssijärjestelyssä ei poista sitä tosiasiaa, että kansainvälisessä kaupassa mukana olevien pankkien asiantuntevus remburssiasioissa on kiistaton. Pankkien asiantuntevus tai asiantuntija-asema ei kuitenkaan luo itsessään tapaoikeutta tai riidatonta auktoriteettia tapaoikeuden sisällön tulkitsemiseen.

Vaikka pankit ovatkin sitoutuneet remburssisäännöissä asiakirjoja tarkastaessaan nimenomaisesti toimimaan kansainvälisen pankkitavan mukaan, ei tämä tarkoita sitä, että kansainvälisen kauppakamarin ISBP-ohjeet tulisivat osaksi remburssitoimeksiantoa tai -järjestelyä.

ISBP-ohjeet on laadittu lähinnä pankkeja varten. Ne osoittavat Kansainvälisen kauppakamarin ja remburssien kanssa tekemisissä olevien asiantuntijoiden näkemykset remburssijärjestelyihin liittyvästä kansainvälisestä pankkitavasta ja samalla remburssisääntöjen tulkinnasta.

8.8.4 Kansainvälisen kauppakamarin Docdex-menettely

Kansainvälinen kauppakamari on järjestänyt vaihtoehtoisen ratkaisuinstituution dokumenttimaksuihin liittyviin riitoihin. Tämä Docdex-menettelyksi¹⁵³ nimetty järjestely (johon liittyvät Kansainvälisen kauppakamarin Docdex-säännöt) perustuu Kansainvälinen kauppakamarin pankkiteknisen valiokunnan asettaman asiantuntijaryhmän toimintaan, joka antaa hakemuksesta ratkaisuja remburssi-sääntöihin liittyvistä kysymyksistä ja tulkinnasta.¹⁵⁴

Docdex-menettelyn mukainen remburssierimielisyyksien ja tulkintaristiriitojen selvitysmenettely on lähinnä neuvoa antava ja se on tarkoitettu remburssi-sääntöihin liittyvien tuomioistuinriitojen vaihtoehdoksi. Docdex-menettelyssä annettava päätös ei sido osapuolia, elleivät nämä ole sitoutuneet päätöstä noudattamaan. Docdex-menettelyn merkittävin etu asiantuntemuksen lisäksi on menettelyn nopeus. Päätös annetaan yleensä kolmessa kuukaudessa kysymyksen esittämisen jälkeen.

Docdex-menettely alkoi 1997, mutta se ei ole saavuttanut toistaiseksi kovin suurta suosiota. Erityisen merkille pantavaa on, että pankit ovat käyttäneet Docdex-menettelyä saadakseen dokumenttimaksuihin liittyville toimintamalleilleen ja pankkiteknisille menettelyilleen ulkopuolisen asiantuntijan vahvistuksen. Menettelyssä saadun tulkintaohjeen jälkeen pankki on voinut mm. helposti perustella asiakkailleen ja muille remburssijärjestelyssä mukana oleville toimiaan.¹⁵⁵

8.8.5 Remburssi ja ”lex mercatoria”

Remburssiin on usein esitetty soveltuvan edellä kuvattu ”lex mercatoria”. Toisaalta remburssijärjestelyä on kuvattu osaksi lex mercatoriaa. Tämän kaltaisten luonnehdintojen valossa voidaan huomata, että lex mercatoria on tältäkin osin määrittelyiltään hyvin epämääräinen. Jos lex mercatorialla tarkoitetaan kauppiaiden välistä kauppatapaa, voidaan todeta, että remburssijärjestely on hyvin pitkälle muotoutunutta tapaa ja käytäntöä. Joskin tulee korostaa, että remburssiin

¹⁵³ ICC Rules for Documentary Instruments Dispute Resolution Expertise (Docdex).

¹⁵⁴ Docdex-menettelyssä voidaan antaa remburssieja koskevien kysymysten lisäksi ratkaisuja myös ICC:n Bank-to-Bank Reimbursement -sääntöjä (Uniform Rules for Bank-to-Bank Reimbursement under Documentary Credits, URR), perittävässä sääntöjä (ICC Uniform Rules for Collections, URC) ja takuussääntöjä (ICC Uniform Rules for Demand Guarantees, URDG) koskevista erimielisyyksistä.

¹⁵⁵ Eräissä Docdex-menettelyyn tulleissa remburssijärjestelyä koskevissa kyselyissä ovat vastaukset olleet asiantuntijoiden mielestä itsestään selviä. Näiden kysymysten esittäjien tarkoituksena lienee ollut saada vastaus, jolla pankki on voinut vakuuttaa pankin oman asiakkaan pankin toimien oikeellisuudesta. Esimerkiksi eräät kiinalaiset pankit pyytäneet vastausta remburssiin liittyvään hyvin yksinkertaiselta kuulostavaan kysymykseen, jotta pankit tämän jälkeen ovat voineet selvemmin perustella toimiaan omalle kiinalaiselle toimeksiantajalleen (asiakkaalleen).

soveltuvaksi katsottava tapaoikeus on itse asiassa yhdistelmä kauppiaiden tapaoikeutta ja pankkien tapaoikeutta. Tämänäyttöinen kahden eri ”kauppiasryhmän” tapaoikeuksien sulautuminen remburssijärjestelyssä tukee edellä esitettyä ajatusmallia sopimusverkosta, jossa sopimusverkon osapuolet toimivat oman kauppatapansa mukaisesti muodostaen samalla sopimusverkon kaikkien osapuolten yhteistä tapaoikeutta.¹⁵⁶ Yhteinen tapaoikeus on sopimusverkossa tuke-
massa sen tarkoitusta, mikä tässä tapauksessa on kauppasopimuksen toteuttami-
nen.

Remburssiin soveltuvan tapaoikeuden merkitys on muuttunut sen vuoksi, että kansainväliset järjestöt (lähinnä Kansainvälinen kauppakamari) on kerännyt kirjallisia sääntöjä, ohjeita ja käytäntöjä, joissa kuvataan remburssitoiminnan ”hyvää tapaa”. Tästä esimerkkinä ovat juuri edellä esitetyt ISBP-ohjeet. Käytännössä ei liene merkitystä sillä, pitävätkö remburssin osapuolet Kansainvälisen kauppakamarin julkaisuja sääntöinä, ohjeina vai tulkintasääntöinä – jos osapuolet näitä noudattavat. Kuitenkin tapaoikeuden määrittelyn kannalta tulisi voida erottaa tapaoikeus sopimusehdoista ja toisaalta osapuolten soveltamista ohjeista. Kansainvälisen kauppakamarin remburssieja koskevia julkaisuja voidaan pitää joltain osin kirjattuna kansainvälisenä remburssitapaoikeutena ja toisilta osin kirjallisena remburssien tulkintaohjeina.

Tässä esitettyjen seikkojen ja systematiikan mukaisesti ei toisaalta voitane pitää täysin vääränä sitäkään johtopäätöstä, että remburssieja koskeva tapaoikeus ”lex mercatoria” on siirtynyt kokonaan sivuun ja tilalle on astunut voimakas itsesääntely ohjeiden ja suositusten muodossa.

8.9 REMBURSSIN TULKINTASÄÄNNÖISTÄ

8.9.1 Remburssin tulkinnan lähtökohdat

Remburssijärjestelyn ja itse remburssitoimeksiannon tulkinnan perustan luovat edellä esitetyt liikesopimusta koskevat tulkintaperiaatteet. Remburssijärjestely on sopimusverkko, jonka kokonaistulkinnassa saattaa esiintyä monia päällekkäisiä erityisiä tulkintatilanteita ja -intressejä.

Seuraavassa on otettu esille muutamia remburssin tulkintaan liittyviä kysymyksiä ja tulkintaperiaatteita, joita on esitetty remburssien tulkintaerimielisyyksissä ja keskusteluissa.

Tulkitsijan tulee aina muistaa, että remburssi on ammattilaisten käyttämä sopimusverkkojärjestely, joko vaatii osapuolilta korkeaa asiantuntemusta. Rem-

¹⁵⁶ Tältä osin voidaan remburssijärjestelyn tapaoikeutta verrata osin kansainvälisten kuljetusten yhteydessä syntyneeseen ”yhteiseen tapaoikeuteen”. Kuljetustoiminnoissa mukana olevien sopimusverkon osapuolten toimet on pitkälti tapaoikeuden mukaista.

burssijärjestelyyn osallistuvien perusolettama on se, että myös muut osapuolet ovat alansa asiantuntijoita ja tuntevat remburssin toimintamekanismin.

Remburssi on asiakirjana yksinkertainen ja pitkälti käytännössä vakiintunut, ja sen sanamuotoon ei haluta jättää tulkinnan varaa. Sen sanamuoto on tarkoin harkittu, eikä tulkinnassa voida lähteä siitä ajatuksesta, että jotain olisi jäänyt huolimattomuudesta tai tietämättömyydestä kirjaamatta remburssiin. Kuitenkin remburssin perusteella esitettävien asiakirjojen remburssin mukaisuuden tulkinta voi joskus olla hyvinkin vaikeaa. Tässä ei ole syvennytty remburssiin liittyvien ilmaisuerehdysten tulkintaan, koska dokumentaation pankkitekninen tulkinta on rajattu tutkimuksen ulkopuolelle.

Remburssin tulkinta aktualisoituu lähtökohtaisesti silloin, kun remburssijärjestelyn osapuolet ovat erimielisiä remburssijärjestelyn ehdoista. Periaatteessa tulkintaerimielisyys voi syntyä keiden tahansa remburssijärjestelyyn osallistuneiden välillä, mutta käytännössä tulkintaerimielisyys ilmenee useimmiten avajapankin (tai vahvistavan pankin) ja maksun saajan välillä. Remburssijärjestelyssä tulkinta voidaan ja tuleekin jaotella kunkin sopimus- ja sitoumussuhteen osalta erikseen. Remburssijärjestelyn tulkinnassa, kuten sopimusverkkojen tulkinnassa yleensä, käytettävissä oleva tulkinta-aineisto muodostuu mahdollisessa riidassa (ja ns. aidossa tulkintaerimielisyydessä) yleensä hyvin laajaksi. Tällöin tulkitsijalle asetetaan erityinen tarkkuusvaatimus sen suhteen, mikä osa tästä tulkintamateriaalista on kulloinkin relevanttia tulkinta-aineistoa ja mikä ei. Vaikka sopimusverkko on kokonaisuus, tulee tulkitsijan ensisijassa kyetä ratkaisemaan, onko tulkinnan kohde remburssijärjestelyn sopimusverkkoon nähden itsenäinen oikeustoimi vai ei (tästä jaotellusta ks. edellä jakso 6.1.5 s. 218). Jo pelkästään tämän seikan ymmärtäminen on merkittävä saavutus sopimusverkon ulkopuoliselta tulkitsijalta.

Eräissä hyvin harvinaisissa tilanteissa remburssi voi olla joiltakin osin kummankin tulkintaerimielisen osapuolen mielestä niin epäselvä, ettei edes varsinaisia tulkintavaihtoehtoja löydy. Todellinen tulkintatyhjiö johtaa useimmiten Doc-dex-tyyppisiin menettelyihin, joissa osapuolet haluavat siirtää tulkinnan erityisasiantuntijoille.

Käytännössä remburssin tulkinta on ensisijassa osapuolten yhteistoimintaa, jolla pyritään neuvottelu- ja kompromissiratkaisuun tulkintaerimielisyyden poistamiseksi. Osapuolet ryhtyvät tulkintaristiriidan ilmettyä välittömästi neuvottelemaan itse tai delegoivat tulkintaa koskevan ratkaisuvallan ulkopuoliselle. Osapuolten omaehtoiset neuvottelut remburssiin liittyvän seikan oikeasta tulkinnasta muistuttavat läheisesti edellä esitettyä uudelleenneuvottelukäsitettä.¹⁵⁷

¹⁵⁷ Ks. Hemmon artikkeli ”Sopimuskonfliktien syistä ja niiden torjunnasta” s. 54, Asianajotoimisto Borenus & Kemppinen 90 vuotta, 2001 sekä siinäkin viitattu Jan Rambergin artikkeli ”Medveten otydlighet som avtalsrättsligt problem”, Juridisk Tidskrift 1992–93 s. 358–368.

Remburssin tulkintaan soveltuu maksavan pankin sitoumuksen yksipuolisuudesta huolimatta objektiivisen tulkinnan pääsääntö.¹⁵⁸ Tulkinnassa on huomioitava erityisesti:

- remburssijärjestelyn osapuolten asiantuntemus,
- remburssijärjestelyn osapuolten tahto ja tarkoitus,
- remburssisitoumuksen yleinen tarkoitus ja
- remburssin itsenäisyys.

Tässä tutkimuksessa on otettu esille lähinnä remburssiin liikesopimuksena soveltuvia yleispäteviä tulkintaohjeista ja huomioita. On kuitenkin alleviivattava, että remburssiin liittyvät tulkintaerimielisyydet ovat usein erittäin hankalia, liikesopimus- ja pankkiteknisiä sekä aina *in casu* -tulkintaa vaativia. Tämän vuoksi remburssijärjestelyn sitoumusten ja sopimusten tulkitsijalta vaaditaan velvoiteoikeuden tuntemuksen lisäksi erittäin laajaa kansainvälisen kaupan kokemusta ja maksujärjestelyjen ammattitaitoa.

8.9.2 Pacta sunt servanda ja sanamuodon mukainen tulkinta

Pääsääntö velvoiteoikeudessa on, että sopimuksia tulee noudattaa ja sopimukset ”pitävät”. Tällä *pacta sunt servanda* -periaatteena tunnetulla perusperiaatteella on monta ulottuvuutta, mutta seuraavassa on tuotu esille ainoastaan muutamia kansainvälisen kaupan liikesopimuksien ja remburssien kannalta olennaisimpia.

Sopimuksessa sovittu pääsääntöisesti ratkaisee sopimuskumppanien oikeuksien ja velvoitteiden sisällön. Vaikka sopimuksia voidaankin laatia sopimusvapauden puitteissa periaatteessa vapaamuotoisesti, on kansainvälisessä kaupassa kirjallinen sopimus ja tätä kautta sopimuksen sanamuoto käytännössä se, joka ratkaisee sopimuksen sisällön. Sanamuodon mukainen tulkinta on lähtökohtana kansainvälisen kaupan sopimuksissa, vaikka usein sopimus laaditaan kielellä, joka ei ole kummankaan osapuolen äidinkieli – yleensä englanniksi. Tämä aiheuttaa joskus merkittäviä ongelmia tulkintaerimielisyyden ratkaisijalle.

Oikeustoimen tulkinnassa voi syntyä mielenkiintoinen oravanpyörä, jossa ensin tulkinnalla tutkitaan sopimuksen pätevyys, sen jälkeen tulkitaan päteviä sopimusehtoja, minkä jälkeen voidaan siirtyä tulkitsemaan sopimuksen mukaisia sopimuskumppanien sopimusvelvoitteita ja oikeuksia. Oikeustoimen pätevyyteen kohdistuvan sitovuusharkinnan ja tulkinnan ero ei ole selvä, mutta eron merkitystä ei tule toisaalta korostaa. Vaikka osapuolten tahto ja sopimuksen tarkoitus ovat periaatteessa korostetussa asemassa, kohdistuu tulkinta käytännössä ensisijaisesti kirjalliseen dokumenttiin, yleensä sopimukseen, jonka sisällöstä

¹⁵⁸ Ks. mm. Aho s. 170 sekä kansainvälisten normistojen tulkintaperiaatteista esimerkiksi Principles of European Contract Law 5 artikla.

pyritään tulkinnalla löytämään ratkaisu. Varsinkin kansainvälisen kaupan liikesopimuksista voidaan huomata, että tulkinnalla ei käytännössä koskaan uskota löydettävän osapuolten yhteistä tahtoa – yksistään sen vuoksi, että tulkintaa tarvitaan osapuolten olleessa erimielisiä sopimuksen sisällöstä. Poissuljettua ei myöskään ole se, että osapuolet ovat ilmaisseet tahtonsa kirjallisesti, mutta väärin. Tällöin tulee pohdittavaksi, miltä osin sopimus on ylipäänsä voinut syntyä.

8.9.3 Yksipuolisen sitoumuksen tulkinta

Remburssissa ehkäpä olennaisimman osan muodostaa avaajapankin tekemä remburssin avaus eli pankin sitoutuminen yksipuolisesti remburssissa määritellyn summan maksuun edunsaajalle sovittuja dokumentteja vastaan. Pankin saama vastine remburssijärjestelyssä on toimeksiantajan (*ei* siis maksunsaajan) maksama kulukorvaus ja provisio kyseisen toimeksiannon suorittamisesta.

Remburssin avaajapankin (tai vahvistavan pankin) maksunsaajalle antama lupausta maksaa remburssiasiakirjoja vastaan voidaan tulkita lähtökohtaisesti maksavan pankin yksipuolisenä sitoumuksena. Toisaalta remburssin avaajapankin sitoumuksen yksipuolisuuden vastaväitteeksi on esitetty, että maksunsaajalakin olisi remburssijärjestelyssä velvoitteita. On väitetty, että maksunsaajan velvollisuus on esittää pankille remburssissa mainitut asiakirjat. Tähän väitteeseen tulee kuitenkin suhtautua kriittisesti. Kyse ei ole maksunsaajan velvollisuudesta. Remburssissa ei käytännössä koskaan ole asetettu kenellekään velvollisuutta esittää asiakirjoja pankille. Remburssissa ainoastaan todetaan, että maksu suoritetaan remburssiasiakirjoja vastaan. Toisien sanoen, kyse ei ole maksunsaajan velvollisuudesta esittää asiakirjat vaan oikeudesta saada maksu asiakirjojen esittämistä vastaan. Perustellumpaa onkin esittää, että maksunsaajan tulee esittää remburssiasiakirjat pankille, jos hän haluaa saada remburssissa mainitun suorituksen avaajapankilta.

Kun pankki antaa maksunsaajalle yksipuolisen sitoumuksen maksaa, tulee remburssin tulkinnassa korostaa tätä pankin ankaraa ja selvää velvollisuutta. Maksun saamiselle on ehtona asiakirjojen luovutus, joten kyse on ehdollisesta maksusta. Maksavalla pankilla ei ole käytännössä muuta velvollisuutta edunsaajaa kohtaan. Remburssin avaamista ja vahvistamista koskevan yksipuolisen sitoumuksen tulkintaa ei näin ollen voida tehdä yksin subjektiivisen tulkintaperiaatteen mukaan. Remburssin tulkintaan soveltuu objektiivisen tulkinnan pääsääntö, eikä yksipuolisen oikeustoimen puhtaan subjektiivinen tulkinta voi olla tulkinnan perustana.¹⁵⁹

¹⁵⁹ Objektiivisesta ja subjektiivisesta tulkinnasta osana Suomen yleisiä tulkintaperiaatteita ks. *Aho* s. 153–170.

Toisaalta yksipuolisuutta korostavan tulkinnan taustalla on hyväksyttävä se tosiasia, että remburssi on maksunsaajan eli myyjän pääsopimuksen neuvotteluvaiheessa vaatima järjestely. Usein remburssi on jopa pääpiirteiltään juuri myyjän vaatimusten mukaan laadittu. Maksavan pankin antaman maksusitoumuksen (remburssin avauksen tai vahvistuksen eli sinänsä yksipuolisen sitoumuksen) tulkinnassa ei voida unohtaa remburssin perimmäistä alkuunpanijaa, myyjää. Remburssin tulkinnan vaikeutena on kuitenkin se, että remburssin perustan luo maksusitoumuksen itsenäisyys ja riippumattomuus muista sitoumuksista. Tämän peruseriaatteen vuoksi maksavan pankin ja maksunsaajan välillä tulkinta-aineiston laajentaminen pääsopimukseen liittyviin seikkoihin on sinänsä virheelistä; osapuolet ovat nimenomaan halunneet ja sopineet, että remburssi on itsenäinen. Tätä remburssin itsenäisyyttä tulee myös tulkitsijan kunnioittaa.

Remburssin tulkinnassa on huomattava, että itsenäisyys kohdistuu lähinnä pankin toimeksiannon hoitamiseen. Remburssissa maksunsaaja on vaatinut remburssin käyttöä, ja toimeksiantajalla ei remburssin toimintaperiaatteen mukaan tule olla mahdollisuutta ohjata avaajapankin toimintaa.¹⁶⁰ Kun maksunsaaja täyttää omat kauppasopimusvelvoitteensa, hänelle syntyy ”automaattisesti” tarvittava dokumentaatio remburssimaksun saamiseksi. Tällöin remburssin itsenäisyys on maksunsaajan eduksi, koska avaajapankilla on itsenäinen velvollisuus maksaa. Tulkinnassa tulisikin muistaa, että remburssin itsenäisyyden kunnioittaminen ei lähtökohtaisesti saisi johtaa maksunsaajan kannalta epäedulliseen tulkinnaan. Remburssin tulkinnassa tulee muistaa, että tulkinnan lopputuloksen pitäisi tukea kauppasopimuksen tarkoitusta, eli kaupankohde siirtyy myyjältä ostajalle ja kauppahinta maksetaan ostajalta myyjälle.

8.9.4 Tulkinta remburssin laatijan vahingoksi

In dubio contra stipulatorem -tulkintasääntö tarkoittaa sitä, että epäselvää sopimusta on tulkittava laatijan vahingoksi.¹⁶¹ Kyse on in dubio -tilanteesta, jossa voidaan asettaa vastakkain laatijan tulkinta ja toisaalta ei-laatijan tulkinta. Sääntöä on nykyisessä liikesopimusmaailmassa ja liikesopimusikäntämissä usein vaikea soveltaa, koska osapuolet neuvottelevat pääsääntöisesti yhdessä sopimuksen sanamuodosta. Tällöin on lähtökohtaisesti vaikea osoittaa yksiselitteisesti, kuka on laatinut kyseisen sopimuksen tai yksittäisen ehdon. Tulkintaristiriita saattaa johtua yhdestä sopimuksen ehdosta suhteessa sopimuksessa muutoin ilmaistuun.

¹⁶⁰ Remburssin itsenäisyys koskee käytännössä vain peruuttamattomia remburseja. Jos remburssi on toimeksiantajan toimesta vapaasti peruutettavissa, ei avaajapankki voi toimia itsenäisesti.

¹⁶¹ Ks. Aho s. 257–261.

Sopimuksen ehtojen laatijat voivat olla sopimussuhteen eri tahoja tai pahimmillaan sopimusverkon eri tahoja. Tällöin on vaikea näyttää selkeää in dubio -asetelmaa ja toisaalta on vaikea tulkinnan avulla selvittää, kumman sopimuskumppaneista tai keiden sopimuskumppaneiden tulisi joutua kärsimään contra stipulatorem -tulkintaohjeesta epäselvän lausuman tulkinnassa.

Kyse voi olla myös sopimuksen sisäisestä ristiriidasta. In dubio contra stipulatorem soveltuu lähinnä kahden sopimuskumppanin liikesopimuksiin, joissa toinen osapuoli on selkeästi laatinut koko sopimuksen. Tällöin tulisi voida edes periaatteessa osoittaa se sopimuskumppani, jonka laatimasta epäselvästä lausumasta sopimuksen tulkintaristiriita on johtunut. Jos taas osapuolia on useita, on käytännössä hyvin vaikea ”rangaista useita” jonkun yksittäisen sopimuksen laatijan epäselvästä lausumasta.

Liikesopimusten ja varsinkin remburssien osalta tulee epäselvyyssäännön soveltuvuuden osalta tehdä eräitä lähtökohtaisia varauksia. Seuraavassa on otettu esille muutamia.

- Liikesopimuksissa ja maksujärjestelyissä käytetään yhä enenevässä määrin standardoituneita sanamuotoja. Tällöin varsinainen sopimustekstin laatija ei käytännössä ole kumpikaan osapuolista.
- Tulkinnassa tulee muistaa, kuka laatii remburssin. Käytännössä remburssi-järjestelyssä avaajapankki toimii vain ja ainoastaan toimeksiantajan eli ostajan ohjeiden mukaan. Toimeksiantaja on puolestaan saanut pääsopimussuhteessa edunsaajalta eli myyjältä vaatimuksen maksaa remburssilla ja samalla myyjä on esittänyt remburssin asiakirjavaatimukset ja mahdollisesti hyväksynyt sanamuodon. Tämän vuoksi remburssin laatija on käytännössä usein edunsaaja itse.

8.9.5 Minimisäännön soveltuvuus remburssin tulkintaan

Minimisäännöksi kutsutun tulkintasäännön mukaan olisi oikeustoimen tulkinnaassa valittava in dubio -tilanteessa sitoutujalle edullisempi tulkinta.¹⁶² Tämä tulkintasääntö edellyttää sitä, että tulkitsijalla on aidosti käsillä kaksi tai useampia eri tulkintavaihtoehtoja, joiden velvoittavuuden määrä olisi voitava todeta ja jollain tavalla mitata oikeustoimesta itsestään.

Minimisäännön voidaan periaatteessa katsoa soveltuvan myös remburssin tulkintaan, mutta sen käytännön merkitys on pieni. Velvoittautuvana osapuolena remburssissa on ensisijassa avaajapankki, joka sitoutuu maksamaan kauppahinnan remburssissa mainittuja asiakirjoja vastaan. Avaajapankin sitoumus on pääsääntöisesti selkeä ja yksiselitteinen, eikä remburssissa ole käytännössä määri-

¹⁶² Ks. Aho s. 254.

telty vaihtoehtoisia velvoitteita, joiden välillä voitaisiin minimisäännössä esitetty vertailu tehdä.

8.9.6 Tavallisuus- ja kohtuussääntö

Tavallisuus- ja kohtuussäännöillä tarkoitetaan tulkintasääntöjä, joiden mukaan tulkinta tulisi suorittaa tavallisen tai tavanomaisen vaihtoehdon mukaan. Kyse on hyvin pitkälti myös sanamuodon mukaista tulkintaa tukevasta tulkintasäännöstä. Tavallisuussäännön lähtökohtana on se, että tulkinnan perusteella tulisi päätyä ”tavanomaiseen ja tavalliseen” tulkintaratkaisuun. Jos tulkinta johtaa tavanomaisesta poikkeavaan lopputuloksen, se on tavanomaisuussääntöä vastaan.¹⁶³

Tavanomaisuussääntöä voidaan käyttää liikesopimuksissa ja remburseissa siten, että kyseisen alan tavanomaista toimintamallia voidaan pitää ”tavallisena” ja tulkinnassa voitaneen myös soveltaa ajatusta tavallisesta liiketoimesta tai maksujärjestelystä. Tällöin mahdollinen esimerkiksi epäselvä tai tulkinnanvarainen oikeustoimen sanamuoto tulisi tulkita kaikesta huolimatta siten, että osapuolilla olisi ollut tarkoitus toimia ”tavalliseen tapaan”.

Kohtuussääntö on taas liikesopimusten osalta hyvin hankala tulkintasääntö, koska kohtuuden mitta ja toisaalta kohtuuden asettaminen tulkinnan ohjeeksi voi johtaa tulkinnan sijasta de facto oikeustoimen sovitteluun.

8.9.7 Pätevyysääntö

Pätevyysääntö tarkoittaa tulkintasääntöä, jonka mukaan tulkinnassa olisi valittava se vaihtoehto, joka johtaisi oikeustoimen pysymiseen voimassa.¹⁶⁴ Pätevyysääntö ilmentää myös sitä yleistä tulkintamallia, jonka mukaan oikeustoimen halutaan pääsääntöisesti olevan pätevä. Mikäli osapuolet laatisivat sopimuksia tai muita oikeustoimia lähtökohtaisesti ”pätemättömiksi”, olisi kyse varmasti muustakin ongelmasta kuin tulkintaan liittyvästä seikasta. Tulkinnassa pätevyysääntöä ei tule sekoittaa voimassaoloon liittyviin kysymyksiin. Jos remburssi ei ole enää voimassa, ei se ole enää käytettävissä eli voimassaolon päätyttyä ei ”pätevää” oikeustointa ole olemassa.

Remburssijärjestelyyn liittyvien oikeustoimien tulkinnassa pätevyysääntöä ei yleensä kyseenalaisteta. Remburssi vaatii kaikilta osapuolilta aktiivisuutta ja voimavaroja, minkä vuoksi on perin epätavallista, että osapuolilla ei olisi tarkoitusta pitää remburssia lähtökohtaisesti pätevänä. Kuitenkin kansalliset muotosäännökset voivat joissakin tapauksissa herättää kysymyksen siitä, onko tulkittava remburssi muotovaatimukset täyttäen tehty oikein ja onko sitoumus pätevä.

¹⁶³ Ks. Aho s. 255–257 sekä alaviitteet.

¹⁶⁴ Ks. Aho s. 257.

Tässä tutkimuksessa ei syvennytä kansallisten muotosäännösten kirjoon. Tulkitakysymysten osalta uskalletaneen kuitenkin esittää seuraavaa: avaajapankki, joka ei remburssin avautoimeksiannon täyttämisessä noudata omia kansallisia muotovaatimuksiaan, toimii vähintäänkin epälojaalisti remburssijärjestelyn muita osallisia kohtaan.

9 Vilpillinen toiminta

9.1 VILPILLISEN TOIMINNAN MÄÄRITTELY

Tässä tutkimuksessa on otettu kansainvälisen kaupan liikesopimuksen perusolettamaksi yleinen sopimusoikeuden vilpittömän mielen ja vilpittömän mielen sopimusten oikeussuoja. Kansainvälisen kaupan sopimusoikeudellisen tutkimuksen tulisi kuitenkin antaa vastaus edellä esitetyn bona fide -perusolettaman jälkeen väistämättä heräävään kysymykseen: mitä on kansainvälisen kaupan vilpillinen toiminta? Seuraavassa pyritään esittämään näkemyksiä vilpillisestä toiminnasta sekä sen asemasta ja ilmenemisestä kansainvälisen kaupan sopimuksen perusperiaatteiden kysymyksenasettelussa.

Liikesopimuskäytännössä ja kansainvälisen kaupan käytännössä määrittelykysymys vilpittömästä mielestä tai toisaalta vilpillisestä toiminnasta ei pääsääntöisesti nouse esille, ellei sopimussuhteessa tai sopimusverkossa synny osapuolten välillä riitaa. Sopimuskumppanien vilpittömyys on liikesopimuksissa lähtökohtainen perusolettama, eikä sopimuskumppanin vilpittömyyttä tule asettaa kyseenalaiseksi kevein perustein.

Jotta vilpillistä toimintaa voidaan tutkia tai yleensä kuvata, tulee ensin tarkastella vilpillisen toiminnan rajoja. Rajanvetoa vilpillisen ja sallitun tai vilpittömän toiminnan välillä voidaan hahmottaa tarkastelemalla vilpitöntä mieltä ja vilpitöntä toimintaa.

Merkillepantavaa on se, että vilpitöntä toimintaa (*good faith* -toimintaa) kuvataan sen vastakohdaksi katsottujen käsitteiden avulla. Toisaalta taas vilpillisen toiminnan vastakohdaksi on käsitetasolla nimetty useita eri seikkoja. Näitä ovat esimerkiksi ”rehellinen toiminta” ja ”sallittu toiminta”. Kansainvälisessä kaupassa ja sen sääntelyssä esitetään harvoin määrittelyllistä vastakkainasettelua vilpitön mieli vs. vilpillinen mieli. Perusongelma lienee terminologinen: ”vilpillinen” on usein hyvin vaikeaselkoinen sana.

Vilpillisen toiminnan arvioinnissa voidaan määrittelyn apuna ja jonkinlaisena mittana käyttää myös ajatusta siitä, että vilpillisyydessä on kyse aina vilpittömyyden puutteesta. Jos vilpittömyyttä ei ole, puuttuu liiketoiminnasta yksi velvoiteoikeuden peruselementeistä. Vaikka kansainvälistä liiketoimintaa voidaankin kuvata hyvin ankaraehtoiseksi, jopa armottomaksi, tulee sen kuitenkin perustua aina osapuolten vilpittömyyteen.

Fraud-termin¹ käännökseenä on tässä esityksessä käytetty ilmaisuja *vilpillinen toiminta*, *vilpillisyys* ja *vilppi*.² Lähtökohtana on pidetty sitä, että vilpillinen toiminta ilmenee kansainvälisen kaupan sopimusverkossa käytännössä yleisimmin aktiivisena toimintana. Toisaalta vilpillisyys voi ilmetä kansainvälisessä kaupassa poikkeuksellisesti myös passiivisuutena, mutta tähän passiivisen vilpin käsitteeseen ei nyt syvennyttä.³

Vilpillisen toiminnan ja oikeuden väärinkäytön yksityiskohtaiseen erotteluun ei ole tässä tutkimuksessa ryhdytty, sillä kummassakin pyritään vilpillisesti hyötymään toisten kustannuksella.⁴ Vilpillinen toiminta voidaan kuitenkin määritellä selkeästi moitittavammaksi kuin oikeuden väärinkäyttö, koska vilpillisessä toiminnassa ei toimijalla tarvitse olla edes oikeutta toimiinsa. Oikeuden väärinkäyttö perustuu lähtökohtaisesti edellytykseen, että toimijalla on muodollisesti perusteltavissa oleva ja laillinen oikeus (mutta hän käyttää tätä oikeuttaan väärin).

Vaikka kansainvälisen kaupan sopimusverkoissa velvoitteet ovat sitoutujalle usein hyvin ankaria, ei vilpillistä toimintaa ole koskaan hyväksytty osaksi kansainvälistä kauppaa. Euroopan ihmisoikeussopimuksen 17 artikla on hyvä esimerkki siitä, miten oikeuksien väärinkäyttöön ja samalla vilpilliseen toimintaan yleisesti suhtaudutaan.⁵

17 artikla.

Oikeuksien väärinkäytön kielto

Minkään tässä yleissopimuksessa ei saa tulkita suovan millekään valtiolle, ryhmälle tai henkilölle oikeutta ryhtyä sellaiseen toimintaan tai tehdä sellaista tekoa, jonka tarkoituksena on tehdä tyhjäksi jokin tässä yleissopimuksessa tunnustettu oikeus tai vapaus tai rajoittaa niitä enemmän kuin tässä yleissopimuksessa on sallittu.

Unidroit-periaatteissa artiklassa 3.8 on vilpistä esitetty seuraavasti:

Article 3.8

(Fraud)

A party may avoid the contract when it has been led to conclude the contract by the other party's fraudulent representation, including language or practices,

¹ Englanninkielistä fraud-termiä vastaa latinan termi *fraus* ja ranskan *fraude*.

² Ks. Huhtamäki 1993 s. 213–221. Huhtamäki selvittää amerikkalaista fraud-käsitettä luotonantajavastuun kannalta.

³ Passiivisesta vilpistä voidaan mainita esimerkkinä sovitun asiakirjan tahallinen toimittamatta jättäminen.

⁴ Vilpillistä toimintaa ja sen käsitteistöä kuvaa myös valeoikeustoimia koskeva oikeustoimilain 34 §, jossa on löydettävissä oikeuden väärinkäytön kielto.

⁵ Pöyhönen 2001 s. 314.

or fraudulent non-disclosure of circumstances which, according to reasonable commercial standards of fair dealing, the latter party should have disclosed.

(Sopimuspuoli voi vaatia sopimuksen julistamista pätemättömäksi, kun hänet on vietetty sopimuksen tekemiseen toisen sopimuspuolen petollisella menettelyllä, muun muassa kielenkäytöllä tai käyttäytymisellä, tai sellaisten olosuhteiden petollisella salaamisella, jotka jälkimmäisen sopimuspuolen olisi hyvän liiketavan kohtuullisten kaupallisten mittapuiden mukaan pitänyt tuoda esiin.)

Unidroitissa on edelleen esitetty vilpillisestä toiminnasta ja sen vaikutuksesta kolmanteen:

Article 3.11 (Third persons)

(1) Where fraud, threat, gross disparity or a party's mistake is imputable to, or is known or ought to be known by, a third person for whose acts the other party is responsible, the contract may be avoided under the same conditions as if the behaviour or knowledge had been that of the party itself.

(2) Where fraud, threat or gross disparity is imputable to a third person for whose acts the other party is not responsible, the contract may be avoided if that party knew or ought to have known of the fraud, threat or disparity, or has not at the time of avoidance reasonably acted in reliance on the contract.

((1) Kun petos, uhkaus, vakava epätasapaino tai sopimuspuolen erehdys on luettava kolmannelle osapuolelle syyksi, taikka kolmas osapuoli, jonka toiminnasta toinen sopimuspuoli on vastuussa, on siitä tiennyt tai tämän olisi pitänyt tietää, sopimus voidaan julistaa pätemättömäksi samoin edellytyksin kuin jos kyseessä olisi sopimuspuolen oma käyttäytyminen tai tietoisuus.

(2) Jos petos, uhkaus tai vakava epätasapaino on luettava syyksi kolmannelle osapuolelle, jonka toiminnasta toinen sopimuspuoli ei ole vastuussa, sopimus voidaan julistaa pätemättömäksi, jos tämä sopimuspuoli tiesi tai hänen olisi pitänyt tietää petoksesta, uhkauksesta tai epätasapainosta, taikka jos hän ei ole pätemättömyyden hetkellä perustellusti toiminut sopimukseen luottaen.)

Näiden periaatteiden perusteella on kuitenkin vaikea määritellä tyhjentävästi vilpillistä toimintaa. Vilpillinen toiminta on hyvin laaja käsite kansainvälisessä kaupassa. Se voi olla eri lakien, periaatteiden, ohjeiden tai suositusten vastaista. Pääsääntönä voidaan kuitenkin esittää, että vilpillinen toiminta on käytännössä aina

- *ordre public inter* -periaatteen vastaista,
- *bona fide*- tai *good faith* -periaatteiden vastaista,
- *Treu und Glauben* -periaatteen vastaista⁶,

⁶ *Treu und Glauben* on määritelty BGB § 242:ssä seuraavasti: ”*Leistung nach Treu und Glauben: Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*”. (Vilpittömän mielen [Treu und Glauben tässä suomennettu

- pohjoismaisten oikeustoimilakien 36 §:ssä säädetyn kohtuullisuuden vastaista, jos kohtuullisuus katsottaisiin kansainvälisen kaupan liikesopimuksissa ”velvoittavaksi”.

Määritelmien eroihin ei tässä tutkimuksessa syvennytä, mutta niiden sisältöä voidaan kuvata esittämällä, että niiden vastaisessa toiminnassa kyse on yleisesti arvioituna moitittavista seikoista.

Vilpillinen toiminta muodostaa kansainvälisen kaupan sopimussuhteen markkinoilla merkittävän riskin, mutta se on toisaalta kansainvälisessä liiketoimintaympäristössä realiteetti; kansainvälisessä kaupassa on aina ollut ja tulee olemaan jossain määrin myös vilpillistä toimintaa. Kansainvälisen kauppakamarin merenkulkuosaston, International Maritime Bureau, johtaja *P. Mukundan* on osuvasti todennut:⁷

”Fraud is not new. As long as there have been commercial systems in place there have been those who have tried to manipulate these systems... Systems of trade are not designed for the prevention of fraud; they are designed to facilitate commerce.”

(”Petos ei ole uutta. Niin kauan kuin kaupallisia järjestelmiä on ollut, on ollut niitä, jotka ovat yrittäneet ohjailla näitä järjestelmiä... Kaupan järjestelmiä ei ole suunniteltu ehkäisemään petoksia; ne on suunniteltu helpottamaan kaupankäyntiä.”)

Kansainvälisessä kaupassa esiintyvän vilpillisen toiminnan tarkoituksena on pääsääntöisesti saada lain tai sopimuksen vastaisesti rahavaroja siirretyksi joko rikolliselle taholle tai välillisesti pestä rikollisella toiminnalla jo saatuja varoja. Varsinkin kansainvälisen kaupan maksu- ja vakuusjärjestelyissä vilpillinen toiminta voi olla hyvin houkuttelevaa ja valitettavasti usein myös tuottoisaa toimintaa vilpillisesti toimivalle. Erilaiset mahdollisuudet vilpin tekemiselle ovat kasvaneet tekniikan kehittyessä ja kansainvälisen kaupan volyymin kasvaessa. Tästä hyvänä esimerkkinä voidaan mainita kopiointitekniikan kehittyminen niin tarkaksi, että väärennösten tunnistaminen ilman erityislaitteita on käytännössä mahdotonta.

Tuomioistuimissa ja kansainvälisen kaupan järjestöissä (kuten ICC) on katsottu, että remburssin ja vakuustakuun vilpillinen käyttö oikeuttaa maksavan pankin tai vakuudenantajan kieltäytymään suorituksestaan. Ongelmana on kuitenkin käytännössä ollut se, että vilpillisen toiminnan yksiselitteinen tai selkeä määrittely niin kansainvälisen kaupan instituutioissa kuin kansallisissakin tuomioistuimissa on osoittautunut erittäin hankalaksi.

”vilpittömyys” mukainen suoritus. Velallinen on velvollinen tekemään suorituksen vilpittömän mielen ja kauppatavan edellyttämällä tavalla.)

⁷ Trade Finance Fraud, 2002 s. 9.

Fraud-käsitettä ei ole tyhjentävästi määritelty mihinkään merkittäviin kansainvälisessä kaupassa käytettyihin sääntöihin. Esimerkiksi remburssisäännöissä tai Kansainvälisen kauppakamarin perittäviä koskevissa URC-säännöissä ei ole määritelty, millaista toimintaa fraud tarkoittaa.⁸ Kuitenkin eräissä kansainvälistä kauppaa ohjaavissa säännöissä on osapuolten vastuita rajattu siten, että vilpillinen toiminta jää periaatteessa vilpittömästi tai hyvässä uskossa toimivan osallisen vastuun ulkopuolelle.⁹ Esimerkiksi remburssisääntöjen artiklassa 4 on lähtökohtana todettu:

”Remburseissa kaikkien osapuolten toimenpiteet koskevat asiakirjoja eivätkä tavaroita, palveluita ja/tai muita suoritteita, joihin asiakirjat saattavat liittyä.”

ja artiklassa 15 on edelleen selvennetty:

”Pankkeja ei sido eivätkä ne ole vastuussa asiakirjojen muodosta, sisällöllisestä riittäväyydestä, paikkansapitävyydestä, aitoudesta, väärennöksestä, oikeudellisesta pätevyyydestä tai asiakirjoissa olevista tai niihin liitetyistä yleis- ja/tai erityisehdoista;...”

Kansainvälisen kaupan liikesopimusten ja vilpillisen toiminnan suhteesta voidaan esittää seuraava pääsääntö: ei ole olemassa sellaista oikeusjärjestystä, valtiota, kansainvälisen kaupan järjestöä tai yritystä, joka hyväksyisi vilpillisen toiminnan¹⁰. Kuitenkin voidaan myös havaita, että vilpillisen toiminnan ja menestyksellisen liiketoiminnan raja on ollut kautta aikojen hyvin häilyvä – historia ja yleinen mielipide ei ole aina kohdellut menestyviä liikemiehiä oikeudenmukaisesti, vaan heitä on usein pidetty myös vilpillisinä liikemiehinä. Historiallisesti tarkasteltuna kyse on kauppatapoihin sisältyvän etiikan, kauppiaiden normaalin myyntitoiminnan ja yleisen rehellisyyden vaatimuksen yhdistämisen vaikeudesta käytännössä. Kysymys voidaan asettaa niinkin käytännönläheiselle tasolle kuin ”onko kauppiaan aina puhuttava totta myytävästä tuotteesta ja kerrottava koko totuus tuotteestaan sopimusneuvotteluissa?”. Vastausta on mahdoton antaa tuntematta kauppiaan omaa kauppakulttuuria ja moraalia.

Lähtökohtana remburssijärjestelyissä ja toisaalta remburssin luotettavuuden edellytyksenä on se, että avaajapankki ja vahvistanut pankki kunnioittavat antamaansa sitoumusta maksaa remburssissa määritelty summa edunsaajalle remburssissa mainittuja asiakirjoja vastaan. Remburssin itsenäisyys ja pääsopimuksesta riippumattomuus tarkoittavat käytännössä sitä, että avaajapankilla ei ole

⁸ Tästä esimerkiksi *Dohmin* esitys s. 1, ICC Symposium 29.10.1992.

⁹ Sinänsä katson tämäntyyppisen vilpittömän mielen vaatimuksen olevan kansainvälisen kaupan sääntöihin sisäänrakennettuna ilman nimenomaista mainintaa.

¹⁰ Fraud-käsitteestä ja kansallisista säädöksistä remburssien osalta tarkemmin esimerkiksi *Jack* s. 208–.

mahdollisuuksia vedota mihinkään pääsopimuksen olosuhteisiin.¹¹ Ainoa seikka, joka voi murtaa remburssin itsenäisyyden ja ankaraehtoisuuden periaatteen, on juuri vilpillinen toiminta. Vilpillinen toiminta on kuitenkin harvinaista ja käytännössä vaikeaa selvittää. Samoin väite vilpillisestä toiminnasta on erittäin poikkeuksellinen, vaikka vilpillisyyteen viittaavia muita väitteitä voidaankin avaajapankille esittää silloin, kun remburssimaksua ei haluta myyjälle. Tällöin saatetaan viitata ylimalkaisesti vilpillisyyteen sen vuoksi, että muita syitä maksun estämiseen ei keksitä.

Remburssija ja vakuustakuista koskevissa tutkimuksissa käytetty määritelmä vilpillisyydestä ei suoranaisesti rinnastu common law -ympäristön rikosoikeudelliseen eikä toisaalta siviilioikeudelliseen vilppiin. Vilpillisyyden määrittelyä ei kansainvälisen kaupan liikesopimusten riidoissa yleensä ole haluttukaan tehdä, koska rikosoikeuden on ajateltu olevan eräänlainen valtion suvereniteetin ja kansallisen oikeuden asia, kun taas kansainvälisen kaupan vaihdantaa koskevat säännöt on laadittu ”positiivisia asioita”, kuten vaihdannan edistämistä ym., varten. Monissa kansainvälistä kauppaa koskevissa kansallisissa tuomioistuinratkaisuisissa on esiintynyt samantyyppinen ongelma; ratkaisija ei ole halunnut ottaa selvästi kantaa siihen, onko jokin sopimuskumppanin toiminta vilpillistä vai ei. Tämä johtunee juuri siitä, että kyse on kaupallisen sopimuksen riidan yhteydessä esitetystä ”rikosoikeudellisesta” väitteestä tai pikemminkin syytöksestä vilpillisestä toiminnasta. Tämän vuoksi kansainvälisen kaupan liikesopimuksissa ja sopimusverkoissa esiintyvää rajavetoa vilpillisen ja sallitun toiminnan välillä voidaan hahmottaa käytännössä parhaiten tutkimalla oikeuskäytäntöä ja arvioimalla vilpillisen toiminnan mahdollisuutta tapauskohtaisesti.¹² Tällöin joudutaan kuitenkin kansainvälisyys asettamaan sivuun, ja hyväksymään vilpillisen toiminnan määrittelyssä erilaiset kansalliset näkemykset ja tulkinnat.

Kansainvälistä kauppaa koskevissa tutkimuksissa ja tuomioistuinratkaisuisissa on pääsääntöisesti todettu, että vilpillisen toiminnan on oltava jonkinasteisesti tahallista. Vilpillisen toiminnan rajoja on asetettu common law -maiden oikeustieteellisissä julkaisuissa mm. siten, että vilpillinen toiminta ei ole huolimattomuutta tai tuottamuksellisuutta eli ”*fraud is not negligence*”.¹³ Vilpillisesti ei näin ollen voida toimia vahingossa. Siviilioikeudellisesti tarkasteltuna vilpillistä

¹¹ Vertaa *Palmgrenin* näkemys, jonka mukaan ”*olisi sekä kohtuutonta että ilmeisesti remburssin tarkoituksena vastaan, ellei pankilla olisi oikeutta vedota sellaisiin seikkoihin, jotka riidattomasti vapauttavat ostajan täyttämästä hankintasopimuksen*” (*Palmgren* s. 496–497). *Palmgrenin* edellä esitetty kanta on vuodelta 1945 eikä se vastannut edes tuolloin vallinnutta käsitystä remburssin itsenäisestä luonteesta; ks. esimerkiksi *Palmgrenin* valitsemat lähdeviittaukset artikkelin ko. kohdassa.

¹² Tästä myös *Jack* s. 207–232, erityisesti s. 207.

¹³ *Cheshire & Fifoot's Law of Contract*, s. 245–246.

toimintaa voisi kuvata edellä esitetyistä ajatuksista johtaen toiminnaksi, jolla on ainakin vilpillinen tavoite.

Vilpillisen toiminnan määrittely on käytännössä hyvin vaikeaa, mutta sen tarkastelu ja tutkiminen tuottaa useammin selkeämmän lopputuloksen kuin vilpittömyyden määrittely. Edelleen on huomattava, että liikesopimusten ja nimenomaan kansainvälisen kaupan perusongelmat vilpittömyyden ja *good faith* -periaatteen soveltuvuuden kannalta juridisesti arvioituna ovat seuraavat:

- liikesopimukset perustuvat voiton (tai hyödyn) tavoittelulle,
- liikesopimukset eivät pääsääntöisesti ole hyväntekeväisyyttä,
- liiketoiminnassa ja -sopimuksissa hyödytään periaatteessa toisten kustannuksella (pääsääntönä on yksinkertaistaen, että ostaja maksaa kaupan kohteesta yleensä yli sen mitä myyjä on tuotteesta maksanut) ja
- liike-elämässä on liikesalaisuuksia, joita lojaalisuusperiaate tai ”vilpittömyyden vaatimus” ei velvoita paljastamaan (liikesalaisuuksia ei esimerkiksi tarvitse paljastaa sopimuskumppanille, jotta voisi vedota vilpittömyyteensä.)

Kansainvälisessä kaupassa esiintyviä vilppitapauksia joudutaan usein arvioimaan vertaamalla niitä oikeustoimilain 3 luvun kaltaisiin pätemättömyystilanteisiin, perusteettoman edun tilanteisiin ja selkeästi rikolliseen toimintaan (kuten esimerkiksi petos). Vilpittömyyden ja *good faith* -periaatteen kaltaisten sääntöjen perusongelmana liikesopimuksissa onkin, miten pitkälle vilpittömyyttä on noudatettava, jotta voittoa tavoitteleva liiketoiminta on mahdollista.

Kansainvälisen kaupan kasvaessa on myös syntynyt uusia rikollisuuden muotoja. Näitä ovat esimerkiksi rahanpesuun, väärennöksiin, lahjontaan, huume-kauppaan ja laittomaan asekauppaan liittyvät, usein järjestyneen rikollisuuden toimet. Tämä rikollinen toiminta on yleensä hyvin tuottoisaa rikoksen tekijöille ja varsin paljon päänvaivaa aiheuttavaa kansainvälisen kaupan rehellisille osapuolille. Myös kansainväliset organisaatiot ovat viime vuosina ryhtyneet aktiivisesti tiedottamaan kansainväliseen kauppaan pesiytyneen rikollisuuden uusista muodoista. Esimerkiksi Kansainvälinen kauppakamari on julkaissut lukuisia teoksia aiheesta.

Vilpin tai vilpillisen toiminnan määrittely kansainvälisessä kaupassa on perinteisesti ollut vaikeaa. Yksinkertainen määritelmä olisi, että jokin toiminta on säädösten, sopimuksen tai ohjeiden vastaista. Tässä tutkimuksessa on kuitenkin pyritty kuvaamaan kansainvälisessä ympäristössä vallitsevia käsityksiä vilpistä. Vilpillisen toiminnan kielto muodostaa yleisesti hyväksytyn periaatteen kansainvälisessä kaupassa – vaikka itse vilpillisen toiminnan määrittely onkin lähinnä kompromissien tulos.

Principles of European Contract law'n artikkelissa 4:107 on pyritty määrittelemään vilpillistä toimintaa.¹⁴

(1) A party may avoid a contract when it has been led to conclude it by the other party's fraudulent representation, whether by words or conduct, or fraudulent non-disclosure of any information which in accordance with good faith and fair dealing it should have disclosed.

(2) A party's representation or non-disclosure is fraudulent if it was intended to deceive.

(3) In determining whether good faith and fair dealing required that a party disclose particular information, regard should be had to all the circumstances, including:

- (a) whether the party had special expertise;
- (b) the cost to it of acquiring the relevant information;
- (c) whether the other party could reasonably acquire the information for itself; and
- (d) the apparent importance of the information to the other party.

((1) Sopimuskumppani voi vaatia sopimuksen julistamista pätemättömäksi, kun hänet on vietetty sopimuksen tekemiseen toisen sopimuskumppanin petollisella menettelyllä, joko sanoin tai käyttäytymisellä, taikka sellaisen tiedon petollisella salaamisella, joka lojaalisuuden ja hyvän liiketavan mukaan olisi pitänyt tuoda esiin.

(2) Sopimuskumppanin menettely tai salaaminen on petollista, jos sen tarkoituksena oli erehdyttää.

(3) Ratkaistaessa, vaatiko lojaalisuus ja hyvä liiketapa, että sopimuspuoli ilmaisee tietyn tiedon, huomiota on kiinnitettävä kaikkiin olosuhteisiin, joita ovat muun muassa

- (a) oliko sopimuskumppanilla erityistä asiantuntemusta;
- (b) merkityksellisen tiedon hankkimisesta hänelle aiheutuvat kustannukset;
- (c) pystyikö toinen sopimuskumppani kohtuullisella vaivannäöllä itse hankkimaan tiedon;
- (d) tiedon ilmeinen merkitys toiselle sopimuskumppanille.)

Tässäkin määritelmässä on päädytty kuvaamaan vilpillistä toimintaa lähinnä ”rehellisyyden vastakohtana” ja esitetty vilpillisen toiminnan seurauksia sopimussuhteessa. Mielenkiintoinen on kohta 3), joka määrittelee lojaalisuusvelvollisuuden rikkomisen (joka ilmenee tässä lähinnä tietojen antamisvelvollisuuden rikkomisena) vilpilliseksi toiminnaksi. Kyseistä artiklasta voidaan hakea suuntaa ja ohjetta myös lojaalisuuden sisällön määrittelyyn kansainvälisen kaupan sopimussuhteissa.

¹⁴ Ks. *Lando I* s. 252–256.

Vilpillisen toiminnan¹⁵ tai vilpillisen mielen ongelma yhdistyy perusproblematiikkaan, joka vallitsee yleismaailmallisesti siviili- ja rikosoikeuden välillä. Varsinkin common law’n piirissä rikosoikeuden erillisyyss siviilioikeudesta, kuten myös näiden prosessioikeudellisten säännösten erot ja omaleimaisuus ovat romaanis-germaanisen ajattelutavan edustajille vaikeita ymmärtää. On mielenkiintoista, että siviilioikeudessa on katsottu tarpeelliseksi eräissä tapauksissa säädöksiin nimenomaisesti ilmaista, että rikosoikeudellisesti lainvastainen oikeustoimi ja siitä saatu hyöty eivät ole hyväksyttäviä myöskään siviilioikeudellisesti. Merkillepantavaa on se, että lainsäädännössä katsotaan tarpeelliseksi erikseen mainita, että rikoksella tai vilpillä aikaansaatu liiketoimi tai liikesopimus on (tavalla tai toisella) mitätön tai pätemätön. Tämä saattaa herättää pikemminkin kysymyksen siitä, onko siviilioikeudessa hyväksytyn liiketoiminnan ja rikollisen liiketoiminnan välimaastossa jokin ”vilpillinen liiketoiminta”, joka katsotaan kuitenkin lainsäädännön tai liike-elämän moraalin mukaan siviilioikeudellisesti kielletyksi (joskaan ei ehkä rikosoikeudellisesti rangaistavaksi).

Näyttää siltä, että varsinkin vilppi- tai fraud-johdannaisilla termeillä on pyritty useissa tapauksissa kattamaan juuri tämä liiketoiminnan harmaa vyöhyke eli vilpillinen toiminta, joka ei ole suoranaisesti rikoksen tunnusmerkistöä täyttävä, mutta kuitenkin siviilioikeudellisesti vilpillistä. Jonkinlaisena esimerkkinä edellä määritellyn harmaan vyöhykkeen vilpillisestä toiminnasta voitaneen esittää oikeustoimilain 30 §:ssä säädelty petollinen viettely ja 33 §:ssä säädelty kunnian vastainen ja arvoton menettely.¹⁶ Oikeustoimilain 30 §:n osalta tulee muistaa, että ”siviilioikeudellisesti kielletty” (eli pätemättömyysperuste) petollinen viettely eroaa ”rikosoikeudellisesti kielletystä” petoksesta. Petollisen viettelyn ”tunnusmerkistö” ei edellytä edun hankkimista tai vahingon aiheuttamista, jotka ovat petoksen tunnusmerkistössä. Toisaalta rikosoikeudellinen petos sisältäneen petollisen viettelyn määritelmän mukaisen toiminnan. Näiden käsitteiden väliin jää kuitenkin eräänlainen harmaa vyöhyke, jossa petoksen tunnusmerkistö ei täyty, vaikka toiminta siviilioikeudellisesti onkin petollista viettelyä.

Kansainvälisen kaupan liikesopimuksissa ja sopimusverkoissa on hyvin vaikea osoittaa yleisesti hyväksyttyä määritelmää vilpillisestä toiminnasta. Edelleen on hyvin hankalaa esittää aukottomasti, minkälainen toiminta sopimusverkossa olisi vilpillistä. Edellä esitetyn perusteella voitaneen kuitenkin yhteenvetona esittää seuraava määritelmäryitys vilpillisestä toiminnasta:

Vilpillisestä toiminnasta on aina kyse silloin, kun liikesopimuksen tai sopimusverkon osapuolen tai osallisen toiminta on jonkun osapuolen tai osallisen

¹⁵ Vilpillinen toiminta voidaan yhdistää vilpilliseen mieleen, *mala fideen*. Tällöin kuitenkin vilpillinen mieli tulee jollain tavoin aiheuttaa ”toimintaa”, koska pelkästään sopimuskumppanin mielen ”tila” ei vielä automaattisesti täytä vilpin tunnusmerkkejä.

¹⁶ Ks. *Saarnilehto* 2005 s. 118–119 ja 125–131 ja näissä kohdissa esitetyt KKO:n ratkaisut.

*valtion kansallisen lain mukaan kiellettyä tai rikollista toimintaa.*¹⁷ Sopimusverkon osapuoli tai osallinen toimii vilpillisesti, jos hän tietoisesti toimillaan tai tiedostaen omalla passiivisuudellaan aiheuttaa jollekin sopimusverkon osapuolelle tai osalliselle vahinkoa ja samalla tämän toisen kustannuksella hyöttyy tapahtuneesta vahingosta.¹⁸

Tämän määritelmän ulkopuolella on sallittu liiketoiminta, kuten esimerkiksi kilpaileva liiketoiminta. Sallittu yritysten välinen kilpailu voi välillisesti aiheuttaa toisille yrityksille haittaa. Toisaalta sallittua ja ”tervettä” kilpailevaa toimintaa pyritään kilpailulainsäädännössäkkin suojelemaan. Sallitun ja vilpittömän liiketoiminnan määritelmä lienee liian epämääräinen ja laaja, jotta siitä olisi hyötyä vilpillisyyden määrittelyn negaationa. Liiketoimien vilpillisyyden arviointi tulee suorittaa jokaisessa tapauksessa in casu.

Vilpillisyyden kriteereihin tai sen edellytyksiin ei tule kuitenkaan sisällyttää konkreettista tai rahamääräistä taloudellista hyötyä, sillä esimerkiksi lainvastainen toiminta on aina myös vilpillistä – saatiinpa siitä hyötyä tai ei. Näin ollen lienee selvää, että jos liikesopimukseen sovellettavan lain mukaan toimintaa tai passiivisuutta arvioidaan lainvastaisena toimintana, joka johtaa kyseisen lain mukaan pätemättömyyden tai mitättömyyden kaltaiseen lopputulokseen, on myös tämäntyyppinen toiminta vilpillistä.¹⁹

Edelleen tulee huomata, että liikesopimuksista ja sopimusverkon sopimussuhteista johtuvia riitoja ratkaistessaan tuomioistuin tai välimiesoikeus ei sovellettavan lain säädösten mukaan ehkä lainkaan viran puolesta ota kantaa toiminnan vilpillisyyteen tai lainvastaisuuteen. Tämän vuoksi on tärkeää ja suositeltavaa – joskin käytännössä hyvin harvinaista – että vilpillisyyteen nimenomaisesti vedotaan, mikäli toisen osapuolen toiminta on ollut vilpillistä.

9.2 VILPILLISEN TOIMINNAN MUODOISTA KANSAINVÄLISESSÄ KAUPASSA

Kansainvälisen kaupan maksu- ja vakuusjärjestelyissä esiintyvä vilpillinen toiminta voi olla hyvin monentyyppistä. Vilpillistä toimintaa esiintyy niin järjestäytyneen rikollisuuden suurissa transaktioissa kuin pienemmissä kaupoissa. Vilpillisen toiminnan tyypillisin muoto on se, että rahasuoritusta vaaditaan tietoisesti väärin tai laittomin perustein. Tämän vuoksi fraud-tilanteita on kuvattu kansain-

¹⁷ Tässä ei oteta kantaa toiminnan rangaistavuuteen.

¹⁸ Vahingon määrittely ja vahingon määrä jätetään tapauskohtaiseen harkintaan.

¹⁹ Tämäntyyppisestä tilanteesta on kyse esimerkiksi oikeustoimilain pätemättömyysperusteissa.

välisissä remburseja ja vakuustakuista koskevissa oikeustapauksissa sekä artikkeleissa sellaisilla termeillä kuten *abuse*, *unfair calling* tai *fraudent calling*. Voidaan siis todeta, että vilpillisyys kansainvälisen kaupan maksu- ja vakuusjärjestelyissä liittyy pääsääntöisesti maksuvaatimukseen. Maksuvaatimuksen vilpillisyys voi käytännössä ilmetä esimerkiksi siten, että vaatimus esitetään vilpillisesti tai että maksuvaatimukseen liitettävät asiakirjat ovat väärennetyjä. Näiden tapausten kirjo on suuri, mutta vilpillisyyden eri tilanteet vaikuttavat eri tavalla maksu- ja vakuusjärjestelyihin.

KKO määritteli ratkaisussaan 1992:145 edunsaajan toiminnan ”oikeuden väärinkäytöksi”. Oikeuden väärinkäyttö rinnastetaan näin KKO:n ratkaisussa vilpilliseen toimintaan. KKO esitti perusteluissaan:

”Esitetty selvitys eri maiden oikeuskäytännöstä osoittaa kuitenkin yleisesti hyväksytyksi periaatteeksi, että takuunantaja voi sanotunlaisen takuusitoumuksen ehdottomuudesta huolimatta vedota takuunsaajan maksuvaatimusta vastaan siihen, että maksuvaatimus perustuu takuusitoumuksen tuottaman oikeuden väärinkäyttöön. Tämä oikeusperiaate on myös Suomen yleisten siviilioikeudellisten periaatteiden mukainen.”

Oikeuden väärinkäyttö on kuitenkin liian suppea määritelmä kattamaan ja kuvaamaan vilpillistä toimintaa sen eri muodoissa. Oikeuden väärinkäyttö perustuu olettamalle, että vilpintekijä toimii jonkin oikeuden tai oikeutuksen käyttäjänä. Tällöin oletuksen perustan luo ajatus jo olemassa olevasta ”laillisesta oikeudesta”, jota joku käyttää väärin. Kuitenkin oikeuden väärinkäyttö-termi pitää sisällään mahdollisuuden siihen, että kyseistä oikeutta voisi käyttää myös oikein. Jonkin oikeuden väärinkäyttöä voidaan verrata tulen käyttöön; tulta voidaan käyttää takassa lämmitykseen (”oikeinkäyttö”) tai sitä voidaan käyttää tuhopolttoon (”väärinkäyttö”). Remburssijärjestelyissä ja kansainvälisessä kaupassa esiintyy väärinkäytöksiä, joilla ei ole ”oikeinkäyttö”-vastakohtaa. Vilpillinen toiminta voi ilmetä kansainvälisessä kaupassa monella muullakin tavalla kuin oikeuden väärinkäyttönä – kuten toimintana, johon vilpintekijällä ei ole mitään oikeutta. Vilpillisen toiminnan määritelmää ei myöskään voida rajata siten, että kaikki, mikä on *good faith* -doktriinin ulkopuolella, olisi vilpillistä toimintaa tai *bad faith*.

Lojaliteettiperiaatteen ulottuvuutta on käsitelty edellä omassa kappaleessaan. Lojaalisuudesta ja lojaalisuuden vaatimuksesta kansainvälisen kaupan sopimussuhteissa voidaan löytää tukea myös vilpillisyyden määrittelyyn. *Good faith* ja *Treu und Glauben* kuvastavat kansainvälisesti tunnettujen käsitteiden joukosta ehkäpä parhaiten vilpittömän mielen vaatimusta ja lojaliteettiperiaatteen ilmenemistä. Kuten edellä on todettu, lojaalin toiminnan, vilpittömän toiminnan ja hyvän tavan mukaisen toiminnan ulkopuolelle jäävää toimintaa ei voida *e contrario* väittää vilpilliseksi.

Remburssikäytännössä on yleistynyt myös termi *unfair calling*, jolla tarkoitetaan vilpillistä remburssimaksun vaatimista. Varsin usein unfair calling esiintyy vakuustakuiden ja standby-remburssien yhteydessä, koska näissä maksu edunsaajalle tapahtuu käytännössä pelkästään vaatimusta (calling) vastaan. Termi *unfair* eli ”epäreilu” sekoittuu helposti kuluttajamarkkinoilla käytettyyn terminologiaan kuten termiin ”kohtuuton”. Termin käyttöä tulisi pyrkiä epämääräisyytensä vuoksi välttää.

9.3 VILPILLINEN TOIMINTA JA PETOS RIKOSLAIN MUKAAN

Miten vilpillinen toiminta eli fraud voidaan sitten määritellä? Vaikka tämän tutkimuksen kohteena ovat kansainvälinen kauppa ja sen maksujärjestelyt, seuraa-vassa on otettu vilpillisyyden määrittelyyn apuun kansallinen rikoslakimme. Suomen rikoslaissa ei kuitenkaan ole rikosnimikettä ”vilpillinen toiminta”.²⁰ Vilpillistä toimintaa voidaan verrata lähinnä petokseen. Petoksen tunnusmerkistä on kuvattu seuraavasti:

Rikoslaki 36 luku

1 §. Petos. Joka, hankkiakseen itselleen tai toiselle oikeudetonta taloudellista hyötyä taikka toista vahingoittaakseen, erehdyttämällä tai erehdystä hyväksi käyttämällä saa toisen tekemään tai jättämään tekemättä jotakin ja siten aiheuttaa taloudellista vahinkoa erehtyneelle tai sille, jonka eduista tällä on ollut mahdollisuus määrätä, on tuomittava petoksesta sakkoon tai vankeuteen enintään kahdeksi vuodeksi.

Petoksesta tuomitaan myös se, joka 1 momentissa mainitussa tarkoituksessa dataa syöttämällä, muuttamalla, tuhoamalla tai poistamalla taikka tietojärjestelmän toimintaan muuten puuttumalla saa aikaan tietojenkäsittelyn lopputuloksen vääristymisen ja siten aiheuttaa toiselle taloudellista vahinkoa.

Yritys on rangaistava.

2 §. Törkeä petos. Jos petoksessa

- 1) tavoitellaan huomattavaa hyötyä,
- 2) aiheutetaan huomattavaa tai erityisen tuntuva vahinkoa,
- 3) rikos tehdään käyttämällä hyväksi vastuulliseen asemaan perustuvaa erityistä luottamusta tai
- 4) rikos tehdään käyttämällä hyväksi toisen erityistä heikkoutta tai muuta turvatonta tilaa

²⁰ Ks. *Tapani, Jussi*: Petos liikesuhteessa: Talousrikosoikeudellinen tutkimus, 2004.

ja petos on myös kokonaisuutena arvostellen törkeä, rikoksentekijä on tuomittava törkeästä petoksesta vankeuteen vähintään neljäksi kuukaudeksi ja enintään neljäksi vuodeksi.

Yritys on rangaistava.

Petoksen tunnusmerkkien täytyminen edellyttää rikoslain mukaan erehdyttämistä ja erehtymistä. Petoksen tunnusmerkistö voi täytyä myös passiivisuudella. Tällöin erehdyksen hyväksikäyttö täyttää petoksen tunnusmerkistön. Vilpillisen toiminnan – konstruktion verrattuna ei ole täysin merkityksetöntä, että rikoslaissa määritellyn petoksen tulee aiheuttaa rikoksen kohteena olevalle vahinkoa. Pankkitoimintaan liittyvän petoksen ja RL 36 luvun soveltamisen osalta KKO on ratkaisussaan 1983 II 135 ottanut kantaa mm. toiminnasta aiheutuneeseen vahinkoon.²¹ Kansainvälisessä kaupassa esiintyvät määritelmät vilpillisestä toiminnasta (fraud) vastaavat hyvin pitkälle rikoslaissa määriteltyä petosta.

Monissa kansainvälisen kaupan maksu- ja vakuusjärjestelyissä esiintyneissä vilpillisissä toimissa voidaankin havaita, että myös rikoslaissamme asetettu törkeän petoksen tunnusmerkistö täyttyy. Kansainvälisen kaupan vilpillisessä toiminnassa tavoitellaan usein merkittävää taloudellista hyötyä, sillä tavoiteltu etu (joka on yleensä sama kuin aiheutettu vahinko,) on huomattava, ja vilpillisesti toimiva – kuten kaikki sopimusverkkoajatuksen osalliset – käyttää hyväkseen sopimusverkossa vallitsevaa korotettua lojaalisuuden ja erityisen vahvan luottamuksen tilaa. Kyse on yleensä siitä, että luottamus ja lojaalisuus ovat kansainvälisen kaupan sopimusverkossa välttämättömiä ja kaikkien osapuolten käytössä, minkä vuoksi vilpillinen toimija voi halutessaan helposti käyttää väärin hyväkseen sopimusverkon muiden osapuolten luottamusta.²²

Vilpillinen menettely todistelussa on saanut oikeustieteellisissä tutkimuksissa osakseen huomiota. Esimerkiksi *Jouko Halila* korostaa sitä, että vilpillisen tai epälojaalin todistajan todistelun arviointi tulee suorittaa tapauskohtaisesti. Käytännössä joudutaan kussakin tapauksessa erikseen arvioimaan sitä, tulee-ko vilpilliseksi todettu todistelu kääntämään todistustaakan, todistustaakan jaon tai aiheuttamaan jopa sen, että vilpillinen todistelu tulee tulkita todistajaa/mala fide todistelua vastaan.²³ Jos kansainvälisessä kaupassa vilpillinen toiminta johtaa prosessiin, joudutaan vilpillisyyttä arvioimaan myös prosessuaalisesti. Vilpillisesti toimineen mahdollinen vilpillinen todistelu ja sen vaikutus todistustaakan jakoon ovat merkittäviä vilpillisyyden arviointiin liittyviä kysymyksiä.

²¹ Mielenkiintoista on tutustua myös eri mieltä olleen oikeusneuvoksen näkemykseen, jonka mukaan tapauksessa puuttui tahallisuus.

²² Tässä voidaan esittää myös ajatus yhtenevyyksiin rikoslain 36 luvun 5 §:ssä mainittuun luottamusaseman väärinkäyttöön.

²³ *Halila* s. 302–306.

Kansainvälisessä kaupassa esiintyvä vilpillisyys on ”oikeuden vastaista” toimintaa, joka ei kuitenkaan välttämättä ole aina sovellettavan lain vastaista. Kansainvälisessä kaupassa esiintyy myös sellaista vilpillistä toimintaa, jota ei ole esimerkiksi ehditty kaikissa sopimusverkon osapuolten ja osallisten kansallisissa rikoslaeissa kriminalisoida. Tämänäköinen ”uusi rikollisuus” voi olla vilpillistä toimintaa, vaikka se ei olisikaan vielä sovellettavassa rikoslaissa määritelty kielletyksi tai rangaistavaksi.

9.4 VILPILLISEN TOIMINNAN KÄSITE REMBURSSIJÄRJESTELYISSÄ

Rembursseja koskevissa tutkimuksissa on esitetty erilaisia jaotteluita, joissa pyritään selvittämään vilpillisen toiminnan kansallisia periaatteita.²⁴ Tämänäköinen jaottelu perustuu ajatukselle siitä, että remburssiin liittyvän vilpillisen toiminnan arvioinnissa ja määrittelyssä olisi aina mahdollista esimerkiksi esittää seuraavat näkökannat vilpillisyyden arvioitiin:

- kansallinen vilpillisyyden käsite: esimerkiksi oikeuden väärinkäyttö, petos ja sopimaton menettely liiketoiminnassa jne.
- yhdysvaltalainen käsitys vilpillisestä toiminnasta eli fraudista
- englantilainen käsitys fraudista ja sen sisällöstä
- kansainvälisten järjestöjen laatimat ohjeet ja säännöt, joissa vilpillistä toimintaa on määritelty tai sivuttu.²⁵

Remburssijärjestelyissä esiintyvä vilpillisyyttä tulisi kuitenkin kansallisen tai järjestöllisen lähestymistavan sijaan pikemminkin tarkastella sen mukaan, missä remburssijärjestelyn sopimusverkon osassa vilppi ilmenee. Vilpin esiintymisen perusteella jako voidaan tehdä kolmeen pääryhmään:

1. vilpillisyys dokumenteissa (*fraud in documents*)
2. vilpillisyys pääsopimuksessa (*fraud in transaction*)
3. muu vilpillisyys.

Vilpillisyys voi esiintyä samanaikaisesti useassa eri muodossa ja eri kohdassa remburssijärjestelyn sopimusverkkoa. Pääsopimuksessa tapahtuvan vilpillisyyden vaikutusten arviointi tuottaa kuitenkin varsinkin tuomioistuinkäytännössä

²⁴ Esimerkkinä tarkastelun jaottelussa Gao Xiangin ja Ross P. Buckleyn artikkeli ”A Comparative analysis of the standard of fraud required under the fraud rule in letter of credit law”. Oxford University Comparative Law Forum, 2003.

²⁵ Esimerkkinä voidaan mainita The United Nations Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit, jossa 19 luku ”Exception to payment obligation”. Konventiossa ei varsinaisesti perehdytä vilpilliseen toimintaan tai oikeuden väärinkäyttöön, vaan tarkastelu kohdistetaan siihen, mikä poistaa ankaran maksuvelvollisuuden.

yleensä vaikeana pidetyn periaatteellisen kysymyksen: miten tulee suhtautua pääsopimussuhteessa esiintyvään vilppiin, jos pääsopimussuhde ei ole remburssin peruseriaatteiden mukaan edes osa remburssijärjestelyä?

9.4.1 Fraud exception -sääntö

Vilpillisen toiminnan kieltö on konkretisoitunut useissa säädöksissä, säännöissä ja ohjeissa. Kuitenkin harvinaisempaa on, että vilpillisen toiminnan seuraukset olisivat kaupan osapuolille selvillä.

Dokumenttimaksuja ja vakuustakuita koskevissa kansainvälisissä tuomioistuintratkauksissa ja oikeuskirjallisuudessa on hyväksytty ns. *fraud exception rule*. Tämä sääntö tarkoittaa sitä, että muutoin kansainvälisen kaupan sopimusverkon itsenäisinä osina olevien remburssien ja vakuustakuiden kantavat peruseriaatteet (itsenäisyys, ankaraehtoisuus, jne.) joutuvat väistymään, jos tuomioistuin havaitsee järjestelyssä vilpillisyyttä tai ilmeinen vilpillisyys voidaan osoittaa jo ennen tuomioistuinkäsittelyä. Voidaan sanoa, että vilpillinen toiminta rikkoo remburssin itsenäisyyden. Fraud exception -sääntöä voitaisiin kuvata dokumenttimaksujen omaksi *ordre publiciksi*. Fraud exception -säännön soveltumisen ja tästä aiheutuvan dokumenttimaksujen peruseriaatteiden väistymisen edellytyksiksi on yleisesti asetettu seuraavat vähimmäisehdot:²⁶

1. vilpillisestä toiminnasta on oltava selvät todisteet (vilpillinen toiminta on ilmeistä ja todistettavissa);
2. maksavalla pankilla (avaajapankilla tai vahvistaneella pankilla) on selvä ilmoitus vilppiin vetoavalta kyseisestä vilpillisestä toiminnasta ja
3. pankki on saanut tiedon vilpillisestä toiminnasta ajoissa eli ennen suorituksen tekemistä.

Jos kansainvälisen kaupan maksu- ja vakuusjärjestelyissä toimitaan vilpillisesti, tapahtuu se pääsääntöisesti ennen maksusuoritusta. Kansainvälisen kaupan sopimusverkossa havaittu tai jo pelkästään väitetty vilpillinen toiminta johtaa yleensä kieltotuomio- tai turvaamistoimenpidetyypisiin riitaprosesseihin osapuolten välillä.

Sopimusverkkojen käytännöt ja yritysmarkkinoiden toimintamallit ovat sellaisia, että pankki ei pääsääntöisesti kieltäydy omatoimisesti tai itsenäisesti maksu- tai vakuussuorituksesta. Pankit ovat haluttomia puuttumaan väitteisiin pääsopimukseen liittyvästä vilpillisestä toiminnasta. Pankki kieltäytyy maksusta tai muusta sovitusta toimenpiteestä käytännössä aina tuomioistuimen antaman turvaamistoimityyppisen kieltotuomion perusteella. Tällöin vilppiä koskeva ar-

²⁶ *Exception rulen* perusteista tässä esitetty pohjautuu teokseen Trade Finance Fraud s. 48– sekä Jack s. 208–. Ks. myös Connertyn artikkelissaan mainitsemat vilpillistä toimintaa koskevat englantilaiset oikeustapaukset.

viointi liittyy lähinnä näyttöön ja tuomioistuimen in casu -harkintaan. Pääsääntönä on se, että pankki ei voi ankaraehtoisen ja selkeän remburssin avaaajana tai standby-remburssissa määritellyn maksusitoumuksen antajana kieltäytyä maksusta ilman hyvin perusteltua syytä. Pankin kieltäytymismahdollisuuksien edistäminen romuttaisi remburssin perusperiaatteet ja tyrehdyttäisi instrumenttien käytön kansainvälisessä kaupassa. Toisaalta voidaan todeta, että mikäli pankin velvoitteisiin halutaan maksusta kieltäytymisen mahdollistavaa joustoa, siitä pystytään niin haluttaessa sopimaan toimeksiannoissa periaatteessa hyvinkin vapaasti.

Sir Michael Kerr on tapauksessa *Harbottle v National Westminster Bank* (1978) todennut:

”It is only in exceptional circumstances that the Courts will interfere with the machinery of irrevocable obligations assumed by banks. They are the life blood of international commerce.”²⁷

(”Tuomioistuimet puuttuvat vain poikkeuksellisissa olosuhteissa pankkien omaksumaan peruuttamattomien velvoitteiden koneistoon. Ne ovat kansainvälisen kaupan elinehto.”)

Tuomioistuinten väliintulo ajankohtaistuu lähinnä standby-remburssien maksukieltokanteiden myötä eikä tuomioistuinprosesseja käydä niinkään kaupallisten remburssien osalta. Maksukielloista ja turvaamistoimista on käytetty ulkomaisessa oikeuskirjallisuudessa havainnollistavaa termiä *pre-trial injunction*, mikä korostaa näiden prosessien tapahtuvan nimenomaan ennen varsinaista pääoikeudenkäyntiä. On selvää, että fraud exception -säännön mukainen väite osapuolen vilpillisestä toiminnasta voidaan menetyksellisesti esittää myös varsinaisessa oikeudenkäynnissä. Kuitenkin perusajatus dokumenttimaksujen osalta on ”*pay now – argue later*” eli ”maksa nyt ja riitele myöhemmin”.²⁸ Tämä perusajatus voi kääntyä kuitenkin joissakin vilppitilanteissa rehellistä maksajaa vastaan.

Seuraavassa on selvitetty vilpillistä toimintaa remburssijärjestelyissä. Kun esitetään väite vilpistä pääsopimuksessa, on kyse käytännössä samasta seikasta kuin vilpistä maksunsaajan toimissa. Kuitenkin pääsopimuksessa ja sopimusverkoissa on useita osapuolia, joten seuraavassa on pyritty tuomaan esille myös eroja pääsopimuksen vilpin ja maksunsaajan vilpin välillä.

²⁷ *Anthony Connertyn* esittämän ajatuksen perusteella ei ole oletettavaa, että Englannin ylemmissä oikeusasteissa kukaan tuomari suostuisi myöntämään maksukieltoa fraud exceptionin perusteella, jos pankki hakee itseään vastaan kieltoa. Tällöin maksavalla pankilla ei olisi mitään hakemaan maksukieltotuomiota vastaan.

²⁸ Ajatus tunnetaan myös muodossa ”*pay now – litigate later*” (”maksa nyt ja aloita oikeudenkäynti myöhemmin”).

9.4.2 Asiakirjoihin liittyvä vilppi

Remburssia koskeva vilpillisyys esiintyy käytännössä usein asiakirjoihin kohdistuvana vilpillisenä toimintana (eli ”*fraud in documents*”).²⁹ Toisaalta kansainvälisessä kaupassa remburssia on enenevässä määrin ryhdytty käyttämään myös edellä esitetyn tavoin myyjän luototuksessa. Remburssijärjestelyissä vilppitilanteita voi olla monenlaisia. Perustapauksena on pidetty remburssiasiakirjojen väärennöksiä, joilla pyritään saamaan suoritus remburssin avaajapankilta. Kuitenkin kansainväliseen kauppaan pesiytyneen rikollisuuden kehittyessä on remburssia hyväksikäyttäen saatu toteutettua moninaisia rikollisia toimia. Ääritapauksissa remburssi ja siihen liittyvät asiakirjat ovat olleet sinänsä muodollisesti aitoja, mutta ne ovat palvelleet täysin rikollista toimintaa.

Rembursseihin liittyvät vilpilliset toimet voidaan ja tulisi voida havaita, kun tarkastellaan kyseisen pääsopimusjärjestelyn kokonaisuutta ja sen laillisuutta. Perin hankalaksi pankeille on muodostunut kansainvälisen rikollisuuden järjestämät rahanpesuoperaatiot. Onnistuneissa rahanpesuoperaatioissa pankin tietoisuus remburssin väärinkäytöstä voi tulla esiin vasta viranomaisten ilmoitettua asiasta pankille. Toisaalta pankkien *know your customer* -periaatteen mukainen toiminta on edesauttanut rahanpesun yrittäjien kiinnijäämistä.³⁰

Remburssijärjestelyihin liittyvän vilpillisen toiminnan ja väärinkäytön mahdollistaa pitkälti juuri remburssin perustan luova toimintamekanismi: remburssi on pääsopimukseen nähden itsenäinen maksutapa ja vakuus, jossa kauppahinta maksetaan asiakirjoja vastaan. Kärjistäen voidaan esittää kysymyksen muotoon puettu tapaus: jos pankki saa ostajalta kauppahinnan maksuksi laatikollisen seteleitä, jonka pankki puolestaan välittää myyjälle; millaisiin toimiin pankin tulee ryhtyä, jotta se ei syyllisty laittomuuksiin? Tuleeko pankin olla tietoinen kauppasopimuksen sisällöstä?

Pankin toimintaa ohjaavista kansallisista ja kansainvälisistä säädöksistä ja ohjeista (esimerkiksi rahanpesua koskeva lainsäädäntö) löytyy joitain vastauksia tämäntyyppisiin kysymyksiin, mutta huolellisesti suunnitellun vilpillisen toiminnan tunnistaminen on pankeille usein käytännössä mahdoton tehtävä – varsinkin, jos pääsopimussuhteessa toimitaan vilpillisesti, josta pankki remburssisääntöjen ja vakuustakuiden peruseriaatteiden mukaisesti ”sitoutuu olemaan tietämätön”.

Remburssitoimeksianto on pankille annettu maksutoimeksianto, jossa pankki käytännössä aina vaatii remburssisumman kattamista tai muutoin asettaa rem-

²⁹ Tästä ICC Symposium 29.10.1992, *Bertramsin* esitys s. 2.

³⁰ Asiakkaan tunteminen korostuu pankin velvollisuutena rahanpesua koskevissa laeissa sekä ohjeissa.

burssin avaamisen ehdoksi turvaavan vakuuden. Remburssin avattuaan pankki siis käytännössä vain suorittaa ostajan puolesta kauppahinnan tiettyjä asiakirjoja vastaan myyjälle. Jos pankin toimet täyttävät toimeksiantosopimuksessa sovitun, voiko pankki ryhtyä toimimaan pääsopimuskumppanien riidanratkaisijana, ”tuomioistuimena”? Kansainvälisen pankkitoiminnan periaatteiden mukaan pankki ei voi näin toimia. Pankkien on kuitenkin aina noudatettava niitä koskevia lakeja ja määräyksiä.

Kaupallisten remburssien ja standby-remburssien osalta voidaan todeta, että ilmeisesti vilpillinen toiminta arvioidaan käytännössä usein ensisijassa tarkastelemalla pääsopimusta ja siihen liittyntä vilpillistä toimintaa. Toissijaisesti – joskin yleisemmin esiintyvissä tilanteissa – rembursseihin liittyvän vilpillisen toiminnan arviointi kohdistuu remburssijärjestelyn asiakirjoihin ja niiden esittämiseen. Oli pa vilpillinen toiminta pääsopimukseen tai asiakirjoihin liittyvää, muuttaa se pääsopimuksesta ja toimeksiantosopimuksesta riippumattoman remburssin arviointia. Vilpillinen toiminta kumoaa oletaman remburssin itsenäisyydestä.

Mikäli pankki havaitsee väärennetyt remburssiasiakirjat, pankin tulee aina kieltäytyä suorituksesta. Pankin kieltäytymistä väärennystilanteesta ei tarvitse arvioida pelkästään rikostunnusmerkistön valossa (esimerkiksi väärennös tai petos). Pankki voi perustella kieltäytymistään väärennöstilanteesta myös remburssioikeudellisesti: se voi todeta, että maksuvaatimus ei ole remburssin ehtojen mukainen, koska edunsaaja esittää väärennettyjä asiakirjoja. Lähtökohtainen remburssioikeudellinen ajatus on se, että remburssissa sovittujen asiakirjojen tulee olla aitoja ollakseen ”oikeita” ja väärennetyt asiakirjat ovat ”väärä” – ne eivät täytä strict compliance -vaatimusta. Pankin esittäessä kieltäytymisensä perusteeksi vilpillisen toiminnan sijaan sen, että asiakirjat eivät vastaa remburssissa esitettyä, pankki välttyy myös edunsaajan ”syyttämiseltä”. Kyse ei tällöin ole periaatteesta pankin tekemästä väärennösväitteestä tai maksusta kieltäytymisestä vilpillisen toiminnan (väärennöksen) vuoksi, vaan pankin maksusta kieltäytyminen perustuu strict compliance -periaatteeseen: asiakirjat eivät ole sopimuksen ehtojen mukaisia.

Vilpillinen toiminta tuhoaa käytännössä luottamuksen ja usein valitettavasti myös lojaalisuuden kansainvälisen kaupan sopimusverkon kaikkien osapuolten ja osallisten väliltä. Vilpillinen toiminta rikkoo muutoin toimivan sopimusverkon; *fraus omnia corrumpit*. Vilpillisen toiminnan aiheuttama vahinko ja haitta kansainvälisen kaupan sopimusverkon osapuolille on harvoin korjattavissa tai korvattavissa.

Kansainvälisen kaupan sopimusverkon osapuolen ja osallisen toiminnan vilpillisyyden arvioinnissa tulee ottaa huomioon ainakin seuraavat seikat:

- osapuolten rehellisyyttä ja perusteltua vilpitöntä mieltä tulee suojata
- vilpitön osapuoli voi hyötyä sopimuksesta tai sopimusverkon toiminnasta
- vilpillisen osapuolen ei tule hyötyä

- kukaan kansainvälisen kaupan sopimusverkon osapuoli tai osallinen ei saa hyötyä jonkun muun vilpillisestä toiminnasta.
- jokaisen sopimusverkon osapuolen tulee asiantuntemuksensa ja kokemuksensa mukaan informoida lojaalisuusperiaatteen mukaisesti muita sopimusverkon osapuolia, jos se havaitsee sopimusverkossa ilmeistä vilpillistä toimintaa.

9.4.3 Vilpillisyyden ilmeisyys -edellytyksestä

Kuten edellä on todettu, remburssi on ankaraehtoinen sitoumus maksaa sovittuja asiakirjoja vastaan kauppahinta tai vakuussumma maksunsaajalle. Remburssissa syntyvä maksuvelvollisuus ei ole kuitenkaan täysin abstraktia tai absoluuttista, vaan vilpillisyys voi poistaa ankaraehtoisuuden, abstraktisuuden ja johtaa järjestelyn epäonnistumiseen.

Kansainvälisen kaupan käytännöissä ja tuomioistuinratkaisuisissa on katsottu, että ainoastaan edunsaajan vilpillinen toiminta voi muodostaa riittävän perusteen remburssisuorituksesta kieltäytymiseen. Kansainvälisissä tutkimuksissa ja kirjoituksissa on korostettu sitä, että edunsaajan vilpillisen toiminnan tulee kuitenkin olla *ilmeistä*, jotta pankki voi vedota siihen remburssimaksusta kieltäytyessään. Remburssijärjestelyissä on tyypillistä, että määritelty suoritus tulee maksaa välittömästi, kun remburssin ehdot on täytetty, eli käytännössä silloin, kun sovitut asiakirjat tai sovittu maksuvaatimus esitetään maksajalle. Tämän vuoksi vilpilliseen toimintaan vetoava joutuu toimimaan nopeasti ja kiireessä vilpillisen toiminnan näytön hankkimisessa.

Tuomioistuin voi päätöksellään määrätä maksavan pankin kieltäytymään suorituksesta sen vuoksi, että edunsaajan toiminta on vilpillistä. Tuomioistuin arvioi vilpillistä toimintaa sovellettavan lain vaatimusten mukaan. Tuomioistuinharkintaan ei lähtökohtaisesti liity tässä selvitetty ilmeisyyskriteeri. Remburssin osalta esiintyvä ilmeisyyskriteeri koskee sitä arvioita, jonka maksava pankki tekee ennen remburssimaksua. Ilmeisyyskriteeri remburssioikeudessa aktualisoituu seuraavasti: pankki voi ja sen tulee kieltäytyä remburssisuorituksesta, jos se havaitsee edunsaajan toimivan ilmeisen vilpillisesti.

Tuomioistuinikäytännössä vilpillisyyden osoittaminen vaatii näytön osalta vakuuttavaa ja riittävää näyttöä. Vilpillisyyteen vetoavan tulee kyetä esittämään, että jokin toiminta tai seikka on vilpillistä. Väitteen ja sitä koskevan mahdollisen näytön jälkeen tuomioistuimen tai muun riidan ratkaisijan tulisi käsittää, että kyse on vilpistä.

Remburssikäytännössä on katsottu, että vilpillisen toiminnan tulee olla ilmeistä, jotta pankki voisi vedota siihen remburssin maksusuorituksesta kieltäytymisen perusteena. Ilmeisyyden vaatimus saattaa tuntua tarpeettomalta; jos osapuoli huomaa vilpillisen toiminnan, on vilpillisyys varmasti ainakin jollakin asteikolla

arvioituna ”ilmeistä”. Kyse on kuitenkin siitä ilmeisyydestä, joka kohdistuu toiminnan tai seikan ilmeiseen *vilpillisyyteen*, ei itse toimintaan tai seikkaan. Remburssikäytännössä vilpillisyydelle asetettu ilmeisyysvaatimus tarkoittaa käytännössä, että vilpillisyys voidaan todeta heti. Jos vilpillisyyden toteaminen vie aikaa tai vaatii monimutkaista ja vaikeaselkoista näyttöä, vilpillisyys ei ole ilmeistä.

Vilpillisen toiminnan ilmeisyydellitystä voidaan pyrkiä selventämään seuraavan esimerkin avulla:

Toimeksiantaja haluaa estää remburssisuorituksen edunsaajalle, koska hän katsoo, että edunsaajan toiminta on vilpillistä. Tällöin hän joutuu käytännössä valitsemaan joko

1. edunsaajan kohdistettavan kieltotuomion tai muun turvaamistoimenpiteityyppisen tuomioistuimen ratkaisua tavoittelevan prosessin tai
2. sen, että hän pyrkii vaikuttamaan prosessitoimin tai suoraan maksavaan pankkiin, jotta tämä pidättäytyisi suorituksesta edunsaajalle.

Mikäli toimeksiantaja valitsee vaihtoehtoista jälkimmäisen, tulee vilpillisyyden olla ilmeistä, jotta hänen pyrkimyksensä voisivat menestyä.

Näyttövelvollisuus vilpillisestä toiminnasta ja vilpin ilmeisyydestä on vilpillisyyteen vetoavalla. Mikäli maksava pankki haluaa kieltäytyä maksusta, tulee vilpillistä toimintaa koskeva väite ja riittävä näyttö esittää tuomioistuimelle tai välimiesoikeudelle. Käytännössä on kuitenkin hyvin yleistä, että toimeksiantaja haluaa ensimmäiseksi osoittaa vilpillisen toiminnan remburssin avaajapankille tai vahvistavalle pankille. Tällä tavoin pyritään käytännössä saamaan näyttöä mahdollisia myöhempiä vaatimuksia varten siitä, että pankki olisi tietoinen ilmeisestä vilpillisyydestä. Itse asiassa pankille esitetty ilmeistä vilpillisyyttä koskeva väite tai näyttö ei sinänsä velvoita pankkia toimimaan tai olemaan toimimatta, mutta pankin tietoisuus ilmeisestä vilpistä voi johtaa siihen, että myöhemmin pankin tekemän suorituksen voidaan väittää olleen ”väärä”.

Suurten remburssimaksujen ollessa kyseessä näyttö ilmeisen vilpillisestä toiminnasta toimitetaan käytännössä haastehakemuksen muodossa aina sekä tuomioistuimelle että samanaikaisesti remburssin maksavalle pankille. Vilpillisyyteen vetoavan tulee kummassakin tapauksessa pystyä esittämään näyttöä siitä, että kyseessä on selvästi eli ilmeisesti vilpillinen toiminta. Seuraavat sanamuodot ovat esiintyneet ulkomaisissa tutkimuksissa silloin, kun on haluttu kuvata ilmeisen vilpillistä toimintaa:³¹

- *Fraud must be evident or manifest* (vilpin tulee olla ilmeinen tai selvä)
- *Evident and clearly established fraud* (ilmeinen ja selvästi todettu vilppi)

³¹ Koottu *Dohmin* esityksestä ICC Symposiumissa 29.10.1992.

- *The fraud must stare one in the face ja l'abus doit crever les yeux* (vilpin tulee olla silmien edessä eli nähtävissä).

Usein on esitetty, että vilppiin vetoavan ei tarvitsisi pystyä esittämään täyttä näyttöä siitä, että osapuolen (yleensä maksunsaajan) toiminta on ollut ilmeisen vilpillistä. On katsottu, että vilppiin vetoavan tulee kyetä tuomaan esille sellaisia seikkoja, jotka voimakkaasti tukevat vilpillisyysväitettä. Vilpillisyyttä koskevan näytön riittävyys ja käsitys ilmeisyyden näyttötaakan määrästä ovat kuitenkin usein vääriä: käytännössä niin tuomioistuin kuin maksuvelvollinen pankki vaativat, että vilppi tulee kyetä näyttämään. Käytännössä siis tuomioistuin ja remburssinmaksun maksajapankki (avaajapankki tai ilmoittava pankki) hyväksyvät toimeksiantajan vaatimuksen ainoastaan, jos vilppiä koskeva näyttö on olosuhteisiin nähden ”aukoton”. Vilpin ilmeisyys on toki aina arvioitava in casu, eikä ”riittävän näytön” määrittelemine tai osoittaminen ole yleispätevästi mahdollista. Kyse on vaatimuksesta, väitteestä ja näiden tueksi esitetystä normaalista näytön arvioinnista.

Tuomioistuin ja maksuvelvollinen arvioivat vilpillisyyttä koskevan näytön määrän ja laadun. Tuomioistuin tai käytännössä ensisijassa pankki ratkaisee, onko väitteeseen vetoavan esittämä näyttö riittävää tuomioistuimelle maksukieltotuomion antamiseen tai maksuvelvolliselle remburssisuorituksesta kieltäytymiseen.³² Käytännössä pankki voi vain erittäin poikkeuksellisissa tilanteissa toimia pääsopimuksessa tapahtuneen vilpin tai remburssin maksunsaajan vilpillisyyden arvioinnissa itsenäisesti; useimmiten pankilla ei ole edes teoreettisesti mahdollisuutta tutkia väitettyä vilppiä. Jos remburssijärjestelyn osapuoli tai vaikkapa viranomais ilmoittaa ja ”näyttää toteen” järjestelyn osallisen tai edunsaajan selkeän rikollisen toiminnan, syntyy pankille velvollisuus kieltäytyä maksusta.³³

Ilmeisyysvaatimus helpottaa nimenomaan pankin ratkaisua siitä, voiko se kieltäytyä remburssisuorituksesta. Tuomioistuimen ratkaisun kannalta ilmeisyydellä ei sinänsä ole vaikutusta. Yksinkertaistaen voidaan sanoa, että tuomioistuimen on ratkaisupakossaan otettava kantaa siihen, onko kyse vilpistä vai ei. Vilpin ilmeisyydedellytyksellä ei ole tuomioistuimen ratkaisutoiminnassa itsenäistä merkitystä.

Näyttökysymysten osalta tuomioistuimen tai välimiesoikeuden vaatiman näytön määrä ja laatu ovat tapauskohtaisia ja riippuvaisia lähinnä kanteesta ja

³² Merkilläpantavaa on myös se, että usein maksuvelvollinen pankki haluaa tuomioistuimen ratkaisun siitä, että pankki on perustellusti kieltäytynyt maksusta. Tällöin pankki voi asettua tuomioistuimen ratkaisun taakse ilmoittaen ”tehneensä vain sen, mitä tuomioistuin määräsi”.

³³ Erityyppisten ilmoitusvelvollisuuksia koskevien kysymysten osalta on törmätty moninlaisiin ongelmiin mm. Yhdysvaltain terrorismin vastaiseen toimintaan liittyvien vaatimusten osalta.

vastapuolen näytöstä. Näyttökysymysten ennalta arviointi tai jonkin standardinäytön määrittely ei ole mahdollista.

Esimerkiksi voidaan mainita turvaamistoimen tyyppiset vaatimukset, joissa hakijalle asetettu näyttövelvollisuus on voitu kansallisin säädöksiin laskea hyvinkin alas. Väliaikaiseksi tarkoitetun turvaamistoimen tai kieltotuomion osalta tuomioistuin voi hyväksyä hakijan vaatimuksen lähinnä ”todennäköisin perustein”, koska myöhemmässä, varsinaisessa asian käsittelyssä vaaditaan lisänäyttöä tai jopa täyttä näyttöä.

Kansainvälisen käytännön osalta voidaan todeta, että väliaikaismääräyksiin annettavien tuomioiden automatiikka voi johtaa näyttökynnyksen alenemiseen usein hyvinkin alas. Joskin väliaikaisen turvaamistoimentyyppisen määräyksen tai kieltotuomion hakijan tulee huomioida turvaamistoimen tuomion täytäntöönpanoon liittyvät erityispiirteet, kuten esimerkiksi velvollisuus asettaa hakijavakuus. Väliaikaisten toimien hakeminen tuomioistuimelta tai välimiesoikeudelta johtaa useimmiten kuluriskiin, mikäli hakija on esittänyt perusteettomia vaatimuksia. Asianosaisen riskien kannalta turvaamistoimet eivät pääsääntöisesti poikkea normaaleista tuomioistuinmenettelyihin liittyvistä riskeistä.

Varsinkin kansainvälistä kauppaa rahoittavat pankit ovat kritisoineet väliaikaisina annettavia turvaamistoimenpidepäätöksiä, joilla pankkeja kielletään toimimasta tai määrätään toimimaan hakijan vaatimalla tavalla esimerkiksi remburssijärjestelyissä. Pankkien asema turvaamistoimenpiteinä haettujen prosessien osallisina tai prosessin osallisina on käytännössä perin hankala. Periaatteellisella tasolla pankkeihin kohdistuvien tuomioiden merkitys on vielä suurempi: kansainvälisen rahoituksen perustana olevien pankkien ehdottomien maksusitoumusten käytön ydin perustuu siihen, ettei maksuja voida kevin perustein estää – edes lyhyeksi aikaa.

9.4.4 Ilmeinen vilppi kieltäytymis- ja maksukieltoperusteena

Kun tutkitaan vilppiä kansainvälisen kaupan sopimusverkoissa ja nimenomaan remburssijärjestelyissä, tulee aluksi muistaa seuraavat perushuomiot. Kaupallisissa remburseissa kyse on maksutavasta ja maksusta, joka ostajan tulee maksaa. Tämän vuoksi lähtökohtainen oletama on, että dokumenttimaksun edunsaaja on periaatteessa aina oikeutettu maksuun. Standby-remburseissa kyse on vakuudesta eikä maksutavasta. Standby-remburssia ei ole tarkoitus maksaa, elleivät vakuuden käytön edellytykset täyty (usein sopimusrikkomus tms.). Vakuustakuut ja standby-remburssit ovat kehittyneet kansainvälisessä kaupassa käteisen rahan panttauksen tilalle ”vaatimuksenvaraisiksi” vakuuksiksi. Kansainvälisen kaupan osapuolet ovat onnistuneet kehittämään standby-remburseista vakuusinstrumentteja, joiden käyttö ei pääsääntöisesti edellytä käteissuorituksen panttausta eli käteistä rahaa ei tarvitse siirrellä vakuudeksi valtiosta toiseen.

Remburssijärjestelyissä vilpillinen toiminta johtaa käytännössä siihen, että

- maksava pankki kieltäytyy maksusta (kieltäytymisperuste) tai

- tuomioistuिन kieltää joko osapuolen tai valvovan viranomaisen vaatimuksesta pankkia maksamasta (maksukieltooperuste).

Remburssissa maksava pankki voi ja sen tulee kieltäytyä maksusta, jos sille esitettävät asiakirjat eivät ole remburssissa määriteltäviä. Tämän vuoksi ei voida sanoa, että vilpillinen toiminta olisi ainoa seikka, joka estää remburssijärjestelyn maksun maksunsaajalle. On kuitenkin asianmukaista korostaa, että vilpillinen toiminta on periaatteessa ainoa seikka, joka poistaa remburssin itsenäisyyden ja riippumattomuuden pääsopimuksesta. Toisaalta pääsopimuskumppanin vilpillisyyttä toista sopimuskumppania kohtaan voidaan lähtökohtaisesti aina pitää pääsopimusvelvoitteiden vastaisena. Vilpillä onkin tavallaan itsenäinen merkitys sopimussuhteissa ja sopimusverkoissa. Jos vilpillisyys on todettu (ilmeisenä vilppinä tai laajemman näytön jälkeen) ei pääsääntöisesti ole merkitystä sillä, missä relaatioissa vilpillisyys ilmenee: sopimussuhteeseen ja siihen liittyvään maksutoimeksiantoon liittyvät velvoitteet on arvioitava käytännössä uudelleen.

Myös standby-remburseissa on ilmennyt ongelmia perusteettomien ja vilpillisten maksuvaatimusten vuoksi. Vielä 1980-luvulle asti kansainvälisen kaupassa mukana olleet osapuolet olivat yleisesti sitä mieltä, että standby-remburseja, pankkitakuita ja -takauksia ei vaadita perusteettomasti maksettavaksi.³⁴ Yleisesti luotettiin siihen, että sitoumukset täytetään eikä vakuuden menetyksiä aiheudu. Standby-remburseissa on kuitenkin olemassa vaara, että velkoja pyrkii saamaan suorituksen sekä velalliselta että vakuuden antajalta. Vakuuden antajana toimivan rahoituslaitoksen maineen säilyminen pankkimaailmassa voi joutua kyseenalaiseksi, mikäli tämä kieltäytyy suorituksesta. On esimerkiksi väitetty, että Iran olisi vallankumouksen jälkeen esittänyt maksuvaatimukset kaikista on first demand -ehtoisista pankkitakuista ja standby-remburssin kaltaisista vakuuksista saadakseen ulkomaista valuuttaa.³⁵

Remburssin pääsopimus saattaa raueta tai päättyä ennenaikaisesti. Näin voi tapahtua esimerkiksi rakennusprojektissa silloin, kun viranomainen epäi rakennusluvan.³⁶ Tällöin nousee esille kysymys siitä, tuleeko remburssi maksaa. Pääsopimuksen rauetessa syntyy remburssijärjestelyissä (varsinkin standby-remburseissa) riski väärinkäytöstä. Jos remburssi on avattu kauppahinnan maksamiseksi eli kyse on kaupallisesta tavararemburssista, ei lähtökohtaisesti ole mahdollista, että myyjä voisi vaatia kauppahinnan ilman omaa suoritustaan. Remburssijärjestelyssä tämäntyyppinen maksuvaatimus edellyttää asiakirjoja, jotka ovat yleensä myyjällä ainoastaan silloin, kun hän on täyttänyt omat velvoitteensa (valmistanut tavarat, lähettänyt tavarat, tms.). Jos taas kyse on standby-remburssista, ovat riskit edellistä suuremmat. Standby-remburssin maksuvaatimuk-

³⁴ Dalman s. 199.

³⁵ Dalman s. 180.

³⁶ Huhtamäki DL 1992, s. 36.

selle ei yleensä ole asetettu mitään erityisiä muoto- tai asiakirjavaatimuksia, vaan pelkkä kirjallinen maksuvaatimus avaajapankille riittää. Tämän vuoksi siihen liittyvät ongelmat ovat yleensä samankaltaisia kuin vakuustakuihin liittyvät ongelmat. Standby-remburssissa tarkoituksena on järjestää edunsaajalle henkilövakuus. Jos vakuuden saajan maksuvaatimuksen esittäminen vakuudenantajalle perustuu vakuustarkoituksen päämäärien saavuttamiseen, on vaatimus lähtökohteisesti oikeutettu.

Remburssijärjestelyissä esiintyy erityyppisiä vilpillisiä maksuvaatimuksia ja lisäetuvaatimuksia maksavalle pankille ja toisaalta toimeksiantajalle (velallisel-le). Käytännössä remburssin järjestäneelle toimeksiantajalle saatetaan esittää vaatimus alkuperäisen sovitun remburssin voimassaolon tai pääsopimuksen suoritusmääräajan pidennyksestä sillä uhalla, että remburssi esitetään muuten maksettavaksi. Tämä riski aktualisoituu tyypillisesti standby-remburssijärjestelyissä.³⁷

Remburssin väärinkäyttöä arvioitaessa tulee ottaa huomioon myös pankin omaan liiketoimintaan liittyvät intressit. Remburssijärjestelyssä maksavalla pankilla on pelko mahdollisen maksusta kieltäytymisen vaikutuksista pankin imagoon. Uhkauksen esittäminen saattaa edesauttaa remburssin saajan asemaa ja varmistaa tälle erilaisia etuja. Kansainvälisessä kaupassa mukana olevilla pankeilla on kuitenkin nykyaikana ankara velvollisuus ilmoittaa lainvastaisiksi epäilemänsä ja havaitsemansa toimet viranomaisille. Tämän vuoksi esimerkiksi rahapesun epäilyt johtavat useimmiten ilmoitusvelvollisuuteen, mikä puolestaan lisää pankin uskottavuutta rehellisten yritysten silmissä.³⁸

Jotta pankki voisi omatoimisesti kieltäytyä maksusta, tulee edellä esitetyt seikat huomioida:

1. vilpin tulee olla vakavaa tai törkeää,
2. vilpistä on oltava selkeä näyttö (jolloin perusolettamana on se, että toimijoiden oletetaan olevan lähtökohtaisesti vilpittömiä),
3. vilpillisen toiminnan tulee olla selvitetty pankille siten, että pankki voi olla varma vilpistä,
4. pankin tulee saada tieto vilpillisestä toiminnasta ennen maksua,
5. pankin on itse oleva vilpitön ja
6. strict compliance -periaate ei päde vilpillisessä tilanteessa; eli vaikka asiakirjat ovat ”yhdenmukaisia” remburssitoimeksiannossa sovittujen asiakirjojen kanssa, ei maksua tule suorittaa ilmeisen vilpillisen toiminnan tilanteessa.

³⁷ Edellä esitellyn *pay now – litigate later*- tai *pay now – argue later* -lausekkeiden kaltainen on *pay or extend*- tai *pay or prolong* -vaatimus. Tällainen vaatimus oli kyseessä esimerkiksi tapauksessa LG Dortmund 9.7.1980.

³⁸ Pankkien toimintaa koskeva itsesääntely on edesauttanut rehellistä pankkitoimintaa, ks. yleisesti pankkien itsesääntelyn säännöistä esimerkiksi *Wuolijoki* s. 57– sekä yleisesti Suomen Pankkiyhdistyksen julkaisu Hyvä pankkitapa (7.9.2004).

Vilpillisen toiminnan esimerkkinä on usein tuotu esille Yhdysvaltalainen tapaus *Sztejn the v. Schroder Banking Corporation*, (1941) 481 N.Y.S. 2nd 631, jossa katsottiin, että myyjä oli tahallisesti ("intentionally failed") jättänyt laivaa-matta tavarat, jotka ostaja oli tilannut. Tämä myyjän vilppi oli tuotu pankin tietoon ennen asiakirjojen esittämistä maksua varten. Ratkaisussa tuomioistuim katsoi, ettei remburssijärjestelyssä pankin ankaraa ja itsenäistä maksuvelvollisuutta tullut laajentaa ("should not be extended") suojelemaan epärehellistä myyjää.³⁹

9.4.5 Esimerkkejä vilpillisen toiminnan tapauksista

Rembursseja koskeissa kansainvälisissä oikeustapauksissa on havaittavissa, että remburssin perustan luovaa avaajapankin ankaraa maksuvelvollisuutta korostetaan ja suojellaan myös tuomioistuinten ja välimiesoikeuksien päätöksissä. Tuomioistuimien hyväksymänä pääsääntönä remburssijärjestelyissä voidaan pitää sitä, että avaajapankin on kunnioitettava sitoumusta, jonka se on antanut maksun saajalle avatessaan remburssin.

Kansainväliseen kauppaan ja remburssijärjestelyihin liittyviä vilpillistä toimintaa koskevia tapauksia tulee julkisuuteen harvoin, vaikka kaupan osapuolet törmäävätkin erilaisiin vilpillisiin toimijoihin. Varsinkaan pankit eivät halua maineensa tahriintuvan asiakkaan tai toisen pankin vilpillisen toiminnan vuoksi. Jo pelkästään jonkin kansainvälisen kaupan toisen osapuolen (kuten asiakkaan tai toisen pankin) vilpillisen toiminnan ilmoittaminen on pankeille hyvin vastenmielistä ja vaikeaa. Edelleen tulee huomata, että pankkien vetoaminen jonkun toisen vilpilliseen toimintaan on harvinaista, sillä väite vilpillisestä toiminnasta vahingoittaa aina liikesuhteita – olipa väite kuinka todenperäinen tahansa. Mikäli taas vilpillinen toiminta on käsillä, ratkaistaan liikesuhteissa riidat hyvin usein julkisuudesta sivussa, yleensä välimiesoikeuksissa. Tällöin kokonaiskuva rembursseihin liittyvistä vilpillisistä toimista ja vilpillisen toiminnan yleisyydestä ja merkityksestä jäävät usein tutkimusten tavoittamattomiin. Nykyään vilpillinen toiminta tulee aikaisempaa helpommin julkisuuteen esimerkiksi rahanpesua ja terrorismia koskevien kansainvälisten sopimusten ja säädösten tultua voimaan. Toisaalta voidaan huomata, että kansainvälisessä kaupassa vilpillisten toimien tekijät katoavat usein tietämättömiin. Vilpistä kärsineet yritykset eivät puolestaan juurikaan halua julkisuudessa esiintyä vilpin tai rikoksen uhreina – eli heikkoina ja erehtyvinä yrityksinä.

³⁹ Tässä voidaan mainita myös englantilainen ratkaisu *Edward Owen v. Barclays Bank* [1978] 1 Lloyd's Rep 166.

Kansainvälisten rembursseihin liittyvien oikeustapausten tarkastelussa voidaan ottaa esille erilaisia perustilanteita, joissa vilpillisestä toiminnasta on tehty ”syytös”. Useimmiten pankin remburssisuoritus halutaan estää pääsopimuksessa väitetyn tai todetun vilpillisen toiminnan perusteella. Silloin yleensä ostaja haluaa estää maksusuorituksen, mutta myös toinen pankki tai avaaajapankki itse saattaa vedota vilpillisen toimintaan pääsopimuksessa, jotta myyjä ei saisi suoritusta. Nämä perustilanteet voidaan kuvata seuraavasti:⁴⁰

- Toimeksiantajana oleva ostaja haluaa keskeyttää tai estää avaaajapankin maksun, ennen kuin maksuun oikeuttavat asiakirjat on esitetty avaaajapankille.
- Avaaajapankki pyrkii estämän toisen pankin maksun myyjälle tai kolmannelle pankille.
- Maksunsaaja riitauttaa avaaajapankin tai vahvistavan pankin maksusta kieltäytymisen.
- Avaaajapankki tai vahvistava pankki ryhtyy maksun jälkeen toimiin maksunsaajaa vastaan, jotta maksu voitaisiin peräyttää.
- Toimeksiantaja (ostaja) ryhtyy toimiin avaaajapankkia vastaan väittäen tämän tehneen väärin tai perusteettomasti maksun myyjälle.

Yhteenvedonomaaisesti voidaan esittää seuraavia havaintoja vilpillisyydestä esitetystä määrittelyistä ja vilpillisyydestä pankin maksusta kieltäytymisperusteena:

- Vilpillisyys on erotettava tuottamuksesta (*negligence*)
- Vilpillisyys ei ole ”töppäys tai virhe”; jos pankki maksaa väärin perustein tai vääriä asiakirjoja vastaan, kyse on lähtökohtaisesti pankin virheestä. Toisaalta remburssin periaatteiden mukaista on, että remburssi asiakirjojen väärennös – jos se ei ole aivan tökerö ja ilmeinen – ei johda siihen, että maksava pankki olisi vastuussa virheellisestä maksusta. Pankilla ei ole yleistä velvollisuutta tutkia asiakirjojen aitoutta, mutta sen tulee tarkistaa, että vaaditut asiakirjat näyttävät oikeilta ja että ne on asianmukaisesti esitetty.

Vilpillinen toiminta ei tarkoita samaa kuin erimielisyys osapuolten välillä, eikä oman edun tavoittelua.

Kuten edellä on todettu, ei kansainvälisessä kaupassa esiintyvän vilpillisen toiminnan ja fraud-käsitteen rajoja voida tyhjentävästi tai tarkasti määritellä. On kuitenkin esitetty eräitä esimerkkejä, joissa edunsaajan katsotaan periaatteessa aina toimivan ilmeisen vilpillisesti. *Bertrams* on kuvannut vilpillisyyden (fraud-tilanteen) ominaisimpia piirteitä, joista voidaan johtaa seuraavia esimerkkejä.⁴¹

⁴⁰ Ajatusta johdettu *Anthony Connertyn* artikkelista teoksessa *Trade Finance Fraud*, s. 47–, jossa viitataan englantilaiseen oikeuskäytäntöön.

⁴¹ *Bertramsin* esitys s. 3 ICC:n symposiumissa 29.10.1992.

1. Toimeksiantaja on täyttänyt pääsopimuksessa sovitut velvoitteensa ja tästä huolimatta häneltä vaaditaan lisäsuoritusta, ja toimeksiantajan sopimus-kumppani ei täytä omia sopimusvelvoitteitaan.
2. Pääsopimuksessa sovittua suoritusta ei ole voitu tehdä, koska edunsaaja on vastustanut suoritusta tai hän on olennaisesti rikkonut sopimusvelvoitteitaan.
3. Pääsopimus on kansainvälisen oikeuden vastainen (*according to the standards of international public law*).
4. Edunsaajan esittämä maksuvaatimus ei liity mitenkään pääsopimukseen, jonka remburssi on avattu tai velvoitteeseen, jonka turvaamiseksi vakuus on annettu.

Esimerkkejä tarkastellessa voidaan huomata, etteivät vilpillisten tilanteiden yksinkertaisetkaan esimerkit tyhjentävästi selvennä käsitettä. Käytännössä vilpin osoittaminen riippuu kulloisessakin tapauksessa esitetystä näytöstä. Todelliset tilanteet ovat usein huomattavasti monisäikeisempiä kuin teoriassa selkeiltä näyttävät esimerkit.

Määriteltäessä vilpillistä toimintaa voitaneen ottaa esille Yhdysvaltain korkeimman oikeuden tuomarin osuva kuvaus:⁴²

”... *one knows it when one sees it.*” (“... sen tuntee, kun sen näkee.”)

Remburssien osalta on vilpillisen toiminnan perinteisesti katsottu koskevan ”vilppiä asiakirjoissa”. Standby-rembursseja koskevista yhdysvaltalaisista tapauksista on käytetty fraudin tulkinnan osalta pitkään niin sanottua suppeaa tulkintaa. Tämän mukaan tulee vilpillisen toiminnan olla ”fraud in transaction” eli vilpin tulee ilmetä takuun antajapankin ja edunsaajan välisessä suhteessa. Standby-rembursseissa myös vilppitilanteiden edellistä laajempi tulkinta on saanut Yhdysvalloissa jalansijaa. Vilpillisen toiminnan laajemman tulkinnan mukaan on voitu vedota pääsopimussuhteesta ilmenneeseen vilppiin.⁴³

On harvinaista, että maksava pankki esittää remburssi- tai vakuustakuusuorituksesta kieltäytymisen syyksi edunsaajan ilmeisesti vilpillisen toiminnan. Jos remburssijärjestelyssä avaajapankki tai muu järjestelyssä mukana oleva kuitenkin vetoaa ilmeiseen vilppiin, nousee esille ongelma siitä, kuka voi tehokkaasti vedota ja kenen vilpilliseen toimintaan tämä vetoaminen voi kohdistua. Samalla

⁴² Tuomari *Stewart* ratkaisun *Jacobellis v. Ohio*, U.S. Supreme Court 1964 perusteluissa.

⁴³ Vertaa *Eskon* esitys Kansainvälisen kauppakamarin ja Ulkomaankauppaliiton erikoisseminaarissa 29.10.1992. *Esko* tuo esille myös yhdysvaltalaiset ”perustapaukset” *Sztejn v. Henry Schroeder Banking Corp.* 177 Misc 719 (N.Y. Sup. Ct 1941) sekä *Itek Corporation v. First National Bank*, 511 F. Supp. 1341 (D. Mass. 1981), 730 F. 2d. 19 (1st. Cir. 1984).

voidaan kysyä, kenellä kaupan tai vakuusjärjestelyn osallisella voi ylipäänsä olla tieto edunsaajan vilpillisestä toiminnasta.⁴⁴

Pankin varallisuusasemaa kansainvälisen kaupan yritysmarkkinoilla on kuvattu *deep pocket* -termillä,⁴⁵ jolla tarkoitetaan sitä, että pankilla olisi aina varoja maksaa sitoumuksen mukaan, ja toisaalta, että pankilta voitaisiin aina vaatia suoritusta ilman, että pankki vetoaisi maksuvaikeuksiin tai pahimmassa tapauksessa maksukyvyttömyyteen. Jos maksava pankki suorittaa remburssimaksun vilpistä huolimatta, voidaan maksavan pankin katsoa rikkovan toimeksiantosopimuksen ehtoja tai ainakin lojaalisuusvelvoitteitaan remburssijärjestelyn toimeksiantajaa kohtaan. Pankkitoiminnan realiteetti on kuitenkin se, että pankki pyrkii suojelemaan mainettaan yritysmarkkinoilla ja tämän vuoksi se yleensä nimenomaan haluaa maksaa remburssin määrittelemän suorituksen edunsaajalle. Pankin on kuitenkin lähtökohtaisesti fraud exception -säännön sekä liikesopimusverkoissa valitsevan korostetun lojaliteettivelvollisuutensa perusteella kieltäydyttävä remburssimaksusta ilmeisen vilpillisessä tilanteessa.⁴⁶

Kuten edellä on todettu, remburssijärjestelyn maksavan pankin tulee saada tieto edunsaajan vilpillisestä toiminnasta ennen remburssimaksun tapahtumista, jotta maksusta voitaisiin kieltäytyä. Jos pankki ei saa ajoissa tietoa vilpistä, on pankin maksettava remburssissa määritelty maksu ja toimeksiantajalla on lähtökohtaisesti velvollisuus suorittaa vastasitoumuksen perusteella sovitusti (vastava summa) maksun suorittaneelle pankille. Mikäli remburssijärjestelyssä on usean pankin muodostama ketju, voi käydä niin, että pankit toimeksiantajina ja toimeksisaajina saavat eri aikoina tiedon remburssinmaksunsaajan vilpillisestä toiminnasta.⁴⁷ Tällöin remburssijärjestelyn pankit ovat käytännössä täysin eriarvoisessa asemassa. Niillä pankeilla, jotka ovat saaneet tiedon vilpistä ajoissa, on ollut mahdollisuus kieltäytyä maksusta, kun taas maksusuorituksen tapahduttua tiedon saaneet pankit joutuvat usein kärsimään maksunsa suuruisen vahingon vilppitilanteessa. Tämä osoittaa myös *fraus omnia corrumpit* -pääsäännön⁴⁸; vilppi rikkoo remburssijärjestelyn.

⁴⁴ Ks. myös sivullisen oikeudesta vedota pätemättömyyteen *Ämmälä* 1993 s. 136–143. *Ämmälä* käsittelee kuitenkin sellaisten sivullisten vetoamisoikeutta, joiden oikeusasema on joissakin suhteissa liitännäinen osapuolten asemaan (esimerkiksi takaajan vetoamisoikeutta).

⁴⁵ Ks. *Dohmin* esitys s. 12, ICC:n Symposiumissa 29.10.1992.

⁴⁶ Ks. *Bertrams* 1990 s. 330–336.

⁴⁷ Pankkien vastasitoumuksista ja vastasitoumuksista voidaan verrata periaatteita myös vakuustakuisiin ks. *Bertrams* 1990, s. 337–361.

⁴⁸ Common law’n piirissä on käytetty ilmaisua ”*fraud unravels all*” (vilpillisyys hajottaa kaiken).

10 Tutkimustulokset

Kansainvälisen kaupan osapuolilla ja osallisilla on merkittäviä riskejä kannettavanaan. Näitä riskejä pyritään ennakoimaan ja rajaamaan sopimusehdoin ja vakuuksin. Käytännössä kansainvälisessä kaupassa oikeussuojakeinot ja sopimusoikeudelliset suojamekanismit ovat hyvin rajallisia. Toisaalta kansainvälisessä kaupassa ei yleensä luoteta osapuolelle tuntemattomiin kansainvälisiin tai kansallisiin säännöksiin tai sääntöihin. Edelleen kansainvälisen kaupan liikesopimuksen osapuolet suhtautuvat hyvin skeptisesti tuomioistuimien ja välimiesoikeuksien asiantuntemukseen ja kykyyn arvioida juuri heidän riitatilannettaan. Usein kaupan osapuolet pitävät sopimusta ainoana selkeänä ja luotettavana riskinhallintavälineenä. Tämä sopimuksen korostettu asema johtuu siitä, että kansainvälisessä kaupassa sopimuksen sitovuuteen lähtökohtaisesti luotetaan.

Sopimusverkkojen ja ankaraehtoisten (joskin selkeiden) sopimusten avulla on kansainvälisessä kaupassa kyetty löytämään toimintatapoja ja mahdollisuuksia tuottoisaan liiketoimintaan kansallisten markkinoiden ulkopuolella. Rembursisi on hyvä esimerkki asiantuntijoiden kehittämästä kasvainvälisen kaupan liikesopimuksesta.

Sopimusoikeudellisessa keskustelussa on viime vuosikymmeninä korostettu sopimuskumppanien tasapainon pohdintaa ja sopimuksen toimintaympäristön muutoksia. Valitettavan usein on unohdettu itse sopimus, joka on aina tasapainossa *sui generis*. Sopimus tulisi nähdä lähtökohtaisesti ja ensisijassa aina tasapainotilana, vaikka osapuolet tai sopimuksen toimintaympäristö olisivat ”epätasapainossa”. Eriarvoiset ja epäsuhtaisetkin sopimuskumppanit voivat olla tasapainossa liikesopimuksessa. Ei voida sanoa, että sopimuskumppanit lähtökohtaisesti suostuisivat tasapainottomaan tai epäedulliseen liikesopimukseen.

Tutkimuksen tuloksena ovat vahvistuneet seuraavat väittämät:

1. Kansainvälisen kaupan sopijakumppanit ovat sopimussuhteessa tasavertaisessa asemassa; kuluttajamarkkinoille tarkoitetut heikomman suoja -mekanismit eivät toimi liikesopimussuhteissa.
2. Liikesopimuksen sitovuudelle tulee antaa sille kuuluva korostettu asema.
3. Kansainvälinen kauppa perustuu usein sopimusverkkojen toimintaan, jotka puolestaan ovat riippuvaisia sopimuskumppanien luottamuksesta ja sopimusten sitovuudesta.
4. Vilpitöntä mieltä ja lojaliteettiperiaatetta ja siitä johdettavaa lojaalisuusvelvoitetta on korostettava liikesopimuksissa.

Edelleen tutkimustuloksena on se, että kuluttajasopimuksissa esiintyvät heikkomman suoja- ja kohtuusperiaatteet voidaan liikesopimuksissa katsoa periaatteessa korvattavan korostetulla lojaalisuusvelvollisuudella ja vilpittömyydellä.

Kansainvälisen kaupan liikesopimus on sopimuskumppanien yhteistyötä ja asiantuntijoiden toimintaa. Itse asiassa kansainvälisen kaupan liikesopimus on tapa tehdä yhteistyötä. Onnistunut kansainvälinen kauppa ei ole mahdollista ilman sopimuskumppanien asiantuntemusta, osaamista ja luottamusta sopimuskumppania kohtaan.

Edellä on esitetty, että lojaalisuus kohdistuu liikesopimuksen neuvotteluvaiheessa (mahdollisiin myöhempiin) sopimuskumppaneihin. Sopimuksen synnytyä ja sen voimassaoloaikana lojaalisuus kohdistuu sopimukseen. Lojaliteettiperiaatteesta johdettavien velvoitteiden merkitys tulee kasvamaan kansainvälisen kaupan yleistyessä. Lojaalisuus voi sopimusta laadittaessa ja sopimuksen voimassaolon aikana edesauttaa sitä, että sopimus täyttää sille asetetut tehtävät myös vastoinikäymisten kohdatessa.

Mikään sopimusoikeudellinen turva- tai suoja mekanismi ei käytännössä voi yksin suojata kansainvälisen kaupan sopimuskumppaneita ja näiden etuja. Sopimuksen huolellinen laatiminen ja sopimuksen sitovuuden korostaminen ovat edellytyksiä liikesopimusten toimivuudelle ja sopimuskumppanien etujen turvaamiselle.

Tärkein edellytys liikesopimuksen onnistumiselle on se, että sopimuskumppanit toimivat vilpittömästi ja lojaalisti.

Summary

Tuomas Lehtinen

INTERNATIONAL TRADE CONTRACTS AND DOCUMENTARY CREDITS

I know of no international trade contracts concluded in good faith which would not be intended to be binding and through which the parties would not seek benefit for themselves.

International trade contracts have been considered exotic and obscure. Such contracts are nearly commonplace in many companies nowadays. However, legal research into international trade contracts has gotten short shrift, partly because parties to international trade have preferred to keep trade separate from jurisprudence. The aim of this study is to try to do away with this somewhat artificial obscurity and to lift the “veil of fog” that has – in part intentionally – been kept over the international trade contracts.

The most important element of all contracts is their binding effect – *pacta sunt servanda*. Contracts are made in order to bind the contracting parties. In business, the binding effect of the contract has been traditionally underlined. Companies have aimed to make contracts that, in particular, have strong binding effect.

When drafting and interpreting international trade contracts, one often tends to ignore that in international trade, the traditional purposes and contractual principles of contracts are emphasized. The binding effect of a contract is an accepted and presumed fact in all legal cultures where international trade exists.

The object of this study is the contract institution of international trade and its operating mechanism. Documentary credits serve as an example of the object. The study deals with international trade contracts as commercial contracts. In order to set the framework of the study, the playing field of international trade contracts, namely, the “business market”, is described.

The purpose of the study is to define the juxtaposition between consumer contracts, on the one hand, and trade (business) contracts, on the other. International trade contracts must be subjected to the traditional concept of the contract. The approach chosen for the study describes the institutions and operating mechanism of the international trade.

The study describes a contract as a process, and in trade contracts, the idea of a contract as a process is underscored. When negotiating a trade contract, par-

SUMMARY

ties to international trade have few other objectives or purposes besides the commercial benefit and binding nature of the contract. On the other hand, it is not for third parties or jurisprudence to impose such other duties to a trade contract.

The study does not propose any new methods for interpreting international trade contracts. The aim is to clarify trade contracts in such a manner that interpretation with traditional methods would be meaningful and understandable. The study does not propose new tools for the review of contractual norms. On the other hand, it aims to describe the international trade contract as a specific model contract with the tools provided by contract law and general jurisprudence.

The method is juridical and the approach is descriptive. The trade contracts that are the subject of the study are made in the business market, which forms the operating environment for international business. While the research methods are used to systematize commercial contracts or trade contracts in particular, the study does not follow the *law & economics* trend. The aim has been to outline the study through systematization and the framing of the question, and the legal method in itself contributes to this.

The prohibition of fraud and fraudulent activities is one of the few internationally approved principles of international trade. The review of fraud in contractual relations is often problematic, unless the contractual whole relating to each specific transaction in the international trade is understood. Therefore, the study also deals with contract networks resulting from combinations of several contracts. The contract network may be considered the basic structure used in contractual arrangements in the field of international trade.

Instead of examining the *lex mercatoria* hypothesis or some supranational regulation with intended wide applicability, the study highlights the essential features of international trade contracts by means of instruments provided by traditional legal dogmatics.

The study proposes an answer to following questions:

1. What is the nature of an international trade contract?
2. What is the operating environment of international trade?
3. What are the combinations of contracts formed in international trade, which I shall refer to as “contract networks”?
4. What is the reason for considering the binding effect of a contract and equal footing of the contracting parties as the basic and fundamental concepts in international trade?
5. How could fraudulent activities and their prohibition be defined as principles of international trade?
6. In what way are the basic elements of international trade and trade contracts combined in documentary payments?

When answering these questions, I shall discuss following themes:

An international trade contract is a commercial contract. The purpose of the study is to clarify the model contract in international trade as a kind of typical trade contract.

The model contract in international trade is strictly binding; the basis is formed by the freedom of contract and rigor commercialis. In international trade contracts, freedom of contract is the dominating and the most significant contractual principle. In essence, the parties may freely choose the law applicable to international trade contracts, even if certain domestic contractual provisions set out mandatory requirements relating to form etc. with respect to contracts of an international nature. In practice, when drafting international trade contracts the parties aim to secure as broad an autonomy as possible to decide their terms.

The principle of *rigor commercialis* underlines that the parties to a trade contract must conform strictly to it and its terms. With respect to trade contracts, the principle essentially highlights their binding effect. Therefore, it may be argued that this is only a manifestation of the *pacta sunt servanda* principle in trade contracts.

Market. In order to understand international trade contracts, the study aims to generally describe the concept of market prevalent in the international business community. To embark on a legal assessment of the contracts and combinations of contracts used in international trade, an understanding of the various market strata and, on the other hand, of the market segmentation is needed.

Contract networks. In international trade, contracts, and payment and security arrangements in particular, are usually concluded by means of a contract network. The contract network could be called a structure that allows for a new kind of approach to trade contracts made in the business market, and to the complex arrangements of international trade, in particular.

Equality of contracting parties and the principle of fidelity as basic presumptions. Lately, Finnish jurisprudence has produced a large number of studies focusing on general legal principles. Clearly, the significance of legal principles is on the rise. However, domestic legal principles cannot be applied without reservation to contractual arrangements, such as payment and security arrangements, which are used in international trade.

This study proposes that facts that may be approved as "supranational" basic presumptions or operating models, or even principles, may be found in contract networks formed in international trade. These include, e.g., the principle of *equality of the contracting parties*, the *principle of fidelity* and *rigor commercialis*. In this respect, studies on international trade often propose and generally agree that the basic principle of international trade is *pacta sunt servanda*.

SUMMARY

The study aims to show the clear principle of equality between the contracting parties and the fact that the principle of protecting the weaker party is inappropriate for reviewing international trade contracts.

In the business market for international trade, fidelity is underscored. This phenomenon may be called the principle of fidelity. Various opinions exist with regard to a *duty* of fidelity in the field of contract law. However, in relation to fidelity, the difference between a duty and a general legal principle is not always entirely clear. The support of fidelity to international trade contracts, and the principle of *rigor commercialis*, providing a certain counterweight to the fidelity, constitute the basic themes of this study.

In traditional studies concerning international trade, there has not been much interest to connect or study documentary payments as part of a larger whole. This whole, of which documentary payments form an integral part, is the contract network of international trade. The fact that the study of documentary payments has been kept separate from other transactions is probably due to the fact that the essential basic doctrine in the field emphasizes that documentary payments are stand-alone commitments, i.e., obligations that are independent from the main contract.

The relevance of loyal conduct and so-called *contractual fidelity* is emphasized in the business market and in trade contracts. The principle of fidelity and contractual fidelity are based on a concept of contract which is in compliance with the confidence model. On the other hand, it may be noted that confidence as a criterion for the binding effect of a contract has formed a basis for such principles as the protection of *fair dealing*, *good faith* or *Treu und Glauben* and *bona fides*. Moreover, fidelity and the principle of fidelity may serve to strengthen the binding effect of a contract – in other words, by means of fidelity, the contracting parties and others involved support not only the other parties to the contract, but also the contract itself, and this in an emphasized manner.

Contrary to what is frequently claimed, trade contracts are concluded with the purpose of creating a static or stable space for cooperation between the contracting parties in their business relationship. A trade contract provides a static space for the contracting parties in an otherwise dynamic business world.

In addition to the obligations based on the contract, a company engaged in international trade must be familiar with business practices prevalent in the industry. The scope of familiarity with applied practices has not been considered to extend beyond a company's own operations. In the business market of international trade, the established commercial practices have been appreciated and traditionally followed. Some of these practices have been adopted as common rules in laws or encoded by international organizations. The difference between commercial practices and instructions for interpreting the terms used in trade is not always clear. Commercial practices have played a significant role in the his-

tory and development of international trade and trade contracts in general. This is shown, *e.g.*, by the fact that in the field of commercial contracts, commercial practices have sometimes even been considered to supersede the law.

This study takes a reserved approach to the use of the term *lex mercatoria* and to the whole concept. However, even if one wishes to maintain *lex mercatoria* as an independent and binding *sui generis* norm applied by the traders in the field of international trade, its difference from commercial practices may be deemed as purely theoretical. If *lex mercatoria* is nothing but the Latin translation for “commercial practices”, it has significance both in domestic and international trade. If there is an independent *lex mercatoria*, why cannot it or its content be defined and clarified and this information be transferred between the parties to the transaction? If there was an independent *lex mercatoria sui generis*, it would obligate the parties to a commercial contract just as commercial practices would. We would be best advised to forget the concept of *lex mercatoria*, which is obscure and partly misleading. Placing the focus on commercial practices that potentially bind the parties in their business operations would clarify things a great deal.

In principle, all parties to an international trade contract must act in good faith. Fraudulent activities exceed the limit set to contract and business operations that is generally approved in international trade; no fraud is accepted in business. However, in practice problems arise because the definitions of fraudulent activity in various commercial cultures may vary. The legal review of trade contracts reveals that not all business operations may be divided categorically in two groups: acting in good faith (honestly) or acting fraudulently. There are also activities that are neither in good faith nor fraudulent. Moreover, acting in good faith must be separated from good faith.

The study proposes an idea of a contract network that usually constitutes the operating environment of international trade. The essential elements of contract networks may be summarized as follows:

1. A contract network includes *several* contracts (obligations).
2. The contracts of a contract network are *of various types* and are heterogeneous.
3. All contracts in a contract network share *one clear objective*.
4. The contract network often follows the “*contract domino theory*”. With this I mean that the absence or failure of just one contract usually causes a dramatic effect on the entire network. From the point of view of the whole, each contractual relation in the network is crucial.
5. *Long-term contractual relations* are an essential and important part of the contract networks.

In principle, the parties to international trade contracts are equal. Moreover, in international trade the contracting parties cannot usually be placed in the roles of

SUMMARY

weaker or stronger party. The field of international trade has seen the development of various protection mechanisms, such as security instruments and special insurances, by means of which the contracting parties may, at their discretion, directly improve or safeguard their position.

A consensus on the applicability of the general principle of fidelity (or of *good faith, fair dealing* etc.) to Finnish contract law is gradually gaining ground. The protection of the weaker party and fidelity must be separated from one another. In international trade, the parties usually wish to act loyally, but, in general, are reluctant to embark upon protecting the weaker party or assessing the degree of weakness in any way. Parties to trade contract networks of international trade do not even have the chance to make an efficient assessment of the weakness or strength of the other parties involved in the network.

When determining the role of protecting the weaker party in contract law and in international trade in particular, one needs to resort to parallel and overlapping definitions of several other concepts. In an international operating environment, various national valuations and concepts mingle. Accordingly, definition of weakness in international contractual relationships is a multifaceted task.

In business within the field of international trade, instead of the principle of protecting the weaker party, the (principle of) general fidelity is emphasized, which contributes to the achievement of the parties' shared interests.

The parties to and those involved in international trade must bear significant risks. These risks are anticipated and limited by contractual terms and securities. In practice, the legal remedies and contractual protection mechanisms available in international trade are rather limited. Parties to international trade prefer not to trust international or national regulations or rules that they are not familiar with. They have a highly skeptical attitude towards the expertise and competence of general or arbitral courts in assessing their dispute. The parties to the trade often see the contract as the only clear and reliable means to control risks. The emphasized role of the contract is due to the fact that in international trade, the binding effect of a contract is, in principle, relied on.

Through contract networks and strictly binding contracts, the parties to international trade have managed to find practices and opportunities for profitable business outside the domestic market. The documentary payment serves as a good example of an international trade contract developed by experts.

During the last decades, the balance of the contracting parties and the changes in the contract's operating environment have received much attention in discussions on contract law. Unfortunately, the contract itself, which is always in balance *sui generis*, has been often ignored. In essence, the contract should always be seen primarily as a state of balance, even if the parties or the operating environment of the contract would be in "imbalance". Contracting parties that are unequal or even out of proportion to one another may find balance in a trade

contract. It cannot be said that the contracting parties would in principle agree on an imbalanced or unfavorable trade contract.

As a result of the study, the following statements have been confirmed:

1. With respect to contractual relationships, the parties to an international trade contract are on equal footing; the mechanisms for the protection of the weaker intended for consumer markets do not work in trade contract relations.
2. The binding effect of a trade contract must be given the emphasized role it deserves.
3. International trade is often based on the operation of contract networks, which in turn depends on the trust of the contracting parties and the binding effect of contracts.
4. Good faith, the principle of fidelity, and the duty of fidelity derived from it must be emphasized in trade contracts.

Moreover, the study shows that the principles of protecting the weaker party and reasonableness – which are prevalent in consumer contracts – may in trade contracts be replaced with an emphasized duty of fidelity and good faith.

An international trade contract results from the cooperation of the contracting parties and activities of experts. In fact, an international trade contract is one way to co-operate. Successful international trade is not possible without the expertise and competence of the contracting parties or without trust in the other party.

During the negotiating stage of a trade contract fidelity is applied to (subsequent) contracting parties (if any). After a contract has come into being and during its validity, fidelity is applied to the contract. The significance of the duties derived from the principle of fidelity will increase as international trade gains ground. When drafting the contract and during its validity, fidelity may contribute to the fact that the contract also meets the tasks placed on it in case of adversities.

In practice, no contractual safeguard or protection mechanism can alone protect the parties to international trade or their interests. Diligently drafted contracts and an emphasized binding effect of the contracts are conditions for functional trade contracts and for safeguarding the interests of the contracting parties.

The most important condition for a successful trade contract is that the contracting parties act in good faith and loyally.

Finnish Lawyers' Association 2006
ISBN 951-855-261-4

Oikeustapaushakemisto

Kotimaiset oikeustapaukset

		KKO 1992:44	303
		KKO 1992:50	82, 246
KKO 1927 II 120	134	KKO 1993:130	79, 80, 82, 83, 116, 117, 212, 213, 217
KKO 1927 II 265	149		
KKO 1929 II 508	149	KKO 1994:54	327
KKO 1932 II 79	149	KKO 1994:80	231, 325
KKO 1938 II 586	152	KKO 1994:136	123
KKO 1939 II 142	327	KKO 1995:10	79
KKO 1959 II 2	327	KKO 1995:32	79
KKO 1961 II 25	157	KKO 1995:54	327
KKO 1965 II 67	157	KKO 1996:7	31
KKO 1975 II 26	74	KKO 1996:10	228
KKO 1981 II 99	74	KKO 1996:19	156
KKO 1982 II 32	327	KKO 1996:27	145, 146
KKO 1982 II 184	74	KKO 1996:46	79
KKO 1983 II 135	371	KKO 1996:80	79
KKO 1983 II 178	157	KKO 1996:96	327
KKO 1983 II 185	74	KKO 1996:104	79
KKO 1984 II 119	149, 157	KKO 1996:147	327
KKO 1984 II 181	30, 79, 212	KKO 1997:111	318
KKO 1986 II 110	79	KKO 1997:174	150
KKO 1988:35	303	KKO 1998:45	112
KKO 1989:98	112, 113	KKO 1998:160	231
KKO 24.8.1989 n:o 2240, S 86/993	74	KKO 1999:19	116, 230, 231, 332
KKO 1990:106	145	KKO 2000:102	75
KKO 1991:10	254	KKO 2001:34	149
KKO 1991:148	95	KKO 2001:128	230, 303
KKO 1991:153	260	KKO 2003: 26	134, 135
KKO 1992:145	95, 113, 197, 369	KKO 2003:60	145, 146, 147
KKO 1992:162	230		
KKO 1992:165	231, 332		
KKO 1992:166	116	Helsingin hovioikeus 25.4.1996	
KKO 1992:3	112, 303, 325	S 95/1198 (lainvoimainen)	323

Ulkomaiset oikeustapaukset

Tätä tutkimusta varten on käyty läpi noin 3000 remburssia koskevaa kansainvälistä oikeustapausta. Näitä tapauksia ei ole listattu tähän erikseen. Remburssitapauksia on käsitelty ja listattu lukuisissa ulkomaissa tutkimuksissa ja julkaisuissa, joista ne ovat helposti löydettävissä. Näistä voidaan mainita esimerkkinä ICC:n julkaisut sekä tutkimuksessa viitattu *Jack, Raymond: Documentary Credits*, Second edition, London 1993.

Seuraavat tapaukset ovat olleet tässä tutkimuksessa tärkeitä. Osaan niistä on viitattu ja osa on mainittu tässä muutoin merkityksensä vuoksi.

Robbins v. Bingham 4 Johns. 476 (N.Y. 1809) (USA)	298
Duncan v. Edgerton, Bosw. 36 (N.Y. 1860) (USA)	298
The Agra and Masterman's bank (Ltd), Ex Parte The Asiatic Banking Corporation (Ltd) (1867) (Englanti)	312
First National Bank of Chicago v. Pettit, 41 Ill. 492 (1877) (USA)	298
Donald H Scott & Co v Barclays Bank Ltd. [1923 2 KB 1]	310
Equitable Trust Co. of New York v Dawson Partners, Ltd [1927] 27 Ll.L. Rep. 49 (Englanti)	304, 311
Sztejn v J. Henry Schroder Banking Corporation [1941] 31 NYS 2d 631 (USA)	383, 385
Jacobellis v. Ohio, U.S. Supreme Court 1964 (USA)	385
Commercial Banking Co of Sydney Ltd v. Jalsard Pty Ltd, 1973 Ac 279 (Australia)	309
E.D. & F. Man Ltd v Nigerian Sweets & Confectionery Co. Ltd [1977] 2 Lloyd's Rep. 50 (Englanti)	--
RD Harbottle (Mercantile) Limited v. National Westminster Bank Limited [1978] (Englanti)	374
Edward Owen Engineering Limited v. Barclays Bank International Limited [1978] 1 All ER 976 (Englanti)	383
Itek Corporation v. First National Bank, 511 F. Supp. 1341 (D. Mass. 1981), 730 F. 2d. 19 (1st. Cir. 1984)	389
European Asian Bank AG v Punjab & Sind Bank (No. 2) [1983] 2 All ER 508 (Englanti)	--
United City Merchants (Investments) Ltd v Royal Bank of Canada [1983] 1 AC 168 (Englanti)	--
United Trading Corporation SA v Allied Arab Bank Limited [1985] 2 Lloyd's Rep. 554 (Englanti)	--
Tukan Timber Limited v. Barclays Bank plc [1987] 1 Lloyd's Report 171 (Englanti)	--
Bankers Trust Co. v State Bank of India [1991] 2 Lloyd's Rep. 442 CA (Englanti)	--
Molter Corp. v Amwest Surety Insurance Co. [1994] Ill. App. 3d 718 (USA)	--
Themehelp Limited v. West [1995] 4 all ER 215 (Englanti)	--
Turkiye Is Bankasi AS v. Bank of China [1996] 2 Lloyd's Report 611 (Englanti)	--
Banco General Runinahui, SA v Citibank Int'l [1996] 97 F. 3d 480 (USA)	--
Agritrade International PTE Ltd v Industrial and Commercial Bank of China [1998] 3 SLR 311 (Singapore)	--
Bank of Lisbon v. de Ornelas 1998 (3) SA 580 (SCA)	173
3Com Corporation v Banco Do Brasil, SA [1999] 171 F.3d 739 (USA)	--
Balfour Beatty Civil Engineering v Technical & General Guarantee Co. Ltd [1999] 68 Con LR 180 (Englanti)	--
Banco Santander SA v Banque Paribas [2000] Lloyd's Rep. Bank 165 (Englanti)	--
Voeest-Alpine Trading USA Corp., v. Bank of China, 288 F.3d 262 (2002) (USA)	306
Industrial Bank of Korea v BNP Paribas [2003] The Korean Supreme Court (Etelä-Korea)	--
Associazione Anni Verdi ONLUS (appellant) vs. Angelini (Cassazione Civile, Sezione Lavoro, 16 febbraio 2004, n. 2912 <i>Associazione Anni Verdi ONLUS c. Angelini</i>) (Italia)	226
Supreme Court, Labour Division, decision n° 2912 of 16 February 2004	--

Asiahakemisto

- access to justice 147
access to knowledge 134
act of God 111
ADR (Alternative Dispute Resolutions) 144, 145
advance payment 283
aequitas 165, 175
aikaremburssi 301, 329
aito tulkintatilanne 127 (pelkkä tulkintatilanne)
allekirjoitus 106
apulainen 107
asiakirja (dokumentaatio) 225, 226
asiantuntemattomuus 124
asiantuntemus 19, 61, 63, 122, 147, 151, 167, 233, 270, 277, 294–, 303, 313, 349, 351, 353, 364, 388
autonomisuus 234
autonomy of letter of credit 312
avaajapankki 15, 17, 19, 118, 119, 124, 206, 207, 284, 289, 295–, 302, 306, 308, 310, 311, 314–, 321, 325, 328, 329, 331, 335, 336, 340, 342–, 355–, 363, 379, 384
availability 321
avaus 206, 299, 336, 344, 354
avistamaksu 321
avistaremburssi 322

back-to-back 229, 231, 269, 340
battle of forms 12, 161
best efforts 119–
BIC (Bank Identification Code) 279
bona fide tai good faith 188, 191, 198, 201, 361

carentia pecuniae 50
cash againts documents 289
caveat emptor 70
conditio sine qua non -sääntö 216
confirming 273, 281, 300
consensus 174

de minimis non curat lex 305
deposit 283
diskonttaus 329
Docdex-menettely 145, 350
documents against acceptance 289
dokumentinkasso 289
dokumentti 207, 225, 226, 270, 272, 289, 326, 353
dokumenttimaksu 13–17, 88, 151–152, 177, 263–264, 268, 270, 272, 275, 280, 284–291, 294–295, 301, 350, 373, 374, 380
dokumenttisakko 225
down payment 283
due diligence 132, 221
duplex usus 50, 52
duty of good faith (vilpittömän mielen velvollisuus) 195
dynaaminen sopimus 95

edunsaaja 15, 36, 84–85, 118, 163–164, 185, 215, 216, 298–300, 306, 307, 310, 315, 321, 325, 328, 331, 335, 337, 342, 343, 354, 356, 363, 369, 370, 376, 380, 382, 384–386
ehdoton velvollisuus s. 211
elinkaariajattelu 32–33, 40
elinkeinonharjoittaja 26, 63, 66–, 78, 82, 112, 160–161, 243, 250
ennakkomaksu 270, 273, 282–284
entire agreement 11, 129, 130
epätasapainoisesta 242
exceptio doli generalis 173–175
exceptio non adimpleti contractus 302

fair dealing 80, 81, 85, 136, 137, 177–189, 196, 197, 248, 361, 366
falsa demonstratio non nocet 132–135, 184, 227, 278
first demand -takuu 95–96, 118, 124, 161, 176, 220, 316
force majeure 97, 110–113, 119, 140
forfeiting 281, 329

- four corners -ajattelu 99
- fraud 10, 110, 177, 201, 202, 312, 313, 342, 360–365, 367–368, 370–375, 378, 379, 384–386
- fraud exception rule 373
- fraud in documents 372, 375
- fraus omnia corrumpit 376, 386
- fraus pia 110
- frustration 110, 112

- good faith 79–81, 110, 136, 137, 173, 175–179, 181, 187–189, 191, 194–198, 200–202, 248, 359, 361, 365–366, 369

- hardship 110–111
- heikomman suoja 12, 69, 235–261, 387, 388
- hell or high water 111, 224
- henkilöneutraali 91
- henkilösidonnaisuus 7, 27, 40, 266
- hiljainen vahvistus 300, 325
- honesty in fact 179, 195, 196, 198
- hyvä tapa 148–150, 152, 218, 223, 348

- IBAN (International Bank Account Number) 279
- ilmeisyys 377, 379, 382
- ilmoittava pankki 19, 300, 318, 319, 340, 379
- in dubio contra stipulatorem 135, 355, 356
- in integrum restitution 173
- Incoterms-ehdot 155, 157, 158, 160
- inkasso 289
- institutionaalinen markkinakäsitys 47–50
- institutionaalinen tuki 61
- inter partes 64, 89, 100, 134, 142, 150, 153, 166, 171, 227, 230
- interbank-toiminta 163
- INUS 216
- ISBP (International Standard Banking Practise) 154, 348
- ISP 98 (International Standby Practices) 14, 320, 334, 336, 345, 347
- itsenäisyys 15, 312, 314, 335, 353, 355, 363, 373
- itsesäättely 52, 71, 143, 147, 343, 351
- ius strictum 164

- jälkiperittävä 293

- Kansainvälinen kauppakamari 143, 343, 347, 348, 350, 351, 365
- käsittelymalli 27, 28
- käteismaksu 268, 270
- kauppahintalojaliteetti 214
- kauppamoraali 163
- kauppatapa 22, 93, 128–130, 133, 137, 149, 150, 152–167, 171, 215, 269, 284, 291, 297, 350, 351
- kauppias 63
- kieltäytymisperuste 95, 380, 384
- know your customer -periaate 375
- kohtuullistaminen 139, 210
- kohtuullistamisen oravanpyörä 210
- kohtuullisuus 3, 69, 101, 140, 141, 210, 251, 256, 346, 362
- kohtuuseriaate 7, 82, 138, 142, 239, 346
- kohtuussääntö 357
- konossementti 290, 302, 318, 319
- konsortiosopimus 204
- kontrollivastuu 111
- korjaava mekanismi 23
- koronkiskonta 142
- kultainen sääntö 86
- kuluttajamarkkinat 50, 59, 60, 69–71, 105
- kunnian vastaisuus ja arvottomuus 193

- laillinen este 111
- law & economics 6
- letter of intent 31
- letter of recommendation 297
- lex contractus 97
- lex mercatoria 2, 6, 144, 155, 160, 162–171, 187, 350
- liberalismi 53, 54–59, 101
- liikesopimusmalli 16, 76, 94, 95, 98–99, 114
- liiketapa 130, 149, 151, 153, 171, 189, 195, 269, 366
- lojaalisuus 1, 6, 13, 30, 76, 78–86, 98, 107, 117, 137, 197, 210–222, 249, 257, 294, 330–331, 366, 371, 388
- lojaalisuuspakko 82, 212, 213
- lojaalisuussääntö 211
- lojaliteettiperiaate 12, 56, 68, 79, 80, 82, 83, 86, 117, 121, 194, 196, 197, 215, 248, 251, 263, 387
- lojaliteettivelvollisuus 30, 31, 79, 80, 83–85,

- 109, 116, 117, 120, 177, 194, 197–199,
 213, 217, 234, 248
 long term -sopimussuhde 208
 luottamus 2, 19, 24, 40, 52, 70, 79, 84, 87, 90,
 114, 118, 124, 191, 209, 217, 243, 254,
 255, 270, 287, 295, 370, 371, 388
 luottamusmalli 21, 24, 25, 55, 79, 188, 205, 209
 luottoriski 274, 280

 maariski 224, 274
 maksava pankki 269, 300, 317, 326, 377, 378,
 380, 381, 384–386
 maksuajankohta 270–271, 280, 301, 321
 maksukieltoperuste 380–381
 maksunsaaja 84, 207, 273–284, 297, 298, 306,
 320, 321, 326–328, 331, 332, 342, 349,
 354, 355, 374, 377, 379, 381, 384
 maksupaikka 271
 maksutapa 5, 85, 160, 206, 224, 267, 268–275,
 277, 280–284, 288, 289, 291, 292–295,
 297, 298, 301, 302, 313, 319, 323, 324,
 333, 334, 375
 mandatum 116
 markkinaolettama 50
 markkinarationaliteetti 42, 49–51, 53, 57, 59–
 63, 67–72, 76, 102, 104, 263
 markkinat 11, 41
 merchant 62, 63, 144, 169, 170, 171, 195
 merger clause 10, 11
 minimisääntö 356
 muoto 30, 32, 40, 48, 50, 52, 92, 93, 102, 116,
 117, 126, 127, 150, 162, 173, 263, 273,
 287, 333, 365, 368, 382
 muotovaatimus 93
 muotovapaus 92

 neuvoteltu sopimus 76, 93
 neuvottelulajiteettivelvollisuus 213
 neuvotteluriskin 221, 236

 oikeudellinen liberalismi 55
 oikeuden väärinkäyttötilanne 95
 oikeuslähde 129, 167
 oikeusperiaate 152, 176, 185, 237, 246, 248,
 249, 250, 369
 oikeustaloustiede (ks. law & economics) 7, 42
 omförhandling (ks. uudelleenneuvottelu) 77,
 103, 104, 167, 258

 omistusoikeusriski 106
 ordre public 110, 112, 161, 177, 373
 ordre public inter 361
 organisaatiovalta 72
 osallinen 107, 109, 117, 124, 311, 368, 377

 pacta sunt servanda 9, 12, 21, 29, 81, 94, 96,
 97, 115, 186, 215, 218, 238, 239, 257, 353
 pankkitapa 151–154, 163, 343, 344, 347–349,
 382
 parol evidence 10
 pätevyysääntö 137, 357
 pay now – argue later 301, 374
 payment against documents 287
 Payterms 275
 perittävä 13, 17, 272, 273, 276, 287–293, 297,
 340
 perusoikeusajattelu 142
 perussopimus 92
 peruttamattomuus 279, 312
 petos 90, 130, 132, 185, 196, 342, 361, 362,
 365, 367, 370–372, 376
 piilevä dissensus 259
 prepayment 283
 Principles of European Contract Law 3, 80,
 135, 168, 179, 266, 353
 privity of contract 9, 10, 99
 prosessikäsitys (sopimus prosessina) 5, 30,
 124, 125
 prosessimalli 30
 Public-Private Partnership (PPP) 33
 puhtaat ennakkomaksut 273, 283
 puhtaat maksut 273, 276, 277, 278
 pörssi 45, 53

 raha 17, 18, 28, 44, 46–88, 50–53, 70, 87, 201,
 209, 263–264, 266–268, 273, 277, 278,
 280, 283, 287, 288, 291, 319, 380
 rahanpesu 185, 213, 284, 319, 365, 375, 382,
 383
 reasonable 136, 155, 191, 192, 195, 200, 361
 reasonable efforts 120
 rehellisyys 177, 179, 186, 195
 re-negotiation 103
 reservation fee 283
 rigor commercialis -periaate 13, 302, 209
 riski 13, 16, 18, 19, 29, 37, 38, 40, 49, 72–75,
 77, 92, 135, 140, 141, 162, 191, 212, 217,

- 220, 221, 224, 226, 229, 239, 256–258,
267–271, 274, 275, 280, 282, 291, 292,
302, 311, 323, 341, 362, 380, 381, 382
riskinjako 29, 40, 74, 140
rooli 19, 29, 52, 121, 129, 180, 247, 251, 270,
345
- samastus 73, 74, 231
sekatyyppinen sopimus 228
selonottovelvollisuus 111, 120–123, 183, 184
severability 129
silent confirmation 300, 324
sisäinen tulkinta 127
sitomaton sopimus 32
sitovuus 1, 16, 29, 96, 99, 101, 209, 257, 294,
344
sopimuksen dynaamisuus 102
sopimuksen sitovuus 1, 16, 29, 96, 99, 101,
209, 257, 294
sopimuksen täydentäminen 94
sopimus kolmannen hyväksi 230, 327, 328
sopimusdominoteoria 107, 208, 209, 210, 213
sopimusketju 66, 139, 229–231, 242, 269, 340
sopimusmalli 5, 7, 9, 11, 16, 21, 23–25, 27,
89, 91, 94, 101, 114, 115, 124, 205, 209,
210, 228
sopimussidonnaisuus 26, 234, 239
sopimustasapaino 65–67, 69, 99, 101, 139,
141, 223, 253, 310
sopimusvapaus 9, 16, 24, 50, 59, 103, 113,
209, 210, 238, 253, 294, 329
sopimusverkko 5, 11, 12, 16, 18, 30, 60, 65,
66, 74–86, 92, 101, 106, 107–109, 116–
119, 135, 142, 147, 167, 179–185, 203–
211, 218–235, 227–231, 234, 256, 263,
289, 303–305, 310, 312, 340, 351, 352,
372, 387
sosiaalinen siviilioikeus/sopimusoikeus 4, 13,
238, 251
sovittelu 7, 12, 23, 24, 69, 98–100, 138–139,
141, 142, 210, 228, 235, 243, 245, 246,
249, 254, 258–260, 346, 347, 357
staattisuus 27, 101, 218
standby-remburssi 14, 15, 19, 160, 201, 235,
287, 294, 320, 333–339, 370, 374, 376,
380, 381
strict compliance 303–311, 315, 320, 342,
376, 382
suicidal letters of credit 333
suoritus (rahasuoritus) 39, 85, 102–105, 220,
224, 265, 266, 267, 276, 282, 290, 301–
305, 308, 312, 315, 317, 320, 321, 325,
326, 327, 329, 339, 342, 362, 375, 377,
381, 384, 385, 386
suoritusten yhtäaikaisuus (ks. Zug um Zug)
265, 272, 329
suosituskirjeremburssi 297
SWIFT 276, 323, 324
- tahtomalli 24, 56, 188, 209, 210
takaus 95, 316
taloudellinen liberalismi 54, 55, 57
taloudellinen markkinakäsitys 48–49
tapa 2, 15, 17, 22, 27, 47, 49, 51, 52, 59, 62,
70, 115, 128, 129, 148–154, 156–160,
162–166, 177, 196, 206, 218, 223, 226,
268, 269, 274, 295, 298, 341–351, 357,
388
tapanormisto 58, 63, 152, 153, 345, 349
tapaoikeus 98, 99, 154, 167, 351
tasapainotila 25, 40, 58, 65–67, 84, 85, 98, 99,
108, 139, 223, 238, 256, 387
tavararemburssi 294
tiedonantovelvollisuus 85, 117, 120–124, 214,
248, 332
tiedonsiirto 22, 31, 34, 41, 74, 163, 200, 266,
276, 279
tiedonsiirtovirhe 325
tiliraha 52, 277, 302
tilisiirto 11, 276, 279, 325, 328
toimeksiantaja 116, 185, 229, 230, 280, 296,
319, 320, 322, 323, 331
toimintaympäristö 2, 6, 11, 16, 28, 43–, 56,
64, 102, 171, 197, 205, 210, 251, 362,
387
traditiovaatimus 316
Treu und Glauben 79, 186, 188, 361, 369
tulkintamateriaali 128, 130, 352
tulkintaperiaate 135, 138, 227, 241, 244–,
277–, 352, 354
tulkintasääntö 126, 134, 351
tuotto-käsite 208, 219, 255
turvatut ennakkomaksut 283
turvaverkko 229
ulkoinen tulkinta 126–

- unfair calling 370
- Unidroit 36, 80, 168, 169, 187, 244, 266, 346, 360
- Uniform Customs and Practice for Documentary Credit (UCP) kts. remburssisäännöt
- utilitarismi 56–
- uudelleenneuvottelu (omförhandling) 76–, 93, 103, 258, 352

- vahvistava pankki 300
- vahvistettu remburssi 300
- vahvistus 300, 319, 330
- vaihdannan intressi 20, 34, 57, 71, 91, 209–, 243
- vakioehdot 18, 111, 158, 171, 221, 222, 229, 271, 277, 343
- vakiosopimus 208, 221, 222
- vakuustakuu 36, 96, 118, 124, 178, 215, 268, 301, 316, 333–339, 362, 364, 369, 373, 375, 380, 382
- välimiesoikeus 8, 89, 143, 145–, 150, 165–, 226, 242, 259, 368, 378, 379, 380, 383
- valuuttariski 92, 274
- vanha sopimusmalli 21, 22, 91, 115, 124–

- vastuunrajoitus 40, 75, 107, 135, 140, 335, 336, 343
- velkajärjestely 68–, 78, 265
- vilpillinen toiminta 1, 3, 5, 10, 110, 140, 173, 177, 184, 194, 215, 256, 313, 315, 328, 359
- vilpillisyyden kieltäminen 1
- vilpitön mieli 2, 4, 25, 79, 99, 100, 120, 122–, 161, 173–, 182, 195–, 240, 359–

- waiver 93, 104

- yhdenvertaisuus 12, 58, 59, 138, 141, 253–
- yhteisöllisen käytännön malli 25, 188, 209
- yhteistoiminta 6, 27, 30, 31, 101, 102, 205, 222, 223, 312, 352
- yhteistyövelvoite 80, 222
- yksityisautonomia 21, 24, 54, 100
- yleissiviililaki 3
- ylilojaali 85
- ylivoimainen este 110, 113
- yritysmarkkinat 11, 44, 50, 59, 61, 52, 63, 67, 69, 71, 87, 95, 105, 263

- Zug um Zug 39, 265, 272, 329

Kansainvälinen kauppa on lisääntynyt voimakkaasti. Kansainvälisen kaupan sopimusneuvotteluissa ja sopimusten laadinnassa osapuolet joutuvat punnitsemaan monia kauppa- ja oikeuskulttuureihin liittyviä seikkoja. Kansainväliseen kauppaan liittyvät juridiset perusongelmat eivät ole muuttuneet, vaikka tekniikan kehitys on viime vuosina ollut merkittävää.

Pohjoismaisissa velvoiteoikeudellisissa tutkimuksissa ei ole juurikaan käsitelty liikesopimuksia, vaan tutkimusten kohteena ovat olleet lähinnä kuluttajasopimukset. Varsinkin sopimuksen sosiaaliset aspektit ja erilaiset kuluttaja-asemaan liittyvät roolimallit ovat olleet korostetusti esillä. Liikesopimusten arviointi ja tulkinta tulee tehdä toisista lähtökohdista kuin kuluttajasopimusten tulkinta. Tässä tutkimuksessa tehdään selkeä ero kuluttajasopimusten ja liikesopimusten välillä. Kansainvälisen kaupan sopimukset ovat liikesopimuksia, joiden perustana ovat sopimuksen sitovuus, sopimuskumppanien sopimusvapaus ja tasa-arvoinen asema.

Väitöskirjassa tarkasteltavia asioita ovat mm. kansainvälisen kaupan liikesopimus, yritysmarkkinat, sopimusverkot, sopimuksen sitovuuden periaate ja liikesopimukseen liittyvät tapaoikeudelliset kysymykset. Teoksessa vastataan liikesopimukseen liittyviin erityiskysymyksiin perinteisin lainopillisin instrumentein.

Teoksessa esitetään kriittinen näkökulma sosiaalisen siviilioikeuden kohtuullisuus- ja heikomman suoja -periaatteisiin ja osoitetaan näiden periaatteiden soveltumattomuus liikesopimussuhteisiin ja sopimusverkkoihin. Tämän lisäksi arvioitavina ovat liikesopimukseen liittyvät merkittävät kysymykset vilpittömästä mielestä ja lojaalisuudesta. Esimerkiksi kansainvälisen kaupan liikesopimusjärjestelyistä on otettu remburssi, jossa tutkimuksen teemat yhdistyvät.

Velvoiteoikeuden ja yleisen oikeustieteen välimaastossa liikkuva tutkimus tarjoaa kattavan esityksen liikesopimuksesta sekä työkaluja usein monimutkaisten ja laajojen kansainvälisen kaupan sopimusten juridiseen ymmärtämiseen. Teos tarjoaa hyödyllistä tietoa erityisesti liikesopimusten sekä kansainvälisen kaupan parissa työskenteleville lakimiehille ja asianajajille.

