JUHLAJULKAISU ESKO HOPPU
1935 – 15/1 – 2005

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
C-sarja N:o 36

# Juhlajulkaisu
# Esko Hoppu
# 1935 – 15/1 – 2005

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS • HELSINKI

*Toimittajat*
Heikki Halila
Mika Hemmo
Lena Sisula-Tulokas

*Tilausosoite*
Suomalainen Lakimiesyhdistys
Kasarmikatu 23 A 17
00130 Helsinki
p. (09) 6120 300
f. (09) 604 668
sly@lakimies.org
www.lakimies.org

© 2005 Suomalainen Lakimiesyhdistys ja kirjoittajat

Kannen ja taiton suunnittelu: Heikki Kalliomaa
Esko Hopun valokuva s. VII Atelier Nyblin

ISSN 0356-7222 (painettu)
ISBN 951-855-239-8 (painettu)

ISSN 0356-7222 (verkkojulkaisu)
ISBN 978-951-855-710-7 (PDF)

Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2005

Professori
oikeustieteen tohtori

# Esko Hopulle

hänen täyttäessään
seitsemänkymmentä vuotta

Kunnioittavasti

Suomalainen Lakimiesyhdistys
Työtoverit ja ystävät

Esko Hoppu

# Tabula gratulatoria

Edward ja Gunnel Andersson
Asianajotoimisto Brander & Manner Oy
Asianajotoimisto Krogerus & Co. Oy
Asianajotoimisto Merilampi Marttila Laitasalo Oy, Helsinki
Asianajotoimisto Merilampi Marttila Laitasalo Oy, Tampere
Asianajotoimisto Moisander & Vainio Oy
Asianajotoimisto Paavo Lampimäki
Asianajotoimisto Peltonen, Ruokonen & Itäinen Oy
Asianajotoimisto PPV Lex Oy
Asianajotoimisto Seppo Lindberg Oy
Niklas Bruun
Johan Bärlund
Martti Castrén
Ritva ja Juhani Erma
Tuomo Erola
Eija ja Timo Esko
Seppo Eskuri
Pirkko-Liisa Haarmann
Hanna ja Jouko Halila
Leena ja Heikki Halila
Risto Halsti
Outi Haunio-Rudanko
Erkki Havansi
Markku Helin
Antti Hemmo
Mika Hemmo
Kati ja Mikael Hidén
Markku Hiekkala
Hannu Honka
Kari ja Marika Hoppu
Olli Hoppu
Leena Hoppu-Mäenpää, Hannu, Mikko ja Ville Mäenpää
Veikko O. Hyvönen
Juha Häyhä
Raimo Immonen
Pirjo Isoluoma
Itä-Suomen hovioikeus
Heikki Jaatinen
Joensuun yliopisto, oikeustieteiden laitos
Kalevi Julkunen
Harri Jussila
Anna-Liisa Järvenpää ja Antti Kivivuori
Petri Jääskeläinen
Martti Kaira
Urpo Kangas
Jari Kattelus
Jukka Kekkonen
Heikki Kilpiä
Pauli Kiviharju
Hannele Klemettinen
Hannu Knuutila
Pauliine Koskelo
Ilkka Koskinen
Pirkko K. Koskinen
Tuomo Kunnas
Jouko Kylmälä
Raimo ja Varpu Lahti
Juha Laine
Juha Lappalainen
Sakari Laukkanen
Vesa Laukkanen
Kai ja Liisa Lehtiö
Leena Lehto
Tatu Leppänen
Patrick Lindgren
Tomas Lindholm
Martti Majanen
Heikki E. S. Mattila

Robert Mattson
Lea Mäntyniemi
Gustaf Möller
Matti Ilmari Niemi
Paavo Nikula
Jaana Norio-Timonen ja Pekka Timonen
Risto Nuolimaa
Rainer Oesch
Antero Oksanen
Jukka Pakarinen
Antero Palaja
Perhe ja Perintö J. Pakarinen Oy
Maj-Britt ja Jukka Peltonen
Kirsti ja Pentti Rissanen
Eero ja Aulikki Routamo
Rovaniemen hovioikeus
Matti Rudanko
Ilkka Ruokola
Risto Ryti
Olli Ryynänen
Mauri Saarinen
Ari Saarnilehto
Matti J. Sillanpää
Lena Sisula-Tulokas ja Mikko Tulokas
Pauli Ståhlberg
Suomen Asianajajaliitto
Antti Suviranta
Erkki-Juhani ja Marjatta Taipale
Anja ja Tapio Takki
Leena ja Olli Tarkka
Jarno Tepora
Jyri Terämaa
Arne Therman
Virpi Tiili
Kari-Pekka Tiitinen
Kari S. Tikka
Markku Tiusanen
Petri Tolppa
Taneli Tuomaala
Turun hovioikeus
Turun kauppakorkeakoulu, yritysjuridiikan yksikkö
Terttu Utriainen
Vaasan hovioikeus
Pekka Vihervuori
Pertti Välimäki
Thomas Wilhelmsson
Riitta ja Juhani Wirilander
Simo Zitting
Tuula Ämmälä

# Sisällys

Tabula gratulatoria ..... IX
Sisällys ..... XI
Esko Hoppu – tiede ja käytäntö ..... XIII

*Edward Andersson:* Piilevä tuloverovelka perinnönjaossa ja osituksessa ..... 1
*Martti Castrén:* Vahingonkärsijän suorasta korvausoikeudesta vastuuvakuutuksessa erityisesti ns. markkinointitilannetta (vakuutussopimuslain 67 §:n 1 momentin 3 kohta) silmällä pitäen ..... 16
*Timo Esko:* Asianajajaetiikasta ja asianajajaliiton kurinpitomenettelystä ..... 26
*Seppo Eskuri:* Eräitä ongelmakysymyksiä uusittavista henkilövahinkojen korvaamista koskevista säännöksistä ..... 38
*Pirkko-Liisa Haarmann:* Piratismin torjuntayrityksistä immateriaalioikeutta koskevan vahingonkorvausnormiston yhtenäistämiseen Euroopan unionissa ..... 55
*Heikki Halila:* Oikeuskäytännön merkitys rakennusurakkaan liittyvissä kysymyksissä ..... 63
*Erkki Havansi:* Välimiespalkkion ennakko/vakuus asianosaisen konkurssissa ..... 80
*Mika Hemmo:* Välimiesoikeuden toimivaltaa rajoittavat välityslausekkeet ..... 89
*Hannu Honka:* Finska kaskoförsäkringsvillkor för fartyg ..... 105
*Kari Hoppu:* Omaisuudenhoitosopimuksista ..... 117
*Juha Häyhä:* Vakuutussopimus ja kolmas ..... 134
*Urpo Kangas:* Päämiehen etu, edunvalvojan etu ja tertius ..... 148
*Antti Kivivuori:* Vahingonkorvausvastuun tarkoitusperät ..... 163
*Juha Laine:* Urakoitsijan vastuusta itsenäisen apulaisen törkeästä tuottamuksesta ..... 173
*Juha Lappalainen:* Välimiesmenettelyn kustannuksen ja välitystuomion pätemättömyys ..... 183
*Tomas Lindholm:* Näkökohtia välimiehen esteellisyydestä erityisesti asianajajan näkökulmasta. IBA:n esteellisyyttä kansainvälisessä välimiesmenettelyssä koskevat ohjeet ..... 192
*Robert Mattson:* Om skiljemannens roll vid förlikning ..... 219

*Lea Mäntyniemi:* Vakuutusalan yhteistakuujärjestelmät. Kysymys vakuutusyhtiöiden velvollisuudesta osallistua maksukyvyttömän kilpailijan asiakkaiden saatavien turvaamiseen ..... 236
*Gustaf Möller:* Todistelusta välimiesmenettelyssä ..... 248
*Jaana Norio-Timonen:* Pankki vakuutusten jakelukanavana ..... 263
*Risto Nuolimaa:* Keskuskauppakamarin tilintarkastuslautakunta (TILA) hyväksyttyjen tilintarkastajien valvojana ..... 276
*Rainer Oesch:* Lisenssisopimusriidan ratkaiseminen välimiesmenettelyssä ..... 286
*Jukka Peltonen:* Pakottavista oikeusohjeista välimiesmenettelyssä ..... 298
*Kirsti Rissanen:* Lainvalmistelun kehittäminen ja säädöspolitiikka ..... 316
*Eero Routamo:* Itse määritelty tappio tai muu syy korvausvaatimuksen perusteena. Luokitteluongelmia ”korvausoikeudessa”. ..... 331
*Ari Saarnilehto:* Vahinkovakuutuksen irtisanomisen toimittamisesta ..... 338
*Lena Sisula-Tulokas:* Den rena och den kanske inte helt rena förmögenhetsskadan ... 356
*Pauli Ståhlberg:* Hirvivahinkovakuutus ja väistämisvahingot ..... 370
*Jarno Tepora:* Hallinnanjakosopimuksen käyttöala ja kirjaaminen tyyppitapauksissa ..... 378
*Kari S. Tikka:* Lääkkeiden verotuksesta ..... 397
*Mikko Tulokas:* Takuuajan jälkeinen vastuu aliurakoitsijan virheistä ..... 404
*Thomas Wilhelmsson:* Välityslausekkeen sovittelu elinkeinonharjoittajien välisessä suhteessa ..... 411
*Juhani Wirilander:* Kiinteistöriidat ja välimiesmenettely ..... 424

Bibliografia ..... 434
Kirjoittajat ..... 446

# Esko Hoppu – tiede ja käytäntö

”Uuttera ja aikaansaapa, tunnollinen ja monitietoinen lakimies ja tieteenharjoittaja Esko Hoppu voi tyytyväisenä silmäillä tähänastisia saavutuksiansa”, kirjoitti professori Matti Ylöstalo Defensor Legiksessä professori Esko Hopun täytettyä 50 vuotta. Samalla tavoin aikaansaannoksillaan kerskailematon Hoppu voi tehdä myös nyt, kun hän on tullut emeritusprofessorina 70 vuoden ikään. Esko Hoppua tarvitaan edelleen; monikerroksinen, toisiaan tukevista tehtävistä koostuva lakimiesura jatkuu yhä. Aika on kuitenkin jo kypsä tilinpäätöksen hahmottamiseen.

Esko Hopun isänpuoleinen suku on lähtöisin Tyrväästä, nykyisestä Vammalan kaupungista, jossa on yhä Hopun kaupunginosa. Sukua on tutkittu tarkoin. 1800-luvulla esivanhemmat möivät Hopun talon, josta tuli Tyrvään ensimmäinen kansakoulu, ja perhe muutti Koivistolle, lähelle Viipuria. Esko Hopun isän, merikapteeni Emil Hopun perhe oli helsinkiläinen, ja Helsingissä Esko Hoppu on suorittanut elämäntyönsä. Hän tuli ylioppilaaksi vuonna 1954 Käpylän yhteiskoulusta ja opiskeli Helsingin yliopistossa, joka on myös ollut hänen työuransa päänäyttämö.

Esko Hoppu on kertonut hakeutumisensa lainopilliseen tiedekuntaan perustuneen kouluaikaiseen kiinnostukseen ja ammatinvalinnanohjauksessa annettuun opastukseen: testien perusteella taipumukset viittasivat lakimiesuralle. Olisi hyvä tietää, millainen soveltuvuuskoe on ollut, siksi paikalleen suositus on osunut. Esko Hopussa kyky havainnoida oikeudellisia kokonaisuuksia ja taito eritellä niihin liittyviä yksityiskohtia yhdistyvät rauhallisuuteen, yhteistyökykyyn ja viileään harkintaan.

Hoppu suoritti lainopin kandidaatin tutkinnon vuonna 1959 ja ryhtyi jatkamaan opintojaan sivutoimisesti. Hauholla ja Toijalassa tapahtuneen lakimiesharjoittelun jälkeen hän oli kahden vuoden ajan asianajotoimiston palveluksessa vuosina 1960–1962. Hänen osaamisensa oli huomattu jo tuolloin. ”Helsingissä oli kolme nuorta lupaavaa asianajajaa – Esko Hoppu, Eero Routamo ja minä”, kertoi huumorintajuinen Timo Silkko vuosikymmeniä myöhemmin.

Lisensiaatiksi valmistuttuaan Hoppu hakeutui yliopistolle assistentiksi. Tuolloin oli tapana, ettei assistentiksi jääty suoraan yliopiston penkiltä. Väitöskirjatyön aihe ”Rahdinottajan tavaravastuusta silmällä pitäen vastuunrajoitusoikeutta matkarahtauksessa” oli meillä tuolloin vähän tutkitusta merioikeudesta. Sen valintaan ovat voineet vaikuttaa suvun merenkulku-

perinteiden ohella kiinnostus purjehdukseen sekä laivaston aliluutnantin arvoon päätynyt varusmiespalvelus. Väitöskirjatyö valmistui ripeästi runsaassa neljässä vuodessa.

Jo väitöskirjatyön loppuvaiheessa Hoppu oli ryhtynyt hoitamaan siviilioikeuden apulaisprofessorin virkaa, jonka hän sai nimiinsä vuonna 1969. Kahta vuotta myöhemmin hän ryhtyi hoitamaan Sotavahinkoyhdistyksen lahjoitusvaroin perustettua vakuutus- ja vahingonkorvausoikeuden professorin virkaa, johon hänet nimitettiin vuonna 1973. Tässä virassa hän toimi neljännesvuosisadan vuoteen 1998 asti.

Nopeasti edennyt yliopistollinen karriääri perustui tulokselliseen tutkimustyöhön ja tarmokkuuteen käyttää hyväksi avautuvia mahdollisuuksia. Vuonna 1968 valmistui kiintoisalla tavalla siviili- ja valtio-oikeuden rajapinnoilla liikkuva teos ”Valtion oikeudesta luopua saatavistaan. Tutkimus lainlievennysvallan käyttämisestä maksuvapautuslain nojalla”. Vuonna 1972 ilmestyi peräti kolme monografiaa ”Alistamisesta rakennusurakassa”, ”Monivakuutus” ja ”Oikeusturvavakuutus”, kaikki tutkijaansa odottaneesta ajankohtaisesta kokonaisuudesta. Tämän jälkeen Hoppu jatkoi tutkimuksiaan rakennusurakasta; hän julkaisi alalta kolme teosta, kaksi Reino Erman ja yhden Pirkko-Liisa Aron kanssa.

Professorina Esko Hoppu on kantanut vastuuta oppikirjojen ja yleisesitysten laatimisesta. Toisiaan seurasivat useaan painokseen ehtinyt oppikirja ”Kauppa- ja varallisuusoikeuden pääpiirteet” sekä oppikirjat kuljetuskaupasta ja vakuutusoikeudesta. Vuodelta 1997 oleva Suomen vakuutusoikeus -teoksen toinen painos lienee tällä hetkellä Hopun teoksista eniten käytetty. Harvinainen yhteistyön tulos oli psykiatrian professori Kalle Achtén kanssa kirjoitettu teos ”Lääkärin taitovirhe ja vahingonkorvausvastuu”.

Hopun kirjallista tuotantoa ja tutkijankuvaa täydentävät hänen artikkelinsa. Ne kattavat laajan sektorin myös sellaisista siviilioikeuden kysymyksistä, joita hän ei ole käsitellyt kirjoissaan. Hopulle tunnusomaista eri asioiden yhdistelykykyä osoittaa hänen Defensor Legiksessä julkaistu artikkelisarjansa kaupan ja kuljetussopimuksen keskinäisestä suhteesta.

Hopun tutkimustyön keskeinen osa jakautuu kolmen elinkeinotoiminnan lohkon rakennusurakan, vakuutustoiminnan ja kuljetustoiminnan alalle. Hänen tutkijanotteelleen on tunnusomaista tarkkuus, valitun elinkeinotoiminnan alueen selkeä oikeudellinen haltuunotto ja pyrkimys konkreettisiin, käytäntöä palveleviin tutkimustuloksiin.

Esko Hoppu tuli oikeustieteellisessä tiedekunnassa tunnetuksi erinomaisena, konstailemattomana luennoitsijana. 1960-luvulla tiedettiin laajalti, että parasta valmentautumista tiedekunnan valintakokeeseen oli Esko Hopun pitämän siviilioikeuden peruskurssin seuraaminen kesäyliopistossa. Luentosalit olivat täynnä, kun Hoppu opetti tiedekunnassa vahingonkorvausoikeutta. Hänen yhdessä Reino Erman kanssa pitämänsä rakennusurakkakurssit vetivät aikanaan salit täyteen Rakennusmestarien talossa. Esko Hoppu on aina osannut kohdistaa esityksensä kuulijakunnan mukaan.

Oikeustieteellisen tiedekunnan professorina Esko Hoppu kantoi oppiainevastuuta oman oppituolinsa alan ulkopuolellakin. Olemusta myöten tyylikäs viranhoito, asiallinen ja tinkimättömään yhdenvertaisuuteen perustuva suhtautuminen opiskelijoihin sekä tieto arvostetusta asemasta yliopiston ulkopuolella herättivät tiedekunnassa ja sen opiskelijoissa kunnioitusta.

Hoppu oli kysytty voima yliopiston hallintotehtävissä. Eleettömästi ja tehokkaasti hän ehti hoitaa mm. lainopillisen kustannustoimikunnan asiamiehen (1964–1990), kanslerinsihteerin (1973–1978), yksityisoikeuden laitoksen esimiehen (1980–1988), varadekaanin (1984–1991) ja yliopiston apteekin hallituksen puheenjohtajan (1992–2000) tehtäviä. Vaikutelmaksi on jäänyt, että Hoppu on ollut yliopistossa ja sen ulkopuolella tehtävissä, joita kohtaan hän on tuntenut kutsumusta tai velvollisuudentuntoa. Näkyvien asemien tavoitteleminen muutoin on ollut hänelle vierasta.

Suomalainen Lakimiesyhdistys kutsui Hopun rahastonhoitajakseen vuonna 1965. Tätä tehtävää seurasivat hallituksen jäsenyys (1969–1971), varapuheenjohtajuus (1972–1973) ja puheenjohtajuus (1974–1976) 38-vuotiaana. Myöhemmin Hoppu on jatkanut yhdistyksen kirjasarjojen toimituskunnan puheenjohtajana sekä yhdistyksen oheissäätiön K. O. Laitisen säätiön hallituksen puheenjohtajana. Nämä tehtävät hän jätti vuoden 2001 lopussa. Palvelus yhdistyksen tehtävissä kesti yhtäjaksoisesti peräti 37 vuotta.

Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen puheenjohtajaksi vain kaksi ensimmäistä – P. E. Svinhufvud ja K. J. Ståhlberg – ovat tulleet tehtäväänsä Hoppua nuorempana. Hopun puheenjohtajakaudella voitiin yleisesti todeta, että nuijan varressa on oikea mies. Hän veti yhdistyksen kokoukset mallikelpoisesti ja repivän ajan ristiriitoja taitavasti tasoitellen. Hopun puheenjohtajakaudella tehtiin joka kevät paljon suosiota saanut jäsenmatka ulkomaille ja kehitettiin yhteistyötä opiskelijajärjestöjen kanssa.

Esko Hoppu tuli mukaan myös vakuutus- ja merenkulkualan yhdistystoimintaan sekä Suomen Lakimiesliiton luottamustehtäviin. Hän oli liiton hallituksen jäsen (1969–1973) sekä Lakimiesliiton Kustannuksen hallituksessa aluksi jäsen ja sittemmin puheenjohtaja (1973–1978). Lainopillisen kirjallisuuden kustantamisessa ja kirjasarjojen hallinnoinnissa Hopulla oli pitkään ainutlaatuinen asema. Kaiken muun ohella hän oli vastuunalaisena yhtiömiehenä Econlaw-Kustannusyhtiössä, joka julkaisi runsaan kahdenkymmenen vuoden aikana 15 nimikettä Hopun ja hänen kollegojensa teoksia.

Esko Hopun yhteistyö Matti Ylöstalon kanssa oli pitkäaikaista ja tuloksellista. Ylöstalo veti Hopun Suomen Asianajajaliiton asiamieheksi vuonna 1967. Tässä tehtävässä hän oli vuosikymmenen ajan. Asianajajaliitossa Hoppu toimi mm. Defensor Legiksen toimitussihteerinä (1969-1977) ja kurinpitoratkaisujen linjaajana. Hänen kirjallisesta toiminnastaan sijoittuu merkittävä osa asianajo-oikeuden lohkolle.

Vaikka asianajajien luku ei ollut Hopun asiamieskautena yhtä suuri kuin nykyisin eikä liiton toiminnan volyymi sellainen jollaiseksi se on sittemmin muodostunut, on yhä ihmeteltävää, miten kaksi professoria saattoi sivutoimisesti hoitaa vähäisen kansliahenkilökunnan avustamana Asianajajaliiton toimistoa. Asianajotoimen kehittämisessä Hopun ansiot on noteerattava korkealle.

Esko Hopun tehtävien luku on uuvuttavan pitkä myös lautakuntatyyppisissä elimissä. Hän oli Keskuskauppakamarin välityslautakunnan jäsenenä 1987–1989 ja puheenjohtaja 1990–1998. Hän on kuulunut neljään eri korvauslautakuntaan, joissa kaikissa hän on ollut myös puheenjohtajana (lääkärivastuulautakunta 1973–1991, vahinkovakuutuslautakunta 1974–1993,

lakimiesvastuulautakunta 1974–1976 ja huolintavastuulautakunta 1974–1986). Merivahingonlaskijana hän oli vuodet 1982–1997.

Esko Hoppu on ollut arvostettu asiantuntija käytännön lakimiestehtävissä. Tästä kertoo erityisesti hänen laaja lausuntotoimintansa sekä työskentelynsä välimiesoikeuksissa. Uusimassa lakimiesmatrikkelissa Hoppu kertoo toimineensa vuosina 1972–2003 yli sadassa välimiesoikeudessa. Luku hakee vertaistaan Suomessa. Hoppu ei saavuttanut aiheetta Matti Ylöstalon jälkeen Suomen johtavan välimiehen asemaa. Häneen on totuttu luottamaan, ja hän on ollut luottamuksen arvoinen.

Hoppu on käytännön lakimiehenä oikeustieteen tutkijoiden ammattikunnassa primus inter pares. Hänellä on taito havaita oikeudellisista kysymyksistä olennainen ja soveltaa tutkijana saadun kouliutumisen myötä tietoa käytäntöön sitä edelleen kehittäen. Hoppu toimi korkeimmassa oikeudessa ylimääräisenä oikeusneuvoksena 1977–1978. Ei ole yllättävää, että hänen toivottiin jäävän taloon pysyvästi.

Paradoksina Esko Hopun mittavissa aikaansaannoksissa on ollut hänen kiireettömyytensä. Eskolla ei ole näyttänyt olevan hoppua, vaikka on tiedetty hänen kalenterinsa olevan täynnä. Nuoremman kollegan on ollut helppo kääntyä hänen puoleensa ja saada aluksi vastattavakseen hymynkareen kera tullut rauhoittava kysymys: ”Onko murheita?”. Tehokkaasta ajankäytöstä kertoo se tapa, jolla Hoppu on vetänyt palavereita ja kokouksia. Ilmapiiri on leppoisa, jokaisella on mahdollisuus esittää sanottavansa ja asiat etenevät jäntevästi, kun aikaa ei kulu jahkailuun. Joutuisasti saadaan aikaan ratkaisu, johon voidaan olla yleisesti tyytyväisiä.

Esko Hoppu on saanut lepoa ja virkistystä matkailusta, kaitafilmauksesta, hiihdosta ja purjehduksesta. Nämä harrastukset ja muut taidot, kuten kaivonkatsominen, kertovat osaltaan Hopun olevan käytännön osaaja lainopin ulkopuolellakin. Esko Hoppu on saanut voimaa myös perheyhteydestä. Raili Hoppu on tukenut puolisonsa työtä, ja kaikki perheen lapset seuraavat isän jälkiä lakimiehenä, Kari tieteenharjoittajana, Olli asianajajana ja Leena järjestöjuristina.

Suomalainen Lakimiesyhdistys osoittaa kunnioitustaan entiselle puheenjohtajalleen omistamalla hänelle tämän juhlakirjan. Ystävien ja työtoverien onnentoivotuksiin ja tervehdykseen Esko Hopun 70-vuotispäivänä yhtyy kiitollisin mielin maan lakimieskunta.

*Heikki Halila*

Edward Andersson

# Piilevä tuloverovelka perinnönjaossa ja osituksessa

## Piilevän tuloverovelan problematiikka

Verotus tunkeutuu inhimillisen elämän kaikille alueille. Tässä kirjoituksessa tarkastelen, millaisia tuloveroaspekteja voi esiintyä perhe- ja perintöoikeudellisten toimien yhteydessä. Lähinnä on kyse siitä, miten tuloveronäkökohtien ehkä tulisi vaikuttaa osituksessa ja perinnönjaossa, mutta myös joissakin muissa yhteyksissä perhe- ja perintöoikeuden alalla on hyvä muistaa, että tulon verotus voi vääristää niitä tuloksia, joihin on pyritty sopimusjaoissa sekä tilanteissa, joissa ratkaisua joudutaan hakemaan tuomioistuimessa. Perheoikeudelliset oikeustoimet saattavat nykyisin olla niin komplisoituja, että niissä tarvitaan myös varallisuusoikeudellista, verooikeudellista ja ehkä muutakin erityisasiantuntemusta.[1]

Vero-oikeudessa käytetään sanaa *piilevä tuloverovelka*, jos on kyse hyödykkeestä tai saamisesta, johon liittyy velvollisuus suorittaa tuloveroa joko jo tapahtuneen realisoinnin perusteella tai tapahtuneen arvonnousun johdosta, jos ja kun hyödyke aikanaan luovutetaan. Periaatteessa saatetaan puhua myös piilevästä tuloverosaatavasta, jos jokin tuleva transaktio tai vaikkapa jokin jakovaihtoehto on omiaan poistamaan tuloveroa, joka muutoin jouduttaisiin suorittamaan. Tämä on kuitenkin verraten harvinainen tilanne.[2]

> En ole perusteellisesti tutkinut, mitä perhe- ja perintöoikeudellisessa kirjallisuudessa on kirjoitettu verovelkojen huomioon ottamisesta osituksessa ja perinnönjaossa. *Välimäki* on kirjoituksessaan DL 1996 asiantuntevasti sivunnut näitä kysymyksiä.[3] *Mahkonen* puolestaan käsitteli (JFT 1988) goodwillin arvostusta osituksessa, missä yhteydessä tulevat esille vähän samantapaiset kysymykset kuin piilevän verovelan kohdalla.[4]
>
> Ruotsin ja Norjan perheoikeudellisesta kirjallisuudesta olen löytänyt useita mainintoja piilevän verovelan ongelmista arvostuksessa. Ruotsin osalta viittaan *Agellin, Telemanin* ja

[1] Ks. Kangas, Urpo, Förmögenhetsöverföringar inom familjen, Festskrift Edward Andersson, Helsingfors 2003, s. 79 s.

[2] Piilevä tuloverosaaminen voi tulla kysymykseen esim. jos perityn omaisuuden arvo on laskenut kuolinpäivän jälkeen. Kun hankintamenona tällöinkin on perintöverotusarvo, syntyy tämän omaisuuden myynnistä luovutustappio, joka voidaan kuitata muusta omaisuudesta saatua luovutusvoittoa vastaan. Kun tämä tilanne johtuu perillisen muista kuin perintöön kuuluvista olosuhteista, sillä ei liene merkitystä perinnönjaossa, joskin perillisten yhteisen edun kannalta on mielekästä jakaa tällainen omaisuus perilliselle, joka voi hyödyntää luovutustappiota. Ks. piilevästä verosaamisesta myös Zimmer, Frederik, Om latente skatter på skifte mellom ektefeller, Festskrift Peter Lödrup, Oslo 2003, särtryck s. 2.

[3] Välimäki, Pertti, Ositettavan omaisuuden ja sen arvon määrityksestä, Defensor Legis 1996.

[4] Mahkonen, Sami, Äktenskapsskillnad, avvittring och goodwill, JFT 1988.

*Tottien* teoksiin ja Norjan osalta *Lödrupin* teokseen.[5] Nämä kirjoittajat katsovat, että tasajaon periaate puoltaa piilevän verovelan huomioon ottamista, mutta he eivät luonnollisestikaan kehitä tätä ongelmaa syvällisemmin. Ruotsin ja Norjan oikeuskäytännöstä löytyy myös jonkin verran tukea heidän kannalleen.

Vero-oikeudellisesta kirjallisuudessa on muutamia kirjoituksia, joissa on nimenomaan keskitytty verotuksen vaikutuksiin yksityisoikeudellisia oikeustoimia tehtäessä. Viittaan kirjoituksiin *Mutén*, Minnesskrift för Phillips Hult (1960), *Andersson*, JFT 1994 ja *Zimmer*, Festskrift til Peter Lödrup (2003). Viimeksi mainittu kirjoitus antoi aiheen tälle kirjoitukselle.[6]

*Timo Räbinä* on väitöskirjassaan 2001 käsitellyt tuloverotuksen kannalta varsin perusteellisesti osaa niistä kysymyksistä, jotka ovat tämänkin suppean esityksen kohteena. Viittaan hänen 600-sivuiseen teokseensa[7]. Mutta Räbinä ei kirjassaan käsittele perintöverotusta ja ennen kaikkea hän ei käsittele tulo- ja perintöverotuksen päällekkäisyyteen liittyviä kysymyksiä. Räbinän teos on paitsi oikeusdogmaattinen myös verosuunnittelullinen, mutta pääpaino on siinäkin tuloverotuksen suunnittelussa. Tämän kirjoituksen näkökulma on toinen kuin Räbinän. Itse olen käsitellyt piilevän tuloverovelan ongelmia perintöverotuksessa kirjoituksessani JFT 1999[8]. Tämän kirjoituksen tarkoituksena on kiinnittää huomio samaan problematiikkaan perinnönjakoon ja ositukseen liittyvänä kysymyksenä.

Selvää on, että perinnönjaossa ja osituksessa voidaan ja yleensä tulisikin ottaa huomioon tavanomaiset tuloveron suunnitteluun liittyvät kysymykset. Onhan verosuunnittelu täysin luvallista, ja kun se saattaa johtaa selviin verosäästöihin, voidaan jopa moittia asianajajaa tai muuta juristia, joka toimittaessaan perinnönjaon tai osituksen tai toimiessaan neuvonantajana ei ole ottanut huomioon tunnetuimpia verosuunnittelumahdollisuuksia. Eri asia on, jos on kyse epäilyttävistä keinoista, jotka sijoittuvat lähelle hyväksyttävyyden rajaa ja voivat johtaa veronkiertämissäännöksen soveltamiseen (VerMenL 28 §).

Räbinä on perusteellisesti kartoittanut ja ryhmitellyt ne tuloverotuksen eri suunnittelutilanteet, jotka voivat liittyä vastikkeettomiin saantoihin.[9] Laajuuskysymyksenä hän mainitsee oman asunnon tai sukupolvenvaihdosyrityksen siirtämisen osituksessa tai perinnönjaossa pesän ulkopuolisia varoja käyttämättä vastaanottajalle, joka voi hyödyntää verovapaussään-

---

[5] Ks. Agell, Anders, Äktenskap, samboende, partnerskap, Göteborg 1995, s. 144; Teleman, Örjan, Bodelning under äktenskap och vid skilsmässa, Falköping 1993, s. 96; Tottie, Lars, Äktenskapsbalken, 1990, s. 246 s. sekä Lödrup, Peter, Familieretten, Oslo 1994, s. 218 s.

[6] Ks. Mutén, Leif, Skatterättsliga förutsättningar för civilrättsliga avtal. En probleminventering, Minnesskrift till Phillips Hult, Uppsala 1960; Andersson, Edward, Skatterättsliga förutsättningar i privaträttsliga sammanhang, JFT 1994; Zimmer, Frederik, Om latente skatter på skifte mellom ektefeller, särtryck Bonus Pater Familias, Festskrift til Peter Lödrup, Oslo 2003.

[7] Räbinä, Timo, Vastikkeeton saanto ja luovutusvoiton verotus, Helsinki 2001, s. 205. Ks. myös Räbinä, Jäämistöosituksessa ja perinnönjaossa huomioon otettavat seikat luovutusvoiton verosuunnittelun kannalta, Defensor Legis 2003 s. 38–53.

[8] Andersson, Edward, Dold inkomstskatteskuld vid arvs- och gåvobeskattningen, JFT 1999. Ks. myös Mattila, Pauli K., Varojen arvostaminen perintö- ja lahjaverotuksessa, Helsinki 1984, s. 440 ss. Pohjoismaisesta kirjallisuudesta on syytä viitata ennen kaikkea teokseen Englund, Göran, Om inkomstskattefaktorn vid beskattning av benefika förvärv, Lund 1960, s. 377 ss.

[9] Ks. Räbinä, mt. erit. s. 562–576.

nöstä (TVL 48 §). Läheisesti tähän liittyy Räbinän kohdistamiskysymykseksi luonnehtima verosubjektin vaihto, esim. siten, että vastaanottajaksi tulee se osakas/puoliso, joka parhaiten voi hyödyntää luovutusvoiton (aiempaa tappiotaan vastaan) tai luovutustappion (voittoaan vastaan). Osittainen perinnönjako tai ositus voi myös olla keinona tuloverohyötyjen saamiseksi. Kun on kyse jäämistöosituksesta, voidaan myös jossain määrin vaihtaa saantoperuste ja siten samalla hankintameno: lesken luovutukset perillisille tuottavat perintösaannon (ja hankintamenoksi käyvän arvon), kun taas perillisten tasinkoluovutukset merkitsevät leskelle tasinkosaantoa.

Kaikki tällaiset täysin korrekteina pidettävät verosuunnittelukeinot on siis syytä pitää mielessä ositusta ja perinnönjakoa toimitettaessa. Mikään niistä ei kuitenkaan suoranaisesti vaikuta piilevän tuloverovelan problematiikkaan, joka on tämän esityksen teemana.

## Perittävän tuloverotus kuolinvuodelta ja sen jälkeisiltä vuosilta

Ennen kuin käyn käsiksi tämän kirjoituksen varsinaiseen problematiikkaan, on syytä tarkastella, miten tuloverotus tapahtuu verovelvollisen kuoltua. TVL 17,1 §:n mukaan kuolinvuodelta verotetaan kuolinpesää sekä vainajan että kuolinpesän tulosta. Jos kuolinpesä on kuolinvuonna jo kokonaan tullut jaetuksi, tuo yhteisverotus kuitenkin päättyy jakopäivänä. Kun perintö lankeaa ja kuolinpesä syntyy kuolinpäivänä, on sinänsä selvää, että kuolinpesälle kuolinpäivän jälkeiseltä ajalta syntyneet tulot ovat kuolinpesän eikä vainajan tuloa. Mutta jos tulo on perustunut vainajan työhön tai muuhun aktiviteettiin ja palkkaa/palkkiota vain ei ole ehditty maksaa kuolinpäivään mennessä, se olisi mielestäni katsottava vainajan tuloksi. Tällainen palkka- tai muu saatava on myös otettava perunkirjoituksessa huomioon vainajan varoina. Perunkirjoituksessa on toisaalta otettava huomioon velkana kuolinvuodelta menevä tulovero, vähennettynä niillä ennakkoveroilla, jotka on peritty ennakonpidätyksenä tai ennakkoverolipulla. Mutta lasketaanko vero vainajalle myös niistä tuloista, joita vainaja ei eläessään vielä ehtinyt saada?[10] Kuolinvuoden tuloverojen ottaminen velkana huomioon peruskirjoituksessa ja perintöverotuksessa ei tuottane suuria ongelmia, joskin verovelan tarkka määrä saatetaan joutua arvioimaan. Tavallisesti pesä ei hanki ansiotuloja, vaan enintään pääomatuloja. Mutta jos kuolinpesä jatkaa vainajan elinkeinotoimintaa tai maataloutta, joudutaan jakamaan kuolinvuoden tulo vainajan ja pesän kesken, minkä lisäksi joudutaan jakamaan tulo ansio- ja pääomatuloksi. Vastaavasti vero on jaettava, sillä perunkirjoituksessa ja perintöverotuksessa ei voida vähentää kuolinpäivän jälkeiseen aikaan kohdistuvaa tuloveroa. Parasta olisi, jos kuolinpäivältä aina tehtäisiin välitilinpäätös. Jos toiminta on ollut voitollista kuolinpäivään asti ja sen jälkeen tappiollista, voidaan sanoa syntyvän pesälle jopa tuloverosaatava, koska tuloverotus

[10] Ratkaisussa KHO 1995 B 520 Oy Veikkaus Ab oli maksanut vainajan elinaikanaan saaman lottovoiton korkoa pesän osakkaille. Korko verotettiin pesän eikä osakkaiden tulona, vaikka pesä oli jaettu jo vuosia aiemmin. Räbinä, mts. 205 alav. 160 viittaa myös ratkaisuihin KHO 1979 T 1478 ja 1986 T 2067, joissa tekijänoikeuspalkkiot verotettiin sen osakkaan tulona, joka oli ne pesän jaossa saanut.

kuolinvuodelta on jakamaton. Asianmukaisempaa on kuitenkin sanoa, että vainajan tuloverovelka pienenee kuolinpesän tappiollisen toiminnan vuoksi.

Jos kuolinpesä on jo kuolinvuonna ennen perinnönjakoa myynyt vainajan omaisuutta voitolla, joka on pääomatuloa, kuolinpesälle määrätään tästä vero. Tällöin pystytään ainakin perinnönjaossa ottamaan huomioon tästä myynnistä aiheutuva vero. Kun kuolinpesän (ja perillisten) hankintamenona käytetään perityn omaisuuden perintöverotusarvoa (TVL 47,1 §), jonka tulisi olla käypä arvo, ei pitäisi myöskään syntyä tuloveron ja perintöveron päällekkäisyyttä eli piilevän tuloverovelan ongelmaa. Sellaisten hyödykkeiden kohdalla, jotka tullaan myymään pian pesänselvityksen jälkeen, perillisten ei yleensä ole viisasta yrittää painaa perintöverotusarvoa alas, sillä tämä vain aiheuttaa luovutusvoittoverotuksen tai lisää veronalaisen luovutusvoiton määrää. Tosin perintöverotus kohdistuu perityn hyödykkeen koko arvoon, kun taas luovutusvoiton tuloverotus koskee vain arvon nousua.

TVL 47,1 §:n säännös, joka oikeuttaa käyttämään tuloverotuksessa hankintamenona perintöverotusarvoa eli periaatteessa nostamaan perityn omaisuuden hankintamenoa sen käyvälle tasolle, merkitsee tuloverotuksessa *epäjatkuvuutta.* Perityn hyödykkeen perittävän omistusaikana saama mahdollinen arvonnousu jää tuloverotuksen ulkopuolelle. Toisaalta mahdollisen arvonlaskun vähentäminen estyy kokonaan. Tilanne on toinen tasinkosaantojen osalta, joihin sovelletaan *jatkuvuusperiaatetta (TVL 46,2 §)* eli sitä, että tasingon saaja asettuu tasingon luovuttajan hankinta-arvoihin. *Räbinä* arvostelee tätä oikeustilaa,[11] jonka puolustukseksi kuitenkin voisi sanoa, että perinnönsaajaa perintöverotetaan saannostaan mutta tasingon saajaan ei kohdistu mikään muu vero.

Kun on kyse vainajan asunnosta (kiinteistö tai asunto-osake), joka on ollut vainajan omistuksessa ja käytössä vähintään kahden vuoden ajan, vainaja olisi voinut myydä sen verovapaalla voitolla ennen kuolemaansa. Tämä verovapaa myyntimahdollisuus ei kuitenkaan siirry perillisille, vaan jos he myyvät pian kuoleman jälkeen vainajan oman asunnon, heitä verotetaan luovutusvoitosta.[12] Tässäkin käytetään kuitenkin hankintamenona perintöverotusarvoa. Jos se on käyvän arvon tasolla, perillisiä verotetaan siis vain kuolinpäivän jälkeisestä (mahdollisesta) arvonnoususta. Lopputulos on tällöin sama kuin jos perittävä olisi myynyt asunnon juuri ennen kuolemaansa ja perilliset olisivat perineet saadun kauppahinnan. Jos taas vainajan asunnon perinyt perillinen on asunut siinä kahden vuoden ajan kuolinpäivästä, hän voi oman asumisen ja omistuksen perusteella myydä asunnon verovapaasti. Asunto saattaa siis olla perusteltua jakaa perilliselle, joka aikoo jäädä/muuttaa sinne asumaan.

Verottaja viivyttelee toisinaan perintöverotuksen toimittamista, jos oletetaan, että kuolinpesä tulee pian myymään asunnon tai muun arvokkaan kuolinpesään kuuluvan hyödykkeen. Jos myynti tapahtuu ennen perintöverotuksen toimittamista, käytetään siinä saatua myyntihintaa käyvän arvon osoittajana.[13] Jos taas myynti tehdään vasta perintöverotuksen tultua toimite-

[11] Ks. Räbinä, mts. 64 ss. ja 582 ss.
[12] Ks. Räbinä, mts. 519 ss.
[13] Tällöin ei saa perintöverotuksessa vähentää edes myyntikuluja, esim. välittäjänpalkkiota, ks. KHO 2002:25.

tuksi, perilliset usein huomaavat, että korkeampi perintöverotusarvo olisi johtanut pienempään kokonaisveroon. Tämän vuoksi he tekevät usein oikaisuvaatimuksen pyytäen perintöverotusarvon korottamista. Toimiessani Helsingin oikaisulautakunnassa 1999–2002 olin käsittelemässä kymmeniä tällaisia asioita. Jos on kulunut vähänkin pitempi aika kuolinpäivästä, ei ole aivan helppoa määrittää, mikä oli kuolinpäivän käypä arvo ja mikä sen jälkeistä arvonnousua tai -laskua.[14]

Edellisessä kappaleessa esitetty pätee periaatteessa myös kuolinpesän ja perillisten saamiin luovutusvoittoihin, kun luovutus tapahtuu niin paljon kuolinpäivän jälkeen, ettei asiallisista tai prosessuaalisista syistä ole mahdollista hakea johtoa todella saadusta kauppahinnasta. Tällöinkin hankintamenona käytetään perintöverotusarvoa. Perilliset joutuvat perintöverotuksen yhteydessä harkitsemaan, onko syytä pyrkiä mahdollisimman lähelle käypää arvoa olevaan perintöverotusarvoon (ja korkeampaan perintöveroon), vai onko ajateltava, että alhaisemmasta perintöverotusarvosta on etua nyt ja luovutusvoiton verotus on tulevaisuuden ongelma.

Piilevän tuloverovelan kannalta ongelmallisimpia ovat tapaukset, joissa vainajan työhön perustuvaa ansiotuloa realisoituu kassaperiaatteen mukaan vasta kuolinvuoden jälkeen, jolloin sitä ei tuloverotuksessa voitane käsitellä vainajan tulona.[15] Otan yksinkertaisena esimerkkinä tapauksen, jossa menestyskirjailija tai arvokkaan keksinnön tekijä on kuollut loppuvuodesta mutta kirjarojaltit tai keksinnön kauppahinta on saatu vasta seuraavan vuoden puolella. Tällöin näistä tuloista ei veroteta enää vainajaa vaan kuolinpesää tai, jos pesä on jo jaettu, perillisiä tai sitä heistä, jolle ko. oikeus tai tulo on jaettu. Mutta saako tällöin vähentää perintöverotuksessa sen tuloveromäärän, joka kohdistuu tuon tekijänoikeuden tuottoon ja joka kiistatta on perittävän ansaitsemaa tuloa? Jollei sitä saa tehdä, syntyy kiistatta päällekkäinen verotus.

Aina ei perukirjaan liene otettu saamisina esim. seuraavana vuonna tilitettäviä rojaltituloja, koska niiden määrä ei ole tiedossa. Jos niitä tämän vuoksi ei ole otettu perintöverotuksessa huomioon, ei tietenkään synny päällekkäistä verotusta. Mutta periaatteessa kai tulisi tehdä täydennysperunkirjoitus, jos seuraavana vuonna tulee tieto kuolinvuoden kirjarojalteista; kuitenkaan ei voitane saada tietoa siitä, montako kirjaa oli myyty ennen kuolinpäivää ja montako vasta sen jälkeen. – Merkittävässä Sibeliuksen perintöä koskeneessa plenumratkaisussa 1960 I 13 KHO otti sen kannan, että tekijänoikeus sellaisenaan ei ole perintöverotuksessa huomioon otettavaa omaisuutta, joten rojaltitulojen lähde siirtyy ilman perintöveroa perillisille.[16]

Oikeuskäytäntöä ei löydy sen tueksi, että sama kanta kuin tekijänoikeuksiin pätee myös patentin tyyppisiin aineettomiin hyödykkeisiin, joiden tekijänä on perittävä itse. Mutta oletan, että kaikkia tekijänoikeuksia tulisi käsitellä yhtäläisesti, eli oma keksintö olisi perintöverosta

[14] Ks. tästä problematiikasta Andersson, Edward, Näkökohtia oikaisulautakuntien toiminnasta, Verotus 2003 s. 241.
[15] Näin alaviitteessä 10 esitetyissä tapauksissa.
[16] Tämän kannan KHO on uudelleen vahvistanut ratkaisussa 2004:55 (ään. 7–1).

vapaata omaisuutta. Perittävän vastikkeellisesti hankkima patentti arvostetaan kuten muutakin omaisuutta. Jos kuolinpesälle tai perilliselle tulee rojaltituloja peritystä patentista, tilanne on taas sama kuin kirjailijan rojaltitulojen kohdalla. Verotus muodostuu kahdenkertaiseksi, jos ne otetaan huomioon sekä perintöverotuksessa perittävän rojaltisaamisena että kuolinpesän tai perillisten tuloverotuksessa.

Jos perittävä ei ollut elinkeinonharjoittaja eikä maatalouden harjoittaja, näyttää kuitenkin edellä esitetyn mukaan siltä, että on vain rajoitetusti ja käytännössä harvinaisia tapauksia, joissa tuloverotus ja perintöverotus menevät päällekkäin ja joissa siis piilevän tuloverovelan vähentäminen olisi perusteltua.

*Elinkeinon tai maatalouden harjoittajan verotuksen erityiskysymyksiä.* Tilanne on toinen kun perinnön kohteena on yksityisliike tai maatila. Tällöin selvät säännökset määräävät, että kuolinpesä tai perillinen jatkaa toimintaa perittävän verokirjanpidon arvoista. Mitään mahdollisuuksia kirjata tuloverotuksessa peritty liike tai maatilaomaisuus käypään arvoon ei ole. Tämä käy selville EVL 15 §:stä ja MVL 19 §:stä. Jos taas perinnönjaon mukaan yksi perillinen jatkaa elinkeino- tai maatilan toimintaa mutta muille perillisille annetaan joitakin hyödykkeitä ko. toiminnasta, tätä pidetään puolestaan yksityiskäyttöön ottona, joka aiheuttaa lisäyksen tuloon elinkeinotoiminnan (EVL 51 b §) ja maatalouden (MVL 4,3 §) verotuksessa.

Yksinkertainen esimerkki valaisee tilannetta. Elinkeinonharjoittaja tai maanviljelijä kuolee ilman rintaperillisiä ja perillisinä on yksi tai useampia veljenlapsia. Nämä eivät halua jatkaa toimintaa taikka eivät pysty siihen vaan päätyvät – ehkä yritettyään jonkin aikaa hoitaa toimintaa – myymään yrityksen/maatilan. Tällöin ainakin elinkeinonharjoittajan kohdalla tilanne on selvä: koko kauppahinta on veronalaista tuloa ja siitä vähennetään kirja-arvot, jotka ovat siirtyneet muuttumattomina perittävältä perijälle. Jos esimerkkiyrityksen käyttöomaisuus (liikekiinteistö + konekanta) on pääosin hankittu vuosikymmeniä sitten, sen kirja-arvo on alhainen ja luovutuksessa realisoituu siis paljon tuloa. Oletetaan vaikkapa, että yritys myydään hintaan 2 milj. euroa ja että siitä realisoituu 1,4 milj. euroa verotettavaa voittoa. Yrityksestä saatu myyntihinta antaa viitteitä myös perintöverottajalle, joka arvostaa yrityksen tuohon samaan 2 milj. euron arvoon. Koska perilliset eivät ole pitäneet yritystä hallussaan viittä vuotta, he eivät saa perintöverotuksen sukupolvenvaihdoshuojennusta (PerVL 55 §). Seurauksena on siis kahdenkertainen verotus 1,4 milj. euron määrästä, kun tuloverotuksessa käytettävä kirja-arvo on tämän verran alempi kuin perintöverotuksessa sovellettu arvo. Tästä erotuksesta määrättävä tulovero saattaa olla esim. 770 000 euroa. Vain jos tämä määrä saataisiin vähentää piilevänä tuloverovelkana perintöverotuksessa, kaksinkertainen verotus estyisi. Mutta saadaanko se vähentää?

Maatilan kohdalla tilanne on periaatteessa samanlainen, mutta käytännössä kahdenkertainen verotus muodostuu lievemmäksi. MVL 21 §:n mukaan nimittäin itse maatilan luovutuksesta saatu luovutusvoitto verotetaan TVL:n säännösten mukaan, mikä merkitsee sitä, että sen hankintamenona on perintöverotuksessa sovellettu käypä arvo. Samaa kantaa KHO (2003:76) on soveltanut maatalouteen kuuluvan arvopaperin luovutusvoittoon. Tuloverotus luovutushinnan ja kirja-arvojen erotuksesta koskee siten vain tilan aineellista irtainta käyttöomaisuutta

ja sen vaihto-omaisuutta. Toisaalta vaihto-omaisuuden kirja-arvo maataloustulon verotuksessa on nolla, joten koko siihen kohdistuva osa tilan kauppahinnasta on veronalaista tuloa.

Mitään verolain säännöstä ei löydy piilevän tuloverovelan käsittelystä perintöverotuksessa. Jos tämä merkitsee sitä, ettei piilevää tuloverovelkaa voida ottaa huomioon vähennyksenä, siitä seuraa, ettei laki tarjoa keinoa tuloveron ja perintöveron päällekkäisyyden poistamiseen. Veroseuraamukset ovat siis tällä olettamuksella ankarammat, jos perilliset myyvät perityn liikkeen tai maatilan kuoleman jälkeen kuin jos perittävä olisi myynyt sen juuri ennen kuolemaansa, jolloin luovutuksen aiheuttama tulovero olisi kiistatta ollut hänen veroaan ja sellaisena perintöverotuksessa vähennyskelpoista velkaa. Neutraalisuus vaatisi, että piilevä verovelka olisi vähennyskelpoinen. Ongelmana on kuitenkin, että sen määrän vahvistaminen ei ole helppoa, varsinkin jollei luovutus ole tapahtunut pian kuoleman jälkeen. Jollei luovutus ole tapahtunut vielä perintöveroa vahvistettaessa, tulevat eteen monenlaiset arvostusongelmat.

## Piilevä tuloverovelka perinnönjaossa

Kun verotusta koskevat säännökset ja käytäntö ovat sellaiset kuin edellä on kuvattu, on syytä pohtia, miten tämä vaikuttaa perillisten välisiin toimiin, lähinnä perinnönjakoon. Onko syytä ja mahdollista ottaa nämä verotusnäkökohdat huomioon perinnönjaossa? Perillisten välisessä sopimusjaossahan vallitsee suuri vapaus, joten ainakin perillisten ollessa yksimielisiä ongelma on helposti ratkaistavissa perillisten haluamalla tavalla. Perillisten ja heidän avustajiensa tulisi kuitenkin olla tietoisia ongelmasta ja voitava välittää perillisille tämä tieto. Mutta jos perinnönjako tapahtuu PK 23 luvun mukaisena jakotoimituksena, on kyse siitä, saako ja missä määrin pesänjakaja ottaa piilevän tuloverovelan huomioon vai pitääkö hänen suorastaan jossakin tilanteessa näin menetellä.

Vastaus esitettyyn kysymykseen voi riippua monesta seikasta: millaista omaisuutta sisältyy jaettavaan pesään, kuinka paljon aikaa on kulunut kuolinpäivästä ja millainen on ollut hinta- ja inflaatiokehitys sinä aikana, onko tarkoitus realisoida omaisuus pian jaon jälkeen jne. Periaatteessa piilevä tuloverovelka voidaan ottaa huomioon joko erillisenä eränä tai sitten vain osatekijänä omaisuushyödykkeiden arvostuksessa.[17]

Useimmin piilevä verovelka liittyy tiettyyn perintöön tai ositettavaan pesään kuuluvaan omaisuusesineeseen (kiinteistö, osake tai muu). Mutta se voi myös liittyä substanssia vailla olevaan kirjanpidolliseen erään, esim. realisoituun tuloon, jonka verottamiseen verovelvollinen on saanut lykkäystä (ks. esim. EVL 43 § ja MVL 5,1 § 1 k.). Edellisessä tapauksessa on mahdollista ottaa piilevä verovelka huomioon joko eräänä arvostustekijänä tai itsenäisenä eränä, mutta jälkimmäisessä tapauksessa vain itsenäisenä eränä, kun mitään konkreettista arvostettavaa ei ole. Vaikkakin voi tuntua erikoiselta laskea ja ottaa perinnönjaossa huomioon

[17] Ratkaisussa 1994 T 3698 KHO otti sen tärkeän kannan, että arvioitaessa kommandiittiyhtiön vastuunalaisen yhtiömiehen osuuden arvoa substanssin perusteella tuli ottaa piilevä tuloverovelka huomioon.

erillinen erä piilevää verovelkaa, on todettava että tiettyyn substanssiin kytkeytymättömät erät perustuvat jo tapahtuneeseen realisointiin ja ovat siinä mielessä varmoja, kun taas realisoimattomaan omaisuusesineeseen liittyvä verovelka on paljon epävarmempi. Esineen arvo saattaa laskea tai sitä ei ehkä realisoida lainkaan, jolloin piilevä verovelka on fiktiivinen.

Kaikkien niiden hyödykkeiden kohdalla, joiden hankintamenona saa TVL 47,1 §:n nojalla käyttää perintöverotusarvoa, piilevän verovelan ongelmaa ei synny perintöverotuksessa, jos tuo arvo on kuvastanut hyödykkeen käypää arvoa ja samaa arvoa käytetään perinnönjaossa. Mutta tämä tullee kysymykseen lähinnä, kun perinnönjako tapahtuu pian perittävän kuoleman jälkeen. Mitä pitempi aika on kulunut kuolinpäivän ja perinnönjakopäivän välillä, sitä luultavampaa on, ettei perintöverotusarvo enää vastaa käypää arvoa vaan että perinnönjaossa joudutaan käyttämään ainakin eräiden hyödykkeiden osalta korkeampia arvoja. Tällöin näihin hyödykkeisiin liittyy piilevä tuloverovelka, joka voi vaikuttaa perintöosuuksien arvoon, joskaan sillä ei ole vaikutuksia verotukseen. Perinnönjaossahan käytetään jakopäivän arvoja.

Yksinkertainen esimerkki selventää asiaa: perintö koostui talletuksista 100 000 euroa ja pörssiosakkeista, joiden arvo kuolinpäivänä oli 60 000 euroa mutta perinnönjakopäivänä kolme vuotta myöhemmin 100 000 euroa. Toimitetussa sopimusjaossa perillinen A saa talletukset ja perillinen B saa osakkeet. Perintö näyttää tulleen jaetuksi asianmukaisesti. Mutta jos A nostaa talletukset esim. asunnon ostoa varten, hänelle ei tästä aiheudu mitään verorasitusta. Jos taas B myy osakkeet käyttääkseen rahat hänkin asunnon ostoon, hän joutuu ensin maksamaan pääomatulon veroa (28 %) voitosta 40 000 euroa, eli veroa 11 200 euroa. Hän sai siis tosiasiassa pienemmän perintöosuuden kuin A, vaikka molemmille olisi kuulunut yhtä suuri osuus. Perintö olisi ollut syytä jakaa PK 23:8 §:ssä osoitetulla tavalla niin, että sekä A että B olisivat saaneet puolet osakkeista ja puolet talletuksista. Vaihtoehtoisesti olisi voitu arvostaa osakkeet esim. 90 000 euroon, piilevä verovelka huomioon ottaen.

Toimitusjaon ollessa kyseessä käsitykseni mukaan pesänjakaja, joka pyrkii tasajaon periaatteen oikeudenmukaiseen soveltamiseen, voi ottaa ja on merkittävissä tapauksissa melkeinpä velvollinen ottamaan piilevän verovelan huomioon toimittaessaan perinnönjaon.[18] Tosin jo PK 23:8 §:n säännöksen mukaan tulisi kullekin osakkaalle antaa ”osa kaikenlaatuisesta omaisuudesta”. Mutta tämä säännös ei täysin ratkaisse ongelmaa, osaksi koska sen toteuttaminen ei aina ole mahdollista ja osaksi koska samanlaatuisessa omaisuudessa (esim. pörssiosakkeet) saattaa olla eri kohteita, joihin liittyy piilevää verovelkaa hyvin erilaisin määrin. Oma käsitykseni on se, että jo tapahtuneeseen realisointiin liittyvä piilevä verovelka olisi otettava huomioon tarkkamääräisenä erillisenä eränä ainakin, jos tiedetään milloin se tulee viimeistään verotettavaksi. Sitä vastoin verovelka, joka johtuu tulevaisuudessa tapahtuvasta realisoinnista, on mahdollista ottaa huomioon vain eräänä ao. hyödykkeen arvostukseen vaikuttavana tekijänä. Tällöin joudutaan arvioimaan sekä realisoinnin todennäköisyys että aikaperspektiivi. Jos ei

[18] Samaa mieltä on Zimmer edellä mainitussa kirjoituksessaan. Hän samoin kuin alaviitteessä 5 mainitut pohjoismaiset kirjoittajat viittaavat myös siihen, että Ruotsin ja Norjan korkeimmat oikeudet ovat selvästi olleet sitä mieltä, että piilevä verovelka otetaan huomioon.

näytä todennäköiseltä, että ao. hyödyke realisoidaan tai jos se voidaan realisoida verovapaasti (esim. oma asunto), piilevä verovelka saattaa olla niin fiktiivinen, ettei sitä ole syytä lainkaan noteerata.

Varsinkin jos pesään sisältyy yritys tai maatila, joiden kohdalla piilevän verovelan ongelmat muutoinkin ovat suurimmat, on usein hyvin suotavaa, että tämä omaisuus perinnönjaossa jaetaan sille yhdelle perilliselle, joka on halukas ja sopivin jatkamaan yrityksen toimintaa. Perintö- ja lahjaverolaki auttaa tällaisen jakoratkaisun valmistelua siten, että perintöverotuksen toimittamista voidaan jonkin perillisen pyynnöstä lykätä enintään vuodella (PerVL 25,3 §). Tässä ajassa perillisten olisi löydettävä ratkaisu yrityksen tai maatilan toiminnan jatkamiseen. Jos löytyy jatkaja, joka pitkällä aikaperspektiivillä ryhtyy harjoittamaan toimintaa, hän saa myös fiskukselta apua sukupolvenvaihdoshuojennuksen muodossa (PerVL 55–57 §), jolloin piilevän verovelan rahallinen arvo samalla laskee tai parhaassa tapauksessa poistuu kokonaan. Kun sukupolvenvaihdoshuojennus on – asia hieman yksinkertaistaen – rakennettu siten, että käyvän arvon sijasta käytetään varallisuusverotusarvoja, jotka irtaimen käyttöomaisuuden ja elinkeinotoiminnan vaihto-omaisuuden osalta vastaavat kirja-arvoja, jää melkein ainoaksi ongelmaksi maatalouden vaihto-omaisuus (kotieläimet, vilja, lannoitteet ym), jonka hankintameno tuloverotuksessa on nolla.

PerVL 55 §:ssä säädettyä sukupolvenvaihdoshuojennusta on v. 2004 muutettu siten, että huojennettu perintövero tulee sukupolvenvaihdostilanteissa laskettavaksi arvosta, joka on 40 prosenttia varojen ja velkojen perintöverotusarvojen erotuksesta.[19] Tässä uudessa tilanteessa piilevän tuloverovelan merkitys perintöverotuksessa muodostunee useimmin hyvin marginaaliseksi. Perillisten välisessä suhteessa tilanne ei kuitenkaan muuttune, sillä jatkaja joutuu tuloverotuksessa edelleen käyttämään hankintamenoinaan perittävän viimeisen verotuksen arvoja.

Luonnollisesti pyritään yleensä niissä kuolinpesissä, joihin kuuluu yritys tai maatila, tekemään perinnönjako siten, että edellytykset sukupolvenvaihdoshuojennuksen saamiseen ovat olemassa. Tällöin piilevän verovelan ongelma on vähäinen tai olematon, kuten edellä todettiin. Suuri se on sitä vastoin tapauksissa, joihin PerVL 55 §:n säännökset eivät sovellu. Esimerkkinä olkoon maatila tai yritys, jonka toimintaa ei kukaan perillinen jatka siten kuin 55 §:ssä vaaditaan. Maatila saatetaan vaikkapa pitää kesänviettopaikkana ja antaa sen pellot vuokralle. Mutta kun tällainen omistus yleensä lienee tarkoitettu pitkäaikaiseksi eikä tuloverovelka siis realisoidu, piilevän verovelan merkitys supistuu.

Erillinen ongelma, varsinkin sen jälkeen kun PerVL 55 §:n huojennussäännöstä on v. 2004 muutettu edullisemmaksi, on se, olisiko sukupolvenvaihdoshuojennuksen saavan perillisen etu otettava eräänlaisena taloudellisen arvon omaavana veroetuna (joka ei edes ole piilevä) huomioon pesää jaettaessa. Oletetaan, että perittävän jälkeen jää kaksi lasta A ja B ja että pesään kuuluu maatila sekä pörssiosakepaketti, kumpikin nettoarvoltaan 2 milj. euroa.

[19] Ks. hallituksen esitys 84/2004 ja L 576/2004.

A haluaa jatkaa maanviljelyä, eikä B pysty siihen. Sopimusjaolla A saa siis maatilan ja B pörssiosakkeet. A:lle määrätään huojennuksen jälkeen perintöveroa ehkä 600 000 eurosta (vero n. 93 000 euroa), mutta B:n perintövero on n. 317 000 euroa. Tulisiko B:lle jaossa kompensoida tämä suurempi verorasitus? Sopimusjaossa voidaan tietenkin päätyä kompensaatioon, mutta toimitusjaossa ja sen moitteen kautta ei voitane päätyä siihen. Sukupolvenvaihdoshuojennus on pikemminkin nähtävä yhteiskunnan tukena sille, joka jatkaa maatalouden tai yritystoiminnan harjoittamista. Johtoa voidaan ehkä myös hakea niistä periaatteista, joille PK 25 luvun säännökset rakentuvat.

Itse asiassa tekisi mieli esittää eräänlaisena hyvänä neuvona, että ne kuolinpesään kuuluvat hyödykkeet, joita kukaan osakkaista ei halua mutta jotka ovat olleet arvonnousun kohteena verrattuna niiden tuloverotuksessa käytettävään hankintamenoon, olisi syytä myydä kuolinpesän lukuun ennen jakoa. Tällöin tulovero määrätään pesälle, piilevä verovelka poistuu ja jaettavana on rahaa. Varmasti näin menetelläänkin monessa tapauksessa. Mutta aina ei perillisillä ole asiasta selvää kantaa, ja tällöin jakoon saattaa tulla sisältymään hyödykkeitä, joihin liittyy piilevä verovelka ja jotka sittemmin tulee myymään se perillinen, jonka osuuteen ne ovat sisältyneet, ja hän myös joutuu maksamaan tuloveron ao. verovelasta.

Jos kuolinpesään sisältyy yritys, yritysosakkeita tai maatila, joille ei perillisten joukosta löydy jatkajaa, olisi käsitykseni mukaan erityisen suotavaa saada aikaan luovutus ennen perinnön jakamista. Näissä tapauksissa piilevä verovelka voi olla hyvinkin suuri ja kun vero määrätään kuolinpesälle, se rasittaa kaikkia pesän osakkaita suhteellisesti yhtä paljon. Jako toimitetaan sitten tuloveron maksamisen jälkeen tai ainakin jätetään jakamatta rahamäärä, joka joudutaan maksamaan tuloverona.

## Piilevä tuloverovelka osituksessa

Osituksessa esiintyvät periaatteessa samat piilevän verovelan ongelmat kuin perinnönjaossa. Mutta vero-oikeudelliset säännökset eivät ole identtisiä. TVL 46,2 §:ssä säädetään nimittäin, että jos verovelvollinen luovuttaa omaisuutta, jonka hän on saanut osituksessa, omistusaika ja hankintameno lasketaan ositussaantoa edeltäneestä saannosta. Lisäksi säädetään TVL 48,3 §:ssä oman asunnon ja omistusoikeusasunnon täsmällisistä verovapauden edellytyksistä ositustapauksissa. Nämä säännökset ilmaisevat tuloverotuksen *jatkuvuusperiaatteen* ja merkitsevät sitä, jos vaikkapa aviomies on 1996 ennen avioliiton solmimista v. 1998 ostanut a) puolisoiden vakituisena asuntona olleen asunnon tai b) 10 000 kpl. Nokian osakkeita, että kun vaimo saa tämän omaisuuden avioeron jälkeisessä osituksessa v. 2004, niin hänen hankintamenoinaan ovat miehen v. 1996 maksamat hinnat ja vaimon katsotaan hankkineen tämän omaisuuden jo v. 1996, siis ennen avioliiton solmimista, eikä v. 2005 toimitetun osituksen aikaan. Oman asunnon osalta toisen puolison kahden vuoden asumisaika alkaa hänen sisäänmuutostaan. Jos hänen asumisaikansa näin laskien ylittää kaksi vuotta, hän voi myydä asuntoosakkeen verovapaasti vaikka heti osituksen jälkeen. Nokia-osakkeiden kohdalla tasinkosaanto

on hänelle sitä vastoin epäedullisempi kuin perintösaanto olisi ollut. Osakkeiden hankintameno ksi katsotaan esimerkkitapauksessa splitit huomioon ottaen v. 1996 arvo (ehkä 4 euroa per osake) eikä osituspäivän arvoa (esim. 15 euroa/osake). Jos eronnut vaimo odottaa, kunnes 10 vuotta on Nokia-osakkeiden osalta kulunut ent. miehen hankintapäivästä, hän saa tosin käyttää 50 /nyk. 40 prosentin hankintameno-olettamaa (TVL 46,1 §), joka olisi vähän edullisempi. Mutta selvää on, että osinkosaantoihin sovellettava TVL 46,2 §:n normi usein johtaa suurempiin piileviin tuloverovelkoihin kuin perintösaantoihin sovellettava TVL 47,1 §:n säännös.

Osituksessa ei ole samaa tuloverotuksen ja perintöverotuksen mahdollisen päällekkäisyyden ongelmaa kuin perinnönjaossa, koska perintö- ja lahjaveron tapaista veroa ei määrätä sille, joka saa tasinkona omaisuutta toiselta puolisolta. Tämän vuoksi tarkasteluni rajoittuu tuloveroseuraamuksiin ja niiden osalta lähinnä kysymykseen piilevän tuloverovelan esiintymisestä ja huomioon ottamisesta. Tuloverotuksessa relevantti kysymys on, voidaanko tuloverovelkaan vaikuttaa sen vähentämiseksi. Tasingon saajan kannalta on kysymys siitä, saako hän tasinkona sellaisia hyödykkeitä, joita rasittaa piilevä verovelka ja voidaanko/tulisiko tämä seikka ottaa huomioon osituksessa.

Selvää on, ettei hyödykkeen luovuttamista tasinkona toiselle puolisolle katsota verotuksessa sellaiseksi vastikkeelliseksi luovutukseksi, joka voisi aiheuttaa luovutusvoittoverotuksen. Tasingon luovuttaminen rinnastuu siten luovuttajan verotuksessa lahjan antamiseen. Poikkeuksena on kuitenkin tapaus, jossa elinkeinonharjoittaja luovuttaa tasinkona elinkeinotoiminnastaan hyödykkeen; tätä pidettäneen yksityiskäyttöön ottona. Tasingon saajan kannalta kyseessä on tietenkin vastikkeeton saanto.

Jos kuitenkin osituksessa käytetään pesän ulkopuolisia varoja, tapauksen käsittely tuloverotuksessa mutkistuu. Siltä osin kuin tasingon saaja joutuu käyttämään pesän ulkopuolelta hankittuja varoja (yleensä pankkilainaa) saadakseen osituksessa tietyn hyödykkeen, esim. kiinteistön tai asunto-osakkeen, tasingon luovutus ja saanti katsotaan vastikkeelliseksi.[20] Tämä voi aiheuttaa tasingon luovuttajalle luovutusvoittoverotuksen, ja tasingon saaja puolestaan saa pitää lainavaroin rahoitetun osan tasinkona saamastaan hyödykkeestä hankintamenona maksamaansa hintaa. Samasta määrästä hän joutuu maksamaan varainsiirtoveroa.

Oletetaan että puolisot A ja B eroavat ja yhteisessä pesässä on käytännöllisesti katsoen vain yksi arvokas hyödyke, nimittäin A:n ennen avioliittoa ostama asunto-osake, jonka hinta ostohetkellä oli 120 000 euroa ja jonka ositushetken arvo on 200 000 euroa. Avioerossa lapset määrätään asumaan B:n luona ja A velvoitetaan suorittamaan lapsille elatusapua. Osituksessa asunto-osake annetaan B:lle sitä vastaan että hän maksaa A:lle 100 000 euroa. Tällöin A:n katsotaan myyneen puolet osakkeista 100 000 euron hinnasta. Kun on kyse omana asuntona

[20] Vastikkeellisena saantona ei kuitenkaan pidetty sitä, että vaimo luopui vaatimasta lapselle elatusapua sitä vastaan, että hän sai osituksessa miehen nimissä olleen kiinteistön (KHO 1977 II 569). Jos puoliso suorittaa tasinkoa (laina)rahalla saadakseen pitää esim. omistamansa kiinteistön, omistusoikeus ei siirry eikä ole kyse saannosta (esim. KHO 1986 II 562).

käytetystä huoneistosta, luovutusvoitto 40 000 euroa on hänelle yleensä verovapaa. Jos perhe on asunut vuokra-asunnossa mutta A omistaa arvokkaan kesämökkikiinteistön, luovutusvoitto sen puolikkaasta olisi sitä vastoin kiistatta veronalainen. B:lle puolestaan asunto-osakkeen/kesämökkikiinteistön puolikkaasta lainarahalla maksettu 100 000 euron hinta on tuon puolikkaan hankintameno sen myöhemmin mahdollisesti tapahtuvassa myynnissä. Vain vastikkeetta saatu puolikas katsotaan saaduksi tasinkona ja tämän puolikkaan hankintamenona on puolet siitä hinnasta, millä A oli sen aikoinaan ostanut. Jos A oli sen perinyt, hankintameno määräytyy silloisen perintöverotusarvon mukaan. TVL 46,1 §:ssä säädettyä hankintameno-olettamaa voidaan käyttää vaihtoehtoisesti.

TVL 46–47 §:n säännökset eivät sovellu elinkeinotoimintaan, vaan ositussaannon koskiessa elinkeino-omaisuutta sovelletaan samoja säännöksiä ja periaatteita kuin perinnönjaon yhteydessä. Mutta kun lienee hyvin harvinaista, että toinen puoliso saa tasinkona toisen puolison (itsenäisen) yrityksen, jätän tämän teoreettisen vaihtoehdon käsittelemättä. Jos mies on osakkaana oy-muotoisessa yrityksessä ja vaimolle annetaan osituksessa tasinkona tämän yrityksen osakkeita, ne ovat vaimolle normaalia henkilökohtaista omaisuutta, johon sovelletaan TVL:n säännöksiä, eli hankintamenona on miehen alkuperäinen hankintahinta, joka voi olla hyvin alhainen, jos mies on esim. itse perustanut yhtiön vuosia sitten pienellä rahapanoksella. Samoin, jos mies on yksityisenä liikkeenharjoittajana menestynyt rakennusalan grynderi, jolle on jäänyt yritystoiminnan voittona muutama kivitalo ja vaimo saa osituksessa kivitalon, vaimon hankintamenona ja -aikana on TVL 46,2 §:n mukaan miehen hankintahinta ja -aika, jollei 40/20 prosentin hankintameno-olettaman käyttö ole edullisempaa. Kun mieheen sovelletaan tässä tapauksessa EVL:n säännöksiä, kivitalon luovuttaminen tasinkona katsotaan EVL 51b §:n mukaan yksityiskäyttöön otoksi, joka tuon säännöksen mukaan ei kuitenkaan aiheuta tapahtuneen arvonnousun verottamista vaan kirjataan tuloksi vain alkuperäisen hankintamenon määrästä.

Veroviranomainen saattaa kuitenkin katsoa, että vaimo on saanut saastunutta omaisuutta, joka katsotaan hänenkin vaihto-omaisuudekseen ja johon ei sovelleta TVL 46,2 §:n vaan EVL 15 §:n säännöstä. Tätä kantaa ei otettane, jos tasinko on koostunut kokonaisesta talosta (osakemuotoinen tai suoraan omistettu), jonka tasingon saaja pitää omistuksessaan ja nauttii sen vuokratuloista. Mutta jos tasinkona on annettu useampia yksittäisiä osakehuoneistoja, joita tasingon saaja ryhtyy pian myymään, on hyvinkin mahdollista, että tasingon saaneen vaimon katsotaan verotuksessa jatkavan entisen miehensä liiketoimintaa.[21] Tällöin osakkeiden hankintamenona vaimon tuloverotuksessa on miehen alkuperäinen hankintameno, mutta ilman mahdollisuutta käyttää vaihtoehtoisesti hankintameno-olettamaa. Piilevä verovelka voi tällaisessa tapauksessa muodostua hyvin suureksi.

Piileviä verovelkoja voi siis edellä esitetyn mukaisesti liittyä tasinkona saatuihin hyödykkeisiin. Ei voine olla mitään aihetta ottaa osituksessa esiintyviin piileviin tuloverovelkoihin toisenlaista kantaa kuin perinnönjaossa esiintyviin. Jos ositus tapahtuu yhteisymmärryksessä ja

[21] Ks. esim. KHO 1976 T 2794.

molemmat osapuolet ovat tietoisia piilevän verovelan olemassaolosta ja verovaikutuksista, he voivat ratkaista asian haluamallaan tavalla. Osituksessa kuitenkin tasingon luovuttajalla on vahvempi asema kuin vastaanottajalla, sillä hän voi valita, mitä hän luovuttaa tasinkona. Tällöin voidaan ajatella sellaista tilannetta, että tasingon luovuttaja oman verorasituksensa lieventämiseksi antaa omaisuutta, johon liittyy suuri piilevä verovelka. Mikäli tilanne on tämä eikä mainittua verovelkaa ole otettu tasingon määrän alentavana seikkana lainkaan huomioon, katsoisin että avioliittolain periaatetta avio-oikeuden alaisen omaisuuden tasajaosta ei ole asianmukaisesti toteutettu. Esimerkkinä tällaisesta räikeästä tapauksesta voisi olla, että tasinkona luovutetaan puolison tekemä patentoitu keksintö, jolla ei ole tuloverotuksessa mitään hankintamenoa ja jonka tasingon saaja joutuu melko välittömästi myymään. Kun tällaisen patentin luovutushinta luultavasti katsottaisiin tasingon saaneen puolisonkin ansiotuloksi, tuloveroihin voisi helposti mennä puolet luovutushinnasta. Tämä ei voine olla oikein ja AL 103b §:n säännös osituksen sovittelusta voinee tulla kysymykseen. Mutta olen kyllä sitä mieltä, että piilevän verovelan huomiotta jättäminen osituksessa voi muodostua osituksen pätevän moiteperusteen vain räikeissä tapauksissa. Ja on hyvä muistaa, että koko ongelmaa ei ole, jos tasinko annetaan rahana.

## Yhteenveto ja näkökohtia de lege ferenda

Edellä oleva lyhyt esitys osoittaa tärkeimmät tapaukset, joissa piilevää tuloverovelkaa syntyy verolain säännösten johdosta. Pääosassa perintösaantoja piilevää verovelkaa ei ole vielä perittävän kuolinpäivänä, koska elinkeinotoimintaan tai maatalouteen kuulumattoman omaisuuden hankintameno tuloverotuksessa määräytyy perintöverotusarvon mukaan (ns. epäjatkuvuus). Tämä arvo puolestaan on ainakin periaatteessa ao. hyödykkeen käypä arvo, vaikkakin käyvän arvon löytäminen ei aina ole helppoa. Verraten harvoissa tapauksissa, jotka yleensä liittyvät perittävän tekemään (itsenäiseen tai epäitsenäiseen) työhön, josta palkka/palkkio ei ole ehtinyt tulla maksetuksi hänen kuollessaan, syntyy varsinainen päällekkäinen verotus tuloverolain mukaan käsiteltävissä tapauksissa. Mutta onko tämä oikein?

Piilevän tuloverovelan ottaminen perintöverotuksessa huomioon vähennyksenä ei olisi lainkaan vaikeaa niissä tapaukissa, joissa tämä verovelka liittyy perittävän jo eläessään ansaitsemaan tuloon, joka vain ei ole ehtinyt tulla maksetuksi kuolinpäivään mennessä. Jos tällainen tulo on perintöverotuksessa otettu huomioon kuolinpäivänä olemassa olevana saamisena, se olisi mielestäni tuloverotuksessakin luettava vainajan tuloksi, jolloin tulovero ilman muuta tulisi perintöverotuksessa vähennetyksi velkana. TVL:n jaksotusnormit eivät kuitenkaan ottane huomioon tätä tilannetta, vaan ao. tulo luetaan kassaperiaatteen mukaan kuolinpesän tai jonkin perillisen tuloksi. Lainmuutos olisi paikallaan, jollei asiaa voida hoitaa tulkintateitse.

Elinkeinoverolain ja maatilatalouden tuloverolain alaisissa tapauksissa kahdenkertaisen verotuksen riski on paljon suurempi, koska liikeomaisuus siirtyy tuloverotuksessa muuttumattomista kirja-arvoista, jolloin perittävän eläessä tapahtunut arvonnousu realisoituu perillisille.

Perintöverotuksessa puolestaan arvostus käypään arvoon on näissäkin tapauksissa sääntönä, joskin arvostuksessa saatetaan laskea pieni alennus tuloverovelan vuoksi. Toisaalta liikeyritysten ja maatalousyritysten perintönä siirtymisen verorasitusta lieventävät merkittävästi PerVL 55 §:n sukupolvenvaihdoshuojennukset, jotka vuonna 2004 muutetussa muodossaan poistanevat perintö- ja tuloverotuksen päällekkäisyyden. Edellytyksenä tälle on kuitenkin, että kuolinpesä tai toiminnan perinnönjaossa saanut perillinen jatkaa toiminnan harjoittamista. Kahdenkertainen verotus toteutuu niissä tapauksissa, joissa elinkeinotoiminta tai maatila toimintoineen myydään. Kahdenkertainen verotus on tällöin sitä suurempi, mitä suurempi on kirja- ja käypien arvojen ero. – Lisäksi on syytä todeta, että piilevä tuloverovelka, joka perustuu EVL 15 §:n ja MVL 19 §:n säännöksiin, sinänsä säilyy tuloverotuksessa, koska sen huojentamiseen tähtääviä säännöksiä ei ole. Tämä tosiasia on syytä ottaa huomioon perinnönjaossa.

Ositustapauksissa TVL 46,2 §:n säännös, joka perustuu jatkuvuusperiaatteeseen, johtaa siihen, että piilevää verovelkaa periaatteessa esiintyy paljon useammin kuin perintötapauksissa. Mutta se voidaan toisaalta helposti välttää sillä, että tasinkona annetaan rahaa tai sellaista omaisuutta, johon ei liity piilevää verovelkaa. Lisäksi oman asunnon luovutusvoiton verovapaus kahden vuoden yhtäaikaisen omistuksen ja asumisen jälkeen poistaa piilevän tuloverovelan ongelman käytännössä tärkeimmän hyödykeryhmän osalta. Mutta tämä puolestaan edellyttää, että ositus on tehty ennen asunnon luovuttamista: muutoin luovutus katsotaan kuolinpesän tekemäksi.

On tärkeää tajuta, että piilevä tuloverovelka voi olla varteenotettava ongelma sekä perinnönjaossa että osituksessa sellaisissakin tapauksissa, joissa vero-oikeudellisesti ei ole syntynyt tulo- ja perintöveron päällekkäisyyttä. Tämä koskee erityisesti perinnönjakotapauksia siitä syystä, että perinnönjako saatetaan toimittaa vuosia kuolinpäivän jälkeen, joka päivä puolestaan on ratkaiseva perintöverotuksen arvostukselle. Jos siis on tapahtunut arvonnousua kuolinpäivän jälkeen ja perinnönjaossa käytetään ao. hyödykkeen jakoajankohdan arvoa, tähän hyödykkeeseen liittyy tuloverovelka täysin riippumatta siitä, että sama hyödyke perintöverotuksessa arvostettiin kuolinpäivän käypään arvoon, joka sekin saattoi olla alkuperäistä hankintahintaa merkittävästi korkeampi.

Perillinen A, jolle perinnönjaossa tullut hyödyke on noussut arvossaan kuolinpäivän arvoon verrattuna, joutuu siis luovuttaessaan tämän hyödykkeen maksamaan arvonnoususta luovutusvoittoveroa. Jos kanssaperillisille B ja C jaetaan omaisuutta, johon ei liity tällaista verovelkaa, A on siis periaatteessa saanut vähemmän arvoisen perintöosuuden kuin B ja C, jollei A:n perintöosuuteen liittyvää piilevää tuloverovelkaa ole jollakin tavoin otettu huomioon jakoosuuksia arvostettaessa. Ongelmana on vain se, että piilevän verovelan raha-arvon määrittäminen on erittäin vaikeaa, koska se riippuu monista A:n tulevista omista toimenpiteistä ja osaksi jopa sattumanvaraisista seikoista. Mitä kauemmaksi tulevaisuuteen A lykkää arvonnousun kohteena olleen hyödykkeen realisoinnin, sitä vähäisempi merkitys piilevällä verovelalla on. Jos hän säilyttää perimänsä hyödykkeen omistuksessaan omaan kuolemaansa saakka, piilevä verovelka häviää kokonaan.

Itse asiassa voisi katsoa, että tässä kirjoituksessa käsitelty problematiikka ei ole merkityksel-

tään kovin suuri. Se ei ole kuitenkaan niin vähäinen, ettei olisi syytä kiinnittää huomiota näihin asioihin. Jos ongelma ja siihen johtavat tilanteet ovat tiedossa, voidaan nimittäin välttää sellaisia perintö- ja perheoikeudellisia ratkaisuja, jotka asettavat eri perilliset suuresti erilaiseen asemaan. Ainakin tästä syystä on mielekästä pohtia näitä ongelmia.

Tärkeä syy siihen, ettei piilevää tuloverovelkaa kovin usein synny merkittäviä määriä, on tietenkin TVL 47,1 §:n säännös, joka hyväksyy perityn muun kuin elinkeino- tai maatilaomaisuuden hankintamenoksi perintöverotusarvon eli periaatteessa käyvän arvon. Tätä arvostuksen epäjatkuvuutta on arvosteltu ja monissa muissa maissa sovelletaankin arvojen jatkuvuutta.[22] Tällöin hyödykkeen vastikkeetta saanut joutuu hankintamenonaan käyttämään saantomiehensä hankintamenoa, joka vanhojen saantojen kohdalla voi olla hyvinkin alhainen. Jos tämänsuuntainen lainmuutos toteutettaisiin, piilevän verovelan ongelman merkitys kasvaisi sekä perintöverotuksessa että perinnönjaossa.

[22] Hankintamenoa vastikkeettomissa luovutuksissa pohdittiin esim. ns. Arvelan työryhmässä (VM 2002:12 s. 104 s.). Ks. myös Räbinä, mts. 580–582. Zimmer on väitöskirjassaan Arv og skat, Oslo 1978 (uusi painos 1990), perusteellisesti käsitellyt epäjatkuvuusongelmaa.

Itse jouduin neuvonantajana hyvin konkreettisesti tekemisiin tämän ongelman kanssa 1980, kun eräästä suuresta eteläsuomalaisesta maatilasta oli läheisen kaupungin vaatimuksesta myytävä sille alue sen laajentumisen mahdollistamiseksi. Tilan omisti viisi sisarusta, joista pari asui Ruotsissa ja joiden osalta myyntivoitto tuli verotettavaksi Ruotsin lain mukaan, joka perustuu jatkuvuusperiaatteeseen. Oli siis todettava, milloin tila oli viimeksi vaihtanut omistajaa vastikkeellisesti ja mistä hinnasta. Nämä tiedot löytyivät ja ilmeni, että tämä tapahtui 1780-luvulla ja että tilan hinta silloin oli 200 hopearahaa. Tällaisen hankintahinnan käyttäminen olisi johtanut siihen, että kahta Ruotsissa asunutta sisarta olisi verotettu koko heidän osuudestaan luovutushintaa melkein ilman hankintamenoa, kun taas Suomessa asuvat kaksi veljeä ja sisar saivat silloisten säännösten mukaan myyntivoittonsa verovapaasti. Kun Ruotsissa lisäksi olisi näiltä kahdelta sisarelta samanaikaisesti peritty lahjavero lasten saatua kukin tilan viidenneksen 1970-luvulla isältään, joka oli pidättänyt itselleen tilan tuoton , mikä oli estänyt silloin lahjaverotuksen Ruotsissa., tilanne muodostui mahdottomaksi ja vaati radikaaleja toimenpiteitä (maastamuuttoja ym.).

Martti Castrén

# Vahingonkärsijän suorasta korvausoikeudesta vastuuvakuutuksessa erityisesti ns. markkinointitilannetta (vakuutussopimuslain 67 §:n 1 momentin 3 kohta) silmällä pitäen

## Suora korvausoikeus ja sen liittyminen vastuuvakuutuksen korvausmekanismiin

Vastuuvakuutus otetaan yleensä sen vaaran varalta, että vakuutuksenottaja joutuu vahingonkorvausvelvolliseksi. Kun vakuutuksenottaja on vahingonkorvausoikeuden mukaan kolmatta henkilöä kohtaan korvausvastuussa ja joutuu suorittamaan tälle korvauksen, vakuutuksenantaja korvaa menetyksen vakuutuksenottajalle. Yleisiä velvoiteoikeudellisia periaatteita noudattaen vastuuvakuutussopimus ei sen sijaan ilman erityistä perustetta synnytä oikeuksia vahinkoa kärsineelle kuten ei muillekaan kolmansille.[1] Vahinkoa kärsineellä ei tämän vuoksi ole pääsääntöisesti mahdollisuutta kohdistaa korvauskannetta suoraan vakuutuksenantajaan.[2] Niin ikään vakuutussopimuslaissa (28.6.1994/543) ei edes ole asetettu vakuutuksenantajalle mitään velvoitetta antaa korvauspäätös vahinkoa kärsineen vaatimuksesta, milloin tämä ei ole sama kuin vakuutuksenottaja. Tosin tästä huolimatta asia hoidetaan usein niin, että vakuutuksenantaja suorittaa vakuutetun puolesta korvauksen suoraan vahinkoa kärsineelle.[3] Tällainen menettely edellyttää kuitenkin vakuutuksenantajan sopijapuolen, vakuutuksenottajan suostumusta.[4] Käytännössä suostumus kuitenkin yleensä annetaan sopimalla tästä vakuutuksenottajankin kannalta käytännöllisestä menettelystä vakuutuksenantajan kanssa.[5]

---

[1] Ks. *KKO 2002:89*. Siinä puhutaan vakuutussopimusta silmällä pitäen periaatteesta, jonka mukaan sopimus on merkityksellinen vain sopimuksen osapuolten välisessä suhteessa.

[2] Ks. *Hakulinen, Y. J.,* Velvoiteoikeus I, Yleiset opit , 2. p., Helsinki 1965 s. 192, 196, *Hoppu, Esko,* Suomen vakuutusoikeus, 2. p., Jyväskylä 1990 s. 272–273.

[3] Ks. *Hoppu,* ibid. s. 278.

[4] Ks. *Ignatius, Kaarlo,* Vakuutussopimuslaki, 3. p. (toim. Antti Kivivuori), Vammala 1970 s. 222.

[5] Mikäli suostumus kuitenkin evätään, vakuutuksenantaja puolestaan voi turvautua vastuuvakuutusehtoihin normaalisti sisältyviin turvalausekkeisiin. Esimerkiksi Tapiolan yleisiin rakennustyövakuutusehtoihin (voimassa 1.4.1987 alkaen) sisältyy seuraava kohta 34.4: Jos vakuutusyhtiö on ilmoittanut vakuutuksenottajalle olevansa valmis tekemään vakuutusmäärän rajoissa sopimuksen vahingon kärsineen kanssa tämän vahinkojen korvaamisesta eikä

Vahinkoa kärsineellä on nykyisen vakuutussopimuslain (28.6.1994/543) 67 §:n 1 momentissa mainituissa kolmentyyppisissä poikkeustapauksissa oikeus vaatia vakuutussopimuksen mukainen korvaus suoraan vakuutuksenantajalta, vaikka vahinkoa kärsinyt ei ole vakuutettuna asianomaisessa vastuuvakuutuksessa vaan on tähän nähden kolmas henkilö. Tällöin on kyseessä vahinkoa kärsineen ns. *suora korvausoikeus.* Tällainen oikeus vahinkoa kärsineellä on ensinnäkin, kun vakuutuksen ottaminen on perustunut *lakiin tai viranomaisen määräykseen* (67 § 1 mom. 1 k; esim. autojen nopeuskilpailujen järjestäjän velvoittaminen ottamaan vastuuvakuutus yleisölle mahdollisesti tulevien vahinkojen varalta[6]).[7]

Vahinkoa kärsineellä on suora korvausoikeus vakuutuksenantajaa kohtaan myös, kun vakuutettu on *asetettu konkurssiin* tai on *muutoin maksukyvytön* (67 § 1 mom. 2 k). Muu maksukyvyttömyys voi periaatteessa johtua millaisesta syystä hyvänsä.[8] Nykyistä vakuutussopimuslakia koskevassa hallituksen esityksessä esimerkkeinä muusta maksukyvyttömyydestä mainitaan vakuutettua koskeva, vireillä oleva akordimenettely tai ulosotossa todettu varattomuus. Lainkohdan soveltamisen kannalta maksukyvyttömyys on joka tapauksessa tietyssä mielessä konkurssia ongelmallisempi tilanne. Ongelmallisuus liittyy samassa yhteydessä esitettyyn hallituksen toteamukseen, että ulosotosta ei kuitenkaan ole saanut kulua *niin pitkää aikaa, että vakuutetun taloudellinen tilanne on saattanut muuttua.*[9]

Vielä ongelmallisemmaksi on käytännössä osoittautunut vakuutussopimuslain 67 §:n 1 momentin 3 kohdassa mainittu tilanne, joka on tämän artikkelin pääaiheena. Tuon lainkohdan mukaan vahinkoa kärsineellä on vastuuvakuutuksessa oikeus vaatia vakuutussopimuksen mukainen korvaus suoraan vakuutuksenantajalta, jos vakuutuksesta on ilmoitettu vakuutetun elinkeinotoimintaa koskevassa markkinoinnissa.

Vakuutetulla tarkoitetaan nykyisessä vakuutussopimuslaissa sitä, jonka hyväksi vastuuvakuutus tai muu vahinkovakuutus on voimassa (2 § 1 mom. 5 k). Vastuuvakuutuksessa vakuutettuna on yleensä vakuutuksenottaja.[10] Mikäli kysymyksessä on lain 67 §:n 1 momentissa säännelty suoran korvausoikeuden tilanne, vahinkoa kärsinyt on oikeutettu tarpeen

vakuutuksenottaja tähän suostu, vakuutusyhtiö ei ole velvollinen korvaamaan sen jälkeen aiheutuneita kustannuksia eikä suorittamaan enempiä selvittelyjä asiassa.

[6] Ks. *Hoppu,* ibid. s. 278, *KHO 1997:91* (lääninhallituksen lausunto 22.7.1996): Nopeuskilpailusta rakennuksille, kotieläimille, viljelyksille ja muille sellaisille aiheutuneet vahingot korvataan järjestäjän vastuuvakuutuksesta. Myöntäessään tapahtumalle huviluvan asianomainen poliisipiirin päällikkö tarkistaa, että järjestäjällä on riittävä vakuutus mahdollisten vahinkojen varalle.

[7] Nykyisen vakuutussopimuslain 67 §:ssä on suoraa korvausoikeutta hyvin paljon laajennettu verrattuna entiseen vakuutussopimuslakiin (132/1933). Ainoa siinä mainittu tapaus koski vakuutuksensaajan konkurssia (vanhan lain 95 § 3 mom.).

[8] Ks. *Hoppu*, ibid. s. 278–279, jossa myös mainitaan seuraava erityistilanne: Jos yritykselle on vahvistettu yrityksen saneerauksesta annetun lain nojalla saneerausohjelma tai yksityishenkilölle yksityishenkilön velkajärjestelystä annetun lain mukainen maksuohjelma, on tällaisen vakuutetun katsottava olevan maksukyvytön siltä osin kuin vahingonkorvausta ei ole saneeraus- tai maksuohjelmassa vahvistettu maksettavaksi.

[9] Ks. Hallituksen esitys Eduskunnalle vakuutussopimuslaiksi ja laeiksi eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta *(HE) 1993:114* s. 66.

[10] Entisen vakuutussopimuslain nykyisestä laista osittain poikkeavan terminologian mukaisesti esimerkiksi vanhan lain 95 §:n 3 momentissa puhutaan vakuutetun sijaan vakuutuksensaajasta, joka on se, jolle korvaus vakuutussopimuksen nojalla maksetaan. Normaalisti kysymys on vakuutuksenottajasta.

vaatiessa myös toteuttamaan oikeutensa suoraan asianomaista vakuutusyhtiötä vastaan nostamallaan oikeudenkäynnillä (vahinkoa kärsineen *suora kanneoikeus*[11]*)*.

Mikäli vahingon kärsineeltä puuttuu suora korvausoikeus tai kanneoikeus, niin hänen asemansa voi käytännössä muodostua vaikeaksi. Mikäli vakuutuksenantaja on vakuutetun haettua vastuuvakuutuksen nojalla korvausta lähettänyt, kuten 68 §:ssä edellytetään, korvausta koskevan päätöksensä tiedoksi vahinkoa kärsineelle, avautuu tälle henkilölle mahdollisuus saattaa korvauspäätöksen oikeellisuus tuomioistuimen tai muun vakuutuksista johtuvia erimielisyyksiä käsittelevän elimen tutkittavaksi.[12] Jos vakuutettu ei kuitenkaan hae korvausta vastuuvakuutuksesta eikä myöskään suorita vahinkoa kärsineelle tämän saatavaa, niin vahingon kärsinyt ei lakimme mukaan voi suoran kanneoikeuden puuttuessa muulla keinoin saada vakuutuksenantajalta saatavaansa kuin siten, että voitettuaan vakuutettua vastaan nostamansa oikeudenkäynnin vahingon kärsinyt hakee vakuutuksenantajan vakuutussopimuksen nojalla vakuutetulle suoritettavan korvauksen ulosmitattavaksi saatavansa maksamiseksi.[13] Tällainen ulosmittaus edellyttää luonnollisesti, että saatava on siviilioikeudellisesti syntynyt; ulosmittaus ei sen sijaan periaatteessa edellytä saatavan erääntyneisyyttä maksettavaksi.[14] Vakuutuksenantaja on ottanut kantaakseen riskin tietystä rahasuorituksesta, jonka toteutuessa vakuutuksenantaja on velvollinen suorittamaan sovitun korvauksen.[15] Riskin toteutuessa vakuutetun korvaussaatava on katsottava syntyneeksi riippumatta siitä, että korvaussaatava erääntyy vasta myöhemmin.[16]

Vahingon kärsineen suora korvausoikeus esiintyy laissa vain vastuuvakuutuksen osalta. Sitä koskevissa tilanteissa vahingon kärsinyt on aina eri henkilö kuin vakuutuksenottaja, joten suoralla korvaus- ja kanneoikeudella on käytännössä suuri merkitys. Tietyillä riskialttiilla aloilla, joihin laajemmat rakennustyöt monesti lukeutuvat, ja monissa vaarallisina pidetyissä toiminnoissa edellytetään normaalisti vastuuvakuutusten olemassaoloa. Kysymyksessä ovat tyypillisesti esimerkiksi kerrostalourakat ja muut sellaiset rakennusprojektit, joita toteuttamassa on useita eri urakoitsijoita.[17] Tällöin vastuuvakuutukset ovat alan normaalia sopimuskäytäntöä, ja vakuutusten toimivuuteen kohdistetaan tiettyjä odotuksia. Voidaan jopa sanoa,

---

[11] Ks. *Hoppu*, ibid. s. 279.

[12] Tämä vakuutussopimuslain 68 §:ssä vahinkoa kärsineelle myönnetty oikeus nostaa kanne vakuutuksenantajaa vastaan on kylläkin olemassa riippumatta siitä, antaako vakuutuksenantaja päätöksestään tiedon. Käytännössä oikeutta on kuitenkin vaikea käyttää, jos päätöksen sisältö ei ole tiedossa. Ks. *Telaranta, K. A.*, Vakuutussopimuslaki, Jyväskylä 1995 s. 135.

[13] Ks. *Ignatius, Kaarlo*, Vakuutussopimuslaki, 3 p. (toim. Antti Kivivuori), Vammala 1970 s. 222.

[14] Ks. *Koulu, Risto*, Saatavan ulosmittaus, Mikkeli 1984 s. 84–87, joka samalla mainitsee UL 4 luvun 3 §:n ja 4 luvun 15 §:n kuitenkin voivan estää ulosmittauksen, jos erääntymisaika on huomattavan pitkä. Tällöin on nimittäin selvää, että saatava menisi todennäköisesti polkuhintaan pakkohuutokaupassa.

[15] Ks. *Hoppu*, *Esko – Routamo, Eero*, Suomen vakuutusoikeus, 1. p., Jyväskylä 1990 s. 167.

[16] Vakuutussopimuslain 70 §:n 1 momentin mukaan vakuutuksenantajan on suoritettava vakuutuskorvaus viimeistään yhden kuukauden kuluttua siitä, kun se on saanut riittävät ja kohtuudella edellytettävät tiedot vakuutuskorvauksen määrittämiseksi.

[17] Muun muassa moottoriajoneuvoliikenteessä kuten myös esimerkiksi ydinvahinkojen varalta (ydinvoimalat yms. toiminta; ydinvastuulaki 8.6.1972/484) on erityislainsäädäntöön perustuva vastuun pakollinen vakuuttamisvelvollisuus. Tällaiset tilanteet jäävät nyt ulkopuolelle tarkastelun, joka koskee vain vakuutussopimuslaissa säänneltyjä tilanteita.

että markkinoilla on syntynyt tiettyihin tilanteisiin kohdistuva luottamus siihen, että mahdollisen vahingonkorvausvastuun varalta on olemassa vakuutus. Tälle luottamukselle on oikeuskäytäntöä myöten annettu konkreettisiin oikeusvaikutuksiin ulottuvaa merkitystä.[18] *Lahden käräjäoikeuden* muuan tuomio vuodelta 2003 on tästä kuvaava esimerkki (s. 23 ss.).Vastuun vakuuttaminen on myös ollut esimerkiksi rakennus- tai muun toiminnan harjoittajien intressissä siinä mielessä, että vakuuttaminen on yleensä lisännyt yleisön luottamusta alaan.[19]

Vahinkoa kärsineen suoran korvausoikeuden liittyminen tietyissä laissa säännellyissä tilanteissa vastuuvakuutukseen on myös omiaan osaltaan lisäämään yleisön luottamusta alaan sekä niin ikään vakuutuksen toimivuutta nimenomaan vahinkoa kärsinyttä silmällä pitäen. Suora korvausoikeus tai kanneoikeus ilmentää merkittävällä tavalla sitä, miten vastuuvakuutusasetelmassa on alettu suojata sen alkuperäisen käyttötarkoituksen kannalta vierasta henkilötahoa, vahingonkärsijää.[20]

Edellä viitatuissa rakennusurakoissa saattaa samalla kertaa olla käytössä useampia eri vakuutuksia. Urakkaa koskevissa asiakirjoissa on monesti nimetty pääurakoitsija tai muu työmaan johtovelvollisuuksista vastaava urakoitsija, joka esimerkiksi rakennusurakan yleisten sopimusehtojen YSE 1998 mukaan (4 § 1 k, 38 § 1 k) on velvollinen huolehtimaan kustannuksellaan koko rakennuskohteen vakuuttamisesta, mitä ensinnäkin tulee rakennuskohteen sekä työtä varten hankittujen rakennustuotteiden ja käyttötarvikkeiden vakuuttamiseen niiden jälleenhankinta-arvosta esimerkiksi tulipalon ja vahingonteon varalta (ns. esine- tai omaisuusvakuutus) ja toiseksi kaikkien urakoitsijoiden, niin pääurakoitsijan kuin sivu- tai aliurakoitsijoiden työsuoritusten vakuuttamiseen vastuuvakuutuksella.[21] Jos työmaan johtovelvollisuuksista vastaavaa urakoitsijaa ei sen sijaan ole nimetty, vastaa YSE 1998 ehtojen 38 §:n 1 kohdan mukaan kukin urakoitsija oman suorituksensa vakuuttamisesta siltä varalta, että työsuorituksissa ilmenee virheitä. Virheen ilmaantuessa saatetaan helposti kysyä, kenen urakoitsijan vastuulla virhe on ja saadaanko mahdollisesti kenen vastuuvakuutuksesta korvausta.[22] Vaikka vahinko periaatteessa sisältyisi esimerkiksi aliurakoitsijan vastuuvakuutuksesta korvattavien vakuutustapahtumien piiriin, ei vahinkoa kärsinyt rakennuskohteen tilaaja kuitenkaan aina helposti pääse oikeuksiinsa. Hänen asemaansa suora korvausoikeus turvaa tehokkaasti, mutta suoran korvaus- tai kanneoikeuden olemassaolo ei aina ole itsestään selvää, vaan tästä oikeudesta saatetaan joutua erikseen riitelemään vakuutusyhtiön kanssa. Seuraavassa lähemmin tarkasteltava vakuutussopimuslain 67 §:n 1 momentin 3 kohta on käytännössä osoittautunut erityisen ongelmalliseksi.

---

[18] Ks. *Häyhä, Juha*, Sopimus, laki ja vakuutustoiminta, Jyväskylä 1996 s. 355 ja 353, jossa av. 86 mainitaan esimerkkeinä ratkaisut *KKO 1984 II 182* ja *KKO 1989:21*.

[19] Ks. *Häyhä,* ibid s. 353.

[20] Ks. *Häyhä*, ibid s. 353.

[21] Esimerkiksi Tapiolan 1.4.1987 lähtien voimassa olevat yleiset rakennustyövakuutusehdot sisältävät sekä esine- että vastuuvakuutustyyppisen vakuutuksen.

[22] Vakuutusten suhdetta toisiinsa, erityisesti niiden mahdollista ensi- tai toissijaisuutta toisiinsa nähden, voidaan myös joutua selvittämään.

# Vastuuvakuutuksesta ilmoittaminen vakuutetun elinkeinotoimintaa koskevassa markkinoinnissa

Vakuutussopimuslain 67 §:n 1 momentin 3 kohdassa tarkoitetussa tilanteessa vahingon kärsineellä on vastuuvakuutuksessa suora kannevalta vakuutuksenantajaa kohtaan, jos vastuuvakuutuksesta on ilmoitettu vakuutetun (so. yleensä vakuutuksenottajan) [23] elinkeinotoimintaa koskevassa markkinoinnissa. Asianomaisen hallituksen esityksen mukaan 67 §:n 1 momentin 3 kohta koskee esimerkiksi seuraavia tapauksia:

> ”Jos esimerkiksi tuotetta markkinoitaessa on kerrottu tuotteen valmistajan tai maahantuojan ottamasta tuotevastuuvakuutuksesta, saa tuotevahingon kärsinyt vaatia korvauksen suoraan vakuutuksenantajalta. Säännös koskee paitsi vakuutetun myös muun tahon tilaamaa tai suorittamaa markkinointia. Säännöstä sovelletaan, jos esimerkiksi vakuutuksenantaja jakaa urheilutilaisuuden yleisölle esitteitään, joissa mainitaan myös tilaisuuden järjestäjän ottamasta vastuuvakuutuksesta.”[24]

Siteeratuissa virallisissa säännösperusteluissa mainitaan ainoastaan yksi selkeä soveltamisesimerkki, joka koskee urheilutilaisuudessa jaettavia esitteitä. Kysymyksessä on keskeinen tyyppiesimerkki säännöksen soveltamistilanteista. Esimerkki koskee markkinoinnin ydinaluetta, so. esitemateriaalin avulla tai muuten suurelle yleisölle suunnattua tiedottamista.[25]

Markkinoinnin käsite on joka tapauksessa paljon laajempi. Tämä ilmenee jo Kotimaisten kielten tutkimuskeskuksen julkaiseman Suomen kielen perussanakirjan silmäilystä. Sanakirjan mukaan markkinointi tarkoittaa ensinnäkin hyödykkeiden toimittamista myyntiin tai markkinoille sekä toiseksi *myyntiä* tai jonkun myynnin edistämistä tahi mainostamista.[26] Markkinointia koskevassa kirjallisuudessa saatetaan käyttää varsin monisanaisia ja seikkaperäisiä määritelmiä. *Jukka Kemppinen* mainitsee niistä yhden:

> ”Markkinoinnilla ymmärretään kaikkien niiden yrityksen asiakkaisiin vaikuttavien tekijöiden analysointia/tutkimista, suunnittelua, toimeenpanoa ja valvontaa, joiden avulla pyritään valittujen asiakasryhmien tarpeiden tyydyttämiseen asetettujen tavoitteiden mukaisesti ja toiminnan kannattavuuden huomioon ottaen.”[27]

---

[23] Nykyisessä vakuutussopimuslaissa vakuutetulla tarkoitetaan sitä, jonka hyväksi vastuuvakuutus tai muu vahinkovakuutus on voimassa (vakuutussopimuslain 2 §:n 1 momentin 5 kohdan määritelmä). Vastuuvakuutuksessa vakuutettuna on yleensä vakuutuksenottaja.

[24] Ks. *HE 1993:114* s. 66.

[25] Markkinoinnin tarkoituksena on edistää elinkeinonharjoittajan hyödykkeiden kysyntää. Enin osa elinkeinonharjoittajan sellaisista vaikuttamispyrkimyksistä on viestintää. *Tällaista markkinointiviestintää on etenkin mainonta*. Ks. *Kivivuori, Antti – af Schultén, C. G. – Sevón, Leif – Tala, Jyrki*, Kuluttajansuoja. Helsinki 1978 s. 40.

[26] Ks. Suomen kielen perussanakirja II osa, Helsinki 1992 s. 174.

[27] Ks. *Kemppinen*, *Jukka*, Kuluttajansuojalaki, Porvoo 1978 s. 10 (*Gustafsson – Mannermaa*, Markkinointi s. 16 esitetty määritelmä).

Edellä sanotusta ilmenevästi markkinoinnilla on sekä yleiskielessä että markkinoinnin ammattisanastossa laaja merkityssisältö. Markkinointia urheilutilaisuudessa koskeva edellä mainittu esimerkki ei riitäkään kuvaamaan sitä, mitä kaikenlaisia tilanteita sisältyy vastuuvakuutuksesta ilmoittamiseen vakuutuksenottajan/vakuutetun elinkeinotoimintaa koskevassa markkinoinnissa. Hallituksen esityksessä todetaan vakuutussopimuslain 67 §:n 1 momentin 3 kohdan osalta, että markkinoinnin käsitettä on selvitetty vakuutussopimuslain 9 §:n 1 momenttia koskevissa hallituksen esityksen perusteluissa.[28] Ne kuuluvat relevanteilta osin seuraavasti:

> ”Pykälän 1 momentti koskee vakuutusta markkinoitaessa annettuja tietoja. *Markkinoinnilla tarkoitetaan samaa kuin kuluttajansuojalain 1 luvun 1 §:ssä. Markkinointikäsite on siten ymmärrettävä laajasti.* Markkinointia on vakuutusten tarjonta, myynti, mainonta ja muu myynninedistämistoiminta. *Myös suullisesti esimerkiksi sopimusneuvottelujen yhteydessä vakuutuksesta annetut tiedot kuuluvat markkinoinnin piiriin* (kursivoinnit lausunnon antajan). Säännös koskee paitsi yksittäisen vakuutuksenantajan toteuttamaa tai tilaamaa markkinointia myös vakuutuksenantajien järjestön tai muun yhteenliittymän markkinointia.”[29]

Kuluttajansuojalain 1 luvun 1 §:ää koskevissa, asianomaiseen hallituksen esitykseen sisältyvissä virallisissa perusteluissa puolestaan lukee, että markkinointiin luetaan esimerkiksi mainonta, kuluttajiin välittömästi tai välillisesti kohdistuvat muut myynninedistämistoimenpiteet *sekä hyödykkeiden tai myyntitapahtuman yhteydessä annettavat tiedot hyödykkeistä.*[30] On syytä tähdentää, että markkinoinnin käsitteen määräytymisessä vakuutussopimuslain 67 §:n 1 momentin 3 kohdan kannalta ratkaiseva merkitys siis on kuluttajansuojalain 1 luvun 1 §:n mukaisella markkinoinnin käsitteellä eikä esimerkiksi kuluttajansuojalain 5 luvun 13 §:llä, joka muotoilultaan vastaa kauppalain 18 §:ää. Jälkimmäisissä lainkohdissa puhutaan tiedoista, jotka myyjä on antanut tavaraa markkinoitaessa *tai muuten ennen kaupantekoa*. Lainkohtien tämä sanamuoto synnyttää kysymyksen, onko näissä tilanteissa markkinointi mahdollisesti ymmärrettävä suppeammin kuin vakuutussopimuslain 67 §:n 1 momentin 3 kohdassa ja kuluttajansuojalain 1 luvun 1 §:ssä.

Kauppalaki, mukaan lukien sen 18 §, on ollut voimassa jo 1.1.1988 lukien. Kauppalain 18 § on ollut po. suhteessa esikuvana nykyisensisältöiselle kuluttajansuojalain 5 luvun 13 §:lle, joka tuli voimaan 1.7.1994. Kauppalaki perustuu yhteispohjoismaisen työryhmän mietintöön

---

[28] Ks. *HE 1993:114* s. 66.

[29] Ks. *HE 1993:114* s. 29.

[30] Ks. Hallituksen esitys Eduskunnalle kuluttajansuojalainsäädännöksi (*HE 1977:8)* s. 14. Ks. myös *Thomas Wilhelmsson* teoksessa *Rissanen ym.*, Yritysoikeus, Juva 1999 s. 753 s. Hän toteaa, että kuluttajansuojalain markkinointia koskevia säännöksiä sovellettaessa markkinoinnin käsitteelle on annettu laaja sisältö. Jopa yksittäiselle kuluttajalle kaupanteon yhteydessä annetut tiedot kuuluvat kuluttajansuojalain markkinointikäsitteen piiriin. On syytä tähdentää, että Wilhelmsson tarkoittaa tässä puhuessaan markkinoinnin käsitteen laajasta sisällöstä kuluttajansuojalain kaikkia markkinointisäännöksiä. Markkinointia säännellään kuluttajansuojalain 2 luvussa. Kuluttajansuojalain 1 luvun 1 §:n säännös puolestaan koskee koko kuluttajansuojalain soveltamisalaa. Tämän säännöksen mukainen markkinoinnin käsite on laajasisältöinen, kuten edellä on todettu. Luonnollisesti esimerkiksi Wilhelmssonin toteamus kuluttajansuojalain markkinointisäännöksissä tarkoitetun markkinoinnin käsitteen laajasta tulkinnasta tukee osaltaan samalla myös kuluttajansuojalain 1 luvun 1 §:n mahdollisimman laajaa tulkintaa.

vuodelta 1984. Mietinnössä esitetyt sanonnaltaan ja asiallisesti yhdenmukaiset ehdotukset Suomen ja Ruotsin kauppalakien 18 §:ksi vastaavat Suomen nykyistä kauppalakia. Mietinnössä todetaan seuraavaa:

> ”Enligt första punkten anses det föreligga fel, om varan inte överensstämmer med en uppgift om dess egenskap eller användning, som säljaren har lämnat vid köpslutet, och uppgiften kan antas ha inverkat på köpet. För finsk och svensk del framgår att detta även gäller uppgifter som lämnats av säljaren *vid annan marknadsföring av varan* (tekijän kurs.) före köpslutet. Säljarens ansvar för uppgifter som inte lämnats i samband med köpslutet utan vid annan marknadsföring av varan, t.ex. i en annons eller en broschyr, regleras för dansk och norsk del i 19 §. Eftersom den föreliggande bestämmelsen och 19 § i sak medför väsentligen samma ansvar för säljaren, saknar det i regel betydelse enligt vilketdera stadgandet säljarens ansvar bedöms.”[31]

Siteerauksesta ilmenee, että yhteispohjoismainen työryhmä on ymmärtänyt markkinoinnin käsitteen laajasti. Sen mukaan markkinointia on tietojen antaminen myyjän toimesta kaupanteon yhteydessä ja *muussakin tavaran markkinoinnissa ennen kaupantekoa,* josta tyyppiesimerkkeinä työryhmä mainitsee ilmoitukset ja brosyyrit (mainoslehtiset). Käsitteellisesti markkinointia ja tietojen antamista myyjän toimesta ennen kaupantekoa ei ole erotettu toisistaan, vaan ne sulautuvat yhteen.[32] Tämä ilmenee siitäkin, että vertailtaessa Suomen ja Ruotsin säännösehdotuksia Tanskan ja Norjan säännösehdotuksiin katsotaan, että myyjän vastuu on olennaisessa suhteessa sama riippumatta siitä, perustetaanko vastuu Suomen ja Ruotsin ehdotusten 18 §:ään tai ”muuta markkinointia” koskevaan Tanskan ja Norjan osalta ehdotettuun 19 §:ään.

Sanottu koskee säännösehdotuksen perusteluja. Voimassa olevan kauppalakimme 18 §:n 1 momentin teksti puolestaan on kirjoitettu työryhmän perusteluista jonkin verran poikkeavasti siten, että lakitekstissä puhutaan ensiksi myyjän antamista tiedoista tavaraa *markkinoitaessa* ja sen jälkeen puhutaan myyjän *muutoin ennen kaupantekoa* antamista tiedoista.[33] Eroa perusteluihin on pidettävä pelkästään kielellisenä; markkinoinnin laaja käsite ei esiinny lakitekstissä suppeampana.

Kauppalain 18 §:n 1 momentin mukaan tavaran virhearvioinnissa relevanttia on periaatteessa kaikki sellainen myyjän kaupantekohetkeen mennessä ostajalle antama tieto, jonka voidaan olettaa vaikuttaneen kauppaan.[34] Jos kysymys on myyjän itsensä antamista tiedoista, on useammin kysymys sopimusneuvotteluissa annetuista tiedoista. Jos kysymys on ennen kaupantekoa aiemmassa myyntiportaassa samasta tavarasta annetuista tiedoista, on luonnolli-

---

[31] Ks. *NU 1984:5.* Nordiska köplagar. Förslag av den nordiska arbetsgruppen för köplagstiftning s. 229.

[32] Selvyyden vuoksi todettakoon, että sekä teoriassa että käytännössä tällaisten tietojen antaminen on markkinointia riippumatta siitä, tulevatko ne sopimuksen osaksi tai ei tai neuvotellaanko niistä sopimusta tehtäessä.

[33] Vastaavansisältöinen yhteispohjoismaisen kauppalakityöryhmän ehdotus 18 §:ksi Suomen osalta kuuluu näin (*NU 1984:5* s. 430): ”– – uppgift – – som säljaren har lämnat vid marknadsföringen av varan eller i övrigt före köpslutet – –.”

[34] Ks. Hallituksen esitys Eduskunnalle kauppalaiksi *(HE) 1986:93* s. 24.

sesti yleensä kysymys esimerkiksi mainosilmoituksissa, tavaran pakkauksessa tai muussa senkaltaisessa markkinoinnissa annetuista tiedoista, jotka kauppalain 18 §:n 2 momentin mukaan niin ikään vaikuttavat virhearviointiin.[35] Yhtä kaikki markkinointia on aiemmin jo esitetyistä yleiskielen ja markkinoinnin ammattisanaston sekä vakuutussopimuslain 67 §:n 1 momentin 3 kohdan esitöiden kuvauksista ilmenevästi kaikki, millä pyritään asiakkaitten tarpeiden tyydyttämiseen riippumatta siitä, onko kysymys mainostamisesta tai muusta myynnin edistämisestä, myynnistä tai esimerkiksi sopimusneuvottelujen yhteydessä annettavista tiedoista tarjottavista hyödykkeistä.[36]

Kuluttajansuojalain 5 luvun 13 §:n 1 momentissa on kauppalain 18 ja 19 §:ää po. suhteessa sisällöllisesti vastaava säännös, mitä esimerkiksi tarkoitettuun markkinoinnin käsitteeseen tulee. Säännös on yhteen sovitettu kauppalain mainittujen säännösten kanssa.[37]

Edeltävä lainsäädännön tarkastelu velvoittavina oikeuslähteinä pidettävien lainvalmistelutöiden valossa ottaen samalla huomioon oikeuskirjallisuus viittaa siihen, että mitä tahansa vakuutuksenottajan/vakuutetun elinkeinotoiminnassaan käymissään sopimusneuvotteluissa tai sopimuksenteon eri vaiheissa (tarjouksen tekeminen ym.) esittämää vastuuvakuutuksen olemassaoloa koskevaa mainintaa pidetään vakuutussopimuslain 67 §:n 1 momentin 3 kohdassa tarkoitettuna markkinointina.

Aiemmin on jo tarkasteltu sitä, miten vastuuvakuutusten toimivuuteen kohdistetaan markkinoilla odotuksia tietyillä riskialttiilla aloilla. Niin ikään on kiinnitetty huomiota siihen, miten vastuuvakuutusasetelmassa on alettu suojata perinteisesti suojatun vakuutuksenottajan lisäksi toistakin henkilötahoa, vahingonkärsijää.[38]

Kaikki edellä lausuttu huomioon ottaen vakuutussopimuslain 67 §:n 1 momentin 3 kohdassa tarkoitetulle markkinoinnille on syytä antaa äsken kuvattu laaja merkityssisältö.

Myös seuraavassa lähemmin tarkasteltavassa *Lahden käräjäoikeuden* lainvoimaisessa *tuomiossa* vuodelta *2003*[39] tämä näkemys on hyväksytty.

## Lahden käräjäoikeuden vakuutuskorvausta koskeva, 14.10.2003 annettu lainvoimainen tuomio

> Oy A oli rakennuttanut As Oy B:n asuinrakennuksen. Sopimusjärjestelyistä ilmenevästi Oy C oli urakoitsija suhteessa rakennuksen tilaajaan Oy A:han ja tilaaja suhteessa Oy D:hen. Oy D puolestaan oli aliurakoitsija suhteessa Oy A:han ja urakoitsija suhteessa Oy C:hen. Pääurakoitsijaa tai muuta työmaan johtovelvollisuuksista vastaavaa urakoitsijaa ei

---

[35] Ks. *HE 1986:93* s. 63.
[36] Ks. edellä s. 20–21.
[37] Ks. lähemmin *Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 9:1988* (Ehdotus kuluttajansuojalain muuttamisesta. Työryhmän mietintö) ehdotuksen pääasiallisesta sisällöstä s. 103 ss. lausuttua ja Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi kuluttajansuojalain muuttamisesta ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi *(HE) 1992:360* s. 57.
[38] Ks. edellä s. 18–19.
[39] Lahden käräjäoikeus 2/4. osasto (käräjätuomari Antti Kujala), tuomio 03/5870, annettu kansliassa 14.10.2003.

> oltu urakka-asiakirjoissa nimetty. Oy C vaati vakuutusyhtiö E:tä korvaamaan Oy D:n vastuuvakuutuksesta tiettyjen Oy D:n virheellisten työsuoritusten johdosta Oy C:lle aiheutuneet vahingot, kun Oy C oli joutunut suorittamaan korjaustöitä mainittujen virheellisten työsuoritusten johdosta. Vakuutusyhtiö E puolestaan väitti, että Oy C:ltä puuttui kanneoikeus E:tä kohtaan osalta mainituista vahingoista ensinnäkin siksi, että E ei ollut tehnyt vahingoista vakuutussopimuslain 68 §:n 1 momentissa edellytettyjä korvauspäätöksiä Oy D:n jätettyä vahinkoilmoitukset tekemättä. Toiseksi vakuutussopimuslain 67 §:n mukaista suoraa kanneoikeutta ei E:n mielestä ollut, koska Oy D ei ollut ilmoittanut vastuuvakuutuksensa olemassaolosta aktiivisesti myynninedistämistarkoituksessa laajalle joukolle potentiaalisia asiakkaita tai laajalle yleisölle. E katsoi vakuutussopimuslain 67 §:n 1 momentin 3 kohdassa tarkoitetun markkinoinnin edellyttävän tätä. Lisäksi E tulkitsi YSE 1998-ehtojen 38 §:ää siten, että aiheutunut vahinko kuului Oy C:n vakuuttamisvelvollisuuden piiriin, eikä korvausta voitu suorittaa Oy D:n vastuuvakuutuksesta.[40]

Oikeus katsoi ensinnäkin, että YSE 1998-ehtojen 38 §:ssä mainitun pääurakoitsijan tai työmaan johtovelvollisuuksista vastaavan urakoitsijan puuttuessa kukin urakoitsija vastasi oman suorituksensa vakuuttamisesta. Vakuutussopimuslain 67 §:n 1 momentin 3 kohdan tulkinnasta oikeus puolestaan lausui seuraavaa:

> ”Vakuutussopimuslain 67 §:n 1 momentin 3 kohdan tarkoittama markkinointi, riippumatta sen laajuudesta ja muodosta, vaikuttaa vakuutuksenantajan asemaan siten, ettei vakuutuksenantaja voi siihen itse vaikuttaa. Kyseessä on lainsäätäjän auktoritatiivinen poikkeus pääsäännöstä, mikä on peruste vakuutuksenantajan asemaan puuttumiselle. Näin ollen markkinoinniksi katsottavan toiminnan luonne ja laajuus on vakuutuksenantajaan kohdistuvien velvoitteiden näkökulmasta katsoen toissijainen seikka. – – Vastuuvakuutuksen yksi perimmäinen tarkoitus on turvata paitsi vakuutuksenottajan asemaa, myös vahingonkärsijän asemaa. Markkinoinnin käsitettä on tässä yhteydessä erityisesti tarkasteltava sekä vakuutuksenottajan että vahingonkärsijän näkökulmasta.”

Edelleen, oikeuden perustelujen mukaan Oy C oli tietyn todistajana oikeudessa kuullun henkilön mukaan edellyttänyt urakkasopimuksen syntymiseksi, että Oy D:llä oli vastuuvakuutus, ja edellytys pohjautui mitä ilmeisimmin Oy C:n odotukseen, että vastuuvakuutus oli riittävän kattava. Oy D oli oikeudessa niin ikään todistajana kuullun edustajansa kautta ilmaissut Oy C:lle, että Oy D:llä oli vastuuvakuutus. Tämä oli tapahtunut siten, että mainittu henkilö oli tietyn toisen urakkatoimeksiannon yhteydessä vastannut myöntävästi Oy C:n edustajien kysymykseen, oliko yhtiöllä vastuuvakuutus.[41] *Muussa kuin tässä yhteydessä Oy D ei ollut maininnut vastuuvakuutuksen olemassaolosta eikä yhtiö myöskään ollut mainostanut vastuuvakuutustaan toiminnassaan.* Oy C:n ja Oy D:n välisen urakkasopimuksen asiakirjoissa puolestaan ei ollut varsinaista suoraa ilmausta vastuuvakuutuksen edellyttämisestä tai sen olemassaolosta. Näissä

---

[40] Perusteluna kannalleen E vetosi ratkaisusta *KKO 1994:5* ilmenevään yleiseen periaatteeseen. Ratkaisun mukaan vakuuttamisvelvollisen laiminlyötyä tämän velvoitteensa hänellä ei ole oikeutta korvaukseen vahingosta, mikä olisi korvattu kyseisestä vakuutuksesta.

[41] Jutun asiakirjojen mukaan Oy C:n edustajat lausuivat, että ”sinullahan on vastuuvakuutus”, johon ko. henkilö vastasi, että näin on.

asiakirjoissa kuitenkin viitattiin urakoitsijan vastuuvakuuttamisvelvollisuutta sääänteleviin YSE 1998 -ehtoihin.

Tiivistelmänä perusteluilleen käräjäoikeus lausui, että muun ohella,[42] hallituksen esityksen perustelut, vakuutuksenottaja Oy D:n toiminta sopimusta tehtäessä sekä vahingonkärsijä Oy C:n asema ja vastuuvakuutukseen kohdistuneet odotukset olivat riitakysymyksen kannalta ratkaisevia seikkoja. Niiden valossa vakuutussopimuslain 67 §:n 1 momentin 3 kohtaa oli tulkittava siten, että Oy D oli ilmoittanut vastuuvakuutuksensa olemassaolosta elinkeinotoimintansa markkinoinnissa lainkohdan tarkoittamalla tavalla. Oy C:llä oli siten oikeus esittää Oy D:n vastuuvakuutussopimukseen perustuvia vaatimuksia Oy D:tä vastaan. Tämä tarkoitti suoran kanneoikeuden myöntämistä. Käräjäoikeus velvoitti vakuutusyhtiö E:n suorittamaan Oy C:lle vahingonkorvausta Oy D:n virheellisten työsuoritusten johdosta mainittuun vastuuvakuutussopimukseen perustuen.

Näin ollen ratkaisu noudatteli edellä omaksuttua kantaa, jonka mukaan vakuutussopimuslain 67 §:n 1 momentin 3 kohdassa tarkoitetulle markkinoinnille on syytä antaa laaja merkityssisältö siinä mielessä, että periaatteessa mitä tahansa vakuutetun elinkeinotoiminnassaan käymissään sopimusneuvotteluissa tai sopimuksenteon eri vaiheissa (tarjouksen tekeminen ym.) esittämää vastuuvakuutuksen olemassaoloa koskevaa mainintaa pidetään vakuutussopimuslain 67 §:n 1 momentin 3 kohdassa tarkoitettuna markkinointina.

---

[42] Käräjäoikeus viittasi tältä osin perusteluissaan myös Oy D:n suurimmalta osalta varsin passiiviseen suhtautumiseen sekä vakuutusyhtiö E:hen että vahingonkärsijä Oy C:hen. Tämä suhtautuminen ilmeni vahinkotapahtumien yhteydessä. Oy D:n suorittamissa As Oy B:n vesijohtojen asennustöissä oli vähän yli kuukauden kuluessa tapahtunut kolme eri virhettä, joista oli aiheutunut vahinkoa. Oy D oli tehnyt vahinkoilmoituksen E:lle ainoastaan ensimmäisestä vahingosta mutta jättäytynyt sen jälkeen passiiviseksi, myöskään yrittämättä korjata vahinkoja mitä ilmeisimmin riittävien resurssien puuttumisen vuoksi. Käräjäoikeus katsoi kuitenkin, että Oy D, tehtyään ensimmäisestä vesivahingosta vahinkoilmoituksen E:lle, oli siten ilmaissut hyväksyntänsä sille, että sen aiheuttamat vahingot tulivat korvatuiksi sen vastuuvakuutuksesta, ts. Oy D ei ollut halunnut pidättäytyä vakuutuskorvauksesta myöskään jälkimmäisten vahinkojen osalta.

Timo Esko

# Asianajajaetiikasta ja asianajajaliiton kurinpitomenettelystä

## Eräitä käsitteisiin liittyviä kysymyksiä

Asianajajaetiikkaa, asianajajien eettisiä sääntöjä ja asianajajaoikeutta koskeva keskustelu on viime aikoina ollut suhteellisen vilkasta. Esimerkiksi Helsingin yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa on jo useina lukuvuosina pidetty aineopintoihin kuuluvia asianajajaoikeuden luentoja ja Asianajajaoikeuden Kilta on kiltavanhimpansa Jukka Peltosen johdolla tulossa 12. istuntoonsa syksyllä 2004. Tiedekunnan luennoitsijat ja Killan tilaisuuksien puhujat korostavat säännönmukaisesti käsittelevänsä asianajajien eettisiä sääntöjä, vaikka yleisotsikkona käytetäänkin erityiseen oikeudenalaan viittaavaa asianajajaoikeutta ja vaikka asianajajaoikeuden yliopistollinen luentosarja on kytketty prosessioikeuden – ei esimerkiksi yleisen oikeustieteen – yhteyteen.

Dosentti Terho Pursiainen on esitelmässään Asianajajaoikeuden Killan ensimmäisessä kokouksessa syksyllä 2000 mielenkiintoisella tavalla pohtinut näitä käsitteitä.[1] Hän toteaa esitelmään perustuvassa artikkelissa mm. seuraavan (s. 42 s.):

> ”Moraali vaatii tavallisesti lain noudattamista. Luottamuksen olot eivät säily yhteiskunnassa, jossa lakien rikkominen vastuuseen joutumatta on mahdollista ja vallankaan yleistä. Lain rikkominen on perusluottamuksen sabotointia [vastaan][2] ja siis epämoraalinen teko. Tämä on yleinen sääntö.[3]

---

[1] Ks. Pursiainen, Ammattien etiikka, Defensor Legis 2001, s. 313 ss.

[2] Poistokorjaus T.E:n tekemä.

[3] Moraalin ja etiikan suhteesta ks. esim. Laitinen – Launis – Wennberg, Johdatus lakimiesetiikkaan, Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja, Kokoomateosten sarja B:9, Turku 2000, s. 11: ”Moraali on peruskäsite, joka vaikuttaa kaikkien yksilöiden toimintaan. Yksinkertaistaen moraalilla tarkoitetaan ihmisten ajattelu- ja toimintatapoja. Kaikilla ihmisillä on moraali, joko tiedostettu tai tiedostamaton. Se ohjaa yhdessä tosiasioiden kanssa arvioitamme, päätöksiämme ja tekojamme. Tiedostettua, kriittistä moraalia kutsutaan moraaliopiksi tai moraalifilosofiaksi eli etiikaksi. Vaikka kaikilla yksilöillä on moraali, kaikilla ei ole tietoista etiikkaa. Etiikka on siis toisella abstraktiotasolla kuin moraali. Moraali on etiikan kohde, objekti.” Moraalin ja lain suhde ei ole näin selkeästi määriteltävissä. Em. teoksessa (s. 50) todetaan tästä aiheesta mm.: ”Yksi oikeusfilosofian keskeisempiä kysymyksiä on se, onko lain ja moraalin välillä käsitteellistä yhteyttä. Luonnonoikeusteoreetikot, kuten *Aristoteles, Tuomas Akvinolainen* ja *John Finnis* ovat vastanneet tähän kysymykseen myöntävästi. Sen sijaan nykyisin vallalla oleva positivistinen näkemys vastaa kysymykseen jyrkän kieltävästi. Positivismia edustavat sellaiset teoreetikot kuin *John Austin, Hans Kelsen* ja *H.L.A. Hart.*” Yksi etiikan eli siis moraalifilosofian uusimmista perusteoksista meillä on Timo Airaksinen, Moraalifilosofia, WSOY, Juva 1987.

Ammattia sääntelevän säännöstön satunnaisten kohtien sisällyttäminen ammattieettisiin julistuksiin on oikeastaan tyylivirhe. [– –]

Asianajajaetiikassa on samanlaisia käsitteellisiä ongelmia. Ammattia sääntelevien normien erittely on pikemminkin juridiikkaa kuin etiikkaa.

Ammattia ulkoapäin määrittelevien normien mukaan ottoa ammattieettisiin julistuksiin voi toki puolustaa sillä, että niistä on hyvä muistuttaa. Samalla kuitenkin vaarannetaan ero[4] voimassa olevan laillisesti velvoittavan säädöksen ja ammattieettisen normin välillä. Edellinen on ammatille annettua arvomaailmaa, jolla se vastaa yhteiskunnan ammatille osoittamaan luottamukseen.

Etiikan vaatimukset sanan varsinaisessa mielessä vasta alkavat siitä, mihin lain vaatimukset loppuvat. Laki jättää yksilölle luottamusvapautta, jota hän voi käyttää moraalisesti tai moraalittomasti. On olemassa siis moraalittomia laillisia tekoja. Se, joka kohtelee toista kuin esinettä toimii usein laillisesti mutta kuitenkin aina moraalittomasti: Kantin kategorisen imperatiivin vastaisesti. Moraalitonta on myös sitoumuksen noudattamatta jättäminen. Ammattieettinen koodi velvoittaa ammattilaista moraalisesti, vaikka se muotoileekin vain kyseisen ammatin piirissä olevan ja vain sitoutuneita velvoittavan arvomaailman."

Eettinen järjestelmä on sikäli heikko, että sen tukena ei määritelmän mukaan ole ulkopuolista sanktiojärjestelmää, jollaiseen vahvistetussa järjestyksessä valmisteltu laki nojautuu. Kuitenkin eettinen ja varsinkin ammattieettinen järjestelmä on tosiasialliselta sitovuudeltaan lain säädännäisiä normeja vahvempi, sillä se perustuu profession[5] jäsenten omaksumaan yhteiseen arvomaailmaan. Sen noudattamista valvovat profession jäsenet ja sen rikkomisen ankarin seuraamus on koko ammatillisen statuksen menettäminen: profession ulkopuolelle joutuminen. Eettinen koodeksi ei myöskään ole muutettavissa viranomaisen tai lainsäätäjän nopealla asiaan puuttumisella, vaan se on luonteeltaan kestävämpi ja staattisempi. Tätä eettisen järjestelmän luonnetta on juristin usein vaikea ymmärtää.

Pursiaisen maininta ammattia sääntelevän säännöstön satunnaisten kohtien sisällyttämisestä ammattieettisiin julistuksiin on asianajaja-alalla todennettavissa, kun tarkastellaan rinnakkain meidän asianajajalakimme (496/58) ja asianajajaliiton liittokokouksen vuonna 1972 vahvistamien, hyvää asianajajatapaa koskevien ohjeitten (tapaohjeet, TO) keskinäistä suhdetta. On ensinnäkin huomattava, että laissa on alusta alkaen, ja siis jo ennen vuoden 1972 tapaohjeiden vahvistamista säädetty, että asianajajan tulee rehellisesti ja tunnollisesti täyttää hänelle uskotut tehtävät sekä *kaikessa toiminnassaan noudattaa hyvää asianajajatapaa* (AAL 5 §:n 1 mom., kurs. TE:n). Tapaohjeissa puolestaan on useita viittauksia lain säännöksiin ja joissakin TO:n kohdissa on jopa lainattu suoraan lain sanamuotoja.

---

[4] Tämän sanan lisäys T.E.

[5] Profession käsitteestä ks. Pursiainen, DL 2001 s. 31. Eettisen järjestelmän ja tietyn identiteetin omaavan ammattikunnan välisellä yhteydellä on tärkeä merkitys järjestelmän toimivuuden kannalta. Asianajajakunta, samoin kuin lääkärikunta, on epäilemättä sellainen professio, jonka piirissä eettinen järjestelmä toimii ja joka sellaista suorastaan vaatii. Koko Suomen lakimieskunta taas lienee tässä suhteessa liian heterogeeninen kokonaisuus. Kuitenkin Suomen Lakimiesliiton valtuuskunta on vuonna 1995 hyväksynyt Lakimiehen eettiset ohjeet, joiden tehtävänä on määrittää yleisesti kaikkia lakimiestehtävissä toimivia velvoittava hyvä lakimiestapa. Ohjeet ovat suppeat ja yleisluontoiset, eikä niihin liity mitään organisoitua tai muutakaan tosiasiallista valvontajärjestelmää.

Esimerkiksi tapaohjeitten 2 §:n 1 momentissa määrätään AAL 5 §:n 1 momentin tapaan, että ”Asianajajan tulee rehellisesti ja tunnollisesti täyttää kaikki hänelle uskotut tehtävät”. Mielenkiintoinen on tässä suhteessa myös asianajajan vaitiolovelvollisuutta koskevan TO 19 §:n 1 momentin yleisluontoinen viittaus: ”*Sen lisäksi, mitä laissa säädetystä vaitiolovelvollisuudesta johtuu,* asianajaja on velvollinen pitämään omana tietonaan kaiken, mitä hän asiakassuhteensa nojalla on saanut tietää päämiehestä ja tämän oloista.” (kurs. T.E:n)

Tällaisista ”tyylivirheistä” tuskin on suurempaa käytännön haittaa. Kysymys on eri luokkiin kuuluvien järjestelmien osittaisesta yhdistämisestä, mikä kyllä on omansa hämärtämään ajattelua. Eräänä seurauksena yhdistämisestä on, että eettisen järjestelmän valvontaa ajatellen perustetun valvonta-aparaatin piiriin tulee myös lakiin perustuvia velvoitteita. Niittenkin rikkomisesta, tosin eettiseen järjestelmään sisällytettyinä, saattaa seurata viimeksi mainitun mukainen seuraamus.

> Mielenkiintoinen on kysymys siitä, voidaanko ja missä määrin lakiin perustuvia velvoitteita koskevassa sanktiojärjestelmässä, kuten rikosprosessissa yleisissä tuomioistuimissa määrätä rangaistusseuraamuksia sen perusteella, että asianomainen on toiminut vastoin professionsa eettisiä ohjeita. Asia nousi esiin yleisessä keskustelussa vuonna 2003. Tuolloin Oikeustoimittajat ry ilmoitti pitävänsä virheellisenä menettelynä, kun journalistia koskevassa oikeudenkäynnissä oli langettavan tuomion perusteeksi saatettu vedota Journalistin ohjeitten määräyksiin.[6] Asiassa lienee otettava sellainen kanta, että vaikka pelkkä profession eettisten ohjeitten vastainen toiminta sinänsä ei voi olla yleisessä tuomioistuimessa rangaistavaa, voidaan esim. eettisissä ohjeissa asetetut huolellisuusvelvoitteet ottaa huomioon silloin, kun tarkastellaan rangaistussäännöksessä asetetun huolellisuustason täyttymistä. Yhteisesti hyväksyttyjä eettisiä ohjeita parempaa mittapuuta on vaikeata osoittaa. Merkille voidaan toisaalta panna, ettei esim. tuottamuksellista virkavelvollisuuden rikkomista koskevassa rikoslain 40 luvun 10 §:ssä viitata hyvään virkamiestapaan[7], vaan rangaistuksen edellytyksenä on, että virkamies on rikkonut *virkatoiminnassa noudatettaviin säännöksiin tai määräyksiin* perustuvan virkavelvollisuutensa (kurs. T.E:n).

## Asianajajan vastuuseen ja valvontaan liittyviä jaotteluita

Asianajajaliiton valvonta- ja kurinpitojärjestelmä kuuluu asianajajien ammatilliseen valvontaan.[8] Ammatillisen valvonnan käsitettä on useasti käytetty ja selostettu varsinkin vuodelta

---

[6] Suomen Journalistiliitto on vuonna 1992 on vahvistanut Journalistin ohjeet journalistisen työskentelyn itsesääntelyn ohjeistoksi. Yllä viitatussa keskustelussa oli kysymys myös Julkisen Sanan Neuvoston (JSN) päätösten käyttämisestä samassa yhteydessä. Katso esim. Oikeus-lehden Keskustelua-osastossa julkaistuja AA Markku Salon kirjoitusta (Oikeus 2003 s. 201 s.) sekä Oikeustoimittajat ry:n (Jarkko Sipilä ja Susanna Reinboth) vastausta siihen (Oikeus 2003 s. 309 s.). Salon mielestä on luonnollista hakea Journalistin ohjeista ja JSN:n ratkaisuista vastausta siihen, onko lehtijuttu hyvän tavan vastainen. Oikeustoimittajat ry puolestaan korostaa, että hyvää journalistista tapaa ei voida käyttää tuomioistuimissa perusteena sananvapauden rajoittamiselle, koska laissa ei ole näin säädetty. Jos hyvän journalistisen tavan vastaisesta toiminnasta tuomittaisiin rangaistukseen, perustuisi rangaistus menettelyyn, jonka laki sallii, mutta josta journalistit ovat itse päättäneet pidättyä.

[7] Virkamiesetiikasta ks. ed. alav. 3 mainittua Laitisen, Launiksen ja Wennbergin teosta s. 83 ss.

[8] Ks. asianajajien valvonta- ja kurinpitojärjestelmästä Ylöstalo – Tarkka, Asianajajan käsikirja, kuudes laitos,

1985 olevassa Asianajajien valvontatyöryhmän mietinnössä.[9] Mietinnössä (esim. s. 8 ja 18) on asianajajan vastuu jaettu kolmeen eri luokkaan: rikosoikeudelliseen, siviilioikeudelliseen ja ammatilliseen. Näistä kaksi ensiksi mainittua, mutta ei siis viimeksi mainittu, tarkoittaa oikeudellista vastuuta.

Rikosoikeudellisesta vastuusta on mietinnön mukaan säädetty lähinnä rikoslain 38 luvussa (epärehellisyysrikokset), kun taas siviilioikeudellinen vastuu perustuu vahingonkorvaussäännöksiin ja tarkoittaa toteutuessaan korvausvastuuta. Oikeudellinen vastuu toteutetaan yleensä tuomioistuimessa, mutta on huomattava, että luonnolliselle henkilölle tarjotut asianajopalvelut täyttävät myös kulutushyödykkeen määritelmän sellaisena kuin se on kuluttajansuojalaissa (L 38/1978, 1 luvun 3 § sellaisena kuin se on muutettuna laissa 16/1994). Päämiehen ja asianajajan välinen erimielisyys voi näin tulla käsiteltäväksi myös kuluttajaviranomaisissa.[10]

Asianajajien valvonnassa sellaisena kuin asianajajaliitto sitä harjoittaa toteutetaan taas ammatillista vastuuta. Mietinnössä todetaan nimenomaisesti, että ammatillista velvollisuutta valvottaessa ei voida käsitellä siviilioikeudelliseen tai rikosoikeudelliseen vastuuseen kuuluvia vaatimuksia. Ammatillisesta vastuusta voidaan käyttää myös nimitystä eettinen tai moraalinen vastuu.

## Ammatillisen vastuun toteuttamisen uskottavuudesta ja organisoinnista

Asianajajakunnan itsehallintoperiaatteesta on johdettu kanta, jonka mukaan asianajajien ammatillinen valvonta on alun pitäen uskottu asianajajaliiton hallitukselle ja niin muodoin pelkästään asianajajien itsensä käsiin.[11] Liiton hallituksen työtaakan kasvettua annettiin 1982 toteutetulla asianajajalain muutoksella (368/82) hallitukselle mahdollisuus osoittaa kurinpito-

---

WSOY Porvoo 2000, s. 101 ss., Hoppu, Kurinpitomenettelystä Suomen Asianajajaliitossa, DL 1977 s. 71 ss., Huttunen, Asianajajien kurinpitomenettelystä, teoksessa Asianajajan työkentältä, SAL 75 vuotta Juhlakirja 1994, Jyväskylä 1994, s. 122 ss. sekä Ojala, Eräitä kurinpidollista menettelyä ja palkkioriita-asian välimiesmenettelyä koskevia näkökohtia, DL 1997 s. 659 ss.

[9] Asianajajien valvontatyöryhmän mietintö. Jukka Pasanen (pj), Eero Sutinen, Hannu Taimisto, Erkki-Juhani Taipale, Olli Tarkka (siht.). Oikeusministeriö, Oikeushallinto-osaston julkaisusarja 2/85, Helsinki 1985. Työryhmän tuli selvittää asianajajien valvonta- ja kurinpitojärjestelmän kehittämisen tarvetta sekä tehdä asiassa tarpeelliset ehdotukset. Mietintö ei sellaisenaan johtanut välittömiin lainsäädäntötoimiin.

[10] Siihen liittyen ks. Klaus Viitasen väitöskirjaa Lautakuntamenettely kuluttajariitojen ratkaisukeinona, Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja N:o 240, Jyväskylä 2003.

[11] Ks. Asianajajan käsikirja (ed. alav. 8) s. 114. Em. Asianajajien valvontatyöryhmän mietinnössä (s. 30) on tätä näkökohtaa perusteltu mm. seuraavasti: ”Asianajajaliiton harjoittama valvonta takaa, että asianajajien ammattietiikan säännöt ovat lähtöisin heidän omasta keskuudestaan ja perustuvat siis ammatissa yleisesti noudatettuun tapaan. Omaehtoisuus vaikuttaa, että valvonnan kohteet, asianajajat myös vastaisuudessa arvostavat ja kunnioittavat toimintaa ja ratkaisuja.” Työryhmän havaintojen mukaan ”asianajajien ammatillinen valvonta Suomessa on asianmukaisesti järjestetty ja valvonta on sekä tiukkaa että tasapuolista”. Niissä tapauksissa, joissa valittaminen kurinpitoasiassa annetusta ratkaisusta on mahdollista, valituksen ratkaisee kuitenkin tuomioistuin, Helsingin hovioikeus, jonka kokoonpano ei poikkea normaalista. Asianajajien ”ensi asteen” valvontaan liittyviä tehtäviä on myös valtioneuvoston oikeuskanslerilla, tuomioistuimella ja konkurssiasiamiehellä. Eduskunnan oikeusasiamies valvoo muitten virkamiesten ohella myös yleisiä oikeusavustajia. Toisaalta yleiset oikeusavustajat ovat myös asianajajaliiton harjoittaman valvonnan alaisia. Merkille voidaan panna, että kuluttajansuojajärjestelmään ei mietinnössä juurikaan kiinnitetty huomiota, ks. kuitenkin s. 10.

asian käsittely keskuudestaan asettamansa jaoston käsiteltäväksi, kuitenkin niin, että jäsenen erottamista koskeva asia oli aina siirrettävä jaostosta hallituksen käsiteltäväksi. Jaoston toimintaa ei kuitenkaan saatu käytännössä sujumaan halutulla tavalla.

Asianajajan käsikirjassa mainitaan (s. 114 s.), että ”Valmisteltaessa asianajajalain muutoksia 1980-luvun lopulla ja 1990-luvun alussa havaittiin, että julkisuudessa oli esiintynyt jonkin verran epäluuloja asianajajakuntaa kohtaan, joiden voitiin arvella johtuvan siitä, että asianajajain ammatillinen valvonta oli ollut ensi asteessa asianajajakunnan sisäinen tehtävä.” Nämä epäluulot käyvätkin varsin selvästi ilmi em. Asianajajien valvontatyöryhmän mietinnöstä. Työryhmä ei suorittanut asiassa mitään varsinaista tutkimusta, mutta tuli asianajajaliiton leikekokoelman sekä kansalaisten kanteluitten ja muitten yhteydenottojen perusteella mm. siihen tulokseen, että ”julkinen sana” pitää valvontatoiminnan yhteydessä kielteisenä liiton hallitukselle säädettyä salassapitovelvollisuutta. Palkkioperusteitten osalta oli toivottu lisää täsmällisyyttä. Mietinnössä huomautettiin myös, että julkinen sana ja yleisö eivät useinkaan olleet tietoisia asianajajien ja muitten alalla toimivien erosta.

Mitä tuomioistuimiin, hallintoviranomaisiin ja asianajajakuntaa edustaviin tahoihin tuli, nämä olivat työryhmän mukaan katsoneet asianajajien ammatillisen valvonnan toimineen sellaisenaan hyvin. Sen sijaan taloudellista rikollisuutta tutkivat poliisiviranomaiset olivat työryhmän kuuleman asiantuntijan mukaan ”päinvastaista mieltä” sekä valvonnan onnistuneisuudesta että sen järjestelyistä.

Uskottavuuteen liittyvistä syistä työryhmä päätyi esittämään, että em. kurinpitojaoston sijaan perustettaisiin kurinpitolautakunta, joka olisi liiton hallituksesta erillinen elin. Edelleen työryhmä ehdotti samoista syistä, että kurinpitolautakuntaan nimettäisiin yksi asianajajakunnan ulkopuolinen henkilö, kokenut ja asianajajaoloihin perehtynyt tuomari. Tämän asianajajakunnan ulkopuolisen kurinpitolautakunnan jäsenen tuli olla sen puheenjohtaja. Työryhmä ehdotti vielä, että kurinpitolautakunnan puheenjohtajan ja varapuheenjohtajan määräisi oikeusministeriö asianajajaliittoa kuultuaan.

Työryhmän kannanottoa, joka asianajajakunnan ulkopuolisen puheenjohtajan ja oikeusministeriön nimitysvallan suhteen oli aikaisemmin vakiintuneista näkemyksistä selvästi poikkeava, on selitetty Ruotsissa ja Tanskassa hieman aikaisemmin toteutetuilla lainmuutoksilla. Luultavasti muutoksen syitä on kuitenkin etsittävä syvemmältä: asianajajakunnan luonteen muutoksesta, sen liikemiesmäistymisestä ja kaupallistumisesta sekä kuluttajaoikeudellisten näkökohtien yleisestä voimistumisesta. Juuri nämä näkökohdat olivat keskeisellä sijalla esim. Tanskan lainuudistuksen viime vaiheessa.

> Asiasta on mielenkiintoinen analyysi tanskalaisen Helle Blomquistin väitöskirjassa Lawyers’ Ethics, the Social Construction of Lawyers’ Professionalism, Danish Practising Lawyers and Some Pre-Conditions for Their Ethics, DJÖF Publishing, Copenhagen 2000. Blomquist tarkastelee asianajajan ammattikuvaa ja sen kehittymistä kolmesta eri kehitysvaiheesta käsin: niistä ensimmäisessä asianajaja toimii tuomioistuimen virkamiehenä (”officer of the court”), toisessa taas itsenäisen ammattikunnan jäsenenä (”fraternity”) ja kolmannessa liikemiehenä (”businessman”). Oikeuden virkamiehen ammattikuvasta siirryttiin Tanskassa itsenäisen profession malliin 1800-luvulla ja ”liikemiesmalliin”

1970-luvulta alkaen. Viimeksi mainitulle oli tunnusomaista mm. liikejuridiikkaa hoitavien asianajajien lukumäärän selvä kasvu ja siirtyminen osakeyhtiömuotoiseen asianajotoimintaan. Kumpikin seikka toi paineita myös asianajajien eettisten normien kehittämiselle. Samanaikaisesti asianajajakunnan ja sen toimintatavan liikemiesmäistymisen kanssa vahvistui kuluttajaoikeudellinen liike.[12] Asianajajapalveluitten rinnastaminen muihin kuluttajille tarjottaviin palveluihin toi muassaan vaatimuksen siitä, että palvelujen käyttäjien piti päästä vaikuttamaan palvelujen ehtoihin ja palvelujen antajien toimintatapoihin. Toisaalta asianajajien liikemiesmäistyminen ja taloudellisen tuloksen korostuminen asianajotoiminnan päämääränä olivat omansa vähentämään sen selityksen luotettavuutta, että asianajajien tapaohjeissa oli kysymys vain ammattikunnan sisäisistä asioista.

Tanskassa asetettiin vuonna 1974 komitea, jonka tehtävänä oli mm. tehdä ehdotuksia hyvää asianajajatapaa koskevien sääntöjen kehittämiseksi ja asianajajien kurinpitolautakunnan kokoonpanoksi. Mitä tapaohjeisiin tuli, komitean ajatus oli, että asianajajaliitto (”Danish Bar and Law Society”) valmistelisi ohjeet oikeusministeriön vahvistettaviksi[13] ja että ohjeet muodostaisivat alalla lakia täydentävät oikeusohjeet. Tämä ehdotus ei kuitenkaan kestänyt kuluttajajärjestöjen kritiikkiä ja poliittisia paineita lainvalmistelussa. Uudessa järjestelmässä annettiin keskeinen sija tapaoikeuden kehityksessä kurinpitolautakunnalle: ”Pursuant to the AJA, the existing code of conduct is not in itself guiding for the interpretation of the standard. The Board decisions are guiding for the conduct code of the Society. Only after a codification of the Board decisions will it then be possible to form a coherent set of professional standards.” (Blomquist, emt. s. 114.) Myös kurinpitolautakunnan kokoonpanoa muutettiin ministeriön valmistelussa komitean esittämästä: lautakuntaan tuli nyt kolmesta ammattituomarista koostuva puheenjohtajisto, ja jäsenistä puolet tuli koostumaan maallikoista toisen puolen ollessa asianajajia. Lopputulosta voidaan luonnehtia sanomalla, että Tanskan asianajajakunnan itsemääräämisoikeus joutui voimakkaan kavennuksen kohteeksi: ”The political point of departure was that the lawyers stood to lose their ”self rule” (Danish: *selvdömme*). The neo liberalistic trend among the new anti elitist parties did not recognize any right of lawyers to regulate themselves. This general opinion was voiced in an unholy alliance between the left and the right wings of the assembly.”

Vaikka Tanskan hyvää asianajajatapaa koskevista ohjeista puhuttaessa edelleen käytettäisiin asianajajien eettisten ohjeitten nimikettä, ohjeet tosiasiassa ovat muuttaneet luonnettaan ja muodostuneet hybridiksi, jossa on myös kuluttajansuojaan ja julkiseen valvontaan liittyviä piirteitä. Tällaistenkin ohjeitten tarpeellisuutta voidaan toki hyvin perustella eräillä peri-

---

[12] Varovaisesti voidaan todeta, että Suomen asianajajakunnan kehityskuluissa on löydettävissä vastaavia piirteitä, tosin tietyllä viiveellä. Asianajotoiminnan harjoittaminen osakeyhtiömuodossa tuli meillä mahdolliseksi vasta 1990-luvun alussa, meidän kuluttajansuojalakimme on vuodelta 1978. Suomen asianajajakunnan historiallisesta kehityksestä ks. Letto-Vanamo, Suomalaisen asianajajalaitoksen synty ja varhaiskehitys, oikeushistoriallinen tutkimus, Suomalainen lakimiesyhdistys, Vammala 1989. Letto-Vanamon tarkastelu ei kuitenkaan valitettavasti ulotu juuri vuotta 1734 pitemmälle. 1600-luvulta voidaan kuitenkin panna merkille, että tuolloin syntynyt asianajajakunta oli hyvin luonnehdittavissa ”officers of the court” -ryhmään kuuluvaksi. Asianajajilta edellytettiin mm. valan vannomista oikeudessa. Pyrkimykset itsenäisen, lainopillisesti koulutetun asianajajakunnan luomiseen kariutuivat kuitenkin vuoden 1734 lain myötä. Asianajajalaki säädettiin ja sen myötä asianajajien julkisoikeudellinen yhdistys, Suomen asianajajaliitto perustettiin vasta vuonna 1958. Asianajajakunnan voimakkaan lukumääräisen kasvun alku on meilläkin ajoitettavissa 1970-luvulle.

[13] Ajatus osoittaa, ettei komitea ollut lainkaan mieltänyt sitä eroa, joka on eettisten ohjeitten ja lainsäädännön välillä, ks. edellä alaviitteen 4 kohdalla esitettyä.

aatteellisilla ja käytännön näkökohdilla: miksi asianajopalveluja tarvitsevan kuluttajan pitäisi tyytyä yksinomaan asianajajien luomiin sääntöihin ja ylläpitämään järjestelmään, kun kuluttajan ja asianajajan välillä syntyy erimielisyyttä toimeksiannon oikeasta hoidosta.

## Ammatillinen valvonta ja kurinpitojärjestelmän muutokset asianajajalain vuosien 1992 ja 2004 muutoksissa

### Vuoden 1992 uudistus

Kuten todettu, Suomen vuoden 1985 valvontatyöryhmän mietintö ei johtanut välittömiin lainsäädäntötoimiin eikä asianajajayhdistyksen sääntöjen muuttamiseen. Seuraavalle vuosikymmenelle tultaessa lain ja sääntöjen muuttaminen tuli ajankohtaiseksi osakeyhtiömuotoisen asianajotoiminnan alkaessa toteutua käytännössä siitä riippumatta, ettei sellaista laissa tunnettu. Samassa yhteydessä nousi uudelleen esille kysymys asianajajien valvonta- ja kurinpitojärjestelmän uudistamisesta. Asianajaja Jukka Peltosen puheenjohtajana ollessa autonomianäkökohdat olivat aikaisempaa korostetummin esillä liiton toiminnassa.

Tällaisista näkökohdista liikkeelle lähtenyt asianajajalain uudistaminen johti hallituksen esitykseen HE 152/1991 vp, johon nyt ensimmäistä kertaa sisältyivät säännökset kurinpitolautakunnan[14] ns. ulkopuolisista jäsenistä. Tällaisia jäseniä tuli kurinpitolautakuntaan kaksi. Kaikki kurinpitolautakunnan jäsenet tuli nimittämään liiton korkein päättävä elin, valtuuskunta. Ulkopuolisten jäsenten ”soveltuvuudesta” tehtävään tuli ennen nimittämistä hankkia oikeusministeriön lausunto. Vuoden 1985 valvontatoimikunnan esittämään nimittämismenettelyyn ei hallituksen esityksessä viitattu millään tavalla.

Ne perustelut, jotka vuoden 1991 hallituksen esityksessä mainittiin syinä ulkopuolisten jäsenten ottamiselle kurinpitolautakuntaan, olivat jokseenkin pyöreät, ikään kuin kompromissihakuiset. Toisaalta myönnettiin, että asianajajien valvonta oli Suomessa järjestetty kansainvälisesti vertailukelpoisella tavalla: valvonnan kohteena olevan asianajajan oikeusturvaan oli kiinnitetty riittävää huomiota ja myös yleinen etu tuli riittävästi turvatuksi. Samalla kuitenkin todettiin, että julkisuudessa oli esiintynyt ”jonkin verran” epäluuloja asianajajakuntaa kohtaan. Epäluulojen saatettiin arvella johtuvan osittain siitä, että asianajajien valvonta oli ensiasteessa asianajajakunnan sisäinen tehtävä. Uudistuksen mukanaan tuomista myönteisistä vaikutuksista esitettiin kurinpitolautakunnan työn arvostuksen kasvaminen asianajajakunnan piirissä ja valvonnan uskottavuuden parantuminen yleisön keskuudessa.[15]

---

[14] Itse kurinpitolautakuntakin, joka on toiminnassaan liittohallituksesta riippumaton, perustettiin tällä lainmuutoksella (197/92). Hallituksen kurinpitojaosto tuli siis kuuluneeksi liiton valvontaorganisaatioon kymmenen vuoden ajan.

[15] Tiedossani ei ole, että odotetusta arvostuksen kasvamisesta ja uskottavuuden parantumisesta olisi tehty mitään luotettavaa tutkimusta sen paremmin asianajajakunnan omassa piirissä kuin ulkopuolisten toimestakaan. Tiedon taso on siis edelleen samankaltainen kuin vuoden 1985 valvontatyöryhmän mietintöä tehtäessä.

## Vuoden 2004 uudistus

Uusi kurinpitolautakunta sai suorittaa tehtäväänsä kutakuinkin ilman julkista kritiikkiä. Jonkin verran keskustelua oli kuitenkin nostattanut kurinpitomenettelyssä noudatettu tiukka salassapito, joka oli esillä varsinkin viranomaisten toiminnan julkisuutta koskevaa lakia säädettäessä (L 621/1999). Lakihan koskee sen 4 §:n 2 momentin perusteella myös lain perusteella julkista tehtävää hoitavaa yhteisöä.

Piirteinä, jotka osoittavat Suomen Asianajajaliiton julkisoikeudellista luonnetta, on Asianajajan käsikirjassa (s. 54 s.) mainittu mm. se, että liiton hallituksella on lain mukaan velvollisuus valvoa asianajajien toimintaa ja että liiton hallituksella sekä kurinpitolautakunnalla on oikeus ja velvollisuus käyttää kurinpitovaltaa asianajajiin nähden. Päämiehen suojaksi säädetty asianajajan salassapitovelvollisuus on puolestaan julkisuutta rajoittava seikka.

Kun asianajajaliiton piirissä kuluvan vuosituhannen alussa uudelleen käynnistettiin toimia asianajajalain muuttamiseksi, lienevät keskeisenä syynä kuitenkin olleet ne palkkioasioitten välimiesmenettelyn yhteydessä ilmenneet jääviysongelmat, jotka olivat tulleet esille eräässä julkisuutta saaneessa oikeudenkäynnissä.[16]

Lainmuutoksen valmistelutyö oli jälleen varsin pitkä ja monivaiheinen. Siitä huolehtimaan asetettiin asianajajaliiton aloitteesta oikeusministeriön työryhmä, jonka puheenjohtajana toimi apulaisoikeuskansleri Jaakko Jonkka. Pöydällä olivat sekä kysymys valvonta- ja kurinpitoasioitten julkisuudesta että palkkioriita-asioitten välimiesmenettelystä, mutta niitten rinnalle oli tullut myös kysymys kurinpitolautakunnan uudelleen järjestämisestä.[17]

Lautakunnan kokonaisjäsenmäärän muuttamiseen yhdeksästä ei nähty syytä, mutta kokoonpanoa pidettiin jaostotyöskentelyn mahdollistamiseksi tarpeellisena korjata niin, että aikaisemman (puheenjohtaja ja kahdeksan muuta asianajajajäsentä) sijasta tulisi lautakunnan yhdeksästä jäsenestä kolmen olla asianajajakuntaan kuulumattomia. Puheenjohtajan ja viiden jäsenen tuli olla asianajajia ja heidät valitsisi asianajajaliiton valtuuskunta. Lautakunta valitsisi keskuudestaan kaksi varapuheenjohtajaa. Samalla kurinpitolautakunnan nimi muutettaisiin valvontalautakunnaksi.

---

[16] Palkkioriita-asioiden välimiesmenettely oli järjestetty asianajajaliiton säännöissä asianajajalain 2 §:n 1 momentin 10 kohdan valtuutussäännöksen perusteella. Edellä viitattu oikeudenkäynti päättyi korkeimman oikeuden ratkaisuun KKO 2001:11: ”Asianajajan palkkiota koskeva riita-asia oli hänen asiakkaittensa pyynnöstä ratkaistu Suomen Asianajajaliiton sääntöjen mukaisessa välimiesmenettelyssä. Välimiehinä toimineet asianajajat kuuluivat hallitukseen liiton siinä paikallisosastossa, jonka jäsen asiassa vastaajana ollut asianajaja oli. Ratkaisusta ilmenevin perustein välimiesten ei katsottu olleen esteellisiä.”

[17] Aluksi mainituissa kahdessa kysymyksessä päädyttiin (HE 54/2004 vp) ensin julkisuusasiassa siihen, että asianajajaliitolle tuli velvollisuus pitää erityistä julkista päiväkirjaa valvonta-asioista ja palkkioriita-asioista. Valvonta-asian ratkaisusta ja palkkiota koskevasta suosituksesta tuli laatia julkinen ratkaisuseloste. Kurinpidollisten seuraamusten joukosta tuli poistettavaksi julkinen varoitus, jonka sijaan säädettiin mahdollisuus määrätä seuraamusmaksu, suuruudeltaan vähintään 500 ja enintään 15 000 euroa. Mitä taas palkkioriita-asioihin tuli, asianajajaliiton välimiesmenettely lakkautettiin ja palkkioriita-asiat tulivat käsiteltäviksi valvontalautakunnan jaostossa, jonka puheenjohtajana toimisi tällöin asianajajakuntaan kuulumaton jäsen. Asiakkaan pyynnöstä voitiin palkkion kohtuullisesta määrästä antaa suositus. Edelleen lainuudistuksella tehtiin mahdolliseksi, että eläkkeelle siirtyvä asianajaja voisi käyttää ammattinimikettään tietyin edellytyksin myös ammattitoiminnan päättyessä.

Yhden asianajajajäsenen korvaaminen asianajajakuntaan kuulumattomalla henkilöllä nähtiin siis tarpeelliseksi puolin ja toisin, mutta asianajajakuntaan kuulumattomien jäsenten nimittämistavasta tuntui muodostuvan ylipääsemätön ongelma. Valtiovallan taholla edellytettiin, että nimityksen tekisi oikeusministeriö. Asianajajaliitto piti tiukasti kiinni aikaisemmasta järjestyksestä: nimitysvalta kuului liiton valtuuskunnalle, mutta ministeriötä tuli kuulla asiassa.

Valmistelun jatkuessa esitettiin nimittämiskysymyksen ratkaisemiseksi kompromissia, jonka mukaan valvontalautakunnan muut kuin asianajajajäsenet nimittäisi tuomarinvalintalautakunta. Tämä vaihtoehto ei kuitenkaan läpäissyt ministeriön lopullista käsittelyä, ja hallituksen esitykseen HE 54/2004 oli asianajajaliitolle yllättävänä ratkaisuna kirjattu ehdotus valtioneuvostosta nimittävänä viranomaisena. Nimitysesityksen tekeminen kuului oikeusministeriölle, jonka tuli pyytää asianajajaliiton lausunto ehdotettavien henkilöiden sopivuudesta tehtävään. Hallituksen esityksen perusteluihin kuului lisäksi lausuma, jonka mukaan liiton lausunnolle oli tarkoitus antaa erityistä painoarvoa ja että tehtävään ei ole tarkoitus nimittää vastoin liiton näkemystä. Lautakunnan jäsenten kelpoisuusehdot tulivat säädettäviksi laissa.

Hallituksen esityksen hyväksyminen valtioneuvostossa ei lopettanut asianajajaliiton muutospyrkimyksiä, vaan nimitysjärjestelmän muuttamiseksi toimittiin vielä eduskuntakäsittelyn aikana.[18] Eduskunnan lakivaliokunta ehdottikin mietinnössään (LaVM 5/2004 vp), että kyseinen säännös kirjoitettaisiin lain 7a §:ään (hallituksen esityksen 6a §) seuraavasti:

> ”Asianajajayhdistyksen valtuuskunta valitsee valvontalautakunnan puheenjohtajan sekä asianajajakuntaan kuuluvat jäsenet ja heidän varajäsenensä. Valtioneuvosto nimittää asianajajakuntaan kuulumattomat valvontalautakunnan jäsenet ja heidän varajäsenensä oikeusministeriön esityksestä ministeriön saatua ehdokkaiden kelpoisuudesta tehtävään asianajajayhdistyksen puoltavan lausunnon.[19] Lausuntopyynnössä on esitettävä ehdokkaita kaksi kertaa niin paljon kuin on nimitettäviä.”

Lakivaliokunnan ehdottamaa muutosta, joka hyväksyttiin eduskunnan lopullisessa käsittelyssä, voidaan kuvata niin, että hallituksen esityksen perusteluihin kirjattu eräänlainen *veto*-oikeus, joka asianajajaliitolle tuli kuulumaan siltä pyydettävän lausunnon johdosta, kirjoitettiin itse lakitekstiin.

---

[18] Asianajajaliiton Internet-sivuilla 23.4.2004 julkaistu tiedote antaa hyvän kuvan keskustelun sävystä: ”Työryhmän (s.o. em. apulaisoikeuskansleri Jonkan työryhmän, T.E) yksimielinen esitys oli, että Asianajajaliiton valvontalautakunnan asianajajakuntaan kuulumattomat jäsenet nimeäisi tuomarinvalintalautakunta, mikä on omiaan korostamaan valvontalautakunnan riippumattomuutta. Juuri ennen asian esittelyä hallitukselle oikeusministeri Johannes Koskinen romutti työryhmän saavuttaman esityksen siltä osin kuin on kyse valvontalautakunnan nimittämismenettelystä. Asianajajaliitto ei voi hyväksyä oikeusministerin esitystä. Se on vastoin oikeusvaltion periaatetta, jonka mukaan asianajajalaitoksen tulee olla poliittisesta vallasta riippumaton aivan samoin kuin tuomarilaitos. Poliittinen valtioneuvosto ei ole sopiva taho nimittämään jäseniä valvontalautakuntaan, toteaa Asianajajaliiton puheenjohtaja Matti Manner.”

[19] Asianajajaliiton lausunto on siis kuitenkin nyt rajattu koskemaan vain asianomaisen kelpoisuutta, joka on suppeampi käsite kuin hallituksen esityksessä käytetty sopivuus tehtävään. Kelpoisuusvaatimuksiin kuuluu, että asianomainen on suorittanut oikeustieteen kandidaatin tutkinnon ja on perehtynyt asianajotoimintaan sekä lisäksi tuomarin tehtäviin taikka oikeustieteen yliopistolliseen koulutukseen ja tutkimukseen.

Kun tarkastellaan niitä perusteluita, joita nimittämiskysymyksen pääratkaisuvaihtoehdoille eri vaiheissa esitettiin, voidaan havaita, että päätöksenteon pohjaksi oli koottu poikkeuksellisen runsaasti oikeusvertailevaa aineistoa asianajajaoloista yleensä ja kurinpitojärjestelmistä erityisesti niin pohjoismaista kuin Itävallasta, Saksasta ja Alankomaistakin. Lisäksi kurinpitokysymyksiä oli tarkasteltu ihmis- ja perusoikeusnäkökulmasta. Eri valmisteluvaiheissa painotettiin eri näkökohtia. Kun tuomarinvalintalautakuntaa suunniteltiin valvontalautakunnan asianajajakuntaan kuulumattomien jäsenten nimittäjäksi, katsottiin ehdotetun menettelyn varmistavan sekä asianajajakunnan riippumattomuuden että julkisen vallan edun toteutumisen. Asianajajakunnan riippumattomuus edellytti sitä, että toimikunnan puheenjohtajana toimi asianajaja.

Kun lopullisessa hallituksen esityksessä nimitysvalta oli siirretty tuomarinvalintalautakunnalta valtioneuvostolle, perustelut vastasivat edellä esitettyjä. Niiden lisäksi hallituksen esitykseen oli otettu maininta siitä, että asianajajakunnan luottamuksen saavuttamiseksi oli välttämätöntä, että asianajajaliiton lausunnolle ehdotettavien ulkopuolisten sopivuudesta jäsenen ja varajäsenen tehtävään annetaan erityistä painoarvoa eikä tehtävään nimitetä vastoin liiton näkemystä. Eduskunnan lakivaliokunnan sisällyttäessä tämän *veto*-oikeuden edellä selostetulla tavalla itse lakitekstiin olivat perustelut puhtaasti asianajajakunnan autonomisuudesta lähtevät:

> ”Lakivaliokunnan mielestä tällainen asianajajayhdistyksen tietynlainen *veto*-oikeus ehdokkaita asetettaessa ilmentää sopivalla tavalla sitä, että kysymyksessä on nimenomaan asianajajayhdistyksen itsensä harjoittama ammattieettinen valvonta. Asian periaatteellisen merkityksen vuoksi sitä ei kuitenkaan voida jättää vain perustelujen varaan, vaan siitä on nimenomaisesti säädettävä. Lakivaliokunta ehdottaa pykälään tehtäväksi tätä tarkoittavan muutoksen.”

Kuluttajansuojanäkökohtiin tai siihen, että asianajajien valvonta- ja kurinpitojärjestelmän tuli nauttia myös suuren yleisön luottamusta, ei siis nyt laisinkaan viitattu.

## Valvonta ja kurinpito on uudelleen järjestetty, mutta miten kehitetään hyvää asianajajatapaa?

Suomessa asianajajalain muutosten yhteydessä käyty keskustelu asianajajien valvonta- ja kurinpitojärjestelmästä on vain välillisesti käsitellyt itse eettisiä tapaohjeita ja niitten sisältöä.

Kantaa on voimakkaasti otettu siihen, mitkä ja keiden toimesta nimetyt tahot saavat valvoa tapaohjeitten noudattamista ja antaa seuraamuksia niitten rikkomisesta. Sen sijaan kysymys siitä, onko vuonna 1972 kodifioitujen tapaohjeitten sisältö edelleen ajan tarpeita vastaava, ja millä tavalla mahdollisesti tarvittavat uudistukset valmistellaan ja toteutetaan, on jäänyt avoimeksi. Asianajajaliitto ei ole vähään aikaan käsitellyt asiaa, ja esim. Asianajajan käsikirjan kannanotot (s. 191 ss.) ovat verraten konservatiivisia. Teoksessa kerrotaan mm., että liiton

hallituksen eettinen valiokunta on 1980-luvun lopulla käynyt tapaohjeet läpi sitä silmällä pitäen, olisivatko tarkistukset tarpeellisia. ”Sellaiseen ei havaittu aihetta.”[20]

Käsikirjassa korostetaan, että hyvää asianajajatapaa synnyttää ja kannattaa asianajajakunnan yleinen ja yhteinen mielipide, *communis opinio*. Tämän johdosta joutuu kysymään, mikä on se forum, jolla Suomen asianajajakunta tätä yleistä ja yhteistä mielipidettään luo ja kehittää. Se voisi luontevimmin olla juuri em. liittohallituksen asettama eettinen valiokunta, johon kuuluu 8 jäsentä (ml. puheenjohtaja) ja jonka tehtäviksi on asetettu asianajajaetiikkaan sekä asianajajan siviili- ja rikosoikeudelliseen vastuuseen kuuluvien asioitten seuranta ja valmistelu sekä niitä koskevien ehdotusten tekeminen.[21]

Keskeinen asema hyvää asianajajatapaa koskevien ohjeitten seurannassa ja soveltamisessa on puolestaan liiton valvontalautakunnalla, joka vuosittain tulee käsittelemään kolmisensataa kurinpitoasiaa. Niistä julkaistaan vuosittain valvontakertomus, minkä lisäksi lautakunta voi määrätä, että kurinpitopäätös, jolla on periaatteellista merkitystä tai muutoin yleistä mielenkiintoa, on kokonaan tai osaksi saatettava julkisuuteen. Tällaisissa tapauksissa on lautakunnan laatima tapausreferaatti julkaistu *Defensor Legi*sissä ja Internetissä asianajajaliiton jäsensivuilla.[22]

Valvontalautakunnan näkökulma tapaohjeisiin on kuitenkin repressiivinen, ikään kuin jälkikäteinen. Se ei myöskään ole katsonut tehtäviinsä kuuluvan tapaohjeitten kriittistä arviointia tai ehdotusten tekemistä tapaohjeitten muuttamiseksi.[23] Ajatus on tavallaan käänteinen sille, mitä edellä alaviitteessä 19 on mainittu eettisen valiokunnan tehtävänrajauksesta: eettisen valiokunnan tehtäviinhän ei kuulu käsitellä kysymyksiä, jotka liittyvät tapaohjeitten jonkin kohdan tulkintaan. Kumpikin tehtävänrajaus on negaation muodossa. On kysyttävä, miten voitaisiin päästä positiivisen toiminnan uralle.

---

[20] Eettisen valiokunnan tehtäviin ei kuulu käsitellä kysymyksiä, jotka liittyvät tapaohjeitten jonkin kohdan tulkintaan. Tämä tehtävä on kurinpitolautakunnan, nyttemmin siis valvontalautakunnan. Viime aikoina eettinen valiokunta on mm. valmistellut vuonna 2002 Euroopan unionin asianajajaliittojen neuvoston (CCBE) suosituksen pohjalta sähköistä viestintää ja internetiä koskevan ohjeen ja suosituksen sekä käsitellyt rahanpesuun liittyviä eettisiä kysymyksiä ja asianajotoiminnan harjoittamista osuuskuntamuodossa.

[21] Tämän kirjoituksen alussa mainittu Asianajajaoikeuden kilta on tarjonnut mainion keskusteluforumin tapaohjeisiin liittyvistä ajankohtaisista kysymyksistä, ja killan kokouksissa pidettyjä esityksiä on julkaistu *Defensor Legi*sissä. Kilta on kuitenkin liiton organisaatiosta riippumaton, eikä esimerkiksi eettinen valiokunta ole huomatakseni kovin tarkoin seurannut killan toimintaa.

[22] Erityisen merkittävä referaattikokonaisuus on sisältynyt kurinpitolautakunnan tuolloisen puheenjohtajan Seppo von und zu Fraunbergin artikkeliin Kurinpitolautakunnan ratkaisut asianajajan esteellisyydestä, DL 1997 s. 182 ss.

[23] Voidaan myös kysyä, missä määrin valvontalautakunnan työ itse asiassa on koko asianajajaliiton jäsenkunnan kattava. Tähän tarkasteluun saa mielenkiintoisen näkökulman edellä mainitusta Helle Blomquistin väitöskirjasta. Tanskan kurinpitolautakunnan työtä tutkiessaan Blomquist on tehnyt sen tärkeän havainnon, että kurinpitomenettelyn kohteeksi joutuu tyypillisesti joko yksin tai pienessä toimistossa työskentelevä asianajaja. Liikejuridiikan suurten toimistojen asianajajat ovat kurinpidon kohteina merkittävästi vähemmän kuin heidän suhteellisen määränsä perusteella voitaisiin ajatella. Kurinpidon kohteeksi joutuvan päämiehenä on lisäksi varsin usein yksityishenkilö, jonka toimeksianto on koskenut esim. kiinteistökauppaa, avioeroa, perintöä tai saatavan perintää, ks. Blomquist s. 119 ss. ja liite 2. Transaktiojuridiikan eettiset kysymykset eivät juuri tule tanskalaisessa kurinpidossa käsiteltäviksi. Vastaavalla tarkkuudella tehtyä selvitystä Suomesta ei ole käytettävissäni, mutta käytännön tuntuma viittaa siihen, että myös Suomessa valvontalautakunnan kurinpitomenettely kohdistuu asianajajakuntaan vastaavalla tavalla valikoivasti.

Aloite asianajajien tapaohjeitten ylläpitämisestä ja jatkuvasta kehittämisestä kuuluu epäilemättä asianajajaliitolle itselleen. Nykyisessä tilanteessa voidaan tuskin sanoa, ettei ohjeitten läpikäyntiin ja tarkistamiseen ole aihetta. Asianajotoiminta on reilussa kolmessa vuosikymmenessä muuttunut paljon niin meillä kuin muuallakin. Toimijat ovat tulleet suuremmiksi, ala on liikemiesmäistynyt, laajentunut ja kansainvälistynyt.[24] Huomioon tulee ottaa myös yksityisten kansalaisten asema asianajopalvelujen kuluttajina ja valvontajärjestelmän toiminnan käynnistäjinä.

[24] Kuten tunnettua, on esim. meidän kansallisten tapaohjeittemme ja CCBE:n valmistelemien eurooppalaisten tapaohjeitten välillä eräitä ristiriitaisuuksia.

Seppo Eskuri

# Eräitä ongelmakysymyksiä uusittavista henkilövahinkojen korvaamista koskevista säännöksistä

## Mikä on henkilövahinko?

Kysymys tuntuu ilman perusteellisempaa pohdintaa ehkä yllättävältäkin. Tässä tarkastellaan henkilövahingon sisäistä olemusta ja sitä, onko henkilövahinko käsitteenä tunnistettava määritelmätasolla vai voidaanko konkreettisessa tapauksessa edetä suoraan niihin korvausaiheisiin, joihin henkilövahingon kärsineellä on oikeus vahingonkorvauslain säännösten perusteella. Vuoden 1974 vahingonkorvauslain mukaan vahingonkorvaus käsittää hyvityksen mm. henkilö- ja esinevahingosta. Edelleen vuoden 1974 vahingonkorvauslaissa on todettu, että sillä, jolle on aiheutettu ruumiinvamma tai muu henkilövahinko, on oikeus saada korvaus sairaanhoitokustannuksista ja muista vahingosta aiheutuneista kuluista, tulojen tai elatuksen vähentymisestä, kivusta ja särystä sekä viasta tai muusta pysyvästä haitasta.

Vahingonkorvauslain uusissa, 1.1.2006 voimaan tulevissa, henkilövahinkoja koskevissa säännöksissä on sanottu, että

> ”vahingonkorvaus käsittää hyvityksen *henkilö- ja esinevahingosta*” sekä – –*”henkilövahingon kärsineellä on oikeus korvaukseen*
> – tarpeellisesta sairaanhoitokustannuksesta ja muista tarpeellisista kuluista
> – ansionmenetyksestä
> – kivusta ja särystä sekä muusta tilapäisestä haitasta
> – pysyvästä haitasta”.

Useissa erityislaeissa on määräyksiä siitä, mitä korvauksia ko. lain perusteella korvattavissa vahingoissa on tarkoitus korvata. Eräitä luetellaan seuraavassa:

> Liikennevakuutuslain 1 §: *”Moottoriajoneuvon liikenteeseen käyttämisestä aiheutunut henkilö- tai omaisuusvahinko, jota jäljempänä sanotaan liikennevahingoksi, korvataan ajoneuvoja varten annetusta liikennevakuutuksesta.*”

> Liikennevakuutuslain 6 §: *”Liikennevahingon korvaus määrätään noudattaen vahingonkorvauslain 5 luvun 2–5 pykälän ja 7 luvun 3 §:n säännöksiä.”*

Potilasvahinkolain 2 §: *”Korvausta suoritetaan henkilövahingosta, jos on todennäköistä, että se on aiheutunut – – .”*

Potilasvahinkolain 3 §: *”Korvaus potilasvahingosta määrätään noudattaen vahingonkorvauslain 5 luvun 2–4 pykälän, 6 luvun 1 pykälän sekä 7 luvun 3 pykälän säännöksiä.”*

Tuotevastuulain 1 §: *”Tämä laki koskee tuotteesta henkilölle taikka yksityiseen käyttöön tai kulutukseen tarkoitetulle ja vahinkoa kärsineen pääasiassa sellaiseen tarkoitukseen käyttämälle omaisuudelle aiheutuneen vahingon korvaamista.”*

Tuotevastuulain 8 §: *”Tämän lain mukainen korvaus määrätään noudattamalla soveltuvin osin vahingonkorvauslakia.”*

Raideliikennevastuulaki 1 §: *”Tätä lakia sovelletaan raideliikenteessä aiheutuneiden henkilövahinkojen ja esinevahinkojen korvaamiseen – –.”*

Raideliikennevastuulaki 12 §: *”Korvaus raideliikennevahingosta määrätään vahingonkorvauslain 5 luvun 2–5 pykälän ja 7 luvun 3 pykälän säännösten mukaisesti – –.”*

Rikosvahinkolaki 1 a §: *”Vahingonkärsineellä on oikeus saada korvausta henkilövahingosta ja esinevahingosta– –.”*

Rikosvahinkolaki 5 §: *”Henkilövahingonkärsineelle suoritetaan korvaus mm.*
- *sairaanhoitokustannuksista ja muista vahingosta aiheutuneista kuluista, kivusta ja särystä sekä viasta ja muusta pysyvästä haitasta*
- *tulojen ja elatuksen vähentymisestä jne.”*

Säädöstasolla asiaa tarkasteltuna näyttäisi siltä, että ensin olisi tunnistettava, mitä voidaan pitää henkilövahinkona ja kun henkilövahingon tunnusmerkistö on täyttynyt, tällaisella henkilövahingonkärsineellä on sitten oikeus niihin korvausaiheisiin, jotka laissa on erikseen lueteltu. Uusituissa henkilövahinkosäännöksissä ei ole ollut tarkoitus muuttaa aikaisemman vahingonkorvauslain asiallista sisältöä henkilövahingon osalta. Koska terveydentilan häiriö voi olla joko fyysinen tai psyykkinen, on vanhan lain viittaus ruumiinvammaan tai muuhun henkilövahinkoon (= psyykkinen vamma) tarpeettomana vain poistettu.

Hallituksen esityksessä (HE 167/2003 uudet henkilövahinkokorvaussäännökset) on päädytty siihen, että henkilövahingon käsitettä ei laissa määritellä. Henkilövahingon käsite riippuu kulloinkin vallitsevasta lääketieteellisestä tietämyksestä ja käytettävissä olevista lääketieteellisistä tutkimusmenetelmistä. Henkilövahinkoa arvioidaan lääketieteellisenä ilmiönä, mutta sitä ei tarvitsisi aina näyttää lääketieteellisesti riittävästi toteen. Lähtökohtaisesti kuitenkin henkilövahingolla tarkoitetaan sellaista terveydentilan häiriötä, joka on lääketieteellisin keinoin todettavissa. Lopullinen arvio tehdään kuitenkin oikeudellisen harkinnan perusteella, minkälaiset terveyteen kohdistuvat haitat voidaan korvata henkilövahinkoa koskevien säännöksien perusteella. Onko ajatusmalli aukoton ja minkälaisia kysymyksiä joudutaan ratkomaan käytännössä, siitä jäljempänä.

Hallituksen esityksessä on mainittu esimerkki: ”Kivun osalta korvattavuuden perusteeksi riittäisi se, että tietynlaisesta teosta lääketieteellisten kokemussääntöjen mukaan aiheutuu kipua, eikä korvattavuutta sulje pois se, että kivun aiheuttamista yksittäisissä tapauksissa ei kyetä lääketieteellisin tutkimusmenetelmin näyttämään toteen.” Tämä toteamus aiheuttaa ongelmia. Lääketiede ei ole tieteenä ns. täsmätiedettä samalla tavalla kun matemaattiset kaavat tai fysiikan lait. Usein lääketieteellinen arvio yksittäistapauksessa on erilainen riippuen siitä, minkä lääketieteen erityisalan arvioija on kyseessä ja vielä siitä, ”minkälaisia tuulia” lääketieteen alueella kulloinkin on. Tyypillisenä esimerkkinä näistä ilmiöistä ovat tällä hetkellä ns. diffuusit aivovammat, neuropaattiset kiputilaoireet ja niskan retkahdusvammat ilman selvästi diagnosoitavissa olevaa vammaa. Näiden suhteen erityisesti ongelmana on se, minkälainen on henkilövahingon sisältö ja kuinka kauan terveydentilan häiriö kestää. Tämä puolestaan määrää välittömästi sen, minkälaisia korvausaiheita voidaan konkreettisesti tilanteessa käyttää mm. ansionmenetyskorvauksen jatkuminen, sairaanhoito- ja lääkekulut sekä immateriaalikorvaukset.

Myös vahingonkorvauslain sisällä operoidaan käsitteellä henkilövahinko. Lainaukset ovat uusista henkilövahinkoa koskevista säännöksistä.

> Vahingonkorvauslain 2 c §: ”*Kivusta ja särystä sekä muusta tilapäisestä haitasta määrätään korvaus ottamalla huomioon erityisesti henkilövahingon laatu ja vaikeusaste, sen edellyttämän hoidon laatu ja kestoaika sekä haitan kestoaika.*”
>
> Vahingonkorvauslain 2 d §: ”*Henkilövahingonkärsineen vanhemmilla, lapsilla ja aviopuolisolla sekä muulla näihin rinnastettavalla henkilövahingonkärsineelle erityisen läheiselle henkilölle on erityisestä syystä oikeus kohtuulliseen korvaukseen tarpeellisista kuluista ja ansion menetyksestä, jotka heille aiheutuvat henkilövahingon kärsineen hoitamisesta. Sama koskee muiden vahingosta johtuvien toimenpiteiden korvaamista, jos ne ovat omiaan edistämään henkilövahingon kärsineen tervehtymistä tai kuntoutumista. Korvausta maksetaan enintään siihen saakka, kun henkilövahingon kärsineen terveydentila vahinkotapahtuman jälkeen on vakiintunut.*”
>
> Vahingonkorvauslain 4 b §: ”*Jos kuolema on aiheutettu tahallisesti tai törkeästä huolimattomuudesta, surmansa saaneen vanhemmilla, lapsilla ja aviopuolisolla sekä muulla näihin rinnastettavalla surmansa saaneen erityisen läheisellä henkilöllä on oikeus kuolemantapauksen seurauksena aiheutuneesta henkilövahingosta johtuvista tarpeellisista sairaanhoitokustannuksista ja muista tarpeellisista kuluista sekä ansion menetyksestä.*”

Useat uudenkin vahingonkorvauslain eri säännökset näyttäisivät edellyttävän, että henkilövahinko on käsitteenä kyettävä määrittelemään. Mikäli käsite on horjuva ja aiheuttaa tällä tasolla erimielisyyksiä tai vaikeata soveltamista, voidaan kysyä, ovatko vahinkoa kärsineet keskenään samanarvoisessa asemassa ja riippuuko korvaussäännöksen tulkinta esimerkiksi siitä, minkä lääketieteen erityisalan ammattihenkilö arvion suorittaa tai onko vahingonkorvausta arvioiva juristi kykenevä erityistilanteessa suorittamaan oikeudellisen harkinnan tilanteessa, joissa ei kyetä lääketieteellisin tutkimusmenetelmin näyttämään toteen terveydentilan häiriön olemassaoloa tai sen astetta taikka siitä vallitsevia eri käsityksiä.

Oikeuskäytännössä on eräissä tapauksissa kuvattu terveydentilaan liittyvä haitta, jonka perusteella on sitten määrätty korvaus henkilövahinkoa koskevista korvausaiheista. Eräissä tapauksissa on oikeuskäytännössä vain todettu, ettei kyseessä ei ole sellainen henkilövahinko, joka oikeuttaisi vahingonkorvaukseen mm. viasta tai muusta pysyvästä haitasta.

## Eräitä esimerkkejä:

KKO:1980 II 98: *”A oli joutunut kolmen häntä huomattavasti nuoremman paljastetuin puukoin varustautuneen henkilön ryöstöaikeissa piirittämäksi, mutta onnistunut pakenemaan paikalta. A:lle, jonka uni oli muuttunut levottomaksi ja joka toistuvasti oli nähnyt tapaukseen liittyviä painajaisunia, tuomittiin vahingonkorvauslain 5 luvun 2 pykälän nojalla korvausta kivusta ja särystä.”*

KKO 1998:79: *”A:lle oli vuonna 1989 tehty Virossa suomalaisen sairaalan ostettuna palveluna sydämen ohitusleikkaus. Leikkauksen yhteydessä A:lle oli annettu paikallista verta tai veriplasmaa. A oli saanut kroonisen hepatiitti C -virustartunnan. Korkein oikeus katsoi tuomiosta lähemmin ilmenevillä perusteilla, että virustartunta yksin ei ollut sellainen henkilövahinko, joka olisi oikeuttanut vahingonkorvauksen viasta tai muusta pysyvästä haitasta. Virustartunnasta ainakin osaksi aiheutunut masennus oli korvaukseen oikeuttava henkilövahinko.”*

KKO 1999:44: *”A oli tahallaan surmannut B:n kaksi koiraa. Tästä ei ollut näytetty aiheutuneen B:lle sellaista henkilövahinkoa, jonka perusteella hänellä olisi oikeus saada vahingonkorvauslain 5 luvun 2 pykälän nojalla korvausta henkisestä kärsimyksestä.”*

Viimeksi mainitussa korkeimman oikeuden ratkaisussa lienee lipsahdus termin henkinen kärsimys osalta ja siinä on ilmeisesti tarkoitettu vain vahingonkorvauslain 5 luvun 2 pykälän korvausaiheita ei sen sijaan 5 luvun 6 pykälän kärsimystä. Sen sijaan lukuisissa korkeimman oikeuden ratkaisuissa on vuoden 1974 vahingonkorvauslain henkilövahinkoa koskevien kipuja särkykorvauksen korvausaiheen perusteella maksettu erilaisista psyykkisistä ahdistustiloista ja henkisestä rasituksesta kipuun ja särkyyn sisältyvänä korvausta.

Näyttäisi kaiken kaikkiaan siltä, että korkein oikeuskin on tapaus tapaukselta harkinnut, onko yksittäistapauksessa tietynlainen terveydentilan häiriö ylittänyt henkilövahingosta korvattavan korvausaiheen tunnusmerkistön. Sen sijaan korkeimman oikeuden ratkaisukäytännössä ei ole pyritty luettelemaan erilaisten tekijöiden muodostamaa tunnusmerkistöä, jolla henkilövahinko voitaisiin katsoa olevan olemassa oikeudellisen arvioinnin perusteella, mikä puolestaan johtaisi eri korvausaiheiden käyttämiseen.

Aiheesta voidaan sanoa, että aikaisempien oikeuskäytännön esimerkkien valossa ei ole kyetty luomaan selkeätä tunnusmerkistöä sen osalta, millaiset terveyteen kohdistuvat haitat tulevat korvattavaksi henkilövahinkoa koskevien säännösten perusteella silloin, kun yksiselitteistä näytettyä lääketieteellisiin tutkimuksiin perustuvaa diagnoosia ei ole esitetty.

Hallituksen esityksen (uudet vahingonkorvaussäännökset) mukaan ihmiselle normaalisti syntyvät tunnetilat kuten mielipaha, suru, pelko tai viha eivät edelleenkään olisi korvattavia henkilövahinkoja. Perinteisesti masennustila on pidetty psyykkisen tilan sellaisena häiriinty-

misenä, että henkilövahinkokynnys on ylitetty. Käytännössä lienee kuitenkin hankala erottaa toisistaan, onko kysymyksessä tunnetilaan liittyvä ilmiö, kun se on riittävän voimakas. Oikeuskäytännössä silloin, kun pelkotila on alkanut hallita ihmisen käyttäytymistä, henkilövahinkokynnys on katsottu ylitetyksi, esimerkiksi KKO: 1982 II 6.

Aivan viime vuosina korkein oikeus on antanut lukuisia ratkaisuja, joiden tarkoituksena on ollut erottaa voimassa olevan vahingonkorvauslain 5 luvun 6 §:n kärsimyskorvaus ns. kipuun ja särkyyn rinnastettavasta vahingonkorvauslain 5 luvun 2 §:n mukaan korvattavaksi tulevasta ”henkisestä kärsimyksestä”.

> KKO 2004:23: *Ravintolan kokki A oli työssään saanut sähköiskun yleiskoneesta, jonka pistotulppa oli kytketty virheellisesti. A:lle oli aiheutunut vaikea-asteinen traumaperäinen stressireaktio. Kytkennän suorittanut elinkeinonharjoittaja velvoitettiin suorittamaan A:lle korvausta kipuun ja särkyyn rinnastettavasta kärsimyksestä.*

Alioikeus oli kyseisessä tapahtumassa tuominnut henkilövahingosta korvausta kipuun ja särkyyn rinnastettavasta henkisestä kärsimyksestä. Hovioikeus oli katsonut, että korvaus henkisestä kärsimyksestä on lakiin perustumaton, koska kyseessä ei ole vahingonkorvauslain 5 luvun 6 §:ssä tarkoitetusta rikoksesta. Korkein oikeus katsoi, että vahingonkorvauslain 5 luvun 2 §:n mukaan sillä, jolle on aiheutettu ruumiinvamma tai muu henkilövahinko, on oikeus saada korvaus paitsi muusta, myös kivusta ja särystä. Psyykkisen tilan häiriintyminen voi olla lain tarkoittama muu henkilövahinko. Kivulla ja säryllä taas tarkoitetaan fyysistä tai psyykkistä, äkillistä tai jatkuvaa vamman aiheuttamaa tunnetta. Vakiintuneessa oikeuskäytännössä kipuun ja särkyyn on rinnastettu myös niihin verrattava kärsimys, joilla kuvataan juuri psyykkisessä terveydentilassa ilmenevää vahinkoa eli ns. psyykkistä henkilövahinkoa. Sen sijaan surun, pelon ja muita normaaliin elämään kuuluvia epämiellyttäviä tunteita ei kuitenkaan korvata kipuun ja särkyyn rinnastettava kärsimyksenä eli psyykkisenä henkilövahinkoa. Psyykkisen henkilövahingon korvaus edellyttää, että tällainen vahinko on lääketieteellisin keinoin näytettävissä. Tässä suhteessa psyykkinen henkilövahinko eroaa esimerkiksi vahingonkorvauslain 5 luvun 6 §:ssä tarkoitetusta kärsimyksestä.

Tässä tapauksessa korkein oikeus piti traumaperäistä stressireaktiota vahingonkorvauslain 5 luvun 2 §:ssä tarkoitettuna psyykkisenä henkilövahinkona.

Tämän viimeksi siteeratun korkeimman oikeuden ratkaisun ja siinä käytettyjen suhteellisen seikkaperäisten perustelujen mukaan voitaisiin päätellä, että korkein oikeus on halunnut määritellä henkilövahingon käsitteen tapauksessa, kun kysymyksessä ei ole ruumiillinen ns. fyysinen vamma. Korkein oikeus on katsonut, että psyykkinen henkilövahinko on kyseessä vain silloin, kun se on määriteltävissä lääketieteellisin keinoin ja myös toteen näytettävissä. Kun henkilövahinko on näin todettu, se oikeuttaa ratkaisuhetkellä voimassa olleen vahingonkorvauslain 5 luvun 2 §:ssä tarkoitettuun korvaukseen henkilövahingosta, jolloin suoritettavaksi tulevat siinä mainitut korvausaiheet.

Kun oikeudellista harkintaa käytetään henkilövahinkotilanteessa, jossa yksiselitteistä lääketieteellistä arviota ei ole voitu tehdä, olisi kyettävä luettelemaan kriteerit, joiden perusteella

voitaisiin arvioida katsoa kyseessä olevan korvattavan henkilövahingon. Tällaisten oikeudelliseen arvioon perustuvien henkilövahingon tunnusmerkkien olisi oltava myös objektiivisesti arvioiden ulkopuolisen havaittavissa. Pelkästään subjektiiviset näkemykset eivät saa olla merkitsevässä asemassa, kun suoritetaan oikeudellista arviota siitä, onko henkilövahinkokynnys ylittynyt vai ei.

## Eräitä erityistilanteita

Tässä tarkastellaan vain eräitä erityistilanteita. Näissä olen pyrkinyt havainnollistamaan sen, mitä edellä on teoreettisella tasolla pohdittu, onko henkilövahingon käsite ilmiönä tarpeellista tunnistaa vai ei.

Potilasvahinkolain 2 §:n 1 momentin 1 kohdan mukaan korvausta suoritetaan henkilövahingosta, jos on todennäköistä, että se on aiheutunut tutkimuksesta, hoidosta tai muusta vastaavasta käsittelystä taikka sellaisen laiminlyönnistä edellyttäen, että kokenut terveydenhuollon ammattihenkilö olisi tutkinut, hoitanut tai muutoin käsitellyt potilasta toisin ja siten todennäköisesti välttänyt vahingon (ammattistandardin mukainen korvausperuste).

### Esimerkki (potilasvahinkolain soveltamisesta):

> Eräässä tapauksessa henkilöä oli hoidettu aiemmin terveyskeskuksessa ja aluesairaalassa äkillisesti alkaneiden rintakipujen ja tutkimusaikana pahentuneiden angina pectoris -oireiden vuoksi. Sama henkilö oli aiemmin sairastanut myös kaksi sydäninfarktia ja riskitekijöinä oli lisäksi sepelvaltimotauti ja verenpainetauti. Henkilö lähetettiin sittemmin jatkotutkimuksiin yliopistosairaalaan. Lähetteen mukana oli myös kliinisen rasituskokeen tulos ja ilmoitus, että potilaalla on ajoittain myös yö- ja lepo-oireita. Yliopistollisessa sairaalassa oli tarkoitus tehdä angiografia (varjoainetutkimus). Kiireellisyysluokitukseksi yliopistosairaala arvioi R3 eli ei kiireellinen. Kuitenkin kuvattujen oireiden ja rasituskokeen perusteella potilas kuului mitä ilmeisemmin kiireellisyysluokitukseltaan luokkaan R1 eli ensimmäiseen kiireellisyysluokkaan. Potilasvahinkolautakunnan tätä tapausta käsiteltäessä hankkiman ulkopuolisen asiantuntija-arvion mukaan jonotusaika tutkimuksiin olisi saanut olla enintään 2–4 viikkoa. Angiografian jälkeen tällaiset potilaat leikataan yleisen hoitokäytännön mukaan samalla sairaanhoitojaksolla. Potilaan ilmoituksen mukaan hän oli saanut vastaukseksi sen, että jonotusaika yliopistollisessa sairaalassa hänen tapauksessaan luokituksella R3 olisi puolitoistavuotta. Potilas oli ilmoituksensa mukaan myös itse yrittänyt lyhentää jonotusaikaa saatuaan tiedon jonotusajasta. Tämän jälkeen henkilö otti itse yhteyttä yksityiseen suureen lääkärikeskukseen. Välittömästi tämän jälkeen yksityisessä lääkärikeskuksessa tehtiin sepelvaltimoiden varjoainekuvaus (angiografia), jossa todettiin tiukka kolmen suonen tauti. Angiografian suorittamista seuraavana päivänä potilaalle tehtiin ohitusleikkaus. Leikkaustulos oli hyvä ja potilas on toipui vähäoireiseksi.

Koska kysymys on tämän artikkelin kohdalta vain henkilövahingon määrittelyyn liittyvän kysymyksen asettelu, yksinkertaistan tässä hieman tilannetta enkä tuo ulos perusteluja, miten

yksityiskohtaisesti perustelu ammattistandardiin liittyvän korvausperusteen osalta eteni. Lähden nyt olettamasta, että vain yliopistollinen sairaala olisi menetellyt virheellisesti arvioidessaan väärin lähetteen perusteella kiireellisyysluokituksen.

Edellä kuvatussa tapauksessa henkilövahingon käsitteen osalta mielenkiinto on siinä, millä perusteella tapaus tulisi arvioida henkilövahinkona, kun potilas toipui vähäoireiseksi eikä viivettä ollut hoidossakaan, kun potilas oli kääntynyt julkisen terveydenhuollon sijasta suuren yksityisen terveyskeskuksen asiakkaaksi, jossa hänen sairautensa hoidettiin joutuisasti.

Tapauksessa ei ole terveydentilan häiriötä hoidon viivästymisen kohdalta, koska vähintään samassa ajassa tehtiin samanlaiset hoitotoimenpiteet yksityisellä sektorilla julkisen sektorien sijasta. Kuitenkin kysymykseen tulee se, onko potilaalle syntynyt henkilövahinko, jolloin hän olisi oikeutettu tämän johdosta saamaan korvauksen hänelle aiheutuneista tarpeellisista kuluista (yksityissektorin maksut vähennettynä kuluilla, jotka olisivat aiheutuneet julkisen terveydenhuollon piirissä).

Mikäli ratkaisua haetaan henkilövahingon määritelmistä lääketieteellisinä ilmiöinä terveydentilaa koskevien häiriöiden perusteella, ei kyseessä näyttäisi olevan lainkaan henkilövahinko. Tulisiko tällainen tilanne sitten operoida juridisesti pelkästään tulevan suuremman kuvitteellisen henkilövahingon torjuntakuluna. Johtoa ei saada lain säännöksestä, lain esitöistä eikä myöskään korkeimman oikeuden ratkaisukäytännöstä. Korkeimman oikeuden ratkaisukäytäntö on luonnollisestikin yksittäistapauksiin perustuvaa ja oikeuskäytännön erittäin laaja yhtä aikaa hallitseminen antaa vain suuntaviivoja siitä, minkälaisissa asioissa ja mahdollisesti minkälaisilla perusteilla asiaa voitaisiin pitää henkilövahinkona. Tämänkaltainen tapahtumasarja voisi mielestäni tulla korvattavaksi henkilövahingon rajoittamistoimenpiteenä vahingonkorvauslain henkilövahinkoa koskevien säännöksien ja yleisten vahingonkorvausoikeudellisten oppien mukaisesti. En kuitenkaan pohdi tätä tapausta lopputuloksensa kannalta laajemmin, koska se ei liity varsinaisesti otsikon aihepiiriin. Esimerkkitapausta ei ole myöskään käsitelty siltä pohjalta, olisiko potilas ollut oikeutettu perusterveydenhuoltoa tai erikoissairaanhoitoa koskevien säännösten mukaisesti korvaukseen tilanteessa, jossa terveydenhuollosta vastuussa oleva ei kiireellisessä tapauksessa käytä ostopalvelua (tästä on korkeimman hallintooikeuden oikeuskäytäntöä).

## Esimerkki (potilasvahinkolain soveltamisesta):

> Keski-ikäinen nainen havaitsee muutoksen rintansa alueella. Tarkemmassa tutkimuksessa havaitaan rinnanalueella pieni kovettuma. Ärtynyttä rinnanseutua hoidetaan mastiittina (maitorauhastulehdus). Kyhmy johtaa tarkempaan tutkimukseen ja siitä otetaan koepala. Koepalan perusteella asetetaan diagnoosiksi todennäköinen rintasyöpä. Ensin hoidetaan maitorauhastulehdus oireettomaksi. Hoito kestää joitakin kuukausia. Tänä aikana myös rinnassa oleva kyhmy on pienentynyt ja rauhoittunut ilman eri toimenpidettä. Uudelleen koepalan oton yhteydessä useamman tuloksen tutkineen patologin yhteinen kannanotto on, ettei kyseessä olekaan rintasyöpä eikä edes sen epäilys.

Jos ensimmäisen tulkinnan tehnyt patologi on erehtynyt, kyseessä saattaisi olla ammattistandardin alitus ja tällä perusteella potilasvahinkolain korvausperuste tunnusmerkistöltään toteutuisi. Kuitenkaan pelkästä erehdyksestä ei makseta korvausta, vaan korvaus maksetaan ainoastaan, mikäli tutkimuksen, hoidon tai vastaavan käsittelyn yhteydessä on tapahtunut myös henkilövahinko.

Potilas arvostelee sairaalassa tehtyä ensimmäistä tutkimusta ja esittää korvausvaatimuksen potilasvahinkolain perusteella.

Henkilö on reagoinut tilanteeseen kuten useimmat muutkin tilanteeseen reagoisivat. Ajatukset keskittyvät ehkä muutamaksi päiväksi siihen, miten elämä tulevaisuudessa tulee muuttumaan syöpälöydöksen vuoksi. Normaali elämänrytmi saattaa myös jonkin verran järkkyä. Kuka tulkitsee, onko tällaisessa tilanteessa kuvatunlaiset tuntemukset eli pelko ja huoli omasta terveydentilasta, syövästä toipuminen ja sen ennuste, yksityiselämän häiriintyminen jne. tunteella reagoimista, johon ei henkilövahinkoa koskevia säännöksiä sovellettaisi vahingonkorvauslain muuttamista koskevan hallituksen esityksen yksityiskohtaisten perustelujen mukaisesti. Lääketieteellistä diagnoosia asiasta ei ole. Voiko oikeudellinen harkinta päätyä täysin sattumanvaraisesti eri lopputulokseen riippuen siitä, onko tällaista reaktiota arvioitava jonain tunnereaktiona, vaiko mielentilaan vaikuttavana ahdistuksena tai masennuksena? Lääketieteellinen arviohan olisi: Ei henkilövahinkoa. Miten ja millä perusteella tilanne loppujen lopuksi ratkaistaan, kun johtoa ei tämänkaltaisessa tilanteessa saada nykyisestä oikeuskäytännöstäkään siihen, minkälaisia kriteereitä tulisi käyttää, jotta oikeudellinen arvio olisi tehtävissä, onko kyseessä henkilövahinko vai ei?

## Esimerkki (potilasvahinkolain soveltamisesta):

> Henkilö, jolla on aiemmin ollut useita normaaleja synnytyksiä, haluaa sterilisaation. Sterilisaation lakisääteiset edellytykset täyttyvät. Sterilisaatio jää kuitenkin puutteelliseksi, minkä seurauksena hän tulee raskaaksi 1–2 kuukauden kulutta sterilisaatiosta. Henkilö synnyttää normaalilla tavalla alateitse lapsen ja hänelle tehdään tämän jälkeen uusi sterilisaatio.

Henkilö hakee korvausta potilasvahinkolain perusteella raskaaksi tulemisesta väärin suoritettujen sterilisaatiotoimenpiteitten vuoksi.

Jos sterilisaatio todetaan siten puutteelliseksi, että toisin toimimalla tämä olisi ollut vältettävissä niin kuin tämänkaltaisissa tilanteissa yleensä on, potilasvahinkolain ns. ammattistandardin alitukseen perustuva korvausperuste laukeaa. Tällöin kysymykseksi muodostuu se, onko kysymyksessä myös henkilövahinko. Normaali raskaaksi tuleminenhan on tavallinen jokapäiväinen ihmiselämään liittyvä fysiologinen tapahtuma. Naisen raskaustilaa sellaisenaan ei ole pidetty ainakaan perinteisesti henkilövahinkona.

Lääketieteellistä diagnoosia terveydentilan häiriöstä ei voida asettaa. Voidaanko ja miten suorittaa oikeudellinen arvio siitä, olisiko kyseessä henkilövahinko ja millä perusteella? Oikeuskäytännön yksittäistapauksiin perustuva ratkaisukäytäntö ilman seikkaperäisiä yleis-

perusteluja siitä, mitä ulkoisia tunnusmerkistöjä tai minkä kaltaisia tunnusmerkistöjä tulisi objektiivisesti arvioiden todeta, että kysymyksessä olisi henkilövahinko, ei oikeuskäytännöstä löydy. Tämänkaltaisissa tilanteissa joutuvat eri etuusjärjestelmien soveltajat, tuomioistuimet, asianajajat asiamiehinä jne. kukin tahollaan mietiskelemään, onkohan kysymyksessä henkilövahinko vai ei. Kerrottakoon, että tämänkaltaisessa tilanteessa potilasvahinkolautakunnan ratkaisukäytäntö on ollut kutakuinkin seuraava: ”Raskaaksi tuleminen tai raskauden jatkuminen ja lapsen syntyminen ei ole perinteisessä merkityksessään henkilövahinko. Tähän ei vaikuta myöskään naisen mahdollisesti subjektiivisesti kokema olotilan haitallisuus. Raskaudessa ei ole kysymys ruumiinvammasta, muusta henkilövahingosta, taudista tai muusta vastaavasta, vaan normaalista fysiologisesta tilasta. Tällaista tilaa on kuitenkin mahdollista pitää sterilisaatiotoimenpiteen tarkoitus ja luonne huomioon ottaen sillä tavoin haitallisena, että synnytyksestä aiheutuvia suoranaisia kustannuksia sekä kipua ja särkyä on pidetty perusteltuna korvata potilasvahinkolainsäännösten perusteella samoin kuin ansionmenetyksestä raskauden ajalta.”

### Yhteenveto

Kirjoittajan käsityksen mukaan henkilövahinko on arvioitava lääketieteellisin keinoin ja se on voitava todeta jollain lääketieteellisesti hyväksytyllä menettelyllä tai kliinisellä tutkimuksella. Mikäli jossain yksittäistapauksessa ei ole pystytty näyttämään henkilövahinkoa riittävästi toteen, on jostain teosta aiheutuneet seuraukset voitava kuvata terveydentilan häiriönä lääketieteellisten kokemussääntöjen perusteella. Kun tällaiseen harkintaan joudutaan, tulee ne terveydentilan häiriöt, jotka halutaan katsoa henkilövahingoksi, pystyä kuvaamaan siten, että myös ulkopuolinen asiantuntija voi ne objektiivisesti helposti havaita ja hyväksyä.

Kun uusia henkilövahinkoa koskevia vahingonkorvauslain säännöksiä ruvetaan soveltamaan, toivoisi oikeuskäytännön ottavan erityisesti ja selkeästi kantaa nimenomaan siihen kysymykseen, voiko ja milloin ylipäänsä olla kyseessä henkilövahinko ellei sitä voida lääketieteellisin keinoin yksiselitteisesti todeta. Mikäli vain oikeudellisella arvioinnilla ilman konkreettista lääketieteellistä selvitystä pyritään henkilön käyttäytymisen perusteella tilanne tulkitsemaan sellaiseksi terveydentilan häiriöksi, että se täyttäisi henkilövahingon olemuksen, joudutaan arvaamattomaan, täysin ennakoimattomaan tilaan ellei kriteereinä käytetä nimenomaan lääketieteessä yleisesti hyväksyttäjä kuvauksia, miten terveydentila on yksittäistapauksessa häiriintynyt.

## Ansionmenetyskorvaus pysyvästi työkyvyttömäksi alle 18-vuotiaana tulleelle

Uuteen vahingonkorvauslakiin on kirjoitettu säännökset siitä, miten ansionmenetyskorvaus on laskettava, mikäli henkilöstä on tullut pysyvästi työkyvytön. Lähtökohtaisesti tässä lähdetään täyden korvauksen periaatteesta, jolloin korvaus määrättäisiin vahingonkorvauslain

5 luvun 2 §:n ja 2 a §:n perusteella. Laskusääntö on alle 18-vuotiaan (2 b §) kohdalla se, että ansiotuloksi määrätään tulo, jonka henkilö olisi ilman vahinkotapahtumaa saanut ottamalla huomioon hänen henkilökohtaiset ominaisuutensa sekä koulutus- ja ammattisuunnitelmansa. Jollei muuta osoiteta, ansiontulon määränä pidetään (säännös normitettu neljään eri porrastukseen ikäjakaumittain) keskimääräisiä tuloja tilastoaineiston perusteella. Aikaisemmin on korvaus arvioitu ottamalla huomioon omat suunnitelmat, sisarusten koulutus ja ansiotaso ja ellei sisaruksia ja henkilökohtaisia suunnitelmia ole konkreettisesti ollut olemassa, on otettu huomioon myös vanhempien ammatit.

Lain esitöistä käy ilmi, että vahinkoa kärsineen sisarusten tai vanhempien koulutusta, ammattia tai muita heidän henkilöönsä liittyviä seikkoja ei otettaisi huomioon määrättäessä korvausta ansionmenetyksestä.

On selvää, että lapsen ja useimmiten alle 15–16-vuotiaiden nuortenkin osalta on varsin yleistä, että heidän elämänsä on suuntautunut harrastuksiin ei sen sijaan siihen, miten he tulevat joskus sijoittumaan työelämässä. Useimmiten myös konkreettiset koulutussuunnitelmat ovat alkutekijöissään tai niitä ei ole ollenkaan.

Avoimeksi jää lain esitöiden jälkeenkin vielä se, keneltä voidaan luotettavasti kysyä lapsen ja nuoren koulutus- ja ammattisuunnitelmat ja miten lapsen henkilökohtaiset ominaisuudet objektiivisella tasolla voidaan arvioida. Käytännössä useimmiten tilanne lienee se, että omat vanhemmat huoltajina esittävät selvitystä ja näyttöä lapsensa henkilökohtaisesti ominaisuuksista sekä koulutus- ja ammattisuunnitelmista. Teoreettisesti on uusissa säännöksissä lähdetty siitä, että vain lapsen ja nuoren omat ominaisuudet olisivat ratkaisevia. Käytännössä kuitenkin heidän huoltajansa eli useimmiten vanhemmat esittävät selvitystä näistä seikoista. Tällöin vaarana on se, että asioihin liittyy myös vanhempien toiveita objektiivisen arvioinnin sijasta. Mikä tulee olemaan vaadittava näytön taso yksilöllisen korvauksen määräämiseksi normitetun korvauksen vastakohtana, jää pitkälti oikeuskäytännön varaan. Kun säännös on kirjoitettu siten, että vain lapsen ja nuoren henkilön omat ominaisuudet sekä hänen koulutus- ja ammattisuunnitelmansa olisivat oikeudellisesti merkittäviä, tulisi pitäytyä tässä ja vanhempien selvitykset ilman konkreettisia näyttöjä tulisi johtaa normikorvauksen käyttämiseen. Lakiin kirjoitettu edellytys: ”Jollei muuta osoiteta – –” tulee asettaa siten, että myös ulkopuolinen voi objektiivisesti arvioiden todeta lapsen/nuoren henkilön ominaisuudet sekä hänen koulutus- ja ammattisuunnitelmansa, joiden perusteella voidaan yksittäistapatuksessa arvioida ansionmenetyskorvaus vahingonkorvauslain 2 a §:n pääasiallista laskentasääntöä käyttäen.

## Immateriaalikorvauksista

Henkilövahingosta suoritettavien immateriaalikorvausten perusteet on määritelty 2 c §:ssä:

> *Kivusta ja särystä sekä muusta tilapäisestä haitasta määrätään korvaus ottamalla huomioon henkilövahingon laatu ja vaikeusaste, sen edellyttämän hoidon laatu ja kestoaika sekä haitan kestoaika.*

*Pysyvästä haitasta määrätään korvaus ottamalla huomioon henkilövahingon laatu ja vaikeusaste sekä vahinkoa kärsineen ikä. Korvausta korottavana tekijänä voidaan lisäksi ottaa huomioon henkilövahingosta vahinkoa kärsineelle aiheutunut elämänlaadun erityinen heikentyminen.*

Immateriaalikorvaus jakaantuu tilapäiseen haittaan ja pysyvään haittaan. Tilapäisen haitan kuvauksessa on kuitenkin käytetty laajempaa sanontaa: ”Kivusta ja särystä sekä muusta tilapäisestä haitasta määrätään korvaus – –.” Mittaristo on sinällään vakiintuneen korvauskäytännön mukainen ja mm. potilasvahinko- ja liikennevahinkolautakunnassa on mittaristo asetettu sen mukaisesti kivun ja säryn osalta kuten pykälässä on sanottu.

Lain kohtaan on kuitenkin lisätty sana haitan kestoaika. Haitta on hallituksen esityksessä vahingonkorvauslaiksi määritelty käyttäen sanontoja: Vaurio, häiriö, hankaluus jne. Perustelujen mukaan korvausperusteet on voitava arvioida objektiivisesti yhdenvertaisuuden saavuttamiseksi, subjektiivinen käsitys haitan kestosta ei tulisi kyseeseen. Käytännössä on odotettavissa hankaluuksia sen osalta, miten objektiivinen arvio suoritetaan yksittäisessä tapauksessa haitan keston osalta. Asiahan etenee yleensä niin, että vahinkoa kärsinyt käy lääkärissä, saa tältä lausunnon, jossa kuvataan tila ko. hetkellä. Vamman tultua lääketieteellisesti hoidetuksi ei enää pääsääntöisesti suoriteta minkäänlaisia laajempia tutkimuksia siitä, minkälaista yksilöllistä haittaa vamma/sairaus aiheuttaa. Näin pakostikin herää epäilys siitä, että jatkossa syntyy erilaisia näkemyksiä, mikä haitan oikea kesto olisi objektiivisesti arvioiden. Tällöin tulisi huomioida vain ko. vamman aiheuttama yleisen lääketieteellisen kokemuksen mukaan arvioitava haitan kesto. Kuitenkin myös yksilölliset ja juuri kyseisessä tapauksessa ko. vamman aiheuttama erityistilanne haitan pitkittymiseen on otettava huomioon. Eri etuusjärjestelmissä ja muiden lain soveltajien osalta (mm. tuomioistuimet) syntyy selkeä ongelma, kenen arvio haitan kestosta on kestävin, kun haitan keskosta esitetään erilaisia kuvauksia. Tältä kohden kivun ja säryn mittari haitan kestona ei mielestäni ole kaikkein onnistunein.

Pysyvän haitan korvauksella hyvitetään sellaisia henkilövahingon seurauksia, jotka vaikuttavat vahinkoa kärsineen elämän laatuun heikentävästi. Uusissa säännöksissä on korvauksen laskusääntö samantapainen kuin aikaisemminkin, jolloin samanlaatuisen henkilövahingon perusteella määrätään suurempi korvaus nuoremmalle henkilölle kuin vanhemmalle henkilölle, koska vahinkoa kärsineen ikä otetaan huomioon ajankohtana, jolloin vahingosta aiheutunut pysyvä haitta voidaan määritellä. Aikaisemmin ikä vähentävänä tekijänä on tosin perustunut yleiseen oikeus- ja korvauskäytäntöön, ei lain säännökseen.

Kaikissa henkilövahingoissa, joissa seurauksena on pysyvä haitta, tapahtuu aina jonkinasteinen haittavaikutus vahinkoa kärsineen elämän laatuun. Uusiin säännöksiin on otettu kuitenkin säännös myös siitä, että korvausta korottavana tekijänä voitaisiin ottaa huomioon henkilövahingosta vahinkoa kärsineelle aiheutunut elämänlaadun erityinen heikentyminen. Erityinen elämänlaadun heikkeneminen on voitava todeta objektiivisin perustein.

Hallituksen esityksessä uusiksi säännöksiksi on sanottu, että elämänlaadulla tarkoitetaan säännöksessä sitä, millaiset mahdollisuudet vahinkoa kärsineellä on elää täysipainoista elämää omien persoonallisten tottumustensa, taipumustensa ja tavoitteidensa mukaisesti.

Edelleen hallituksen esityksessä todetaan, että korvauksen korottaminen on soveltamisalaltaan tarkoitettu suppeaksi. Tavanomaista vapaa-ajan käyttöön liittyvien toimintojen menettämistä ja vaikeutumisesta saadaan korvaus nimenomaan pysyvän vian ja haitan peruskorvauksen perusteella. Korotus voisi tulla kyseeseen hallituksen esityksen mukaan esimerkiksi silloin, kun kilpaurheilua aktiivisesti harjoittanut henkilö menettää pysyvästi liikuntakykynsä. On ajateltu, että liikuntakyvyn menetyksen voidaan olettaa vaikuttavan tällaiseen henkilöön syvemmin kuin tavanomaisestikin liikuntaa harrastavaan henkilöön. Tältä osin säännöksessä ei kuitenkaan ole otettu huomioon sitä, että kilpaurheilua ei voida jatkaa elämän loppuun asti ja kuitenkin pysyvän vian ja haitan korvaus on tarkoitettu hyvittämään elämänlaadun heikentymistä loppuelämän ajan. Tältä osin ilmeisesti tulisi korvaus- ja oikeuskäytännössä antaa riittävä soveltamisohje siitä, miten korotus tällaisessa tilanteessa tulisi laskea.

Hallituksen esityksessä on sanottu, että jos vakavasta vammasta seuraa vahinkoa kärsineen joutuminen pysyvään laitoshoitoon, laitoshoitoon joutumista ei yksittäistapauksissa voitaisi pitää säännöksessä tarkoitettuna erityisenä elämänlaadun heikentymisenä. Hallituksen esityksessä on toisaalta esimerkkinä korvauksen korottamistilanteesta se, että jos henkilö, jonka harrastukset ja muu elämänpiiri ovat olennaisesti liittyneet paikallisiin olosuhteisiin, joutuu henkilövahingon aiheuttaman toimintakyvyn menetyksen vuoksi muuttamaan aikaisemmasta täysin poikkeavaan asumismuotoon ja elämänpiiriin, korvauksen korottaminen tällä perusteella voisi kuitenkin tulla kysymykseen poikkeuksellisesti. Eikö sitten laitoshoitoon joutumisessa tapahdu asumismuodon ja elämänpiirin muutosta, josta ei korotusta ole ehdotettu suoritettavaksi?

Mielestäni tässä kohdin ei hallituksen esityksessä ei ole kovinkaan hyvin onnistuttu ohjaamaan sitä, minkälaisilla kriteereillä tulisi pysyvän vian ja haitan korvausta korottaa elämänlaadun erityisen heikkenemisen vuoksi. Näyttäisi jopa siltä, että esimerkkitapaukset ovat jopa osin ristiriidassa keskenään (ks. edellä kaksi eri tilannetta, joista toinen johtaa korotukseen ja toinen ei).

Elämänlaadun erityinen heikentyminen on äärettömän hankalasti korvausoikeuteen istutettavissa, koska tätä ei voida mitata millään objektiivisella välineellä. Elämänlaatu on hyvin yksilöllinen jokaisen ihmisen kohdalla, ja ulkopuolisen on vaikea arvioida, miten kukin on asettanut elämänsä arvojärjestykseen eri tekijöiden osalta.

Ensi vaiheessa eri lautakunnat ja myöhemmin korkein oikeus joutuu tämän säännöksen osalta antamaan selkeän ohjauksen, miten lakia tulee eri tilanteissa soveltaa. Varmaa on kuitenkin se, että tämä tulee teettämään suhteettoman paljon työtä eri korvauksen maksajien taholla ja aiheuttaa asiakokonaisuus huomioon ottaen sittenkin pienen roolinsa vuoksi suhteettoman paljon työtä myös tuomioistuimessa. Näytön hankkiminen tämänkaltaisissa harkinnanvaraisissa tilanteissa on suhteellisen hankalaa vahingonkorvausoikeudessa ja riidan ratkaisu tulee tapahtumaan kutakuinkin epätavallisia instrumentteja käyttäen, kun tukena ei ole selvää näyttöön perustuvaa säännöstä, päinvastoin elämänlaadun erityinen heikkeneminen on mitä suuremmassa määrin puhtaasti subjektiivinen käsite, joka on hankala ratkaista ns. objektiivisin perustein, kun taustalla on harkintaan perustuva subjektiivinen arvio ja arvomaailma.

# Vahingonkärsineen läheisen ansionmenetyskorvaus ja korvaus kuluista

Vahingonkorvauslain 2 d §:ssä on säännös:

*Henkilövahingon kärsineen vanhemmilla, lapsilla ja aviopuolisolla sekä muulla näihin rinnastettavalla henkilövahingon kärsineelle erityisen läheisellä henkilöllä on erityisestä syystä oikeus kohtuulliseen korvaukseen tarpeellisista kuluista ja ansionmenetyksestä, jotka heille aiheutuvat henkilövahingon kärsineen hoitamisesta. Sama koskee muiden vahingosta johtuvien toimenpiteiden korvaamisesta, jos ne ovat omiaan edistämään henkilövahingon kärsineen tervehtymistä tai kuntoutumista. Korvausta maksetaan enintään siihen saakka, kun henkilövahingon kärsineen terveydentila vahinkotapahtuma jälkeen on vakiintunut.*

Tässä läheisen käsite on sama kuin kyseisen lain 4 a §:ssä ja 4 b §:ssä. Tässä yhteydessä ei erityisen läheisen henkilön henkilöpiiriä tarkastella.

Korvausaihe jakaantuu kahteen osaan eli hoitamisesta aiheutuneisiin kuluihin ja muihin vahingosta johtuviin toimenpiteisiin. Muiden toimenpiteitten on oltava laadultaan sellaisia, että ne ovat omiaan edistämään henkilövahingon kärsineen tervehtymistä tai kuntoutumista.

Lain soveltamisen kannalta keskeisin kriteeri on kuitenkin se, että korvaus edellyttää erityistä syytä. Erityistä syytä ei ole lainkohdassa selostettu. Lain esitöistäkään ei saa kovin kiteytettyä käsitystä siitä, milloin erityisen syyn olemassaolo on täyttynyt lain tarkoittamassa mielessä. Esitöissä on lähdetty siitä, että asia tulisi ratkaista tapauskohtaisesti. Toinen merkittävä korvauskriteeri on se, että korvauksena maksetaan kohtuullinen korvaus tarpeellisista kuluista ja ansion menetyksestä.

Nämä kaksi korvausaiheen edellytystä eli erityinen syy ja kohtuulliset korvaukset tarkoittavat sitä, että tapaus tapaukselta on arvioitava ensin, onko kysymyksessä erityinen syy ja lisäksi korvaus ei ole täyden korvauksen mukainen, vaan korvauksen on oltava tapauskohtaisesti arvioiden myös kohtuullinen.

Erityisen syyn arviota tehtäessä on ensisijaisesti lain esitöiden mukaan kiinnitettävä huomiota henkilövahingon laatuun ja vaikeusasteeseen, henkilövahingon kärsineen ikään sekä henkilövahingon kärsineen ja korvausta vaativan välisen suhteen läheisyyteen. Toisaalta kohtuullista korvausta harkittaessa on esitöiden mukaan kiinnitettävä huomiota erityisesti vamman tai sairauden laatuun ja vaikeusasteeseen sekä vahinkoa kärsineen ikään. Yleisenä periaatteena tällöin olisi se, että mitä vaikeammasta vammasta ja sairaudesta on kysymys, sitä perustellumpaa olisi läheisen oikeus saada korvausta pykälän nojalla. Läheisen omalla näkemyksellä hoidon tarpeesta ei sinällään olisi asiassa ratkaisevaa merkitystä.

Koska 2 d § ei ole kovin tarkkarajainen, vaan siinä on lausuttu ulos enemmänkin ”yhteiskunnallinen näkemys” siitä, mikä on yleinen oikeuskäsitys ns. kolmannen oikeudesta saada itsenäisesti korvausta vahinkoa aiheuttaneelta. Tämän vuoksi oikeuskäytännöllä ja ensi vaiheessa eri korvauslautakunnilla on ratkaiseva rooli siinä, minkälaiseksi oikeus- ja korvauskäytäntö 2 d §:n sisällön osalta muodostuu. Korvausten ennakoitavuuden ja lain yleisen toimivuuden kannalta ratkaisevin peruste hoidon tarpeen arvioinnissa on mielestäni oltava lääketieteellisesti objektiivisesti tunnistettujen tekijöiden perusteella todettavissa.

Oma ongelmansa suunnitellun 2 d §:n soveltamisessa on se, että varsinaiset kotityöt eivät tule korvattavaksi tämän lainkohdan perusteella vaan kuuluvat 2 §:n 1 kohdan perusteella maksettaviin tarpeellisiin kuluihin. Rajan tekeminen näiden kahden välillä ei ole käytännössä helppoa. Lisäksi korvauksensaajana on eri tahot ja toisaalta 2 §:n 1 kohdassa on kysymys kulukorvauksesta ja 2 d §:n kohdalla kysymys on vahinkoa kärsineen erityisen läheisen omasta ansionmenetyskorvauksesta mahdollisten kulujen lisäksi. Korvauksen maksajan on verotuksellisista syistä tunnistettava, soveltaako se korvaukseensa 2 d §:ää vai 2 §:n 1 kohtaa.

2 d §:n jälkimmäinen osa eli kulujen ja ansionmenetyskorvauksen suorittaminen tilanteessa, kun erityisen läheiselle on aiheutunut kuluja tai ansionmenetystä muista toimenpiteistä, kun ne ovat olleet omiaan edistämään henkilövahinkoa kärsineen tervehtymistä tai kuntoutumista, on soveltajan kannalta suhteellisen ongelmatonta ja linjaukset on tehty aikaisemmassa oikeus- ja korvauskäytännössä. Nyt 2 d §:ssä muuttuu vain korvaukseen oikeutettujen reitti eli korvausta ei käsitellä tältä osin vahinkoa kärsineen omana kuluna, vaan se voidaan maksaa suoraan vahinkoa kärsineen erityisen läheiselle joko kulukorvauksena tai ansionmenetyskorvauksena taikka näiden yhdistelmänä tilanteesta riippuen.

## Perhe-eläke

Tässä perhe-eläkkeellä tarkoitetaan kaikkia niitä tilanteita, jossa korvausvelvollisuus määräytyy sillä perusteella, että elatusvelvollinen tai muutoin toisen elatuksesta huolehtinut henkilö on saanut surmansa. Kirjoituksessa tarkastellaan vain kahta eri tilannetta eli muuttuneiden olosuhteiden vaikutusta perhe-eläkkeen korvausperusteeseen ja määrään sekä kotityön arvon mittaamiseen perhe-eläkkeen osana. Normipohjana käytetään hallituksen esityksen mukaista vahingonkorvauslain 5 luvun 4 pykälää.

Vahingonkorvauslain 5 luvun 4 § kuuluu:

> *Jos elatusvelvollinen tai muutoin toisen elatuksesta huolehtinut henkilö on saanut surmansa, elatukseen tai elatusapuun oikeutetulla taikka muutoin surmansa saaneen elatuksen varassa olleella on oikeus saada korvausta elatuksen menetyksestä.*
>
> *Elatuksen menetyksestä määrätään korvaus ottamalla huomioon, missä määrin korvaukseen oikeutettu todennäköisesti olisi saanut elatusta surmansa saaneelta ja mitä hän kohtuuden mukaan tarvitsee elatukseensa ottaen huomioon hänen mahdollisuutensa hankkia itse elatuksensa ansiotyöllä ja muut olosuhteet.*
>
> *Elatukseen voidaan erityisestä syystä rinnastaa kotityön arvo.*

Aikaisempaan lakiin verrattuna korvausperusteita on muutettu siten, että

– korvaukseen oikeutettujen piiriä on laajennettu
– pykälän sisältöä on tarkistettu (myös perhe-eläkkeen saannin eräiden muiden kriteereiden osalta).

Lainkohta selventää monin osin vahingonkorvauksen mittaamistapaa. Mittaamisessa on huomioitava

– missä määrin korvaukseen oikeutettu todennäköisesti olisi saanut elatusta surmansa saaneelta,
– mitä hän kohtuuden mukaan tarvitsee elatukseensa ottaen huomioon hänen mahdollisuutensa hankkia itse elatuksensa ansiotyöllä ja
– muut olosuhteet.

Korvaukseen oikeutetun osalta korvauksen määrän arviointia silmälläpitäen on keskeisenä 4 §:n 2 momentti, kun tarkastellaan asiaa korvaukseen oikeutetun olosuhteissa tapahtuneiden muutosten osalta.

Ongelmia eivät tuottane ne tilanteet, joissa olosuhteet ovat muuttuneet korvaukseen oikeutetun terveydentilan kohdalla arvioitaessa hänen mahdollisuutta hankkia itse elatuksensa taikka työolosuhteessa muutoin tapahtuneet muutokset mm. joukkoirtisanomiset, työnantajan konkurssi tai urakehitys.

Sen sijaan ongelmia lain soveltamisessa tulee olemaan niissä tilanteissa, joissa korvaukseen oikeutettu solmii uuden parisuhteen. Uusi parisuhde voi olla avioliitto, avoliitto tai muu vakiintunut yhteiselämän muoto.

Tällöin joudutaan kysymään, miten sovelletaan uuteen lakiin kirjoitettua korvauksen määrän arviointiperustetta: ”Ottaen huomioon korvaukseen oikeutetun mahdollisuus hankkia itse elatuksensa ansiotyöllä ja muut olosuhteet.” Lain esitöissä on sanottu, että korvaukseen oikeutetulle olisi yleensä kohtuullista varata mahdollisuus sopeuttaa elämäntilanteensa kuolemantapauksen vuoksi muuttuneissa olosuhteissa. Kohtuullista saattaisi sen vuoksi olla esimerkiksi se, että kotona olleelle puolisolle suoritetaan korvausta elatuksen menetyksestä kohtuulliselta sopeutumisajalta, vaikka hänen tämän jälkeen voitaisiinkin katsoa kykenevän hankkimaan itse elatuksensa ansiotyöllä.

Hallituksen esityksessä on sanottu, että säännöksessä tarkoitettuna muuna olosuhteena voitaisiin pitää myös esimerkiksi puolisonsa kuoleman perusteella korvausta vaativan lesken uutta avioliittoa tai avoliittoa. Viime kädessä jäisi kunkin yksittäistapauksen olosuhteiden perusteella ratkaistavaksi, menettääkö leski näissä tapauksissa oikeutensa korvaukseen elatuksen menetyksestä sen vuoksi, että hänen ei uuden avioliiton tai avoliiton vuoksi katsota enää tarvitsevansa korvausta elatuksen menetyksestä aikaisemman puolisonsa kuolemasta vastuussa olevalta. Tällainen soveltamistapa vastaisi sitä, miten nykyisin on katsottu oikeuskäytännössä leskeksi jääneen henkilön avoliiton vaikuttavan liikennevakuutuksesta perhe-eläkkeenä suoritettavaan korvaukseen (KKO 1990:128). Tältä osin ei kuitenkaan ole huomioitu tätä koskevaa kritiikkiä, joissa on päädytty siihen, että säännöksiä olisi tarkistettava näitä tilanteita silmällä pitäen.

Edellä mainittu korkeimman oikeuden ratkaisu on lähtenyt siitä, että lesken avoliitto ei sinänsä ole peruste perhe-eläkkeen lakkauttamiselle.

Miten käytännössä on arvioitava tilanne, jossa perhe-eläkettä saanut nuori leski menee ansiotyöhön ja muuttaa esimerkiksi oltuaan yhden vuoden työelämässä avoliittoon saaden

tässä liitossa yhden tai useamman lapsen. Mikäli aikaisemmasta liitosta perhe-eläkkeeseen oikeutetulla on olemassa muita lapsia ja mikäli uudella avo- tai aviopuolisolla on omia lapsia, myös perheen asunnon tilan tarve kasvaa ja perheen kulurakenne muuttuu radikaalisti toiseksi. Kun uudessa avo- tai avioliitossa lapset ovat kasvaneet, saattaa perhe-eläkkeeseen oikeutettu mennä uudestaan työelämään. Edellä siteeratun korkeimman oikeuden tapauksessa oli ns. uusioperhe, ja perhe-eläkkeeseen oikeutetun mahdollisuus hankkia itse elatuksensa oli rajoitettu, nimenomaan uuden perhetilanteen perusteella.

Olisi kuitenkin vahingonkorvausoikeudellisen syy-yhteyden kannalta outoa ja korvausvelvollisen kohdalta kyseenalaista, mikäli uusi elämä ja perhesuunnittelu voisi vapaasti tapahtua korvausvelvollisen kustannuksella. Mitkä tekijät ovat syy-yhteydessä siihen elatustarpeeseen minkä vahingonaiheuttaja on aiheuttanut ja mikä tulojen hankkimisen menetys johtuu muista seikoista, tulisi lain soveltamisen kannalta arvioida erikseen. Ellei näin tapahtuisi, olisi alkuperäinen vahingon aiheuttaja vastuussa siten, että välillä perhe-eläkettä pitäisi maksaa, välillä taas sitä ei tarvitsisi maksaa riippuen kokonaan uuden avo- tai avioliiton elämänkaaren tilasta ja lesken suunnitelmista muutoin.

Ellei ”muut olosuhteet -tekijällä” ole itsenäistä selvää merkitystä korvausperusteen ja määrän osalta, jouduttaisiin käytännössä myös vaikeisiin arviointitilanteisiin esimerkiksi sellaisissa tilanteissa, kun uusi avo- tai avioliitto päättyy eroon tai tässä uudessa liitossa avo- tai aviopuoliso saa surmansa, josta joku on vastuussa vahingonkorvauslain säännösten perusteella (esimerkiksi liukastumisvahinko kiinteistöllä). Voiko tällaisessa tilanteessa alkuperäinen ensimmäisen vahingon aiheuttaja olla vastuussa edelleen ja kuinka pitkälle ja miten elatusavut esim. avioerossa määrättäisiin uuden avioliiton kohdalta puolisolle ja lapsille perhe-eläkemahdollisuus huomioiden taikka ”puolison” kuoleman sattuessa uudessa liitossa ja miten arvioidaan eri korvausvelvollisten osuudet perhe-eläkkeitten osalta?

Nämä kysymykset jäävät kokonaan oikeus- ja korvauskäytännön ratkaistaviksi.

Perhe-eläkettä määrättäessä elatukseen voidaan erityisestä syystä rinnastaa myös kotityön arvo. Tätä koskeva lainkohta hallituksen esityksessä on vahingonkorvauslain 4 §:n 3 momentti: ”*Elatukseen voidaan erityisestä syystä rinnastaa kotityön arvo.*”

Normin mukaan korvaus voidaan määrätä maksettavaksi, kun kyseessä on erityinen syy. Lain esitöiden mukaan kotityön arvon rinnastaminen elatukseen on harkinnanvaraista. Säännöksen soveltamisala on myös tarkoitettu suppeaksi.

Esimerkit hallituksen esityksessä kuitenkin ovat jonkin verran hämmentäviä. Siinä erityiseksi syyksi on luettu kaikkein tavanomaisimmat tilanteet. Tällaisia tilanteita ovat lain esitöiden mukaan mm. kotityön arvon huomioon ottaminen tilanteessa, jossa surmansa saanut ei ollut ennen vahinkotapahtumaa ansiotyössä vaan osallistui perheen elatukseen huolehtimalla kotona lasten ja talouden hoitamisesta. Surmansa saaneen tekemä kotityö voitaisiin ottaa huomioon korvausta määrättäessä myös esimerkiksi tilanteessa, jossa puolisonsa kuoleman johdosta korvaukseen oikeutettu iäkäs leski asuu omakotitalossa, jonka töistä surman saanut puoliso oli huolehtinut. Edelleen hallituksen esityksessä todetaan, että kotityöllä tarkoitetaan säännöksessä myös ns. hoivatyötä. Säännöstä voitaisiin soveltaa esimerkiksi tilanteessa, jossa

surmansa saanut oli osallistunut perheen elatukseen hoitamalla kotona sairasta tai vammautunutta puolisoaan tai lastaan.

Hallituksen esityksessä kuvatut tilanteet on nyt haluttu lukea sellaiseen elatukseen, joka tulee osana perhe-eläkettä korvata.

Epäselväksi jää se, mitä kaikkea erityisellä syyllä tarkoitetaan arvioitaessa niitä tilanteita, joissa kotityötä tavalla tai toisella antaneen henkilön jälkeen tämän kotityön arvo tulisi arvioida ja maksaa perhe-eläkkeenä. Keskeisenä perusteena kotityön arvoa arvioitaessa on mielestäni pidettävä 4 §:n 2 momentin mukaista perhe-eläkkeen mittaamissääntöä: ”Elatuksen menetyksestä määrätään korvaus ottamalla huomioon, missä määrin korvaukseen oikeutettu todennäköisesti olisi saanut elatusta surmansa saaneelta.”

Edellä kerrottu perhe-eläkkeen keskeisin mittaamisperuste toimii kotityön arvon osalta siis siten, että yksittäistapauksissa on arvioitava surmansa saaneen osalta, mikä mahdollisuus hänellä on ollut kotityön tekemiseen ja minkälaista kotityö olisi eri ajanjaksoina ollut. Vasta tällöin voidaan päätellä kotityön arvon suuruus eri ajankohtina ja toisaalta tällä mittarilla joudutaan mittaamaan ja punnitsemaan se, kuinka kauan kyseisen kotityön arvo on luettava elatukseen perhe-eläkettä suoritettaessa. Mikäli surmansa saanut ei ollut ennen vahinkotapahtumaa ansiotyössä, vaan osallistui perheen elatukseen huolehtimalla kotona lapsista ja taloudesta, on kyettävä selvittämään, kuinka kauan tämä olotila olisi jatkunut ja milloin kotona lapsista huolehtinut heidän huoltajansa tai muu henkilö olisi ollut kotona ja milloin hän olisi lähtenyt itse ansiotyöhön hankkiakseen esimerkiksi itselleen riittävän eläketurvan. Vanhusten osalta joudutaan kotona hoivatyötä tehneen terveemmän surmansa saaneen henkilön osalta arvioimaan hänen kuolemaa edeltäneen terveydentilan perusteella, mikä mahdollisuus hänellä olisi ollut elatuksen antamiseen kotityönä ja kuinka kauan se olisi kestänyt.

Oma mielenkiintonsa on myös siinä, miten kotityön arvo jaetaan korvauksena puolisolle ja lapsille, sellaisessa tilanteessa, jossa surmansa saanut on huolehtinut ansiotyössä käymättä kodin hoitamisesta ja lapsista.

Käytännön korvaustoiminnassa kotityön arvon osalta joudutaan tilanteisiin, joissa ei ole aina konkreettisia yksiselitteisiä mittareita, joihin on perhe-eläkkeen laskemisissa totuttu, vaan joudutaan suorittamaan tapauskohtaista arviointia. Arviointia helpottaa kuitenkin se, kun pidetään mielessä, että kyseessä on nimenomaan surmansa saaneen tekemän kotityön arvo eikä vain se, mitä korvausta vaativa kohtuuden mukaan tarvitsee elatukseensa (todettu nimenomaisesti hallituksen esityksessä).

Eri lautakuntien soveltamisohjeissa ja myöhemmin korkeimman oikeuden ratkaisukäytännössä vaaditaan ohjeen antajalta ennen kaikkea selkeyttä, jotta vahinkoa kärsineitten yhdenmukainen kohtelu toteutuisi erityisesti massakorvauslajeissa esimerkiksi liikenne-, potilas- ja vastuuvahingoissa.

Lopuksi on syytä kuitenkin todeta, että uudet henkilövahinkoa koskevat säännökset ovat tarpeelliset ja laajentavat nykyistä korvauspiiriä yhteiskunnassa tapahtunutta kehitystä vastaavasti. Kirjoitus on kohdennettu otsikkonsa mukaisesti vain niihin kysymyksiin, jotka tulevat olemaan ongelmakohtia uusia säännöksiä sovellettaessa.

Pirkko-Liisa Haarmann

# Piratismin torjuntayrityksistä immateriaalioikeutta koskevan vahingonkorvausnormiston yhtenäistämiseen Euroopan unionissa

1. Kun Euroopassa on viime aikoina puhuttu immateriaalioikeuksien loukkaamisesta tuomituista korvauksista, on oltu kovin yksimielisiä siitä, että korvaukset ovat varsin vaatimattomia. Ne eivät toteuta vahingonkorvauksen reparatiivista funktiota preventiivisestä vaikutuksesta puhumattakaan. Toisenlaista suhtautumista edustaa USA, jossa esimerkiksi patentinloukkausjutuissa on tuomittu yli miljardin dollarin suuruisia korvauksia. Tahallisuustapauksessa tuomioistuimella on siellä mahdollisuus tuomita arvioitu vahingonkorvaussumma jopa kolminkertaisena.

Selvää on, että vahingon suuruuden selvittäminen niin sanottujen yleisten varallisuusvahinkojen kohdalla on olennaisesti vaikeampaa kuin esimerkiksi esinevahinkojen osalta. *Castrén* on neljännesvuosisadan takaisessa tutkimuksessaan päätynyt toteamaan, että vahingonkorvauksen tuomitsemiseen sinänsä on meidän oikeuskäytännössämme päädytty jo varsin vähäisellä näytöllä.[1] Tuomioistuimet ovat siten herkästi ymmärtäneet, että immateriaalioikeuksien loukkaaminen aiheuttaa vahinkoa. Korvausten määrät eivät sen sijaan ole arvostelijoita tyydyttäneet. Yleensä ne ovat jääneet vaadittua huomattavasti alhaisemmiksi.[2] Tuskin voidaan lähteä siitä, että esimerkiksi patentinloukkausjutuissa asianosaiset jatkuvasti pyrkisivät ylimitoittamaan korvausvaatimuksensa. Olisiko yksi syy siinä, että oikeuskäsittelyssä loukkausnäyttöön ja sen arvioimiseen panostetaan pöydän molemmin puolin, mutta puhtia ei enää riitä korvausmäärien käsittelemiseen?[3]

2. Myös lainsäätäjät ovat myöntäneet sen, ettei immateriaalioikeuden loukkauksen aiheuttama vahinko ole aivan helposti toteen näytettävissä. On pyritty luomaan erilaisia minimikorvausjärjestelmiä varsinaisten vahingonkorvausnormien tueksi varmistamaan, ettei loukkaaja

---

[1] Martti Castrén, Vahingonkorvaus immateriaalioikeudessa silmälläpitäen patentti-, tavaramerkki-, mallioikeus-, tekijänoikeus- ja valokuvauslakia. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja. A-sarja N:o 130. Vammala 1978 s. 176.

[2] Ks. esimerkiksi artikkeleita yhteisotsikolla ”Skadestånd i immaterialrätten”, NIR 2000 s. 116 ss.

[3] Pohjoismaissa tällaiseen mahdollisuuteen viittaa muun muassa *Nils J. Sejersted* artikkelissaan ”Erstatning som sanksjon på immaterialrettens område – fyller den sin funksjon?” NIR 2000 s. 121. *Olaf Eskildsen* artikkelissaan Skadestånd juhlakirjassa Vennebog til Mogens Koktvedgaard, Stockholm 1993 s. 375 on tehnyt samansuuntaisen päätelmän todetessaan korvausmäärien tulevan prosessissa esille vasta käsittelyn loppuvaiheissa tuomarien ja osapuolten ollessa jo varsin väsyneitä koko juttuun.

voi selviytyä ainakaan vähemmällä maksuvelvollisuudella kuin se, joka on normaaliin tapaan sopinut oikeudenhaltijan kanssa tälle kuuluvan yksinoikeuden hyödyntämisestä. Tällaiset järjestelmät eivät vielä kuitenkaan takaa, ettei oikeudenloukkaus kannattaisi. Minimikorvauksessahan on yleensä kysymys vain kohtuullisesta lisenssimaksusta.

Seuraamukset immateriaalioikeuksien loukkauksista vaihtelevat maasta toiseen siirryttäessä. Jo eri Pohjoismaiden kesken on eroavuuksia, vaikka niin tekijän- kuin teollisoikeudelliset normistot 1950- ja 1960-lukujen vaihteessa pyrittiin materiaaliselta sisällöltään näissä maissa yhtenäistämään.[4] Vahingonkorvaukset rangaistussanktioista puhumattakaan eivät edelleenkään kuulu immateriaalioikeuden yhteispohjoismaiseen ydinalueeseen.

Eroavuuksia korvausjärjestelmissä on myös immateriaalioikeudesta toiseen siirryttäessä. Siltä osin kuin on kysymys tahallisesti tai tuottamuksellisesti tapahtuneesta luvattomasta käytöstä, korvausvastuu on immateriaalioikeuden keskeisimpien lakien eli tekijänoikeuslain, patenttilain ja tavaramerkkilain mukaan kirjoitettu samantapaisin sanankäänteinen eli se käsittää korvauksen kaikesta menetyksestä sekä kärsimyksestä ja haitasta (TekijäL 57 § 2 mom.), hyväksikäyttämisestä ja muusta vahingosta (PatL 58 § 1 mom.) ynnä kaikesta kärsitystä vahingosta (TMerkkiL 38 § 2 mom.). Tuottamuksetta tekijän yksinoikeutta loukannut joutuu suorittamaan kohtuullisen hyvityksen (TekijäL 57 § 1 mom.), patenttia loukannut suorittamaan korvausta vain siinä määrin kuin se katsotaan kohtuulliseksi (PatL 58 § 2 mom.), mutta tavaramerkin bona fide -loukkaustapauksessa tuomioistuin voi velvoittaa loukkaajan luovuttamaan saamansa voiton, mikäli se tämän varoihin ja muihin asianhaaroihin nähden harkitaan kohtuulliseksi (TMerkkiL 38 § 3 mom.). Kun jo Pohjoismaiden kesken ja vielä samassa maassakin eri immateriaalioikeuksien kesken löytyy eroavuuksia, ei ole ihmeteltävää, että Euroopan valtioiden kesken erot ovat vielä suurempia.

3. Euroopan yhteisöjen komissio julkisti lokakuussa 1998 vihreän kirjansa ”Väärentämisen ja tavaroiden laittoman valmistamisen vastainen toiminta sisämarkkinoilla” (KOM(98) 569 lopullinen). Komissio totesi väärentämisen ja tavaroiden laittoman valmistamisen ja ylipäänsä teollis- ja tekijänoikeuksien loukkauksien olevan jatkuvasti lisääntymässä. Erityisesti komissio kiinnitti huomionsa siihen, että immateriaalioikeuksien noudattamiseen tähtäävät keinot erosivat toisistaan kansallisella tasolla. Eroavuuksien komissio oletti vaikuttavan toisaalta siten, että laittomasti valmistetut tavarat tuotetaan ja myydään lähinnä niissä maissa, jotka torjuvat muita tehottomammin väärentämistä ja laitonta valmistamista, ja toisaalta siten, että kaupan vinoutuessa ja kilpailun vääristyessä sisämarkkinoiden toiminta häiriintyy. Komissio tarkasteli neljää osa-aluetta, joilla voitiin olettaa olevan vaikutusta immateriaalioikeuksien kunnioittamiseen: yksityisen sektorin valvonta, teknisten laitteiden käyttäminen, seuraamukset ja muut keinot.[5]

---

[4] *Berndt Godenhielm* on alun perin JFT:ssä vuonna 1957 julkaisemassaan ja vuonna 1983 artikkelikokoelmaansa Uppsatser i immaterialrätt, Norstedts, Stockholm 1983 s. 64 ss. ajan tasalle saattamassaan kirjoituksessa ”Sanktionssystemet inom immateriarätten” tehnyt selkoa näistä eroavuuksista, jotka sittemmin ovat yhä vain kasvaneet pohjoismaisen lainsäädäntöyhteistyön heikentymisen myötä.

[5] Vihreä kirja s. 5 ss.

Komission esille ottamista osa-alueista keskityn seuraavassa seuraamuksiin ja niistäkin lähinnä korvauksiin – valvonnan keinot ja järjestelmät sekä tekniset suojatoimet ansaitsisivat oman tarkastelunsa.

Todettuaan että immateriaalioikeuden loukkausten rikosoikeudellisten seuraamusten laatu ja ankaruus vaihtelevat merkittävästi eri jäsenvaltioissa komissio asetti kysymyksen: aiheuttavatko jäsenvaltioissa sovellettavien määräysten eroavuudet sisämarkkinoilla ongelmia väärentämisen ja laittoman valmistamisen paikallistamisessa.

Korvausten osalta komission näkemys oli sama kuin immateriaalioikeuksien loukkauksista tuomittuja korvauksia aikaisemmin tutkineilla: ”Vahingonkorvauksia joutuu yleensä maksamaan, vaikkei teko olisikaan tuottamuksellinen, mutta korvaussummia pidetään usein niin pieninä, etteivät ne riitä korvaamaan kärsittyä vahinkoa.”[6]

Komissio asetti vihreässä kirjassaan useita kysymyksiä ja saikin niihin runsaasti vastauksia. Yleisesti vastauksissa valitettiin sitä, että vahingonkorvaukset olivat ”far too low”. Jotkut pitivät myös puutteena sitä, ettei USA:ssa omaksuttuja rangaistusluonteisia korvauksia ollut käytettävissä. Kohtuullisiin rojalteihin perustuvaa korvausten arviointitapaa, jota sovellettiin monessa Euroopan maassa, pidettiin jopa yllykkeenä piratismiin.[7]

Euroopan talous- ja sosiaalikomitean lausunnon, sidosryhmien avoimen ja laajan kuulemistilaisuuden sekä jäsenvaltioiden edustajien asiantuntijakokouksen jälkeen Euroopan parlamentti antoi asiasta päätöslauselmansa kevätalvella 2000.[8] Siinä parlamentti kehotti komissiota harkitsemaan muun muassa mahdollisuutta asettaa EU:n tasolla kriteerit vahingonkorvauksen laskemista varten sekä toteuttamaan sen määrittämistä helpottavia toimenpiteitä. Lisäksi parlamentti vaati erityisiä piratismia ehkäiseviä toimenpiteitä, kuten ankarampia siviilioikeudellisia seuraamuksia ja rangaistusluonteisia vahingonkorvauksia.

Marraskuussa 2000 komissio esitti tiedonannon vihreän kirjan perusteella toteutettavista toimenpiteistä.[9] Yksi näistä olisi direktiivi, jolla yhdenmukaistettaisiin immateriaalioikeuksien noudattamista koskevat jäsenvaltioiden lait tasolle, joka ylittäisi TRIPS-sopimuksen vaatimukset. Vahingonkorvauksen osalta tavoitteena olivat ”harmonised criteria for calculating damages”. Ennen kuin direktiivin valmisteluun toden teolla ryhdyttiin, talous- ja sosiaalikomitea antoi asiasta vielä keväällä 2001 lisälausuntonsa. Sen ytimenä voidaan pitää seuraavaa tavoitteellista toteamusta: ”Tällä hetkellä riski kopioinnista on keksijällä, yrittäjällä ja suunnittelijalla, kuluttaja ja jakeluporras ovat vaarassa tulla huiputetuiksi. On välttämätöntä, että roolit saadaan kääntymään toisin päin, että väärentämisen ja laittoman valmistamisen riskit ja vaarat siirtyvät väärentäjien ja valmistajien kannettaviksi.”[10]

---

[6] Vihreä kirja s. 19.
[7] Ks. tiivistelmää www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/piracy/piracyen.pdf s. 18 s.
[8] Ks. EYVL C 41 s. 56 ss.
[9] COM(2000) 789 final.
[10] Ks. EYVL C 221 s. 23.

Ehdotus direktiiviksi valmistui alkutalvesta 2003.[11] Tavoitteeksi ilmoitettiin sisämarkkinoiden moitteettoman toiminnan haittojen vähentäminen taistelemalla piratismia vastaan jäsenvaltioiden teollis- ja tekijänoikeutta koskevien yhdenmukaistettujen säännösten turvin. Muina tärkeinä tavoitteina mainitaan

– yritysten innovaatiotoiminnan ja kilpailukyvyn edistäminen
– kulttuurin säilymisen ja kehittämisen edistäminen
– työpaikkojen säilyttäminen Euroopassa
– verotulojen menetysten ja markkinoiden vääristymisen estäminen
– kuluttajansuojan varmistaminen sekä
– yleisen järjestyksen ylläpitäminen.

Direktiivin soveltamisala oli ulotettu kaikkiin teollis- ja tekijänoikeuden loukkaustapauksiin, ”kun loukkaus suoritetaan kaupallisessa laajuudessa tai kun loukkaus aiheuttaa huomattavaa vahinkoa oikeudenhaltijalle.”

Ehdotus sisälsi säännöksiä toimenpiteistä todisteiden suojaamiseksi, tiedonsaantioikeudesta, turvaamis- ja säilyttämistoimenpiteistä, tavaroiden tuhoamisesta, teknisten apuvälineiden suojasta, rikosoikeudellisista sanktioista jne. Näyttää siltä, että piratismin torjuntakeinoja on poimittu EU:n eri jäsenvaltioiden tehokkaimmiksi katsottujen toimenpiteiden joukosta. Jo vihreässä kirjassa komissio mainitsi esimerkkeinä tällaisista toimenpiteistä laittomaan toimintaan osallistuneen liikkeen osittaisen tai täydellisen sulkemisen määräajaksi, Yhdistyneen kuningaskunnan ”Anton Piller Order” -menettelyn ja Ranskassa käytössä olevan väärennettyjen tavaroiden takavarikoinnin. Kiinnostavana komissio piti myös alankomaalaisten tuomioistuinten kehittämää ratkaisua määrätä väärentäjä hankkimaan kiistanalaiset tuotteet takaisin omalla kustannuksellaan.[12]

Vahingonkorvausta koskeva direktiiviehdotuksen 17 artikla oli tarkoitettu täydentämään TRIPS-sopimuksen[13] 45 artiklan määräyksiä. Sen 1 kappaleen mukaan, joka sitoi kaikkia EU:n jäsenvaltioita, ”oikeusviranomaisilla tulee olla oikeus määrätä oikeudenloukkaaja maksamaan oikeudenhaltijalle korvaus, joka riittää hyvittämään oikeudenhaltijan kärsimän vahingon teollis- tai tekijänoikeuden loukkauksesta, jos loukkaaja tiesi tai hänellä oli riittävät perusteet tietää, että hän oli ryhtynyt loukkaavaan tekoon.” Direktiiviehdotuksen TRIPS-säännöstä tehokkaammaksi tarkoitettu 17 artikla kuului vahingonkorvauksen osalta näin:

> Vahingonkorvaukset
> 1. Jäsenvaltioiden on varmistettava, että toimivaltaiset oikeusviranomaiset määräävät loukkaajan maksamaan oikeudenhaltijalle vahingonkorvauksen, joka riittää hyvittämään oikeudenhaltijan kärsimän vahingon loukkaajan suorittamasta teollis- tai tekijänoikeuden loukkauksesta, jos loukkaaja tiesi tai hänellä oli riittävät perusteet tietää ryhtyneensä loukkaavaan tekoon. Tässä tarkoituksessa toimivaltaisten oikeusviranomaisten on myönnettävä kärsineen osapuolen pyynnöstä:

[11] KOM(2003) 46 lopullinen.
[12] Vihreä kirja s. 17 ss.
[13] Sopimus teollis- ja tekijänoikeuksien kauppaan liittyvistä näkökohdista, SopS 5/1995.

a) joko vahingonkorvaus, jonka määrä on vahvistettava siten, että se on niiden rojaltien tai vastaavien maksujen kaksinkertainen määrä, jotka loukkaaja olisi joutunut suorittamaan, jos se olisi pyytänyt lupaa käyttää kyseistä teollis- tai tekijänoikeutta;

b) tai kompensoiva vahingonkorvaus, joka vastaa loukkauksesta aiheutuneita vahinkoja ja ansionmenetystä. Soveltuvissa tapauksissa jäsenvaltioiden on varmistettava, että kärsittyyn vahinkoon voidaan lukea myös muita kuin taloudellisia tekijöitä, kuten oikeudenhaltijalle loukkauksen johdosta aiheutunut henkinen kärsimys.

2. Jäsenvaltiot voivat 1 kohdan b alakohdan tapauksessa varmistaa, että oikeudenhaltijan eduksi peritään takaisin kaikki loukkaajan saamat voitot, jotka ovat tulosta tästä loukkauksesta ja joita ei oteta huomioon kompensoivan vahingonkorvauksen laskemisessa. Loukkaajan saamien voittojen määrittämiseksi oikeudenhaltijan tarvitsee esittää todisteet vain loukkaajan saamista bruttotuloista, ja loukkaajan on esitettävä todisteet vähennyskelpoisista kustannuksistaan ja muihin tekijöihin kuin suojattuun kohteeseen liittyvistä voitoista.

Direktiiviehdotuksessa ei siis tyydytty vain vaatimukseen kärsityn vahingon riittävästä hyvittämisestä vaan annettiin myös, niin kuin parlamentti oli toivonutkin, ohjeet vahingonkorvauksen määrän laskemiseksi. Ensimmäinen vaihtoehto oli kirjoitettu nimenomaan sen varsin tavanomaisen tilanteen varalta, että loukatun oikeudenhaltijan oli vaikea määrittää ja näyttää kärsimänsä vahingon suuruus. Säännösten niin sanotussa tarkastelujaksossa komissio ilmoitti, ettei puheena oleva säännös koskenut rangaistusluonteisia vahingonkorvauksia. Kaksinkertaisen lisenssimaksun kohdalla kyse oli objektiiviseen perustaan perustuvasta vahingonkorvauksesta, jossa otettiin huomioon oikeudenhaltijalle koituneet kulut, kuten hallinnolliset kulut loukkauksen tunnistamiseksi ja loukkauksen alkuperän löytämiseksi.[14] Toinen vaihtoehto oli kompensoiva korvaus, joka vastasi oikeudenhaltijan kärsimiä vahinkoja ja ansionmenetyksiä. Kompensoivaan korvaukseen voitiin kuitenkin lisätä loukkaajan saama hyöty. Tällä pyrittiin luomaan varoittava tekijä ennen muuta kaupallisessa laajuudessa suoritettavien harkittujen loukkausten ehkäisemiseksi.

Direktiiviehdotusta ei ”tervehditty tyydytyksellä”. Esimerkiksi Saksassa, jossa immateriaalioikeuden loukkauksesta tuomittava vahingonkorvaus on jo 1800-luvun lopulta lukien voitu määrittää joko kompensoivana eli reparatiivisena korvauksena tai lisenssianalogian pohjalta taikka edunpalautuksena, vaadittiin vanhan ja vakiintuneen järjestelmän säilyttämistä.[15]

4. Meillä valtioneuvosto otti kantaa direktiiviehdotukseen kirjelmässään eduskunnalle syksyllä 2003. Valtioneuvoston mukaan muun muassa ehdotukset seuraamuksista saattaisivat

---

[14] Tämän korvausmallin yhtenä esikuvana saattoi olla Saksassa tekijänoikeusjutuissa omaksuttu käytäntö, jonka mukaan tekijänoikeusjärjestö GEMA:lle aiheutetusta vahingosta korvausta suoritettiin 100 %:lla korotetun tariffin perusteella. Käytäntöä perusteltiin sillä, että GEMA:n oli pidettävä yllä kustannuksia vaativaa kontrolli - ja valvontakoneistoa juuri niitä käyttäjiä silmällä pitäen, jotka eivät hankkineet tarvittavia käyttölupia. Ks. esim. *Gisela Wild* teoksessa Schricker, Urheberrecht. Kommentar, 2. painos, München 1999 s. 1525. Kaksinkertaisen lisenssimaksun kannalla kaikissa loukkaustapauksissa – ellei sitäkin suurempaa vahinkoa näytetä – ovat nykyään muun muassa Itävalta ja Slovenia. Ks. *Wilhelm Nordemannin* raporttia Civil procedure and civil sanctions and their effectiviness in fighting piracy. ALAI Congrès de Berlin 1999 s. 112.

[15] Ks. Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V:n kannanotto www.grur.de/Seiten/Themen/Stellungnahmen/StN 240403_engl.html.

osoittautua kohtuuttomiksi vähäisissä tai tahattomissa oikeudenloukkauksissa. Rangaistuksenluonteista vahingonkorvausta valtioneuvosto piti Suomen oikeusjärjestelmälle vieraana. Epäselväksi jää, pidettiinkö tällaisena kaksinkertaisen lisenssimaksun suuruista korvausta. Valtioneuvosto huomautti myös siitä, että erityisesti järjestäytyneeseen rikollisuuteen liittyvän piratismin osalta ehdotus saattoi jäädä vaikutuksiltaan jopa vähäiseksi.[16]

Myös eduskunnan talousvaliokunta näki direktiiviehdotuksessa paitsi lukuisia ongelmia myös joitakin puutteita.[17] Valiokunnan mielestä ehdotetut seuraamukset voisivat johtaa kohtuuttomuuksiin tilanteissa, joissa kysymys on esimerkiksi vireillä olevaan patenttihakemukseen kohdistuvasta vilpittömässä mielessä tehdystä mahdollisesta loukkauksesta. Valiokunta piti myös ongelmallisena sitä, että eräitä TRIPS-sopimuksen sanamuotoja haluttiin siirtää direktiiviin, mutta siirrossa käytettiin kuitenkin muotoiluja, jotka poikkesivat sopimustekstistä.

Direktiiviehdotus synnytti runsaasti keskustelua myös unionin eri valtioiden hallitusten ja parlamenttien ulkopuolella. Immateriaalioikeuden eurooppalaiset huipputiedemiehet reagoivat ehdotukseen voimakkaasti. *William R. Cornish, Josef Drexl, Reto Hilty* ja *Annette Kur* julkaisivat European Intellectual Property Review'ssä lokakuussa 2003 lausuman, jossa he toisaalta pitivät direktiivin suunniteltua soveltamisalaa liian laajana, mutta toisaalta katsoivat, ettei direktiivi voinut tehokkaasti vaikuttaa piratismin torjuntaan: laitonta kopiointia valmisteleva ei suunnitellut etukäteen, missä EU:n maassa sanktiot olisivat lievimmät ja missä loukkaus olisi siis kannattavinta suorittaa.

Neljän tieteenharjoittajan huoli ei jäänyt vaille taustatukea. Monet Euroopan immateriaalioikeuden tutkijoista, muun muassa *Marianne Levin* Tukholmasta ja *Niklas Bruun* Helsingistä ilmoittivat tukevansa nelikon kannanottoa.[18]

Direktiiviehdotuksesta löysivät ongelmia myös kuluttajien ja oikeudenhaltijoiden edustajat: edellisten mielestä oltiin menossa liian pitkälle, jälkimmäiset taas eivät pitäneet toimenpideehdotuksia riittävinä.[19]

Direktiiviehdotus eteni kuitenkin omaa, tosin kiemuraista tietään. Jyrkimpiä keinoja pehmennettiin, soveltamisalaa kavennettiin, rikosoikeudelliset sanktiot poistettiin ehdotuksesta jne. Valtioneuvosto kirjoitti Eduskunnalle helmikuussa 2004: "Suomi suhtautuu sinänsä myönteisesti direktiiviehdotukseen." Soveltamisalaan olisi valtioneuvoston mielestä kuitenkin edelleen kiinnitettävä erityistä huomiota. Vahingonkorvausta koskevan artiklan osalta valtioneuvosto lausui: "Eräs direktiiviehdotuksen keskeisimmistä tavoitteista oli yhdenmukaistaa teollis- ja tekijänoikeuksien loukkaustapauksiin sovellettavat vahingonkorvausten laskentatavat. Direktiiviin sisällytettävä vahingonkorvaussäännös ei vielä ole saanut lopullista muotoaan, mutta näyttää siltä, että säännös tulee osin harmonisoimaan jäsenvaltioiden oikeutta antaen

[16] Ks. valtioneuvoston kirjelmä eduskunnalle 18.9.2002, U 32/2003 vp.
[17] Talousvaliokunnan lausunto 14/2003.
[18] Ks. NIR 2003 s. 359 ss.
[19] Kannanottoja voi tarkastella verkossa hakusanoilla enforcement, direktiivi.

kuitenkin jäsenvaltioille ja jäsenvaltioiden tuomioistuimille tarvittavan liikkumavaran vahingonkorvauksen määrittelyssä."[20]

5. Direktiiviehdotus tuli parlamentin käsittelyyn 9.3.2004. Edellisenä päivänä edellä jo mainitut professorit *Marianne Levin* ja *Niklas Bruun* julkaisivat sekä Hufvudstadsbladetissa että Dagens Nyheterissä kirjoituksen, jossa he katsoivat EU-lainsäädännön olevan nyt harhateillä. Direktiivi oli heidän mielestään paitsi huonosti valmisteltu, myös hampaaton piratismiin nähden, soveltamisalaltaan liian laaja eikä seurausvaikutuksia käynyt vielä edes arvioiminen. Kirjoittajat puuttuivat myös siihen, että immateriaalioikeuksien loukkauksista oli tähän mennessä säädetty kansallisella tasolla. Parlamentti äänesti kuitenkin direktiivin hyväksymisen puolesta. Neuvosto hyväksyi ehdotuksen parlamentin hyväksymässä muodossa. Direktiivi teollis- ja tekijänoikeuksien noudattamisen varmistamisesta (2004/48/EY) annettiin 29.4.2004 ja julkaistiin yhteisöjen virallisessa lehdessä seuraavana päivänä (EYVL 157, 30.4.2004 s. 45). Jäsenvaltioilla on direktiivin antamisesta kaksi vuotta aikaa sopeuttaa lainsäädäntönsä uusiin vaatimuksiin.

Direktiivi tuli lopulta soveltamisalaltaan laajaksi eli kaikki teollis- ja tekijänoikeudet – eli muutkin kuin edellä puheena olleet tekijänoikeudet, patentit ja tavaramerkit – kattavaksi. Kuitenkin jyrkimmät keinot tulisivat olemaan käytettävissä vain silloin, kun kysymyksessä on kaupallisessa laajuudessa toteutettu toiminta. Niin ikään kunkin yksinoikeuden erityispiirteet on direktiivin mukaan sanktioita valittaessa otettavissa huomioon. Niin kuin valtioneuvosto eduskunnalle helmikuussa 2004 lausui, tavanomaisia patentinloukkauksia voidaan tällä perusteella käsitellä eri tavoin kuin vakavia tekijänoikeuspiratismitapauksia.[21] Rikosoikeudellisia seuraamuksia direktiiviin ei lopulta lainkaan sisällytetty.

Vahingonkorvausta koskeva 13 artikla hyväksyttiin seuraavan sisältöisenä:

> "1. Jäsenvaltioiden on varmistettava, että toimivaltaiset oikeusviranomaiset määräävät vahingon kärsineen osapuolen hakemuksesta loukkaajan, joka tiesi tai jolla oli riittävät perusteet tietää ryhtyneensä loukkaavaan tekoon, maksamaan oikeudenhaltijalle vahingonkorvauksen, joka vastaa tälle loukkauksen johdosta koitunutta tosiasiallista vahinkoa.
>
> Määrittäessään vahingonkorvauksen oikeusviranomaisten on:
> a) otettava huomioon kaikki asianmukaiset näkökohdat, kuten vahingon kärsineelle osapuolelle aiheutuneet kielteiset taloudelliset seuraukset, saamatta jäänyt voitto mukaan lukien, loukkaajan saama perusteeton etu ja soveltuvissa tapauksissa muita kuin taloudellisia tekijöitä, kuten oikeudenhaltijalle loukkauksen johdosta aiheutunut aineeton vahinko; tai
> b) vaihtoehtona a kohdan säännökselle oikeusviranomaiset voivat soveltuvissa tapauksissa määrittää vahingot kiinteänä määränä esimerkiksi vähintään niiden rojaltien tai maksujen määrän perusteella, jotka oikeudenloukkaaja olisi joutunut suorittamaan, jos se olisi pyytänyt lupaa käyttää kyseistä teollis- ja tekijänoikeutta.

---

[20] U-jatkokirjelmä , OPM 2.2.2004 (asia U 32/2003).
[21] U-jatkokirjelmä, OPM 2.2.2004 s. 3.

> 2. Jos oikeudenloukkaaja ei ole tietoisesti ryhtynyt loukkaavaan tekoon tai ryhtyi loukkaavaan tekoon ilman, että hänellä oli riittävät perusteet tietää ryhtyvänsä siihen, jäsenvaltiot voivat säätää, että oikeusviranomaiset voivat määrätä voitot perittäviksi takaisin tai maksettavaksi vahingonkorvauksen, joka voi olla ennalta määrätty."

6. Tarjoaako direktiivi teollis- ja tekijänoikeuden loukkauksista tuomittaville vahingonkorvauksille kaivatut laskentamallit? Tuleeko meidän immateriaalioikeutta sääntelevien lakiemme vahingonkorvausnormistoja direktiivin johdosta muuttaa?

Ensimmäiseen kysymykseen on helppo vastata: ei tarjoa eikä voikaan tarjota, jos pyrkimyksenä on kärsityn vahingon kompensoiminen. Vahingon rahamääräinen selvittäminen tulee edelleen olemaan vaikeata siitä huolimatta, että direktiivissä luetellaan huomioon otettavat "asianmukaiset näkökohdat". Kaikki nuo näkökohdat ovat sellaisia, joihin niin vahinkoa kärsineet kuin riidan ratkaisijat ovat tähänkin asti kiinnittäneet huomiota. Jonkinlaisesta laskentamallista voitaisiin ylipäänsä puhua direktiivissä vaihtoehtona tarjoillun kiinteämääräisen korvauksen kohdalla. Mutta se taas ei voine olla laskennallisena apuna kaikissa tilanteissa. Kaikkia yksinoikeuksia ei yksinkertaisesti lisensioida mistään hinnasta. Kun direktiivissä sitä paitsi rojaltit tai muut vastaavat maksut esitetään vain esimerkkinä kiinteän korvausmäärän laskemiselle, opastusta ei tarjota, millä muilla tavoin kiinteä korvaus olisi ylipäänsä määrättävissä. Tällä direktiivillä ei immateriaalioikeuden alalla kärsityn vahingon suuruuden määrittämisongelmia siis ratkaista.

Tuottamuksellisen – tahallisuus tietysti mukaan luettuna – loukkauksen tapauksissa meidän voimassa olevat immateriaalioikeuslakimme ovat kompensoivan korvauksen eli direktiivin 13 artiklan 1 kohdan a alakohdan linjoilla eli pyritään kaiken loukkauksesta aiheutuneen vahingon korvaamiseen. Tässä suhteessa direktiivi ei siis tarjoa mitään uutta. Koska direktiivin puheena olevassa a alakohdassa lueteltua korvausta määrättäessä huomioon otettavia tekijöitä ei mainita lainsäädännössämme, direktiivi lienee turvallisinta implementoida tältä osin sanamukaisesti. Direktiiviä implementoitaessa tulee myös edellä mainitun b alakohdan mukainen korvauksen määrittämistapa kirjoittaa asianomaisiin lakeihimme. Ehkä senkin kohdalla on syytä pitäytyä direktiivin sanamuodossa.

Ongelmallisena saatetaan pitää 13 artiklan alkuun otettuja kriteerejä loukkaajan tietoisuuden määrittelystä. Asiaan enempää paneutumatta oletan kuitenkin, että pohjoismaisittain tuottamuksellinen loukkaaja on samaistettavissa loukkaajaan, "jolla oli riittävät perusteet tietää ryhtyneensä loukkaavaan tekoon". Sanonta on sama kuin TRIPS 45 artiklan 1 kohdassa. Se ei aikanaan johtanut Pohjoismaissa lainmuutoksiin.

Direktiivin 13 artiklan 2 kohdan ymmärrän tarkoittavan sen korvausvastuuta, joka bona fide loukkaa toisen immateriaalista yksinoikeutta. Tällä kohdin meidän patentti-, tavaramerkki- ja tekijänoikeuslakimme korvaussäännökset poikkeavat eniten toisistaan.[22] Mutta koska direktiivikin tarjoaa eri mahdollisuuksia, saattaa olla niin, että ainakin nämä juuri mainitut lakimme täyttävät asetetut väljät vaatimukset.

---

[22] Ks. edellä jaksossa 2.

Heikki Halila

# Oikeuskäytännön merkitys rakennusurakkaan liittyvissä kysymyksissä

## Taustakysymyksiä

Rakennusurakka on lailla sääntelemätön sopimustyyppi, jonka keskeisenä normilähteenä ovat legaalinormien sijasta yleisten sopimusehtojen määräykset. Vaikka ne yhdessä muiden rakentamisalan standardien kanssa sisältävät hyvin yksityiskohtaisia määräyksiä, oikeustilan jäsentymisessä ei ole voitu ajatella tultavan toimeen ilman oikeuskäytännön ohjausvaikutusta. Kentällä on päinvastoin liiankin herkästi kysytty, onko olemassa tapausta, joka antaisi ongelmatilanteeseen vastauksen. Tämä on sinänsä ymmärrettävää, mutta rakennusurakassakaan ei Suomessa ole käytössä case-law-järjestelmää.

Oikeuskäytäntö ei ole voinut rajoittua merkityssisällön antamiseen yksittäisille sopimusmääräyksille. Kysymys on ollut paljosta muustakin, erityisesti ylimmän asteen ratkaisuissa pääosaltaan muusta. Kun puhutaan rakennusurakan oikeuskäytännön vaikutuksista, on pidettävä mielessä myös vaikutukset yleiseen sopimus- ja velvoiteoikeuteen, samalla tavoin kuin rakennusurakan ymmärretään jäsentyvän sopimustyyppinä muunkin kuin sitä spesifisti koskevan oikeudellisen aineiston myötä.[1] Toiselta puolen on ratkaisuista varottava tekemästä yleistäviä päätelmiä, jos ne perustuvat rakentamissopimusten erityispiirteisiin.

## Välitystuomiot oikeustutkimuksen lähdeaineistona

Välityslauseke on ollut rakennusurakkasopimuksissa varsin tavallinen. Se on sitä yhä, vaikka sitä ei sisälly vuodelta 1998 oleviin rakennusurakan yleisiin sopimusehtoihin. Välitystuomiot

[1] Esko Hoppu on alleviivannut tarkkuuden merkitystä oikeustapausanalyysissä. Jos tarkkuus unohtuu, ratkaisujen päätellään helposti sisältävän sellaisia elementtejä ja oikeusohjeita, joita niissä ei ole. Ks. esim. Hoppu, LM 1993 s. 654–655. Hän on myös kiinnittänyt huomiota siihen, mihin argumentoinnin on tukeuduttava. On tunnettava sopimusehtojen määräykset ja alan käytäntö, mutta kirjoitetun lain puuttumisen vuoksi ongelmat joudutaan ratkaisemaan yleisten sopimusoikeudellisten periaatteiden pohjalta ottamalla samalla huomioon rakennusurakan erityispiirteet. Ks. Hoppu, LM 1993 s. 653. Tämä voi unohtua, jos ei nähdä metsää puilta.

ovat rakentaneet merkittävästi tämän sopimustyypin oikeuskäytäntöä. On tunnettu ajatustottumus, että ne ovat suuressa määrin korvanneet oikeustilan muotoajana yleisten tuomioistuinten ratkaisut.[2] Ne on myös otettu huomioon rakennusurakan sopimusehtojen kehittämistyössä.

Välitystuomioiden ohjausvaikutus on perustunut paljolti siihen, että aikaisemman, 1.12.1992 asti voimassa olleen lain aikana välitystuomiot tuli tallettaa sen paikkakunnan yleiseen alioikeuteen, jossa tuomio oli annettu. Kyseessä oli lex imperfecta, normi ilman sanktiota.[3] Silti myös rakennusurakan välitystuomioita talletettiin siksi paljon, että oli mahdollista puhua välimiesratkaisuissa syntyneestä käytännöstä eikä vain yksittäisistä ratkaisuista. Tuomioiden painoarvoon on vaikuttanut ja vaikuttaa yhä niiden antajien asiantuntemus sekä se tapa, jolla niitä on perusteltu.[4] Tutkijoiden haasteellisena tehtävänä on ollut verrata välitystuomioita yleisten tuomioistuinten, erityisesti KKO:n käytäntöön.[5]

Tietoa välitystuomioiden sisällöstä on tullut kokoomateosten ja tutkimuksen myötä, mikä on ollut omiaan lisäämään niiden painoarvoa. Reino Erman teoksissa on julkaistu ja asianmukaisin hakemistoin varustettu rakennusurakan välitystuomioita vuosilta 1926–1980 ja 1981–1989. Tuomioita saatettiin julkaista, kun niitä oli saatavilla ja kun julkaisemiseen mahdollisesti liittyviin tekijänoikeuskysymyksiin ei kiinnitetty huomiota. Muilta kohdealueilta kuin rakennusurakasta ei välitystuomioita ole julkaistu kokoelmina.

Luopuminen välitystuomioiden tallettamisesta alioikeuksiin on merkinnyt sitä, ettei välitystuomioista ole enää saatu informaatiota samalla tavoin kuin aikaisemmin. Asetelma on vinouttanut oikeuskäytännön vaikutusta. Rakennusurakasta annetaan yhä välitystuomioita, joskin ehkä aikaisempaa vähemmän. Niillä ei ole kuitenkaan samanlaista oikeuskäytäntöä osoittavaa ja oikeustilaa rakentavaa vaikutusta kuin aikaisemmin, koska tiedot niiden sisällöstä ovat satunnaisia.[6]

Pekka Timosen esittämällä tavalla välitystuomiot on aiheellista rinnastaa oikeuslähteinä tuomioistuinratkaisuihin.[7] Tämänkin vuoksi niitä tulisi eritellä tutkimuksessa samalla tavoin kuin tuomioistuinratkaisuja tyytymättä niiden referoimiseen. Nyttemmin ei tietoon tulleesta

---

[2] Ks. esim. Ylöstalo Matti, Oikeus ja kohtuus välimiesmenettelyssä s. 339 teoksessa Juhlajulkaisu Simo Zitting 1915 – 14/2 – 1985. Helsinki 1985 ja Rudanko Matti, Rakennuttajan myötävaikutushäiriöistä rakennusurakassa, Vammala 1989 s. 17–18.

[3] Ks. Tirkkonen Tauno, Välimiesmenettely, Vammala 1943 s. 265 ss.

[4] Ks. esim. Timonen Pekka, Välimiesratkaisut oikeuslähteenä, LM 1990 s. 713–714 ja Muukkonen P. J., Näkökohtia aluerakentamissopimuksista, LM 1991 s. 112.

[5] KKO:n ratkaisut eivät ole sitovia oikeuslähteitä, mutta niillä on merkittävä ennustearvo. Timosen mukaan erityistä asiantuntemusta hyväksi käyttäen tehdyt, laajasti perustellut välimiesoikeuden ratkaisut ovat soveltamisesimerkkeinä arvokkaampia kuin minkään auktoriteetin ratkaisut, jotka eivät täytä samoja laatuvaatimuksia. Tältä kannalta ratkaisujen prejudikaattiarvo, niiden merkitys oikeuslähteenä, voi hänen käsityksensä mukaan olla merkittävästikin suurempi kuin yleisten tuomioistuinten ratkaisujen. Ks. Timonen, Välimiesratkaisut oikeuslähteenä, LM 1990 s. 713. Oikeustutkimuksessa onkin voitu käsitellä välitystuomioita Timosen esittämällä tavalla. Oikeuslähteiden käyttösääntöjen vastaista ei ole se, että välitystuomiota pidetään KKO:n ratkaisua perustellumpana. Jos KKO:n ratkaisu on ristiriidassa välitystuomioiden linjan kanssa, tuomioistuimet luultavasti noudattavat KKO:n omaksumaa kantaa, mutta välimiesoikeuksissa tämä ei ole yhtä todennäköistä.

[6] Ks. ongelmista esim. Timonen, Välimiesratkaisut oikeuslähteenä, LM 1990 s. 714.

[7] Ks. Timonen, Välimiesratkaisut oikeuslähteenä, LM 1990 s. 712.

yksittäisestä hyvinkään perustellusta välitystuomiosta voida sanoa, ilmentääkö se myös yleistä käytäntöä. Tämä vaikuttaa omalla tavallaan ratkaisujen arviointiin. Mitä enemmän aikaa kuluu, sitä pulmallisemmaksi tulee tukeutuminen vuodelta 1992 oleviin ja sitä aikaisempiin välitystuomioihin. Tietoa ei ole siitä, onko uudemmissa ratkaisuissa poikettu aikaisemmista linjauksista.

Esitetyt seikat ovat voineet vaikuttaa siihen, että tutkijat varovat viittaamasta välitystuomioihin, vaikka olisivat niiden sisällöstä perillä.[8] Tiedon puuttuminen on vaikeuttanut niin tutkijoiden kuin välimiesoikeuksissa toimivienkin työtä. Esimerkkinä voidaan mainita projektinjohtourakat, joiden merkitys on lisääntymässä. Niistä on ollut vireillä välimiesmenettelyssä riidanratkaisuja, joista ei ole yleisesti tietoa saatavissa.

Vaikka välitystuomioita olisi saatavissa ja käytettävissä, tutkija tai muu asiasta kiinnostunut pääsee harvoin tutustumaan menettelyssä kertyneeseen asiakirjamateriaaliin.[9] Tähän kiinnitti huomiotani Esko Hoppu, kun pohdin mahdollisuutta ryhtyä valmistelemaan väitöskirjaa rakennusurakasta. Nyttemmin ongelma on kasvanut olennaisesti ja samalla sen luonne muuttunut, kun tietoon tulee harvakseltaan katkelmia välitystuomioista, mutta itse välitystuomiota ei voi saada nähtäväkseen.

> Kun yleisessä tuomioistuimessa tai välimiesoikeudessa annettu tuomio on hyvin perusteltu, voidaan ajatella, etteivät asiakirjat anna tapaukseen lisävalaistusta. Niissä voi kuitenkin olla helmiä ja näkökohtia, jotka lisäävät tutkijan itseymmärrystä.

## Ex aeque et bono ratkaisukäytännössä

Oma merkityksensä on myös sillä, mihin välitystuomion on lain mukaan perustuttava. Aikaisemman lain mukaan välimiesten tuli perustaa ratkaisunsa siihen, minkä he harkitsevat oikeuden ja kohtuuden vaativan. Nykyisen lain mukaan välimiesten on perustettava tuomionsa lakiin; jos asianosaiset ovat niin sopineet, saavat välimiehet kuitenkin perustaa tuomionsa siihen, minkä he katsovat kohtuulliseksi (ex aeque et bono).[10]

Havaintojen mukaan välityslausekkeissa on ei näytä olevan viittauksia ex aeque et bono. Toiselta puolen välimiesjuttuja ei näy ajettavan eikä tuomioita perusteltavan nykyisen lain voimassa ollessa toisin kuin aikaisemmin. Matti Ylöstalo kirjoitti 20 vuotta sitten, ettei välimiesten ja tuomioistuinten harkinnalla ollut periaatteellista eroa.[11] Vaikuttaakin siltä, että lainmuutos ei ole tosiasiallisesti muuttanut (rakennusurakan) välitystuomioiden oikeuslähdeopillista arvoa, vaikka se on vaikeuttanut niiden käyttöä.[12]

---

[8] Ilman asianosaisten suostumusta julkistaminen asianosaisten nimet mainiten ei ole sallittua. Ilman suostumusta ei muutoinkaan voida antaa välitystuomiosta sellaista informaatiota, josta riitatapaus olisi identifioitavissa.

[9] Ks. siitä, miten oikeudenkäyntiaineistoa on eri aikoina talletettu, Erma Reino, Rakennusurakan sopimusehdot II (1983) s. VI–VII.

[10] Ks. Möller Gustaf, Välimiesmenettelyn perusteet, Helsinki 1997 s. 71.

[11] Ks. Ylöstalo, Oikeus ja kohtuus välimiesmenettelyssä s. 329–343 juhlajulkaisussa Simo Zitting 1915 – 14/2 – 1985.

[12] Ks. Timonen, LM 1990 s. 708–709.

Kohta kohdalta on kuitenkin tarkkailtava sitä, onko ex aeque et bonon vuoksi ratkaisukäytäntö voinut olla joissain asioissa välimiesoikeuksissa toinen kuin se on ollut tuomioistuimissa ja ovatko tuomioistuinten ja välimiesoikeuksien linjaukset yhtyneet tällaisissa asioissa vuodesta 1992 alkaen.[13] Matti Ylöstalo on viitannut viivästyskorkoa koskeviin määräyksiin; eräissä tapauksissa oli välitystuomioissa tuomittu korkeampaa korkoa kuin tuolloin voimassa olleen kauppakaaren säännösten mukaan oli mahdollista.[14] Sittemmin alhaisen viivästyskoron ongelma on poistunut korkolain myötä.

Toisena kohdealueena voidaan mainita yllättävät kustannusmuutokset. Pirkko-Liisa Aro ja Esko Hoppu arvelivat vuonna 1976, että välimiesoikeuksissa voisi linjaus olla toinen kuin yleisissä tuomioistuimissa. Tämä lausuma oli oraakkelimainen, kuten jäljempänä havaitaan.[15] KKO poikkesi välimiesoikeuksien ratkaisukäytännöstä.

## Empiriaa välitystuomioista yksityisoikeuden tutkimuksessa

Suomessa ei ole tehty empiiristä selvitystä välitystuomioiden käyttämisestä oikeustutkimuksessa. Ne tutkimukset, jotka on tehty oikeuskäytännön vaikutuksesta oikeustieteeseen, koskevat vain tuomioistuinten ratkaisuja.[16] Ilman erityistä perehtymistä voidaan kuitenkin todeta, että rakennusurakkasopimuksen tutkimuksessa välitystuomioilla on ollut olennaisesti suurempi merkitys kuin millään muulla tutkimuslohkolla.

Sopimusoikeuden yleisiin oppeihin ei välitystuomioilla ole ollut Suomessa erityistä vaikutusta. Tämä johtunee perinteisten oikeuslähteiden runsaudesta ja KKO:n ratkaisujen suuresta määrästä.[17] Siksi ei ole koettu tarvetta käydä kartoittamaan välitystuomioista näkyvää oikeustilaa; oikeuskäytännön painoarvon lisääntyminen ei ole tuonut välitystuomioita yleisistä opeista kiinnostuneiden tutkijanpöydälle.[18] Tilanne on samanlainen myös Skandinavian maissa.

Väitöskirjoissakin on näkynyt harvoin joskaan ei poikkeuksettomasti välitystuomioita. Kun rakennusurakkatutkimus suljetaan aluksi pois, voidaan todeta, että välitystuomioihin viitta-

---

[13] Ks. kysymyksenasettelusta Hoppu, LM 1993 s. 654.

[14] Ks. Ylöstalo, Juhlajulkaisu Simo Zitting s. 339–340. Osa ratkaisuista on voinut perustua urakkasopimuksessa olevaan korkolausekkeeseen.

[15] Ks. Hoppu Esko – Aro Pirkko-Liisa, Kustannustason nousu ja rakennusurakkasopimus, Vammala 1976 s. 58.

[16] Ks. erityisesti Suviranta Outi, Ennakkopäätösten käytöstä suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa, Oikeustiede – Jurisprudentia 1986 s. 425–475 ja Helin Markku, Lainoppi ja metafysiikka, Vammala 1988 s. 376–377 ja 391–396.

[17] Esimerkkinä voidaan mainita Mika Hemmon vuodelta 2003 oleva kaksiosainen teos Sopimusoikeus. Siinä on aikaisempiin yleisesityksiin verrattuna runsaasti oikeuskäytäntöä, yli 500 KKO:n ja yli sata muuta ratkaisua. Mukana on neljä ICC:n välitystuomiota mutta ei kotimaisia välimiesratkaisuja. Aikaisemmissa yleisesityksissä välitystuomioihin ei näy viittauksia.

[18] Tästäkin säännöstä on ollut poikkeus, P. J. Muukkonen. Hän tarkasteli artikkelituotannossaan modernia sopimusoikeutta siltä kannalta, miten välitystuomioissa oli oltu edelläkävijöinä ja oikeudellisten periaatteiden lanseeraajina. Ks. Yhteistyösopimukset ja lojaliteettivelvollisuus s. 363–364 teoksessa Juhlajulkaisu Urho Kaleva Kekkonen 1900 – 3/9 – 1975, Helsinki 1975, Näkökohtia aluerakentamissopimuksista, LM 1991 s. 127–132 ja Sopimusoikeuden yleinen lojaliteettiperiaate, LM 1993 s. 1036–1039.

sivat urakasta kirjoittamissaan väitöskirjoissa sekä Reino Erma[19] että Erkki Aurejärvi[20]. Kari-Pekka Tiitinen on analysoinut seitsemää graafisen alan välitystuomiota.[21] Antero Palaja käsitteli kahta ulkomaista valuuttaehtoa koskevaa välitystuomiota mutta ei kotimaisia ratkaisuja.[22]

Pekka Timonen on viitannut väitöskirjassaan kahteen osakkeiden lunastusta koskevaan kotimaiseen välitystuomioon.[23] Petri Mäntysaaren väitöskirjassa yrityskaupasta on 74 kotimaista välitystuomiota.[24] Yrityskauppa ja lunastusriidat ovatkin kohdealueita, joilla annetaan melko paljon välitystuomioita. Tällä kohdealueella, jonka merkitys on yhä lisääntymässä, välitystuomiot ovat tärkeää tutkimusmateriaalia.[25] Yhteistoimintasopimuksia koskevat välitystuomiot tarjoavat niin ikään sopimusoikeuden tutkijoille kiintoisaa materiaalia.[26]

Oppihistoriallisesti voidaan kysyä, olisiko välitystuomioita voinut hyödyntää oikeustutkimuksessa enemmän kuin on tehty. Oikeustieteessä toisin kuin eräillä muilla tieteenaloilla mainitaan lähdeaineistona vain se materiaali, johon on viitattu. Siksi ei tiedossa ole, ovatko tutkijat pyrkineet saamaan käsiinsä välitystuomioita, mutta jääneet tyhjin käsin tai pitäneet aineistoa epärelevanttina. Yksittäistapauksia saatetaan kuitenkin esittää siitä, miten välitystuomioilla olisi voinut olla käyttöä tutkimuksessa.[27]

## Välitystuomiot rakennusurakan normilähteenä

Rakennusurakkatutkimuksessa välitystuomioille on kehkeytynyt vankka sija tutkimuslähteenä. Kun yleisten tuomioistuinten ratkaisuja ei ollut riittävästi oikeustilan selvittämiseksi, tutkimusaineisto olisi vinoutunut, jos ei olisi käytetty välitystuomioita.[28] Aineistovalintaan on vaikuttanut osaltaan sekin, että ulkomaiden oikeudesta ei ole rakennusurakassa yhtä paljon hyötyä kuin sopimusoikeudessa yleensä.

Rakennusurakkatutkimuksessakaan välitystuomioita ei ole hyödynnetty kovin pitkään. Niinpä välitystuomioista kokoelmia laatinut Reino Erma ei vielä käyttänyt niitä vuonna 1966 valmistuneessa kirjassaan ”Rakennusurakkasopimuksen tekeminen”. Esko Hopun vuodelta

---

[19] Ks. Erma, Työurakka Suomen velvoiteoikeuden mukaisena sopimustyyppinä, Vammala 1955 s. 235–245, jossa on referoitu kymmentä kotimaista välitystuomiota. Ne kaikki koskevat rakennusurakkaa.

[20] Ks. Aurejärvi Erkki, Urakkasopimus, Vammala 1976 s. 18–19. Aurejärvi haki välitystuomioista täsmätietoa: käytetäänkö sanaa urakka muista kuin tulosvastikkeisista välipuheista.

[21] Ks. Tiitinen Kari-Pekka, Työ- ja virkaehtosopimusten neuvottelulausekkeet, Vammala 1979 s. 152 ja 266–267.

[22] Ks. Palaja Antero, Aikarahtauksesta. Erityisesti aikarahdista, Vammala 1980 s. 169–171.

[23] Ks. Timonen, Määräysvalta, hinta ja markkinavoima, Jyväskylä 1997 s. 265–266.

[24] Ks. Mäntysaari Petri, Mängelhaftung beim Kauf von Gesellschaftsanteilen, Helsinki 1998 s. 184–210. Tässä tutkimuksessa on lähinnä tyydytty välitystuomioiden referoimiseen. Kohta kohdalta niitä ei ole analysoitu.

[25] Ks. Timonen, Lunastushinta osakeyhtiölain mukaisessa vähemmistöosakkeiden lunastusmenettelyssä s. 351–370 julkaisussa Velka, vakuus ja prosessi. Juhlajulkaisu Erkki Havansi, Helsinki 2001. Tässä artikkelissa on viitattu laajalti välitystuomioihin.

[26] Ks. edellä mainittuja Muukkosen artikkeleita vuosilta 1975 ja 1993.

[27] Gustaf W. Norrmén väitteli vuonna 1968 teoksella ”Om bostadsaktieköparens rättsliga ställning i det s.k. grunderförhållandet”. Siinä ei ole viitattu yhteenkään välitystuomioon, vaikka aihetta sivuavaa materiaalia olisi ollut käytettävissä.

[28] Ks. asiaa koskevasta pohjoismaisesta keskustelusta esim. Sandvik Tore, Entreprenørrisikoen, Oslo 1966 s. 70–79.

1972 oleva ”Alistamisesta rakennusurakassa” on ensimmäinen monografia, jossa välitystuomioihin on viitattu laajalti. Urakoitsijoiden suorituksien yhteensovittamista koskevan alistamisinstituution valikoituminen tutkimuskohteeksi oli sekin juontanut juurensa eräästä välitystuomiosta.[29] Esko Hoppu kuuluu niihin, jotka ovat analysoineet välitystuomioita ja olleet itse muovaamassa tutkimuskohdettaan välimiehenä.

Välitystuomioiden käyttö on ollut laaja-alaisinta molemmissa rakennusurakasta Suomessa julkaistuissa väitöskirjoissa. Matti Rudanko viittasi 89 välitystuomioon ja 7 KKO:n ratkaisuun.[30] Juha Laineen oikeustapaushakemisto käsittää 68 välitystuomiota, 42 KKO:n ratkaisua, joista noin puolet koskee rakennusurakkaa ja puolet muuta sopimusoikeutta, sekä 40 hovioikeustuomiota.[31]

Rudangon ja Laineen tutkimusaineistossa välitystuomioita oli tuntuvasti enemmän kuin KKO:n ratkaisuja. Välitystuomiot koskivat kaikki rakentamista, KKO:n ratkaisuista vain osa. Aineiston valinta johtui saatavilla olevasta tutkimusmateriaalista. Välitystuomioita ei ollut kyseisissä väitöskirjoissa varmaankaan liikaa. Vastaväittäjien mukaan argumentointi olisi kuitenkin ehkä painottunut hieman toisin, jos rinnalla olisi ollut enemmän yleistä sopimusoikeutta koskevaa pohdintaa.[32]

Välitystuomioiden analysoimisen myötä rakennusurakkatutkimukseen on saatu todellisuuspohjaisuutta usealla kohdealueella. Sellaisina voidaan mainita edellä mainittujen tutkimuskohteiden ohella vahingonkorvauksen ja sopimussakon välinen suhde[33], rakennuttajan tiedonantovelvollisuus[34] sekä kustannusmuutokset[35]. Tutkimustradition hienoisesta muutoksesta kertoo välitystuomioiden käytön lisääntyminen 1900-luvun loppua kohden tultaessa. Tutkijakohtaiset erot näkyvät siinä, miten välitystuomioita on analysoitu ja hyödynnetty.

## Millaisia rakennusurakkariitoja KKO on ratkaissut?

Kun on ajateltu, että välitystuomiot korvaavat normilähteenä suuressa määrin tuomioistuinten ratkaisut rakennusurakassa, on voinut syntyä sellainen käsitys, että KKO:n prejudikaateille ei olisi rakennusurakassa erityistä tarvetta. Varsinkin on voitu katsoa, ettei KKO:n kantaa tarvita eikä oikeastaan voidakaan antaa sellaisissa kysymyksissä, jotka teknisyydessään eivät avaudu tähän sopimustyyppiin vihkiytymättömille.

---

[29] Ks. teoksen alkusanoja. Tutkimuksessa hyödynnettiin viittä välitystuomiota. Ne eivät kuitenkaan ole argumentoinnissa keskeisessä asemassa vaan enemmänkin ongelmien lähteen roolissa.

[30] Ks. Rudanko Matti, Rakennuttajan myötävaikutushäiriöistä rakennusurakassa, Vammala 1989 s. 382–384.

[31] Ks. Laine Juha, Rakennusvirheistä, Helsinki 1993 s. 259–267.

[32] Ks. Aurejärvi, LM s. 1171–1172 ja Hoppu, LM 1993 s. 654.

[33] Ks. Aro, Sopimusakon ja vahingonkorvauksen suhteesta rakennusurakassa, DL 1971 s. 323–339.

[34] Ks. Halila Heikki, Rakennuttajan tiedonantovelvollisuudesta rakennusurakassa, Vammala 1981, jossa on viitattu 32 välitystuomioon. Rakennusurakan asiakirjapuutteet ja ristiriitaisuudet ovat yhä kohdealue, jossa keskeisenä tutkimuskohteena ovat välitystuomiot.

[35] Ks. Hoppu – Aro, Kustannustason nousu ja rakennusurakkasopimus ja Halila, Lainsäädännöstä johtuvat kustannusmuutokset rakennusurakassa, LM 1985 s. 1007–1047.

KKO:n rakennusurakkaa koskevien ratkaisujen määrä ei kuitenkaan ole aivan vähäinen. Siinä on selvä nousu siitä alkaen, kun välitystuomioita ei ole enää talletettu alioikeuksiin. Vuosien 1968–2004 KKO:n sopimusoikeusprejudikatuuriin kuuluu 37 julkaistua rakennusurakkaratkaisua eli keskimäärin yksi vuodessa.[36] Ne ovat seuraavat: 1968 II 33, 1968 II 51, 1968 II 89, 1973 II 26, 1978 II 55, 1978 II 79, 1980 II 23, 1980 II 49, 1981 II 99, 1981 II 167, 1982 II 35, 1982 II 137, 1982 II 195, 1983 II 33, 1984 II 181, 1984 II 187, 1984 II 225, 1989:71, 1992:67, 1992:178, 1993:24, 1993:52, 1993:130, 1995:81, 1995:171, 1995:187, 1996:19, 1996:84, 1997:209, 1998:75, 1998:102, 1999:48, 1999:101, 2001:2, 2001:14, 2001:34 ja 2003:75.

Luvut kertovat siitä, miten rakennusurakasta julkaistiin enenevässä määrin ennakkoratkaisuja 1900-luvun lähestyessä loppuaan. 1970-luvulla julkaistuja ratkaisuja oli vain kolme ja 1980-luvulla niitä oli 11. 1990-luvulla ratkaisuja oli eniten, yhteensä 15. Kulumassa olevan vuosikymmenen puoliväliin mennessä ratkaisuja on taas saatu vähemmän, vain kolme.[37]

Useat seikat vaikuttavat siihen, miten paljon KKO:ssa julkaistaan ratkaisuja eri asiaryhmistä ja mitkä seikat painavat vaa'assa valituslupa-asioita käsiteltäessä. Kun hylkääviä ratkaisuja ei perustella, niin kuin ei tulekaan tehdä, asiasta on vaikea saada selkoa ilman huomattavaa vaivannäköä, ja tällöinkin saatetaan liikkua vain suuntaa-antavissa arvioissa.

Valitusluvan myöntämisen perusteena on voinut olla 1990-luvun alkuun asti myös se, että on haluttu testauttaa välimieskäytännön pitävyyttä. Keskeinen kohdealue on ollut grynderivastuu, jonka osalta oikeustutkimuksessa on tuloksellisesti vertailtu KKO:n ja välitystuomioiden linjauksia.[38] Tallettamiskäytännön loputtua on ehkä haluttu antaa ennakkopäätöksiä, kun oikeusohjeita ei enää saada talletetuista välitystuomioista. Toisin kuin usein on asian laita, uusi lainsäädäntö ei ole juuri johtanut ennakkopäätösten antamiseen rakennusurakasta, ei edes asuntokauppalaki.[39]

Annetut ratkaisut eivät suurelta osin koske pelkästään rakennusurakkaspesifisiä kysymyksiä. Paljolti on kysymys yleisistä sopimusoikeudellisista periaatteista, jotka ovat tulleet esiin rakennusurakassa. Vuosikymmeniä sitten puhuttiin paljon siitä, missä määrin tärkeimmän sopimustyypin irtaimen kaupan periaatteet vaikuttavat rakennusurakkaan.[40] Nyttemmin asetelma voidaan tavallaan kääntää: eri sopimustyyppien kuten rakennusurakan oikeuskäytännön ja muunkin niitä koskevan lainopin myötä jäsennetään sopimusoikeuden yleisiä peri-

---

[36] Rakentamisesta on annettu myös muita kuin jäljempänä mainitut ratkaisut, mutta ne eivät ainakaan ensisijaisesti koske sopimusjuridiikkaa. Lisäksi on annettu muutama julkaisematon ratkaisu.

[37] Sopimustyyppikohtaisessa vertailussa voitaneen varovasti todeta, että rakennusurakasta annettujen ratkaisujen määrä vastaa tämän sopimustyypin merkitystä. Vertailun vuoksi voidaan kuitenkin mainita, että esimerkiksi takauksesta on annettu vuodesta 1926 alkaen noin neljä ratkaisua vuodessa. Ks. Aurejärvi – Hemmo, Luotto-oikeuden perusteet, Helsinki 2004 s. 159.

[38] Ks. Rudanko, Vastuusta grynderirakentamisessa, Hämeenlinna 1982. Teoksen sivulla 200 olevasta oikeustapaushakemistosta ilmenee, että tutkimuksessa on hyödynnetty 16 välitystuomiota. Ks. välitystuomioiden vaikutuksesta alan lainoppiin tiivistetysti Rudanko, Mikä on grynderi s. 19–20 teoksessa Grynderirakentaminen, Helsinki 1984 ja Rudanko, Vastuu rakennusvirheistä erityisesti asuntotuotannossa, Helsinki 1985.

[39] Vuonna 1994 kuluttajansuojalakiin lisättiin uusi 9 luku taloelementtien kauppa ja rakennusurakka. Siitä ei ole kehkeytynyt KKO-prejudikatuuria, ja sen heijastusvaikutukset liikerakentamiseen ovat odotetulla tavalla jääneet vähäisiksi. Ks. Halila – Hemmo, Sopimustyypit, Helsinki 1996 s. 79.

[40] Ks. esim. Halila, Rakennuttajan tiedonantovelvollisuudesta rakennusurakassa s. 19–20 ja siellä mainitut lähteet.

aatteita. Tämän vuoksi yleiset sopimusoikeudelliset periaatteet hallitsevat rakennusurakkaa koskevaa ajattelua ja tutkimusta enemmän kuin muutoin tapahtuisi.

KKO:n ratkaisuja on arvioitava aikaperspektiivissä, niin myös rakennusurakan ennakkopäätöksiä. On otettava huomioon mm. perustajaurakoimisen normipohjan muuttuminen itsesääntelystä lakiperusteiseksi, sopimusehtojen kehittyminen sekä sopimusoikeudellisen ajattelun muuttuminen. Lähinnä vain grynderirakentamista koskevat ratkaisut ovat menettäneet kokonaan tai pääosin painoarvonsa nykyisessä sopimusoikeudessa. Nekin kuuluvat oppihistorialliseen humukseen.

## Tarjouksen peruuttaminen ja laskentavirhe

Sopimusoikeuden doktriinissa on nykyisin tapana esittää, että oikeustoimilain säännökset kattavat vain kapean osan sopimuksen tekemisen tilanteista. Näin onkin asian laita. Oikeustoimilaki on laadittu sata vuotta sitten vallinneita sopimuksentekotilanteita silmällä pitäen: tehdään tarjouksia ja saadaan vastauksia suullisesti, postin tai sähkeen välityksellä tai lähettiä käyttäen. Muunlaiset sopimuksen syntytavat ovat jääneet vaille yleistä sääntelyä.[41]

Tarjouskilpailu sopimuksen tekemisen tapana heijastelee kuitenkin paljolti sopimuksen tekemistä koskevan OikTL 1 luvun mekanismia. Rakennusurakassa se on ollut yleisin sopimuksen tekemisen muoto. Julkisten hankintojen sääntelyn myötä tarjouskilpailun merkitys on lisääntynyt. Tarjouskilpailua rakennusurakassa koskevat KKO:n ratkaisut ovat tärkeällä tavalla muovanneet kohdealueensa lainoppia.

KKO:n ratkaisut 1968 II 33 ja 1968 II 89 koskivat laskentaerehdystä eli kalkulaatiovirhettä (urakka)sopimuksen tekemisessä. Näistä edellisessä urakoitsijalla katsottiin olevan oikeus vedota erehdykseen: rakennuttajan olisi pitänyt tarjouksen hyväksyessään huomata urakoitsijan olennainen erehtyminen laskelmissaan, ja tarjouksen tekijä oli viivytyksettä ilmoittanut erehdyksestään saatuaan tietää tarjouksensa tulleen hyväksytyksi. Jälkimmäisessä ratkaisu oli päinvastainen: ei ollut näytetty, että rakennuttaja olisi tarjousta hyväksyessään havainnut tai että tämän olisi pitänyt havaita laskennassa tapahtuneen virheen.[42]

Laskentaerehdykset ovat yhä varsin tavallisia urakkasopimusten tekemisessä. KKO:n ratkaisut osoittavat peruslinjauksen niiden ratkaisemiseen. Kalkulaatiovirheseen voidaan soveltaa motiivierehdystä koskevia sääntöjä ja OikTL 33 §:ää.[43] Kysymyksiin antaa yhä aihetta se, millaiset kriteerit vaikuttavat vilpittömän mielen syntymiseen.

Rakennusalalla on pohdittu sääntöhakuisesti sitä, miten suuren virheen on oltava, jotta siihen voidaan vedota. Kun tilanteen arvioimiseen vaikuttavat useat tekijät, ei selkeää vastausta

---

[41] Ks. esim. Hemmo, Sopimusoikeus I, 2. painos, Jyväskylä 2003 s. 96–100.

[42] Ks. ratkaisuista esim. Hemmo, Sopimusoikeus I s. 138, 368 ja 378.

[43] Ks. nyttemmin jo oppihistorialliseksi luonnehdittavaa Ylöstalon esitystä ajalta, jolloin em. KKO-ratkaisuja ei vielä ollut, artikkelissa Tarjouksesta urakkakilpailussa s. 279–280 teoksessa Juhlajulkaisu Ilmari Caseliuksen ja Aarne Rekolan 70-vuotispäivänä 29.4.1963, Vammala 1963.

ole hevin annettavissa. Vilpittömän mielen syntymiseen vaikuttaa se, onko tarjous eritelty vai pelkästään kokonaissumman sisältävä. Olennaista on tarjouskilpailussa vertailu muihin tarjouksiin. Jos on tehty vain yksi tarjous, ei vertailumahdollisuutta ole. Tällöin on kysymys siitä, mikä on tilaajan asiantuntemus tarjouksen suuruusluokasta.

Laskentaerehdykseen vetoamisessa tulee esiin myös OikTL 39 §:n ns. re integra -periaate, kysymys siitä, minkä ajankohdan mukaan tilaajan vilpitöntä mieltä arvioidaan. Siitä ovat takausta koskevat KKO:n ratkaisut 1962 II 107 ja 1969 II 83. Takaus on yksipuolisena ja usein vastikkeettomana sitoumuksena tässäkin asiassa eri asemassa kuin tavanomaiset sopimukset. Siksi nämä ratkaisut eivät sellaisenaan anna vahvoja signaaleja tarjouskilpailun ongelmiin. Sopimusoikeuden kehittymisen myötä kysymyksenasetteluun on tullut myös uusia piirteitä.[44] Jo vanhojen ratkaisujen tilalle kaivattaisiin uusia, vaikka yksittäisten ratkaisujen ei voidakaan odottaa antavan vastausta kaikkiin eteen tuleviin ongelmiin.

## Kustannustason muuttuminen

Rakentamiskustannusten nousu aiheutti 1970-luvulla useita oikeudenkäyntejä. KKO antoi asiasta kaksi ennakkopäätöstä. Ratkaisu 1973 II 26 koski devalvaatiota. Tarjousta ei voitu peruuttaa tai muuttaa selonoton jälkeen, eikä urakkatyön täyttämistä pidetty kustannusnousun vuoksi kohtuuttoman vaikeana. Siksi devalvaatio jäi vaille vaikutuksia. Devalvaatioita ei enää tehdä, eivätkä kustannusmuutoksetkaan ole enää kovin huomattavia.

Erityisesti raaka-aineiden yllättävien hintamuutoksien aika ei kuitenkaan ole ohi. Siksi on yhä relevantti KKO:n ratkaisu 1981 II 167. Se koski vuoden 1973 öljykriisin vaikutusta rakentamiskustannuksiin. KKO katsoi, ettei urakkakustannuksien nousu antanut mahdollisuutta hinnan tarkistamiseen. Aikaisemmissa välitystuomioissa linjaus oli ollut toinen.[45] Kysymys on ollut erilaisista arvioinneista määrättäessä oikeustosiseikastoon liittyviä oikeusvaikutuksia. Silloisen välimiesmenettelystä annetun lain 18 §:ään sisältyvään ex aeque et bono -periaatteeseen ei ratkaisuissa viitattu.

Kestosopimusten sopeuttamista kustannusmuutoksiin koskeva lainoppi on kokenut muutoksia 1970-luvun jälkeen. Hintasovittelu on tullut OikTL 36 §:n muutoksen myötä nimenomaisesti mahdolliseksi. Doktriinissa ei ole kiinnitetty erikseen huomiota rakennusurakan välitystuomioihin, vaikka niissä on merkittäviä kiinnekohtia.[46] Myös rakennusurakan kannalta relevanttia oikeuskäytäntöä on syntynyt myöhemmin. Oikeuskäytännön tarvetta voi niin ikään olla lainsäädäntötoimista johtuvista kustannusmuutoksista.[47]

---

[44] Ks. esim. Hemmo, Sopimusoikeus I s. 140–143.

[45] Ks. Erma, Rakennusurakan sopimusehdot II s. 534. Tässä hakemiston kohdassa on viitattu kymmeneen välitystuomioon.

[46] Ks. hintasovittelusta ja kustannusmuutoksista esim. Wilhelmsson Thomas, Vakiosopimus, 2. painos Tampere 1995 s. 106–107.

[47] Ks. Halila, Lainsäädäntötoimista johtuvat kustannusmuutokset rakennusurakassa, LM 1985 s. 1007 ss.

## Edustusoikeus sopimuksenteossa

Julkisyhteisön kanssa sopimuksen tekemiseen liittyy erityispiirteitä, joista on ollut tapana alleviivata kahta seikkaa. Sopijakumppanin on ensiksikin tunnettava lakiin perustuvat julkisyhteisön kuten kunnan toimivaltasäännöt; jos kunnanhallitus siirtää lautakunnan asiassa tekemän päätöksen itselleen, täytäntöönpanokelpoinen päätös ja sitova sopimus on syntynyt vasta kunnanhallituksen tehtyä asiassa ratkaisunsa.[48] Toiseksi kunnallisvalitus ei vaikuta sopimuksen pätevyyteen. Päätöksen kumoaminen hallinnollisessa lainkäytössä ei sinänsä vaikuta sopimuksen pätevyyteen. Pätemättömyyteen tarvitaan sopimusoikeudellinen peruste.

Sopimuksen syntymisestä kunnan kanssa on annettu KKO:n ratkaisu 1996:84.

> Kunnan tekninen lautakunta oli toimivaltansa nojalla varauksitta hyväksynyt yhtiön kunnalle tekemän tarjouksen tievalaistusurakan suorittamisesta. Lautakunnan esittelijänä toiminut kunnaninsinööri oli ilmoittanut yhtiölle tarjouksen hyväksymisestä. Kunnanhallitus oli sen jälkeen siirtänyt urakasta päättämisen käsiteltäväkseen. Kysymys oli siitä, oliko kuntaa sitova urakkasopimus syntynyt kunnaninsinöörin ilmoituksen perusteella.

Tapauksessa tuli esille useita sopimuksen tekemisen perustekijöitä, niin kuin sitä taitavasti eritellyt Mika Savola on voinut todeta: kysymys muotovaraumasta, kunnanhallituksen siirto-oikeus ja luottamuksensuoja, kuntaa edustavan henkilön asemavaltuutus, konkludenttinen hyväksymistahdonilmaisu ja kunnallisvalituksen tekemättä jättäminen.[49] Oikeuskysymykset liittyivät keskeisellä tavalla yleiseen sopimusoikeuteen.

KKO:n äänestysratkaisu modifioi käsitystä siitä, ettei kunnassa tehdyn päätöksen lopullisuuteen ole oikeutta luottaa ennen kuin kunnanhallituksen siirto-oikeudelle varattu aika on umpeutunut. KKO:n ratkaisu perustui näet luottamuksensuojanäkökohdille. Vilpittömässä mielessä ollut tarjouksentekijä sai suojaa niille odotuksilleen, jotka perustuivat kunnaninsinöörin virka-asemaan ja vakuutuksiin siitä, että kunta oli hyväksynyt tarjouksen lopullisesti. Sopimuksentekijä sai suojaa vallitsevan käytännön mukaisille odotuksilleen.[50]

Tarjouksentekijä oli osallistunut kunnan järjestämälle toiselle tarjouskierrokselle. Tämä ei ollut merkinnyt konkludenttista hyväksymistä sille, että ensimmäinen tarjouskierros olisi ollut vaikutukseton. Se, ettei tarjouksen tekijä ollut tehnyt kunnallisvalitusta, ei liioin merkinnyt kunnan menettelyn hyväksymistä eikä vahingonkorvausvaatimuksesta luopumista. Nämä seikat tulivat näin kirjatuiksi sopimuksentekijän muistilistaan.

---

[48] Ks. KuntaL 51 § ja sen johdosta Hallberg Pekka – Hannus Arno, Kuntalaki, Porvoo 2000 s. 196.
[49] Ks. Savola Mika, DL 1997 s. 349–353.
[50] Ks. asiasta yleisemmin Häyhä Juha, Sopimus, laki ja vakuutustoiminta, Jyväskylä 1996 s. 52–54.

## Prekontraktuaalinen sopimus

Rakennusalan järjestöjen neuvottelujen pohjalta hyväksyttiin vuonna 1982 Rakennusalan urakkakilpailun periaatteet (RT 16-10182).[51] Tarkoituksena oli, että ammattimaisessa rakennuttamisessa käytetään vain erikseen mainituissa poikkeustapauksissa muuta kuin tarjouskilpailua ja että tilaaja ilmoittaa tarjouskilpailussa noudatettavan näitä periaatteita. Jos näin menetellään eikä periaatteita noudateta, alalla vallinneen käsityksen mukaan menettelystä vahinkoa kärsineellä oli mahdollisuus vaatia negatiivisen sopimusintressin mukaista korvausta.[52] Oikeuskäytäntöä jouduttiin kuitenkin odottamaan, kunnes KKO antoi ratkaisun 1999:48. Se on otsikoitu seuraavasti:

> Asunto-osakeyhtiö oli urakkatarjouspyynnössään sitoutunut noudattamaan rakennusalan urakkakilpailun periaatteita (RT 16-10182). Se oli noita periaatteita rikkoen urakkatarjousten avaamisen jälkeen ryhtynyt neuvottelemaan tarjouksen tekijöiden kanssa urakkahinnoista ja hyväksynyt sen jälkeen muun kuin alun perin edullisimman tarjouksen tehneen rakennusliikkeen uuden halvemman tarjouksen. Rakennuttaja velvoitettiin korvaamaan alun perin edullisimman tarjouksen tehneelle rakennusliikkeelle urakan menettämisestä aiheutunut vahinko, jota arvioitaessa pidettiin lähtökohtana niin sanottua positiivista sopimusetua.

KKO meni ratkaisussaan pidemmälle kuin oli uskottu voivan tapahtua. Se katsoi, että osapuolten kesken oli syntynyt sopimus tarjouskilpailussa noudatettavasta menettelystä. Tämän sopimuksen vastainen menettely merkitsi KKO:n mukaan prekontraktuaalisen sopimuksen rikkomista ja perusti vastuun vahingosta, jonka sisältönä oli varsinaisen sopimuksen menettäminen. Korvaus määrättiin siksi positiivisen sopimusintressin perusteella. Perusteltujen odotusten suoja ulotettiin näin sopimuksentekotilanteeseen.

KKO:n ratkaisu vaikuttaa merkittävästi sopimuksentekoa edeltävään vastuuseen. Osaltaan sen vuoksi tutkimuksessa on ryhdytty kiinnittämään entistä enemmän huomiota käytännössä tärkeään prekontraktuaaliseen sopimiseen.[53] Rakennusalan urakkakilpailun periaatteet sisältävät vakiosopimustyyppisesti tällaisen sopimisen. Jatkossa nähdään, annetaanko ennakkoratkaisuja individuaalityyppisistä prekontraktuaalisista sopimuksista, joiden käyttö on lisääntynyt.

Julkisten hankintojen sääntely merkitsee lakiperusteista prekontraktuaalista järjestelyä. Se on voinut olla antamassa signaalia myös yksityisen sektorin prekontraktuaalisiin suhteisiin.[54] Oikeudellisesti merkittävä vuorovaikutussuhde on nähtävissä siinä, että kilpailuneuvosto ja KHO ovat julkisia hankintoja koskevissa lainkäyttöratkaisuissaan viitanneet rakennusalan

---

[51] Ks. esim. Rudanko, Rakennuttajan myötävaikutushäiriöistä rakennusurakassa s. 14–15.
[52] Ks. Rudanko, Rakennuttajan myötävaikutushäiriöistä rakennusurakassa s. 34 ja Halila – Hemmo, Sopimustyypit s. 86.
[53] Ks. esim. Juhlajulkaisussa Jukka Peltonen 60 vuotta (1999) olevia artikkeleita Hemmo, Prekontraktuaaliset sopimukset ja neuvotteluvastuun sääntely s. 77–89 ja Saarnilehto Ari, Sopimusneuvotteluissa aiheutetun vahingon korvaaminen s. 221–234 sekä Hemmo, Sopimusoikeus I s. 226–229.
[54] Ks. Hemmo, KKO:n ratkaisut kommentein 1999 I s. 376.

urakkakilpailun periaatteisiin.[55] Julkisten hankintojen sääntelyn tihentäminen on näin lisännyt rakennusurakkaa koskevan tarjouskilpailun oikeudellisten sääntöjen kantavuutta.

## Millaisena sopimus syntyy?

KKO:n ratkaisussa 1992:67 oli kysymys siitä, ettei urakkahinnasta ollut sovittu ennen rakennustöiden aloittamista eikä liioin työn aikana. Sopimus oli kuitenkin syntynyt, kun rakennuttaja oli huomautuksitta sallinut töiden jatkumisen. Urakkahinta määräytyi työstä veloitetun kohtuullisen korvauksen mukaan. Ratkaisuun vaikutti kummankin osapuolen toiminta. Se täydentää KKO:n sopimusten ainesosaoppia jäsentäviä muita ratkaisuja.[56]

> Urakkaneuvotteluja nimenomaisesti koskevaa KKO:n ratkaisua ei sen sijaan ole. Urakkaneuvotteluissa tulisi varmistaa se, että urakan sisällöstä ja urakkarajoista ollaan yhtä meiltä, ja sopia niistä yksityiskohdista, joita ei ole voitu määrittää urakkatarjousasiakirjoissa. Toisinaan syntyy kuitenkin epätietoisuutta ja näyttöongelmia siitä, onko kutsu urakkaneuvotteluun merkinnyt sellaisenaan myös tarjouksen hyväksymistä ja missä määrin tässä vaiheessa on mahdollista vedota asiakirjapuutteisiin ja -ristiriitaisuuksiin sekä erehtymiseen. Ongelmien sanotaan lisääntyneen siksi, että rakennussuunnittelun tason väitetään heikentyneen.

Rakennusurakkasopimuksen tekemisen keskeistä kohdealuetta on rakennuttajan tiedonantovelvollisuus. Siitä ei ole annettu ennakkoratkaisuja. Oikeuskäytäntö perustuu siksi pääasiassa välitystuomioihin, joille on annettu kirjallisuudessa merkittävä painoarvo.[57] KKO:n ennakkopäätöksen tarve yleistäkin sopimusoikeutta ajatellen on siinä, miten suhtaudutaan tietojen antamisessa vastuunrajoitusehtoihin. Erityisesti vedenalaisesta rakentamisesta on syntynyt useita hankalia oikeusriitoja, jotka on yleensä käsitelty tuomioistuimissa.[58]

## Grynderivastuu KKO:ssa

Asuntotuotantoon liittyy useita sopimuksia kuten urakkasopimus ja osakkeiden myyntisopimus. Niistä on tärkeitä KKO:n ratkaisuja 1970- ja 1980-luvuilta, joissa on jäsennetty mahdollisuuksia tehdä sopimuksiin muutoksia, vastuun rajoittamista, taloussuunnitelman sitovuutta ja tuotevahinkoja. Näiden ratkaisujen ja oikeustieteen linjausten myötä kehittyi asunnontuotta-

---

[55] Ks. esim. Rakennusliike Sorvoja Ky vs. Pyhäjoen kunta. Rakennusalan urakkakilpailun pelisääntöihin viitattiin siinä, millä edellytyksillä voitiin käydä neuvotteluja tarjousten tarkistamiseksi. Erikoista on se, että eräässä ratkaisussa tarjousta on katsottu voitavan tarkistaa kirjoitusvirheen perusteella.

[56] Ks. esim. KKO 1996:7.

[57] Ks. Halila, Rakennuttajan tiedonantovelvollisuudesta rakennusurakassa.

[58] Tuomioistuimissa on käsitelty mm. Naantalin, Porin, Kokkolan ja Kotkan syväsataman rakentamisen urakkariitoja. Viimeksi mainittu on päättynyt sovintoon, muut eivät.

jan grynderivastuu, joka poikkeaa normaalista urakoitsijan vastuusta. Viimeisin ratkaisu on jälkimmäinen kahdesta formaldehyditapauksista KKO 1984 II 225.

Kymmenen vuotta viimeisimmän ratkaisun jälkeen tuli voimaan asuntokauppalaki. Siitä ei ole annettu KKO-ratkaisuja. Kuluttajavalituslautakunnan ratkaisuja on sitäkin enemmän. Asuntotuotannon oikeudelliset säännöt näyttävät pääosin asettuneen kohdalleen. Siksikään ei ratkaisujen lähempään erittelyyn ole tässä tarvetta. Tuotevastuu ja elementtitoimittajan vastuu voivat kuitenkin antaa aihetta tuomioistuinratkaisuihin sekä asuntotuotannossa että normaaliurakoinnissa.

## Takuun sisältö ja siirtyminen

Takuuvastuuongelmat olivat rakennusalalla ajankohtaisia neljännesvuosisata sitten. Rakennusliikkeitä meni konkurssiin ja silloisten, vuodelta 1972 olevien sopimusehtojen myötä jouduttiin selvittämään takuun siirtymistä erityisesti kattourakoissa, joissa takuuajat olivat pitkiä. Takuusta annettiin KKO:ssa ratkaisut 1980 II 23 ja 1980 II 49.[59] Niillä oli liittymiä tuolloin oikeustieteessä esillä olleeseen korjaustakuun problematiikkaan.

Nyttemmin on ongelmaksi osoittautunut takuuajan jälkeinen vastuu erityisesti aliurakoitsijan suorituksesta. Sen osalta voidaan tyytyä viittaamaan tässä teoksessa oleviin Juha Laineen ja Mikko Tulokkaan kirjoituksiin.

## Sopimusehtoihin perustuva vaatimusten esittäminen

Rakennusalalla on aprikoitu, kuinka tiukasti on pidettävä kiinni niistä muotovaatimuksista, joita sopimusehdoissa on reklamaation esittämiselle ja yhteisten toimitusten vaatimiselle. KKO:n ratkaisuista voi saada sen vaikutelman, että kohtuusnäkökohdat voisivat syrjäyttää sopimusperusteiset muotovaatimukset toisin kuin lakiperusteisten vaatimusten osalta on ollut asian laita.[60] Näin yksioikoinen asetelma ei ole.

Tarkempaa analyysiä tehtäessä on kiinnitettävä huomiota (muoto)vaatimusten funktioon sekä niihin yleisiin sopimusoikeudellisiin perusteisiin, joiden myötä vaatimusten on voitu katsoa tulleen esitetyksi hyväksyttävästi jollain muulla kuin sopimusehdoissa määrätyllä tavalla. Kysymys on siitä, miten suoritusvelallisen oikeussuoja toteutuu. Välitystuomioissa argumentointi on ollut aikanaan samantyyppistä kuin KKO:ssa.[61]

> Reklamaatiovaatimuksesta on KKO antanut 21.12.1998 julkaisemattoman ratkaisun N:o 4039 YSE-ehtojen reklamaatiovaatimuksen tulkinnasta. Työmaakokousten pöytäkirjoi-

[59] Ks. Laine, Rakennusvirheistä s. 77–79 ja 166–168, jossa on myös tehty vertailuja välitystuomioihin.
[60] Vrt. esim. Helin, Testamentin muoto, LM 2002 s. 1153–1167.
[61] Ks. Rudanko, Rakennuttajan myötävaikutushäiriöistä rakennusurakassa s. 54–65.

hin tehtyjen merkintöjen ei katsottu sisältävän sitä, että on varattu tilaisuus vahingonkorvausvaatimuksen esittämiselle. Mika Hemmon muodostaman välimiesoikeuden 15.3.2000 antamassa välituomiossa päädyttiin eräässä rakennusriidassa siihen, että reklamaatioksi otsikoitu kirje täytti virheilmoitukselle asetettavat vaatimukset, vaikka vaatimusten oikeudellisia perusteita ei ollut vielä esitetty.[62] Tämä argumentointi vaikuttaa loogiselta.

Edellä esitettyjen ratkaisujen suuntaviivat näyttävät olevan ristiriidassa keskenään. Tämä ei ole alan kannalta ongelmatonta. Yleisesti voidaan kysyä, mikä on sellaisen oikeuskäytännön painoarvo, joka perustuu julkaisemattomaan KKO-ratkaisuun ja välitystuomioon, josta on voinut saada tietoja vain sattumanvaraisesti.

KKO:n ratkaisussa 1993:24 urakoitsija ei ollut noudattanut sitä määräystä, jonka mukaan riitaisuudet oli puhevallan menettämisen uhalla jätettävä oikeuden ratkaistavaksi määräajan kuluessa. Määräajan umpeuduttuakin rakennuttajalla oli kuitenkin oikeus vedota viivästyksestä johtuvaan vastasaatavaansa. Rakennuttaja oli pidättänyt viivästyssakkoa vastaavan määrän urakkahinnasta. Sopimusperusteisen määräajan funktiona on se, että sopijapuoli tietää, tuleeko urakasta lopullisia vaatimuksia esitettäväksi. Se, että osa urakkasummasta oli pidätetty eikä tätä toimenpidettä ollut peruutettu, ajoi kuitenkin saman asian.

KKO:n ratkaisussa 1998:75 puolestaan katsottiin toistuvien suullisten huomautusten viivästyksestä korvanneen sopimuksen purkamiselle vaaditun kirjallisen muodon. Velallisen riittävä tiedontaso voi näin korjata velkojan tekemissä ilmoituksissa olevia muodollisia tai sisällöllisiä puutteita.[63]

Sopimusehdon funktiosta oli kysymys myös ratkaisussa KKO 1995:81. Rakennuttaja oli purkanut rakennusurakkasopimuksen ja vaatinut urakoitsijalta alioikeudessa nostetulla kanteella vahingonkorvausta. Vaatimus hylättiin, kun rakennuttaja ei ollut vaatinut sopimusehtojen mukaisesti loppuselvityksen tekemistä. Sopimusehtojen funktio oli se, että asiaa hoidetaan osapuolten yhteisessä toimituksessa ennen tuomioistuimeen menoa. Tätä määräystä ei ollut perusteltua sivuuttaa.

Vaatimusten esittämistä koskee myös KKO:n ratkaisu 1995:187. Sopimuksen ehtojen mukaan lopulliset vaatimukset oli esitettävä sopimuspuolelle kolmessa kuukaudessa sopimuskauden päättymisestä. Urakoitsija oli ilmoittanut vaatimuksensa kirjatussa kirjeessä tilaajan ilmoittamaan osoitteeseen. Kirje oli palautettu, kun sitä ei ollut noudettu postista. KKO katsoi, että urakoitsija oli menetellyt sopimuksessa määrätyllä tavalla eikä ollut menettänyt puhevaltaansa. Ratkaisun voidaan sanoa perustuneen OikTL 40 §:n analogiseen soveltamiseen, vaikkei tähän lainkohtaan viitattukaan. Jos ilmoitus on lähetetty asianmukaisesti, riski on vastaanottajalla siitä, ettei se ole tullut perille.

Vaatimusten esittäminen liittyy saatavien vanhentumiseen. KKO:n ratkaisussa 1997:209

---

[62] Välituomio on tullut julki toisen asianosaisen esiteltyä sitä 22.10.2002 Lakimiesliiton Koulutuskeskuksen kurssilla osapuolten nimiä mainitsematta.

[63] Ks. Hemmo, KKO:n ratkaisut kommentein 1998 I s. 483–484. Ks. myös Bärlund Johan, Reklamation i konsumentavtal, Helsingfors 2002 s. 247.

katsottiin, että kymmenen vuoden vanhentuminen putkiston vuotoa koskevassa asiassa alkaa grynderirakentamisessa yhtiön hallinnon siirtämisestä eikä vastaanottotarkastuksesta. Osa oikeusneuvoksista päätyi päinvastaiselle kannalle: vanhentuminen alkaa vastaanottotarkastuksesta; tätä käsitystä voidaankin puoltaa erityisesti sen asuntotuotantoa koskevan seikan perusteella, että hallinnon luovuttaminen koskee rakennushankkeen taloudellista puolta ja vastaanottotarkastus rakennusteknistä suoritusta. Velvoiteoikeudellisesti kysymyksenasettelu palautuu siihen, mistä sopimusperusteisen vahingonkorvauksen vanhentuminen alkaa ja voiko tällaisessa erityistilanteessa operoida vanhentumisen katkaisemisella.[64]

Kiintoisaa argumentointia edustaa ratkaisussa Erkki-Juhani Taipaleen äänestyslausuma, johon Pirkko-Liisa Haarmann yhtyi. Rakennusalan välimiesoikeuksissa paljon toimineet oikeusneuvokset päätyivät samalle kannalle kuin enemmistö mutta eri perustein kantaansa pro et contra -päätelmin ja monipuolisesti perustellen.[65] Juttu oli tyypillisesti sellainen, että siinä saattoi tehdä erilaisia päätelmiä argumentteja eri tavoin painottaen.

Rakennusurakan YSE 1998 -ehtojen 16 § koskee katselmuksen vaatimista. Jos asiakirjoissa annetut tiedot poikkeavat todellisista, urakoitsijan on vaadittava kirjallisesti katselmuksen toimittamista, jossa poikkeama ja sen vaikutukset urakkaan voidaan todeta. Ellei katselmusta ole pyydetty niin ajoissa, että tietojen ja tutkimustulosten poikkeaminen ja sen vaikutus urakkaan voidaan todeta, oikeus vaatimusten esittämiseen on menetetty.

YSE-ehdoissa ei ole kovin monessa kohdin määritelty näin kategorisesti sopimusehdon sivuuttamisen vaikutuksia. Kun rakennuskohde on valmis, voi olla vaikea selvittää, miten tietojen paikkansapitämättömyys on vaikuttanut aikatauluun ja kustannuksiin varsinkin, jos kyse on vedenalaisesta rakentamisesta. Tästäkin käytännössä vaikeasta asiakysymyksestä on jonkin verran välimiesoikeuskäytäntöä mutta ei KKO:n ratkaisua.[66]

## Riskinjako sopimusta tehtäessä

Sopimusoikeuden doktriinissa on kiinnitetty viime aikoina paljon huomiota riskinjakoon ja lojaliteettiin. Ne ovat tulleet esiin myös rakennusurakan KKO-käytännössä. Ratkaisussa 1984 II 181 oli kysymys suunnittelukustannusten jakautumisesta. Teollisuushallin rakentamisesta kokonaisurakkana oli käyty neuvotteluja. Urakoitsija oli tiennyt hankkeen toteuttamisen edellyttävän kehitysaluerahaston rahoitusta. Kustannuksia oli aiheutunut kummallekin osapuolelle, eikä niiden jakautumisesta ollut sovittu. Kustannukset jaettiin näissä oloissa osapuolten kesken. Ratkaisu oli tosiseikastosidonnainen, ja asiaan vaikutti se, miten suunnitteluvastuu

---

[64] Ks. Rudanko, LM 480–483. Ks. myös Aurejärvi – Hemmo, Velvoiteoikeuden oppikirja, 2. painos, Helsinki 1998 s. 213 av. 26, jossa on tyydytty toteamaan, että muitakin vanhentumisen alkamisajankohtia tunnetaan kuin sitoumuksen syntyhetki.

[65] Ks. LM 1998 s. 479–480.

[66] Ks. Halila, Rakennuttajan tiedonantovelvollisuudesta rakennusurakassa s. 193–196. Ks. myös Erma, YSE 1983 rakennusurakka s. 254–255.

yleensä jakautuu erilaisissa rakennussopimuksissa. Se ilmentää kuitenkin yleisiä periaatteita, erityisesti prekontraktuaalista vastuuta.[67]

KKO:n ratkaisussa 1993:130 oli kysymys siitä, että rakennuttaja oli sopimusneuvottelujen aikana tehnyt alkuperäisiin suunnitelmiin muutoksia. Urakoitsijan tieten ne johtivat siihen, ettei rakennushanke täyttänyt sille suunnittelussa annettuja tavoitteita. Kun urakoitsija huomauttamatta tästä rakennuttajalle oli sitoutunut työurakkaan kokonaisvastuurakentamisen mukaisin ehdoin, se oli vastuussa rakennuttajalle laiminlyönneistään aiheutuneista vahingoista.

KKO:n ratkaisu 1993:130 on ylimmän tuomioistuimen ratkaisuista ensimmäinen ja ilmeisesti toistaiseksi myös viimeinen, jossa on operoitu pelkästään ”niin sanotulla lojaliteettiperiaatteella”. Välitystuomioissa näin oli tehty useasti aikaisemminkin, ei kuitenkaan rakennusurakkaa koskevissa.[68] Sopimusehtojen mukaan huomautuksentekovelvollisuus koski urakoitsijan suoritusaikaista vastuuta. Lojaliteettiperiaatteen myötä sitä tuli KKO:n mukaan noudattaa myös sopimusta valmisteltaessa. Kysymys oli neuvottelulojaliteetista, tiedollisen ylivoiman käytöstä sekä prekontraktuaalisesta vastuusta.[69] Ratkaisu voidaan tietyllä tavalla rinnastaa periaatteen läpimurtona aikanaan paljon huomiota herättäneeseen arpalipputapaukseen (KKO 1974 II 16) kohtuullistamisperiaatteen ilmentymänä.

KKO:ssa ratkaistussa tapauksessa kustannusten karsimiseksi oli päädytty konstruktioon, joka ei ollut osoittautunut riittävän käyttökelpoiseksi: fenderit eivät vastanneet odotuksia. Asetelma on verrattain tavallinen rakentamisessa. Syyt tähän vaihtelevat. Niinpä Asuntorahoitus vaatii usein osapuolilta kustannusten karsimista. Oikeudellista arvioita tehtäessä on kiinnitettävä huomiota osapuolten tietoisuuteen ja toteutettuun riskinjakoon.

KKO:n ratkaisu koski KVR-rakentamisen sopimussuhteita. KVR:ssä rakennussuunnittelu kuuluu urakoitsijalle, jolla on vastuu työntuloksen toimivuudesta. Tämän vuoksi urakoitsijan selonotto- ja huomautuksentekovelvollisuus sopimusasiakirjoista on selvästi korostuneempi kuin perinteisessä urakassa.[70] Ratkaisu toki ilmentää modernia sopimusjuridiikkaa, mutta siihen on kuitenkin lyönyt merkittävästi leimansa KVR-suhde.[71] Tätä ei tulisi arvioinnissa sivuuttaa.

## Velvoite- ja esineoikeudellisia periaatteita

Yleiset velvoite- ja esineoikeudelliset kysymykset voivat tulla esiin missä tahansa sopimussuhteissa, myös rakennusurakassa. Tätä osoittavat seuraavat viisi yleistä varallisuusoikeutta jäsentävää ratkaisua.

---

[67] Ks. tapauksen johdosta Hemmo, Sopimusoikeus I s. 212–215.
[68] Ks. Muukkonen, Sopimusoikeuden yleinen lojaliteettiperiaate, LM 1993 s. 1036–1039.
[69] Ks. ratkaisusta esim. Hemmo, Sopimusoikeus I s. 53 ja 58, jossa sitä arvioidaan sopimusoikeuden lähteiden ja argumentaation kannalta sekä Saarnilehto Ari – Hemmo Mika – Kartio Leena, Varallisuusoikeus, Juva 2001 s. 82, 86, 88, 114, 116, 118, 136, 142 ja 148.
[70] Ks. Laine, Rakennusvirheistä s. 125–127.
[71] Vertailun vuoksi voidaan viitata KKO:n ratkaisuihin 1993:52 (vastuun jakautuminen rakennesuunnittelusta) ja 1999:101 (urakoitsijan vastuu vaihtoehtoisen teknisen tarjouksen suunnitelmasta). Niissä ei ole operoitu lojaliteetilla.

KKO:n ratkaisu 1996:19 koski tuottokorkoa sille summalle, jonka rakennuttaja oli maksueristä pidättänyt urakoitsijan mahdollisen viivästyksen vuoksi. Kun sopimuksessa ei ollut asiasta määräyksiä, sitä tulkittiin yleisten velvoiteoikeudellisten periaatteiden mukaisesti.[72] Ratkaisu KKO 1998:102 koski VKL 28 §:ää ja defensiivistä kuittausta debita connexita -tilanteessa. Kumpikin ratkaistuista tapauksista on rakennusurakalle varsin tyypillinen, joten ennakkoratkaisut olivat tervetulleita.

Sopimusta ja kolmatta koskevat ratkaisut KKO 1989:71 (sopimusehtomuutos ei ulotu kolmanteen) ja KKO 1992:178. Viimeksi mainitussa alistettu sivu-urakoitsija ei voinut esittää pääurakoitsijan konkurssissa rakennuttajalle tuottamuksesta riippumattomia vaatimuksia. Ratkaisu perustettiin sivu-urakan alistamisehtoihin.[73]

Kaikkiin sopimussuhteisiin on liittynyt kysymys siitä, milloin vastikkeeseen sisältyy arvonlisävero, milloin ei. Tästä on KKO:n ratkaisu 2001:34, joka koski sopimuksen tulkintaa urakkahinnan osalta. Sen mukaan rakennusalallakaan ei ole sellaista käytäntöä, jonka mukaan ilmoitettuun hintaan voisi vielä lisätä arvonlisäveron. Rakennusurakalle tunnusomaisella tavalla ratkaisussa jouduttiin arvioimaan, miten toisen osapuolen (tilaajan) tuli ymmärtää eri dokumenteissa olevat merkinnät.[74]

Korjausvelvollisuuden laajuutta ilmentää KKO:n ratkaisu 2001:14: vesieristeen virheiden korjaamiseen sisältyivät myös ne kustannukset, jotka aiheutuivat siitä, että eristeen päällä ollut betoni- ja asfalttirakenne oli jouduttu purkamaan. Tätä asiaa voidaan arvioida yhtäältä ennakoitavissa olevien vahinkojen ja toisaalta rikastumiskiellon näkökulmasta.[75]

## Lopuksi

Rakennusurakan oikeuskäytännön anti painottuu runsaan kymmenen viimeksi kuluneen vuoden ajalta paljolti yleistä sopimusoikeutta jäsentäviin ratkaisuihin. Joukossa on toki myös rakennusurakkaa sopimustyyppinä valaisevia tuomioistuinpäätöksiä. Rakennusurakan tutkimus on tukeutunut oikeuskäytännön osalta suurelta osin välitystuomioihin. Tutkimuksen volyymi oli suurinta silloin, kun välitystuomioita hyödynnettiin laajalti tutkimusmateriaalina. Voi olla sattuma, että suomalainen rakennusurakkatutkimus on sittemmin olennaisesti vähentynyt. Joka tapauksessa olisi mitä toivottavinta, että edustavia välitystuomioita voitaisiin saada asianosaisten suostumuksella tutkijoiden ja muiden asiasta kiinnostuneiden käytettäväksi.

---

[72] Ratkaisu on yksi niistä monista, joita KKO:ssa on annettu tuottokorosta. Ks. Saarnilehto – Hemmo – Kartio, Varallisuusoikeus s. 206–207.

[73] Ks. Hemmo, Sopimusoikeus II, 2. painos, Helsinki 2003 s. 428.

[74] Ks. Halila, KKO:n ratkaisut kommentein 2001 I s. 227–229.

[75] Ks. Halila, KKO:n ratkaisut kommentein 2001 I s. 110–111 ja Hemmo, Sopimusoikeus II s. 265.

Erkki Havansi

# Välimiespalkkion ennakko/vakuus asianosaisen konkurssissa

1. Välimiesmenettelyn normaaleihin kuvioihin kuuluu välimiehelle menettelyn myötä muodostuvien palkkio- ja kulukorvaussaamisten ennakollinen turvaaminen. On luonnollista, että välimies[1] tultuaan nimetyksi ja ryhtyessään kyseiseen ehkä suuritöiseen ja pitkäkestoiseen tehtävään ei halua ottaa 'luottotappioriskiä', ts. hän ei halua jättää työ- ja kulupanoksistaan syntyvää, määrältään merkittävää saamistaan alttiiksi osapuolen maksukyvyttömyyden tai maksuhaluttomuuden riskille. Siksi välimiesmenettelyn käynnistymisvaiheeseen sijoittuva ennakon maksaminen tai vakuuden asettaminen on ilmiö, joka noteerataan sekä laissa (VML 46.3 §)[2] että institutionaalisesti välimiesmenettelyjä hallinnoivien kauppakamarien yms. säännöissä.[3] Jatkossa pidän ensisijaisesti silmällä ad hoc -välimiesmenettelyä ja pohjaudun VML-normistoon myös sikälikin, että lähtökohtaisesti oletan asianomaisten jättäneen käyttämättä sopimusvapauden sallimia toisin sopimisen mahdollisuuksiaan.[4]

Välimiehen kyseinen korvaussaatava (= palkkio + kulukorvaus)[5] joutuu oikeudelliseen vaaravyöhykkeeseen, jos se on maksamatta, kun velallinen eli välimiesmenettelyn asianosainen joutuu *konkurssiin* tai pääsee *yrityssaneeraukseen*. Vaara ei tosin ole kovin reaalinen, mikäli

---

[1] Käytän esityksessäni yksinkertaisuuden vuoksi välimies-sanan yksikkömuotoa. Vaikka kyseessä ei olisi yhden välimiehen 'kokoonpano' eli vaikka välimiehiä olisi kolme, niin teemani perusproblematiikka ja vastaukset pysyvät kaikessa olennaisessa samana. – Sekin mahdollisuus, että välimiehiä olisi parillinen lukumäärä, on oikeuskirjallisuudessamme otettu huomioon, mistä ks. esim. *Hoppu, Esko,* Kirja-arvostelu teoksesta Gustaf Möller, Välimiesmenettelyn perusteet, Defensor Legis 1997 s. 803.

[2] VML 46.3 §: "Välimiehillä on oikeus vaatia asianosaisilta ennakko tai vakuus heille tulevasta korvauksesta." Oikeuskirjallisuudesta ks. esim. *Savola, Mika,* Muut ratkaisut kuin lopulliset välitystuomiot välimiesmenettelyssä s. 393–396, Defensor Legis 2003 s. 385–416, runsain lähdeviittauksin, ja *sama* Kirja-arvostelu teoksesta Lars Heuman, Arbitration Law of Sweden, s. 139–140, Defensor Legis 2004 s. 125–145.

[3] Ks. esim. Keskuskauppakamarin välityslautakunnan sääntöjen (KKKVS) 18 §, 19.1 § ja 41 § sekä ICC Rules of Arbitration, art. 30–31 ja Appendix III. Laajemmin KKK:n osalta ks. *Hoppu, Esko,* Välimiesmenettely Keskuskauppakamarin välityslautakunnan sääntöjen mukaan, Defensor Legis 1993 s. 627–632.

[4] Sivuun jätän myös ne legaaliset välimiesmenettelyt, joissa lainsäätäjä on OYL 16:5.3:n tavoin lähtenyt siitä, että "yhtiö" eli vakavaraiseksi presumoitu toinen partti yksinään vastaa välimiehen palkkio- ja kulukorvaussaamisesta, epäolennaisin poikkeuksin; ks. lähemmin *af Schultén, Gerhard,* Osakeyhtiölain kommentaari II, Jyväskylä 2004, s. 695–704, erit. s. 701–702 sekä *Nuolimaa, Risto,* Välimiesmenettelystä vähemmistöosakkeita pakkolunastettaessa, Juhlakirja Pekka Hallberg 1944–12/6–2004, Jyväskylä 2004, s. 248–263, erit. s. 254 ja 259–260. Ennakon tai vakuuden vaatiminen ei näissä menettelyissä käytännössä tulle esiin eikä edes ilmeisesti olisi mahdollistakaan yhtiön vastapuolen suhteen.

[5] VML oikeuttaa käyttämään sanottua yhteisnimikettä, säätäessään (46.1 §:) asianosaiset velvollisiksi "suorittamaan välimiehille *korvauksen* heidän työstään ja kustannuksistaan". Kirjoitukseni otsikossa olen kylläkin pitänyt havainnollisempana viitata vain 'työkorvaukseen' eli *palkkio*-osuuteen.

kuitenkin toinen osapuoli on maksukykyinen (ja -haluinen), sillä asianosaisethan ovat välimiestä kohtaan korvaussaatavasta yhteisvastuullisesti maksuvelvollisia (VML 46.1 §), siis riippumatta siitä, kumpi heistä on voittopuoli ja kumpi tappiopuoli.[6] Seuraavassa tarkastelen vain kyseistä oikeudellista riskiaspektia eli otan huomioon vain maksukyvyttömän asianosaisen. Yrityssaneerausjuridiikan tässä synnyttämät monet, osin omaleimaisetkin 'välimiessaatavien' kysymykset sivuuttaen keskityn konkurssioikeuteen.[7]

> Konkurssin osalta on päähuomioni kohteena oleva uusi, 1.9.2004 voimaan tullut *konkurssilaki* (L 20.2.2004/120, lyh. KonkL). Vanha konkurssisääntö (1868, lyh. KS) mainitaan vain muutamin paikoin, vanhan ja uuden lain vertailun ollessa erityisen kiintoisaa. Ylimenovaiheen siirtymänormituksen eli KonkL 24 luvun mittavan 2 §:n osalta tässä todettakoon yleisesti, että uusi KonkL on varsin laajalti voimassa 'vanhoissakin' konkursseissa eli konkursseissa, joissa tuomioistuimen päätös velallisen asettamisesta konkurssiin on tapahtunut viimeistään 31.8.2004.[8]

2. Syntyykö välimiehen korvaussaatava vaiheittaisesti eli menettelyn etenemisen myötä kumuloituen, sen mukaan kuin menettelyn vaatimaa välimiehen työ- ja kulupanostusta kulloinkin on syntynyt ja kertynyt? Vai syntyykö koko korvaussaatava yhdessä hetkessä eli vasta välitystuomion antamisen päivänä, sen kautta ja samalla kun asianosaiset eli partit[9] välitystuomiossa VML 47.1 §:n mukaisesti maksuun velvoitetaan? Kolmas vaihtoehto olisi katsoa, että kulujen osalta korvaussaatava kyllä aina syntyy heti kyseisen kuluerän realisoiduttua, mutta palkkiosaatava pysyy 'nollassa' aina välitystuomion antamiseen saakka. Laki (VML) vaikenee tässä valintatilanteessa.

Esiteltyjen vaihtoehtojen välillä valittaessa on mielestäni luontevaa katsoa, että – olipa kyseinen välimiesmenettely kestänyt hyvin kauan tai vain lyhyen aikaa – korvaussaatava molemmilta osiltaan syntyy ja kasvaa vaiheittain kumuloituen, siis kestosopimuksen eli kestovelkasuhteen tyyppisesti.[10] Etenkin menettelystä aiheutuneiden välimieskulujen osalta muu ratkaisu vaikuttaisi luonnottomalta ja kohtuuttomalta. Palkkiosaatavan osalta sen sijaan ei olisi

---

[6] VML 46.1 § tosin varaa sen mahdollisuuden, että etukäteen sovitaan "toisin" eli yhteisvastuusta poikkeavasti. Myös huomattakoon se VML 6 §:n mahdollistama käänne, että toisen osapuolen vitkastellessa (esim. konkurssikypsyyden takia) yli "kohtuullisen ajan" oman ennakko- tai vakuusosuutensa suorittamisessa, vakavarainen partti saa valita, jatkuuko välimiesmenettely vai viekö hän asian nyt kanteitse tuomioistuimeen.

[7] Yhtä lailla niin konkurssin kuin yrityssaneerauksenkin 'sektoreilla' on havaitakseni ollut varsin harvinaista, että artikkelissani käsiteltävien ennakkojen/vakuuksien insolvenssioikeudelliset ongelmat (välimiehen 'luottotappioriskeineen') olisivat konkretisoituneet. Toisaalta ennakon/vakuuden vaatiminen on välimiesmenettelyissä erittäin tavallista, joten problematiikan merkitys ei rajoittune vain kysymysten periaatteelliseen ja teoreettiseen kiinnostavuuteen.

[8] Uudesta KonkL:sta todettakoon, että siinä ei sanallakaan mainita välimiesmenettelyä/välimiessaatavia, mutta toki laissa on melkoinen määrä sellaisia säännöksiä, joilla on myös VML-oikeudellista relevanssia.

[9] Haluaisin varovaisesti 'hovikelpoistaa' termiä *partti*, sen 'svetisistisestä menneisyydestä' huolimatta. Lyhyydessään ja kansainvälisyydessään se toissijaisesti käytettynä olisi sopiva ja tekstiin vaihtelua tuova synonyymi termille *asianosainen*. Korrekti perustermi ("asianosainen") toki säilyttää asemansa yksinomaisena lakitekstikielen ilmaisuna, huolimatta pituudestaan ja tietynasteisesta sekaantumiselle alttiudestaan (vrt. "asianomainen", "asianomistaja").

[10] Ks. erityisesti, mitä kestosopimuksista/kestovelkasuhteista lausutaan teoksessa *Aurejärvi, Erkki – Hemmo, Mika* Velvoiteoikeuden oppikirja, 2. painos, Helsinki 1998, s. 4.

mahdotonta ajatella, että mitään saatavaa ei ole ennen lopullisen 'välimiessuoritteen' eli välitystuomion syntymistä. Katson kuitenkin, että myös palkkiosaatavan muodostuminen on nähtävissä kumulatiivisesti etenevänä kertymisprosessina, tosin viimekätisenä ehtonaan se, että välitystuomio ei jää välimiestahosta johtuvasta syystä antamatta. Eri asia on, että välimies ei ole ennen tuomiota oikeutettu ottamaan ennakosta/vakuudesta siihenastista työsuoritustaan vastaavaa 'osapalkkaa', ellei toisin ole sovittu (joko alkujaankin tai nyt) kaikkien muiden intresenttien kanssa.[11]

> Vaille relevanssia jää yllä suoritetun valinnan kannalta se terminologinen seikka, että partin/parttien kyseisestä, menettelyn aikana eli ennen välitystuomiota tapahtuvasta suorituksesta käytetään sanaa "ennakko". Riippuuhan kunakin ajankohtana menettelyn etenemisen asteesta ja välimiehen työ- ja kulupanostuksen jo toteutuneesta määrästä, onko "ennakko" todella (kokonaan/osin) etumaksua vielä tekemättömästä työstä ja/tai vielä syntymättömistä kuluista vai onko "ennakko" ehkä nyttemmin kääntynyt alimittaiseksi eli määrällisesti pienemmäksi kuin jo todella suoritettu kumuloitu työ- ja kulupanostus.

3. Konkurssioikeuteen siirryttäessä on aluksi on syytä todeta insolvenssioikeudellinen perusselviö: välimiehen korvaussaatava on konkurssin alkamiseen[12] mennessä syntyneeltä osaltaan tavallisen eli etuoikeudettoman saamisen luonteinen konkurssisaatava, arg. KonkL 1:5 kestovelkasuhdemainintoineen.[13] Noilta osin välimiehen korvaussaatavan konkurssioikeudellinen asema on siten heikko; tunnetustihan etuoikeudettomien saatavien osinkoprosentti jää konkurssikäytännössä varsin usein lähelle nollaa.

Jos välimiesmenettely jo oli ehtinyt päättyä, koko korvaussaatava on tällä tavoin sinänsä heikko, jolloin siis pätevän ennakkomaksu- tai vakuusjärjestelyn merkitys entisestäänkin korostuu. Jos taas konkurssin alku osuu ajallisesti välimiesmenettelyn alkamisen ja loppumisen väliseen aikaan, välimiehen kumulatiivinen korvaussaatava nähdäkseni jakautuu – konkurssioikeudellisen perusprinsiipin mukaisesti – eri eriensä syntyajankohtia vastaavasti kahteen kategoriaan: 1) etuoikeudeton konkurssisaatava ja 2) massasaatava konkurssissa.[14] Tosin jos-

---

[11] VML tosin vaikenee tässä, toisin kuin Ruotsin VML (= lagen om skiljeförfarande, SFS 1999:116), jonka 38 § oikeuttaa välimiehen käyttämään ennakkoa vain kulujen kattamiseen, jota vastoin parttien suostumus on tarpeen (osa)palkkion ottamiseen ennakosta ennen välitystuomiota. "Edellä selostettuja periaatteita voitaneen noudattaa myös Suomen välimiesmenettelylain mukaisessa välimiesmenettelyssä, vaikka laissa ei olekaan säännöksiä asiasta." Siteerattuun *Savolan* lausumaan voitaneen yhtyä (ks. *Savola* Defensor Legis 2003 s. 395–396). Ruotsin lain sanotusta 38 §:stä ks. lähemmin *Heuman, Lars*, Skiljemannarätt, Stockholm 1999, s. 568 ja s. 573–575 sekä (englanninkielisenä versiona) *Heuman, Lars*, Arbitration Law of Sweden: Practice and Procedure, Juris Publishing, Inc., New York 2003, s. 555–556 ja s. 561–562.

[12] KS:n luoman perinteen mukaisesti myös KonkL:n mukaan (1:4:) "Konkurssi alkaa, kun velallinen asetetaan tuomioistuimen päätöksellä konkurssiin." Ks. myös 7:12. Asettamisen lainvoimaiseksi tulon ajankohdalla ei ole merkitystä; ks. Hallituksen esitys Eduskunnalle konkurssilainsäädännön uudistamiseksi, 2003 vp. n:o 26 (lyh. HE 2003:26) s. 35.

[13] KonkL 1:5 sisältää konkurssisaatavan käsitemäärittelyn ja periaatteiltaan noudattaa KS 25 §:n perinteitä. Ks. lähemmin HE 2003:26 s. 35–36, erit. s. 35 koskien kestovelkasuhteissa (kuten vuokra- ja työsuhteissa) suoritettavaa saamisvaateen kahtiajakoa konkurssisaataviin ja massavelkoihin, 'vedenjakajanaan' konkurssin alkamispäivä.

[14] Konkurssin alkamisen jälkeen syntyneen osan suhteen saattaa kyllä in casu tulla kyseeseen massavelkastatuksen sijasta heikko ns. uuden velan status, jos (pesänhoitajan sijasta ja luvatta) konkurssivelallinen itse on aiheuttanut

kus voi syntyä näytöllisiä vaikeuksia arvioida oikea jakauma. Näyttöongelmia ei kylläkään esiintyne niinkään kulukorvausten osalta, koska konkreettisten eri kuluerien syntyajankohta on yleensä suuremmitta vaikeuksitta todettavissa riittävällä tarkkuudella. Sen sijaan palkkiosaatavan osalta jakauman arviointi voi in casu olla hankalampaa, mutta se on silti 'vain' teknisluonteinen ongelma[15], jonka ratkaisuun tulee tuomioistuimen tarvittaessa pystyä, riitauksen ratkaisumenettelyssä (ks. siitä KonkL 13:14.1 verr. 13:11.2).

Välimies on tietysti kenen tahansa velkojan tavoin velvollinen valvomaan saatavansa. Velvollisuus on KonkL:n järjestelmässä (KS:stä poiketen) sikäli relatiivinen, että lain 12:8.1:n mukaan pesänhoitaja voi valvonnattakin ottaa saatavan jakoluetteloehdotuksessa huomioon, "jos saatavan perusteesta ja määrästä ei ole epäselvyyttä". Välimiehen korvaussaatavan valvontakelpoiseksi kumuloitunut määrä saattaa tosin monesti olla pesänhoitajan kannalta katsottuna epäselvä. Ja ellei välimies saa pesänhoitajalta "hyvissä ajoin ennen valvontapäivää" 12:8.1:n tarkoittamaa saatavansa huomioon ottamisen ilmoitusta, on välimiehen kiirehdittävä valvomaan koko saatavansa.

Jo tähän asti lausutusta on pääteltävissä, että välimiehen korvaussaatavan asema asianosaisen konkurssissa muodostuu olennaisesti paremmaksi, jos hänen hyväkseen on maksettu ennakkoa tai asetettu vakuus. Jatkossa oletan, että tällainen ennakkomaksu tai vakuus on tullut kyseisen, nyttemmin konkurssiin joutuneen partin varoista. Konkurssioikeudellisia ongelmiahan ei ole, jos maksun suoritti tai vakuuden (kuten pantin tai takauksen) antoi kolmas taho eli aito sivullinen. Otan tarkasteltavaksi ensin vakuuden, koska sitä koskeva konkurssijuridiikka on suoraviivaisempaa kuin ennakkomaksun käsittely.

4. Kyseinen vakuus, so. asianosaisen eli nykyisen konkurssivelallisen omasta 'VML-velastaan' antama vakuus, on käytännössä aina pantti. Periaatteessa tosin on ajateltavissa muukin esinevakuus, esim. esinekohtainen pidätysoikeus[16] sekä (lain ehkä hyväksymissä muodoissa/tilanteissa) vakuusluovutus.[17]

---

kyseisen uuden saamisen synnyn vasta konkurssin alkamisen jälkeen ja siis pesää sitomattomalla tavalla. Tällaisesta uudesta velasta ei siten vastaa pesä siihen kuuluvine konkurssivarallisuuksineen, vaan yksinomaan konkurssivelallinen mahdollisilla sellaisilla tulevilla uusilla varoillaan, jotka eivät tule kuulumaan pesään (KonkL 5:1:n ja 3:2:n osoittamin kriteerein). Tästä poikkeuksellisesta ns. uudesta (konkurssivelallisen) velasta konkurssioikeudellisena käsitteenä ks. esim. *Havansi, Erkki*, Suomen konkurssioikeus, 3. painos, Tampere 1992, s. 191–193, ja *sama* s. 169 teoksessa Koulu, Risto – Havansi, Erkki – Niemi-Kiesiläinen, Johanna, Insolvenssioikeus, Juva 2002.

[15] Tämäkin ongelma poistuisi katsottaessa (yllä puoltamastani kannasta poiketen), että palkkiosaatava on käsiteltävä väliin tulleessa konkurssissa yhtä kaikki kokonaisuutena, siis joko konkurssisaatavana (myös konkurssin alkamisen jälkeiseltä osaltaan) tai massavelkavastuisesti (myös konkurssia edeltäneeltä ajalta). Nämä kaksi poikkeuksellista 'kokonaisvaltaista' menettelymahdollisuutta eivät sinänsä ole konkurssioikeudessamme tuntemattomia, huolimatta perusprinsiipin vastaisuudestaan; ks. problematiikasta lähemmin *Havansi* 1992 s. 191–197.

[16] Pidätysoikeussäännöstön kohdalla mainittakoon se erityisluonteinen kysymys, onko välimiehillä oikeus pidättää jo laadittu välitystuomiodokumentti korvaussaatavansa vakuudeksi, jos riittävää ennakkoa tai vakuutta ei ole. Ks. esim. *Tirkkonen, Tauno*, Välimiesmenettely, Vammala 1943, s. 177, *Hormia, Lauri,* Välimiesten palkkioiden moitteesta, Defensor Legis 1968 s. 128–129, sekä Ruotsin osalta *Heuman* 1999 s. 522 ja 578–579.

[17] Uusista tuulista vakuusluovutuksen suhteen ks. *Tepora, Jarno,* Tekijänoikeuden käyttö vakuutena, Juhlakirja Leena Kartiolle, Jyväskylä 2004, s. 196–198, pontenaan (s. 198): "… Suomessa voisimme olla valmiita tarkistamaan vallitsevaa kielteistä kantaa vakuusluovutuksen sivullissitovuuteen …".

Jotta välimiehen partilta saama panttivakuus olisi oikeudellisesti tehokas partin konkurssissa, edellytetään tietysti, että jo ajoissa on panttiobjektin suhteen vakuudenantositoumuksen lisäksi toteutettu se *esineoikeudellinen julkivarmistus*, jota kyseisen varallisuustyypin kohdalla esinevakuusoikeuden säännöt vaativat. Esimerkiksi jos vakuudeksi järjestetään partin omissa nimissään ja omiin nimiinsä avaama ja suorittama, puolueettoman kolmannen tahon (esim. pankin) hallinnoitava rahamääräinen tilitalletus, niin järjestelyn on oltava ollut ajoissa eli (pääsääntöisesti) ennen konkurssin alkamisminuuttia[18] esineoikeudellisestikin valmis. Tämän 'valmiuden' sisältöelementteinä on, että jo oli ehditty toteuttaa (1) rahamäärän maksutekninen siirto ja (2) tätä siirtosummaa hallinnoivan kolmannen informointi ns. denuntiatiolla siitä, että tili toimii vakuutena välimiehen hyväksi (arg. VKL 31.1 § ja 10 §).

> Jos vakuusrahatalletus toteutetaan Keskuskauppakamarin hallinnoimassa välimiesmenettelyssä (ks. KKKVS 18.1 § ja myös 19.1 § c-kohta), riittää denuntiation osalta KKK:n saama tietoisuus partin panttaustarkoituksesta, toteutettiinpa tilijärjestely pankkia eli neljättä tahoa teknisesti hyväksi käyttäen (niin ettei panttaaja-partin nimi ehkä edes ole pankin tiedossa)[19] tai siten, että KKK itse hallinnoisi varoja suoraan.[20]

5. Toinen yleisluontoinen panttioikeudellinen sääntö, joka myös on muistettava tässä välimiesoikeudellisessa panttausjärjestelyssä, on *pantin takaisinsaantia* koskeva TakSL 14 §.[21] Niinpä jos viimeisen kolmen kuukauden aikana (miinus 1 päivä)[22] ennen ns. määräpäivää eli konkurssihakemuspäivää on välimiehen hyväksi toteutettu panttioikeudellinen julkivarmistus, niin panttaus on takaisinsaantikanteella peräytettävissä, jos kyseessä oli ns. vanha velka eli jo aikaisemmin syntynyt kulukorvaussaatava tai jo syntyneeksi katsottava osa kokonaispalkkiosta.

Partin panttausvelvollisuuden 'myöhäisherännäinen' synty voi siis olla kohtalokasta esinevakuuden tehokkuudelle. Ja vaikka vakuuden asettamisen velvollisuus olisi syntynyt jo aivan välimiesmenettelyn alussa, niin vitkastelu esineoikeudellisen julkisvarmistuksen toteuttamisessa voi olla yhtä kohtalokasta, kuten ilmenee TakSL 14 §:n sanoista "jos pantin hallintaa ei ollut luovutettu tai muita vakuusoikeuden syntymisen vaatimia toimia tehty ilman aiheetonta viivytystä velan syntymisen jälkeen". Kumulatiivisesti etenevässä kestovelkasuhteessa pantti siis

---

[18] Konkurssin "alkamisminuutin" pääsääntöisesti relevanssista tekee uusi KonkL (3:2) periaatteessa merkittäviä uutuusluontoisia 'myöhentäviä väljennyksiä' vilpittömässä mielessä olevan tahon hyväksi. Ks. lähemmin HE 2003:26 s. 46–49.

[19] Olennaistahan esineoikeudellisesti tällöin on, ettei panttaaja-partilla ole määräämisvaltaa tiliin, vaan se nyt on KKK:lla.

[20] Jos tilisiirto panttaustarkoituksessa (tai ennakkomaksuna) toteutetaan välikäsittä eli tilisiirrolla välimiehen (tai kolmijäsenisessä kokoonpanossa puheenjohtajan) omissa nimissä olevalle tilille, johon ei pidätetä käyttöoikeutta, ei denuntiatiota pankille tarvita. Konkurssioikeudellisena vaarana on tällöin lähinnä se (panttaaja-partin) riski, että puheenjohtaja itse kesken kaiken joutuu konkurssiin (tai ulosmittausvelalliseksi) ilman että varat on separaatioon riittävällä tavalla säilytetty erillään välimiehen muista varoista.

[21] Yleisesti ja yksityiskohtaisestikin ks. pantin takaisinsaannista *Tuomisto, Jarmo*, Takaisinsaannista. Erityisesti maksun ja vakuuden peräyttämisestä konkurssissa, 2. painos, Jyväskylä 2002, s. 309–424; erityisesti kestovelkasuhteiden osalta ks. s. 337–340.

[22] TakSL:n käyttämä sanamuoto "myöhemmin kuin kolme kuukautta ennen määräpäivää" merkitsee, että 'se yksi päivä' tasan kolme kuukautta ennen määräpäivää on vielä turvallista aikaa pantinsaajan kannalta.

saattaa peräytyä tietyltä eli 'vanhalta' velkasaldon osalta mutta säilyä velkasaldon 'uudelta' osalta.

> Huomattakoon uuden KonkL:n kannalta, että vaikka välimiehen panttivakuus olisi kiistatta pätevä ja tehokas niin TakSL:n kannalta kuin myös esineoikeudellisen julkivarmistusnormiston osalta, niin silti välimies-panttivelkoja on uuden 12:9:n johdosta velvollinen konkurssivalvonnan veroiseen selvityksen esittämiseen.[23]

6. TakSL:n osalta on 14 §:n lisäksi syytä mainita pari muutakin pykälää. TakSL 10 §:n ("velan maksun peräytyminen") johdosta voidaan kysyä, peräytyykö välimiehen myöhemmin kuin kolme kuukautta ennen konkurssihakemuspäivää saama korvaussaatavan maksu, jos maksuun on käytetty (kylläkin 14 §:n kannalta turvallista) panttia, mutta kyseinen maksu on tapahtunut ennenaikaisesti tai se on määrältään ollut pesän varoihin nähden huomattava. Vastaus on kieltävä, jos kerran pantti on ollut turvaava, koska tällöin "10 §:n mukainen takaisinsaanti ei olisi mielekästä siitäkään syystä, että maksun peräytyessä velkoja voisi – TakSL 15.2 §:n mukaisin rajoituksin – vaatia vakuuden palauttamista ja periä saamisensa vakuuden arvosta."[24]

> Huomattakoon myös 10 §:n sisältämä, muuten mahdollisen peräytettävyyden eliminoiva vastakkaissuuntainen kriteeri eli maksun – huomattavankin – tavanomaisuus ("jos sitä voidaan pitää olosuhteet huomioon ottaen tavanomaisena"). Tässä kokonaisarviossa on siten relevanttia, ovatko kyseinen välityslauseke aikanaan sekä itse välimiesmenettely olleet velallispartin 'alkuperäisiin' olosuhteisiin nähden "tavanomaisia", esim. onko velallisyhtiö ollut kohtuullisen kokoinen yritys solmimaansa välityslausekkeeseen ja välimiesmenettelyn aloittamiseen nähden.

Välimiehen korvaussaatava saattaa siten olla määrältään varsin huomattava (etenkin nyttemmin konkurssikypsyyteen ajautuneen kyseisen asianosaisen muiden velkojien kannalta) ilman, että tästä seikasta olisi välimiehelle vaaraa sanottujen 14 §:n ja 10 §:n 'ristiaallokossa'. Sen sijaan TakSL-vaara syntyy, jos välimiehen vaatima korvaussaatava on *ylimitoitettu TakSL 7 §:n kannalta*: "Palkan, palkkion tai muun siihen rinnastettavan etuuden maksuun sovelletaan" 6.1 §:ää (= lahjan peräytyminen) "siltä osin kuin maksu on ilmeisessä epäsuhteessa siihen, mitä tehtyyn työhön ja muihin olosuhteisiin nähden voidaan pitää kohtuullisena."[25] Kriittinen aika on tällöin peräti yksi vuosi ennen konkurssihakemuspäivää.

Voiko tämä 'ylimitoitusta' peräyttävä takaisinsaantikanne menestyä TakSL 24.1 §:n säätämän kannemääräaikanormituksen (= pääsääntöisesti 6 kk valvontapäivästä) puitteissa nostet-

---

[23] Ks. lähemmin HE 2003:26 s. 119–120 sekä *Koulu, Risto*, Uusi konkurssilaki, Porvoo 2004, s. 63–64, 265, 277–278 ja 318.

[24] Sitaatti: *Tuomisto* 2002 s. 248. Siitä eventuaalisesta 'jatko-ongelmasta, että pantin arvo olisi velanmaksun pantista oton jälkeen laskenut siinä määrin, että panttivakuus ei enää konkurssin alettua olisikaan ollut turvaava, ks. *Tuomisto* 2002 s. 249–253.

[25] Jos ylimitoitettua palkkiota ei vielä ole maksettu, aktualisoituu menestyksellisen riitautuksen mahdollistava (KS 26 §:n seuraajasäännös eli) KonkL 12:4.1: välimiehellä "ei ole oikeutta saada suoritusta … palkkiosta … siltä osin kuin saatava on ilmeisessä epäsuhteessa siihen, mitä tehtyyn työhön ja muihin oloihin nähden voidaan pitää kohtuullisena".

tuna, vaikka tuolloin jo olisi kulunut umpeen se spesiaalinen määräaikanormitus, joka on VML 47.2 §:ssä? Onhan viimeksi sanotun lainkohdan mukainen määräaika vain 60 päivää, välitystuomiokappaleen saannista alkaen. Tässä 60 päivän ajassa tulee asianosaisen, joka pitää välimiehelle välitystuomiossa vahvistetun korvauksen määrää liiallisena, panna käräjäoikeudessa vireille muutoshakemus palkkion alentamisen vaatimuksineen. Mainittujen kahden määräaikasäännöksen kollisiossa katsoisin, että etusijalle on asetettava lex specialis eli VML 47.2 §:n mukainen 60 päivän normi.[26]

7. Edellä olen keskittynyt tilanteisiin, joissa operatiivisena oikeusinstrumenttina on panttioikeus: asianosaiset ovat käyttäneet panttioikeutta sinä juridisena nimikkeenä, jonka sääntöjen mukaisesti on toteutettu VML 46.3 §:n mukainen välimiehen ”oikeus vaatia asianosaisilta ennakko tai vakuus” hänen tulevan korvaussaatavan turvaamiseksi. Entä jos siteeratun 46.3 §:n tarjoamista vaihtoehdoista (”ennakko tai vakuus”) on valittu se toinen, ”*ennakko*”? Miten välimiehen korvaussaatavan turvaaminen konkurssin varalta onnistuu ilman panttia/takausta, vain ”ennakon” avulla?

Ensiksi todettakoon, että ”ennakko” (ruotsiksi 46.3 §:ssä ”förskott”) tietysti tarkoittaa samaa kuin ennakkomaksu: tietty summa rahaa on etukäteen välimiehelle tai tämän lukuun kolmannelle maksettuna odottamassa välimiesmenettelyn etenemistä ja korvaussaatavan syntyä/kumuloitumista.[27] Jos ennakon suorituksen tapahtuessa jo on ehtinyt syntyä kulueriä ja/tai palkkioon oikeuttavaa välimiestyötä, ennakko ei noilta osin itse asiassa olekaan ennakkoa, vaan reaalisesti se on pikemminkin jo varsinaisen maksun eli vastikesuorituksen luonteinen.

Muodollisesti ennakko eli ennakkona siirretty raha-arvo on eri asia kuin vastaavan rahasumman (yllä jo käsitelty) panttaus esineoikeudellisine julkivarmistuksineen. Eroavuudesta voisi teoriassa ajatella seuraavan, että välimies olisi konkurssisaatavansa osalta oikeutettu vain etuoikeudettomien velkojien osinkoprosenttiin.[28] Rationaalisti arvioitaessa on kuitenkin molempia ennakollisia varautumismenetelmiä pidettävä samanarvoisina ja reaalisesti samansisältöisinä, välimiesmenettelyissä tavanomaisina maksun turvaamisjärjestelyinä, kunhan vain ennakonkin osalta on ajoissa aikaansaatu *esineoikeudellista julkivarmistusta vastaava tila* kyseisen rahamäärän osalta. Tämä julkivarmistuksen vaatimus sisältää sen, että kyseisen rahamäärän (”ennakko”) tulee olla ennen konkurssin alkamista ja yksilöidysti suoritettu joko välimiehelle itselleen taikka hänen lukuunsa ja nimiinsä sellaiselle kolmannelle taholle, joka ei ole ennakon-

---

[26] Tosin ääritapauksessa saattaa partin (’60-päiväinen’) passiviteetti olla TakSL 1 §:n tarkoittamaa ”vaikutukseltaan oikeustoimeen rinnastettavaa” menettelyä/järjestelyä välimies-velkojan suosimiseksi ns. yleisen takaisinsaantiperusteen eli TakSL 5.1 §:n mielessä. Tällöin VML 47.2 § väistyy TakSL 24.1 §:n tieltä. Ks. yleisemmin kyseisen tyyppisestä passiviteettiproblematiikasta TakSL 1 §:n ja 24 §:n kannalta *Havansi, Erkki*, Määräajat ja oikeudenkäynti, Jyväskylä 2004, s. 290–293.

[27] Sinänsä samantekevää on, onko tuo raha muodoltaan tilirahatyyppistä (ja siis sähköisestikin liikuteltavissa) vai käteistä.

[28] Laskuesimerkki, kun ajoissa suoritettuna ennakkona on 100 yksikköä ja kun konkurssin alkaessa välimiehen jo syntynyttä korvaussaatavaa on 60 yksikön verran sekä kun osinkoprosentiksi muodostuu 10 %: onko nyt välimies konkurssimenettelyssä oikeutettu vain 10 %:n suoritukseen (= 6 yksikköä) vai täyteen, ennakosta otettavaan 60 yksikön suoritukseen?

maksajan määräiltävissä. Jos näin on toimittu, ei ole nähtävissä mitään syytä – esim. kilpailevien konkurssivelkojien suojantarpeesta johtuvaa syytä – miksi välimiehen tähän asti syntynyt saatava ei olisi yhtä hyvässä turvassa ”ennakon” muodossa kuin jos olisi käytetty terminologiankin osalta ’panttioikeuskieltä’.

> Itse asiassa ennakko(maksu)na tapahtuva turvaaminen voi joskus olla panttausta turvallisempikin, nimittäin TakSL 14 §:n ja 10 §:n ’yhtymäkohtien’ kannalta (siis ’viimeisen’ kolmen kuukauden aikahorisontissa). Maksun osaltahan peräytymisvaara voi eliminoitua 10 §:n puitteissa monestakin syystä (= ei-epätavallinen, ei-ennenaikainen, ei-huomattava, tavanomainen), kun taas panttauksen osalta 14 § ei tunne tällaisia peräytymisen esteitä, minkä vuoksi ”maksu voi olla velkojalle takaisinsaantinäkökulmasta vakuutta turvallisempi vaihtoehto”.[29]

8. Kirjoitukseni edellä olevissa osissa olen pääpainoisesti pitänyt silmällä välimiehen korvaussaatavaa sen siltä osalta, joka on katsottava syntyneeksi ennen konkurssin alkamista. Vain lyhyesti olen edellä maininnut siitä, että korvaussaatava on massavelkaa eli varsin vahvassa etusija-asemassa niiltä osin kuin uutta saldoa on välimiesmenettelyn jatkuessa kertynyt konkurssin alkamisen jälkeen. Väliintuleva konkurssihan ei automaattisesti lakkauta kesken olevaa välimiesmenettelyä, vaan päinvastoin on luontevaa, että (ks. KonkL 3:4.2:) konkurssipesä voi (tappio- ja kustannusriskiarvioinnin suoritettuaan) päätyä valitsemaan osallistumisen välimiesmenettelyn jatkamiseen.[30] Jos pesä ei halua jatkaa välimiesmenettelyä (tai muun muotoista kesken olevaa velalliselta ’jäänyttä’ prosessia), näin vapautuen mahdollisen jatkoprosessin kuluvastuusta, konkurssivelallinen saa ryhtyä omalla kustannusvastuullaan jatkamaan välimiesmenettelyä.

> Eri asia kuin nämä asialegitimaation siirtymiskysymykset ja -mahdollisuudet on se, että välimiehet voivat vielä nyt vaatia parteilta – etenkin konkurssivelalliselta, jonka ’uusikaan’ maksukyky ei herättäne luottamusta – (lisä- tai uus)ennakkoa/vakuutta, uhalla että he jättävät välimiesmenettelyn sillensä.[31] Pesältä ei kuitenkaan voida vaatia enää vakuutta saati ’ennakkoa’ siltä osin kuin kyse on jo ennen konkurssin alkua syntyneistä saamiseristä[32]; muutoin rikottaisiin sitä ’painostusetuilun’ kirjoittamatonta konkurssioikeudellista kieltoa, jota ilmentävät mm. KKO 1977-II-32, 1984-II-73 ja 2003:1.

9. Aivan oma tilannetyyppinsä on se, että välityssopimus tosin on tehty jo aikanaan eli ajoissa ennen konkurssin alkamista, mutta välimiesmenettelyä ei ollut konkurssin alkamiseen mennessä vielä pantu vireille. Klassinen kysymys siitä, sitooko välityssopimus edelleenkin ja jos

---

[29] Sitaatti: *Tuomisto* 2002 s. 415. Ks. lähemmin mts. 415–417.

[30] Vaikka pesä tähän jatkamiseen päätyisi, se ei suinkaan merkitse em. välimieheen kohdistuvien takaisinsaantimahdollisuuksien (TakSL 14 § ja 7 §) sulkeutumista pesältä, saati yksittäiseltä TakSL 23.1 §:n tarkoittamalta konkurssivelkojalta.

[31] Sanotunlaisesta välimiehen käytettävissä olevasta (painostus)keinosta ks. esim. *Möller, Gustaf*, Välimiesmenettelyn perusteet, Helsinki 1997, s. 80 ja *Savola* Defensor Legis 2003 s. 393–394.

[32] Liioin ei välimies voine käyttää velallisen ennen konkurssiaan antamaa ennakkoa/vakuutta niihin korvaussaamisensa eriin, jotka ovat syntyneet vasta konkurssin alkamisen jälkeen seurauksena konkurssivelallisen itsensä ryhtymisestä jatkamaan prosessia.

sitoo, keitä, on KonkL:nkin tekstissä jätetty vastausta vaille, mutta lain perusteluissa puolletaan perinteistä, KKO 1952-I-1:een palautuvaa linjausta: ”Jos välityssopimus on tehty velallisen ja velkojan välillä ennen konkurssia, se sitoo konkurssipesää, mutta ei ilman erillistä sopimusta saatavan riitauttanutta velkojaa.”[33] Problematiikka liittyy kirjoitukseni ’peruskoordinaatteihin’ (= ennakko/vakuus) vain siltä kannalta, että asianosaisten VML 46.3 §:n mukainen velvollisuus ennakon/vakuuden asettamiseen on mielestäni argumentti välityssopimuksen jatkuvaa ulottuvuutta vastaan. Sanottu velvollisuus lienee nimittäin – välimiesmenettelyn kalleuden tietäen – sen verran raskas (keskimäärin niin konkurssipesille kuin riitauttajillekin jne.), että lähtökohtaisesti tulisi konkurssin alettua suosia konkurssivaikutteisissa ’uusissa jutuissa’ tuomioistuintietä välimiesmenettelyn kustannuksella, jos jälkimmäiseen pakottavaa lakitekstiä tai erittäin painavia asiasyitä ei ole.[34]

[33] Sitaatti: HE 2003:26 s. 130. KonkL:n esitöistä ei sen sijaan ole luettavissa mitään lain 3:8:n (pesän ns. sijaantulo-oikeus) suhteesta välityssopimuksen relevanssiin. Ks. mainittuun 1952-prejudikaattiin liittyen myös *Möller* 1997 s. 23–24 viittauksineen ja *Könkkölä, Mikko – Liukkonen, Iiro* Konkurssimenettely, 2. painos, Jyväskylä 2000, 171–173 sekä, yrityssaneerausmenettelyä koskevasti KKO 1998:152.

[34] Tämän kustannusnäkökohdan merkittävyydestä ks. myös *Heuman* 1999 s. 105–106.

Mika Hemmo

# Välimiesoikeuden toimivaltaa rajoittavat välityslausekkeet

## Johdanto

Harvalukuista legaalista välimiesmenettelyä lukuun ottamatta välimiesoikeuden toimivalta perustuu välityssopimukseen tai -lausekkeeseen. Välityssopimuksella on tässä mielessä aina toimivallan luova vaikutus, mutta mahdollista on myös, että riidanratkaisutavasta sopimiseen liittyy toimivaltaa rajaavia vaikutuksia. Tällöin välimiesoikeudelle ei ole myönnetty täysimääräistä valtaa tutkia kaikkia tiettyyn sopimukseen tai oikeustoimikokonaisuuteen liittyviä oikeuskysymyksiä tai määrätä kaikista aineellisoikeudellisesti mahdollisista oikeusseuraamuksista, vaan osa on jätetty ratkaistavaksi muussa lainkäyttömenettelyssä (yleisessä tuomioistuimessa tai periaatteessa myös muussa välimiesmenettelyssä).

Tässä kirjoituksessa tarkastellaan riidanratkaisuehtoja, jotka sisältävät välimiesoikeuden toimivaltaa rajoittavia piirteitä joko yhden sopimuksen tai laajemman sopimuskokonaisuuden sisällä. Kysymyksenasettelu on nelivaiheinen:

– Millaisia välimiesoikeuden toimivaltaa rajoittavia välitys- ja riidanratkaisulausekkeita käytännössä tavataan?
– Miten näitä lausekkeita on välimiesmenettelyssä tulkittava?
– Voidaanko toimivaltarajoituksen aiheuttamasta prosessitehokkuuden heikentymisestä päästä eroon esimerkiksi välityslausekkeen kohtuullistamisella tai välimiesmenettelyjen yhdistämisellä?
– Kuinka toimivaltaa rajaavat ehdot vaikuttavat riidanratkaisun tehokkuuteen ja onko tällaisten sopimusehtojen käyttäminen rationaalista?

Tarkastelu kohdistuu kysymykset huomioon ottaen sekä sopimuskäytäntöjen empiriaan, välityslausekkeiden tulkintaan että riidanratkaisuehtojen tarkoituksenmukaiseen muotoiluun. Päähuomio kohdistetaan jäljempänä kysymykseen välityslausekkeiden tulkinnasta ja sen vaikutuksesta välimiesoikeuden toimivaltaan.

Voidaan huomata, että välimiesoikeuden toimivallan rajallisuus muodostaa ongelman vain, mikäli oikeudenkäynnin toinen osapuoli esittää toimivaltaväitteen.[1] Alkuperäisiin riidan-

[1] Toimivallan ylittämistä koskeva VML 41.1,1 §:n mukainen välitystuomion kumoamisperuste menettää merkityksensä, jos osapuolen on katsottava luopuneen vetoamasta kohdassa tarkoitettuun seikkaan vastaamalla pääasiaan tai

ratkaisuehtoihin liittyvä epätarkoituksenmukaisuus voidaan aina poistaa, jos osapuolet kykenevät oikeudenkäynnin alkaessa laatimaan uuden välityssopimuksen tai jos toimivaltaväite jätetään esittämättä. Tällainen myöhempi sopiminen saattaa hyvinkin onnistua, koska molemmat osapuolet yleensä preferoivat tehokasta ja kustannussäästöön tähtäävää välimiesmenettelyä sen sijasta, että riitaisuuksien annettaisiin riidanratkaisuehtojen vuoksi jakaantua useampaan menettelyyn. Varteenotettava mahdollisuus on kuitenkin myös se, että prosessissa vastaajan asemassa oleva kieltäytyy myötävaikuttamasta oikeudenkäynnin sujuvaan etenemiseen ja esittää kaikki kysymykseen tulevat väitteet välimiesoikeuden toimivallan ym. oikeudenkäynnin edellytysten suhteen.[2] Tämä käyttäytyminen voi perustua oletukseen siitä, että vastapuolella ei ole taloudellisia mahdollisuuksia tai valmiutta useampaan prosessiin. Muutenkin tarve jakaa vaatimukset kahteen tai jopa vielä useampaan oikeudenkäyntiin on omiaan nostamaan prosessikynnystä.

Tässä kirjoituksessa käsitellään vain tilanteita, joissa välimiesmenettely rajoittuu kahden osapuolen väliseksi. Monitahoinen toimivallan ulottuvuusproblematiikka liittyy kolmen tai useamman osapuolen välisiin suhteisiin, joissa on tyypillisesti myös kysymys useiden sopimusten keskinäisestä yhteydestä. Jälkimmäisestä *multiparty arbitration* -nimellä tunnetusta tapausryhmästä on käyty laajaa keskustelua muun muassa välimiesoikeuden toimivallan, välimiesten nimeämisen, kanteiden yhdistämisen ym. kysymysten osalta, mutta nämä teemat sivuutetaan jatkossa.[3]

## Millaisia välimiesoikeuden toimivaltaa rajoittavia riidanratkaisulausekkeita käytännössä tavataan?

Välityslausekkeiden kirjo sopimuskäytännössä on verrattain suuri, vaikka melkoiselta osin noudatetaankin yksinkertaisia ehtoja, jotka voivat olla välitysinstituuttien suosittelemia institutionaalisen menettelyn mallilausekkeita[4] tai ”tätä sopimusta koskevat riidat ratkaistaan välimiesmenettelyssä” -tyyppisiä *ad hoc* -menettelyyn johtavia ehtoja. Yleensä nämä yksinkertaiset

---

muulla tavalla (VML 41.2 §). – Toimivaltaväitteiden ja prosessiekonomian kannalta sivuhuomiona voidaan todeta, että esitetyn toimivaltaväitteen hyväksyminen ja siitä seuraava välimiesmenettelyn kohteen rajaaminen ei voi johtaa tilanteeseen, jossa välitystuomio jälkeenpäin riitautettaisiin toimivaltakysymyksen virheellisen ratkaisun perusteella, koska liian suppea toimivaltatulkinta ei ole kumoamisperuste. Väitteen hylkääminen saattaa sen sijaan johtaa prosessin jatkumiseen yleisessä tuomioistuimessa välitystuomion kumoamisvaatimuksen muodossa.

[2] Erityisesti kansainvälistä välimiesmenettelyä koskevassa keskustelussa yleinen teema on osapuolen (käytännössä yleensä vastaajan) dilatorinen menettely, jolla tämä osapuoli pyrkii erilaisin aiheettomin prosessiväittein, menettelysääntöjä koskevin riitautuksin, lisäaikavaatimuksin ym. keinoin vaikeuttamaan ja viivyttämään välimiesmenettelyn kulkua. Ks. esimerkiksi *Donahey, M. Scott,* Defending the Arbitration against Sabotage, Journal of International Arbitration 1996 s. 93–105.

[3] Keskeinen kirjoitus aihepiiristä on *Bernard Hanotiaun* artikkeli ”Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts – Parties – Issues”, Journal of International Arbitration 2001 s. 251–360.

[4] Jokseenkin kaikki välitysinstituutit ovat julkaisseet omat mallilausekkeensa, joita voidaan käyttää sopimuksissa silloin, kun osapuolet haluavat sopia institutionaalisesta menettelystä eivätkä katso välityssopimuksessa tarvittavan minkään erityiskysymysten huomioon ottamista.

välityslausekkeet ovat sujuvan riidanratkaisun kannalta riittäviä, mutta joskus osapuolet kuitenkin haluavat täsmentää välimiesmenettelyn yksityiskohtia välityssopimuksessa. Kansainvälisluonteisessa sopimuksessa tähän onkin usein huomattava tarve, koska muuten välimiesmenettelyn paikka, kieli, *lex arbitri,* noudatettavat todistelusäännöt ym. yksityiskohdat voivat saada aikaan epäselvyyttä.

Tässä artikkelissa huomio kohdistuu pelkästään sellaisiin välitys- ja riidanratkaisulausekkeiden ominaispiirteisiin, joilla on välimiesoikeuden toimivaltaa rajoittavaa vaikutusta. Toimivalta ymmärretään seuraavassa aineellisessa mielessä niin, että sillä tarkoitetaan kysymystä siitä, mitkä sopimukset, mitkä tiettyyn sopimukseen liittyvät erimielisyyksien muodot tai mitä oikeuskeinoja koskevat vaatimukset ovat välimiesoikeuden toimivallan piirissä. Välimiesoikeuden toimivaltaan voi liittyä myös ajallisia rajoituksia, mutta nämä jätetään jäljempänä huomiotta.[5] Sama koskee tilanteita, joissa välimiesmenettelyn käynnistämistä on lykätty asettamalla sen edellytykseksi esimerkiksi sovintoneuvottelujen käyminen.[6]

Välimiesoikeuden aineellista toimivaltaa rajaavat välitys- ja riidanratkaisulausekkeet voivat olla tyypiltään esimerkiksi seuraavia:

– Toimivalta kohdistuu vain tiettyyn osaan sopimusta tai tiettyjen oikeusseuraamusten vahvistamiseen.

  Esimerkiksi: ”Sopimuksen x ja y kohtaa koskevat riidat käsitellään välimiesmenettelyssä” tai ”Myyjän vahingonkorvausvelvollisuutta koskevat asiat käsitellään välimiesmenettelyssä”.

– Toimivalta käsittää useasta erillisestä sopimuksesta koostuvan sopimuskokonaisuuden kohdalla vain yhden sopimuksen tai ei ainakaan kaikkia riidan kohteena olevia sopimuksia.

  Tilanne voi syntyä esimerkiksi silloin, kun yhdessä sopimuksista on tavanomainen välityslauseke, mutta muissa sopimuksissa ei ole lainkaan määräyksiä riidanratkaisusta.

– Välimiesoikeuden toimivalta on sidottu riidan intressiin niin, että tietyn intressirajan ylittävä riita jää toimivallan ulkopuolelle.

---

[5] Jos välityslausekkeessa määrätään, että välitystuomio on annettava tietyn ajan kuluessa (esimerkiksi vuoden kuluessa puheenjohtajan nimeämisestä), tulkitaan ehtoa lähtökohtaisesti niin, että välimiesoikeus menettää toimivaltansa määräajan päätyttyä. Tästä tulkinnasta voidaan poiketa vain, jos välityslauseke osoittaa, että määräaika on tarkoitettu suositusluonteiseksi ja tässä mielessä välimiesoikeutta sitomattomaksi. Suomen laissa asianosaisten asettaman määräajan ja toimivallan yhteyttä sekä tästä seuraavaa määräajan jälkeen annetun välitystuomion kumoamiskelpoisuutta ei ole suoraan todettu, mutta asiaa on pidetty selvänä. Ruotsin välimiesmenettelylain (Lag 1999:116 om skiljeförfarande) 34.1 §:ssä tämä todetaan suoraan lakitekstissä. Ruotsin sääntelyyn liittyvistä yksityiskohdista ks. *Heuman, Lars,* Arbitration Law of Sweden. Juris Publishing, 2003 s. 613–615.

[6] Viimeksi mainittu tilanne on ollut yleistymässä ns. *multi-tiered*-riidanratkaisulausekkeiden myötä, kun välityslausekkeisiin on voitu yhdistää ensi vaiheena sovintoneuvottelujen tai institutionaalisen sovintomenettelyn käyminen tai tietyn asiantuntijaselvityksen hankkiminen. Tällainen ehto saattaa merkitä välimiesoikeuden toimivallan ajallista myöhentymistä niin, että välimiesmenettely on ennenaikainen, ellei vaadittua muuta menettelyä ole vielä käyty (kysyä voidaan toki sitäkin, onko tilannetta arvioitava toimivaltakysymyksenä vai olisiko toimivaltaiseksi katsottavan välimiesoikeuden hylättävä kanne ennenaikaisena). Tilanteeseen liittyvien toimivaltaväitteiden mahdollisuudesta ks. *Pryles, Michael,* Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses, Journal of International Arbitration 2001 s. 160.

Esimerkiksi: ”Tätä sopimusta koskeva riita ratkaistaan välimiesmenettelyssä yhden välimiehen toimesta, jos riidan intressi on vähemmän kuin 500 000 euroa. Jos intressi on tätä suurempi, ratkaisee riidan kolmijäseninen välimiesoikeus.”

– Toimivalta voi myös olla nimenomaisesti rajoitettu tietyn oikeusseuraamuksen osalta.

Esimerkiksi: ”Tätä sopimusta koskevat riidat ratkaistaan välimiesmenettelyssä. Välimiesoikeus ei kuitenkaan voi tuomita rangaistuksenluonteista vahingonkorvausvelvollisuutta.”[7]

Toimivaltaa rajaavat välityslausekkeet voivat luonnollisesti olla tyypiltään hyvin monenlaisia. Kuten yleensäkin sopimusten laatimisessa, rajat asettaa vain osapuolten ja heidän lakimiestensä mielikuvitus. Ongelmallisia tilanteita voi syntyä myös esimerkiksi silloin, kun välityssopimus on neuvoteltu jo syntynyttä riitaa silmällä pitäen ja sopimukseen otetaan kuvaus riidasta niin, että toimivalta sidotaan tämän kuvauksen mukaiseen erimielisyyteen. Mahdollista on kuitenkin, että oikeudenkäynnin edetessä olosuhteet tai osapuolten tavoitteet muuttuvat tavalla, jonka seurauksena toinen osapuoli haluaisi joltakin osin ylittää alkuperäisen riitakuvauksen rajat.

## Tiettyihin sopimuskohtiin rajoittuva välimiesmenettely

Toisinaan käytetty sopimustekniikka rajoittaa välimiesmenettelyn koskemaan vain välityslausekkeessa yksilöityjä sopimuskohtia. Välityslauseke on tällöin muotoiltu ”sopimuksen kohtia x ja y kohtia koskevat riidat käsitellään välimiesmenettelyssä” -tyyppisesti. Mahdollista on, että ehdossa täsmennetään muita sopimuskohtia koskevien asioiden kuuluvan yleiselle tuomioistuimelle, mutta tämä on muutenkin selvää silloin, kun välimiesoikeuden laajempi tutkimisvalta on suljettu pois.[8]

Ehdon keskeinen oikeusvaikutus on näissä tapauksissa normaalisti selvä. Jos välityslauseke koskee esimerkiksi ainoastaan sopimuksen sisältämän hinnantarkistuslausekkeen soveltа-

[7] Esimerkin viittauksella rangaistuksenluonteisiin korvauksiin ei ole merkitystä, jos sopimukseen soveltuva laki on Suomen laki tai muun sellaisen valtion laki, johon ei kuulu punitiivisten korvausten mahdollisuutta. Jos taas soveltuvaan materiaaliseen normistoon kuuluu rangaistuksenluonteisia korvausseuraamuksia ja jos välimiesoikeudella on valta niitä tuomita, poissuljenta voi olla tarpeen. Amerikkalainen oikeuskäytäntö näyttää vieneen siihen suuntaan, että välimiesoikeuksilla on katsottu olevan periaatteellinen oikeus tuomita rangaistuksenluonteisisia korvauksia. Ks. esimerkiksi Yhdysvaltain Supreme Courtin ratkaisuja *Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.,* 115 S. Ct. 1920 (1995) ja *PacifiCare Health Systems, Inc., et al. v. Book et al*. (02-215) 285 F.3d 971.

[8] Perusteena tällaiselle kaksijakoisuudelle on normaalisti se, että tietty rationaaliseksi katsottu syy puoltaa erityisen riidanratkaisumenettelyn käyttämistä joidenkin riitakysymysten kohdalla. Esimerkiksi yrityskaupassa saatetaan lähteä siitä, että kauppahinnan loppuerään tai myyjän mahdolliseen hinnanpalauttamisvelvollisuuteen liittyvä myöhemmän tilikauden tilinpäätösinformaatiota koskeva riitaisuus annetaan ulkopuolisen tilintarkastusyhteisön ratkaistavaksi, kun taas muut riidat viedään välimiesmenettelyyn. Ks. *Freyer, Dana H.,* Practical Considerations in Drafting Dispute Resolution Provisions in International Commercial Contracts: A US Perspective. Journal of International Arbitration 1998 s. 27, joka mainitsee toisena amerikkalaisiin käytäntöihin pohjautuvana esimerkkinä kiinteistörahastojen osakassopimuksiin liittyvän tarpeen saada tietyt riidat nopeasti ratkaistuiksi, jolloin niitä varten voidaan muotoilla sopimuksen muista kohdista poikkeava riidanratkaisuehto.

mista, ei sopimuksen oikeudettomaksi väitettyyn purkamiseen perustuvaa vahingonkorvausvaatimusta voida käsitellä välimiesmenettelyssä. Sen sijaan epäselvempää on, voiko välimiesoikeus ottaa harkinnassaan välillisesti huomioon myös sellaisia sopimuskohtia, jotka eivät suoraan toimi vaatimusten perusteena, vaikka välimiesoikeuden toimivalta onkin rajattu muita ehtoja koskevaksi. Vastaus tähän tulkintakysymykseen on epäilemättä sidoksissa välityslausekkeen ja siinä viitattujen sopimuskohtien muotoiluun. Eräitä yleistettäviä havaintoja voidaan kuitenkin tehdä.

Selvää on, että samaa sopimusta koskevan riidanratkaisun hajaantuminen välimiesmenettelyyn ja siihen nähden erilliseen yleisessä tuomioistuimessa käytävään prosessiin on prosessiekonomian kannalta huono ratkaisu.[9] Tämä riidanratkaisun tehokkuutta ja kokonaiskustannuksia koskeva näkökohta ei kuitenkaan anna välimiesoikeudelle mahdollisuutta päättää oman toimivaltansa laajentamisesta. Välimiesoikeus suorittaa osapuolten sille antamaa tehtävää, jonka rajat välityssopimuksen osapuolet määrittävät haluamallaan tavalla eikä välimiehillä ole muuta mahdollisuutta kuin hyväksyä sille asetettu mandaatti.

Toisaalta riidanratkaisulausekkeen yleisellä tarkoituksenmukaisuudella voi olla tietty painoarvo, jos moniselitteisen välityslausekkeen sisältö joudutaan vahvistamaan sopimuksen tulkinnan keinoin. Yksi mahdollisista argumentaatiolinjoista on esittää, että osapuolten oletettuna tarkoituksena on muun selvityksen puuttuessa ollut päätyä ratkaisuun, joka ehkäisee tarpeettomien kustannusten aiheutumista ja yleiseltä kannalta arvioiden epätavanomaista riitaisuuksien jakaantumista eri forumeille.[10] Tämä merkitsee osapuolten hypoteettiseen tarkoitukseen palautuvaa tulkinnan ohjenuoraa eikä siinä siten ole kysymys välimiesoikeuden aloitteesta tapahtuvasta toimivallan laajennusyrityksestä. Näkökohta saa luonnollisesti sijaa vain yhtenä punnintatekijänä muiden sopimuksen tulkintaa ohjaavien periaatteiden joukossa, eikä kysymys ole mistään suoraviivaisesta toimivallan laajentumiseen johtavasta seikasta.

Välimiesoikeuden toimivallan rajaaminen tiettyihin sopimuskohtiin voi johtaa ongelmiin prosessiekonomian ohella myös sen vuoksi, että sopimus on normaalisti oma taloudellinen kokonaisuutensa, jonka ehdoilla on olennaista keskinäistä vuorovaikutusta. Tähän nähden on vaikea ajatella, että oikeudellisessa arvioinnissa voitaisiin aukottomasti rajoittua käsittelemään vain tiettyä osaa sopimuksesta ilman, että myös lopputuloksen laatu oikeudelliselle ratkaisulle asetettavien laatukriteerien valossa vaarantuisi.

Hinnantarkistuslauseke-esimerkkiä hyödyntäen voidaan kysyä, saako välimiesoikeus, jonka toimivalta on rajoitettu vain hinnantarkistuslausekkeen mukaisten oikeusvaikutusten määrää-

---

[9] Prosessiekonomian määrittelystä ja sen mukaisen prosessi-instrumentalismin suhteesta muihin oikeudenkäynnin tavoitteisiin ks. *Leppänen, Tatu,* Riita-asian valmistelu todistusaineiston osalta, 1998 s. 46–49. Eri vaatimusten yhteiskäsittelyyn liittyvistä prosessiekonomisista näkökohdista (rikosperusteisia korvausvaatimuksia painottaen) ks. myös *Lappalainen, Juha,* Vahingonkorvausvaatimuksesta rikosjutuissa, 1986 s. 38–51.

[10] Tällaiseen tehokasta sopimuksenmuotoilua edistävään hypoteettiseen tarkoitukseen on sopimuksen tulkintaa koskevassa keskustelussa viitattu vain harvoin. Ks. kuitenkin *Andersen, Mads Bryde,* Grundlæggende aftaleret, 2. udgave. Gads Forlag, 2002 s. 327 ja 470–471. Tulkinta voi eräissä tapauksissa ohjautua samaan suuntaan myös alan käytäntöjä painottavan tulkintatavan kautta, koska riidanratkaisun hajautumista useammalle foorumille voidaan pitää jokseenkin millä tahansa alalla epätyypillisenä, vaikka välityslausekkeiden muotoiluja koskevia täsmällisiä tapoja ei yleensä voidakaan sanoa muotoutuneen.

miseen, ottaa kuitenkin toimivaltansa piiriin kuuluvan ehdon soveltamisessa huomioon sopimuksen muun sisällön. Tämä voi olla tarpeen esimerkiksi sen vuoksi, että hinnantarkistusehdon tulkinta edellyttää muun sopimussisällön tarkastelua tai että hinnan muutosten perusteltavuuteen vaikuttaa osaltaan se, mitä muita oikeuskeinoja (esimerkiksi sopimuksen irtisanominen) hinnan tarkistusta vaativalla osapuolella on käytettävissään.

Esimerkkikysymykseen on yleensä perusteltua vastata myöntävästi. Se, että välimiesoikeuden toimivalta rajoittuu vain tiettyjen sopimuskohtien soveltamiseen, ei ole peruste kieltää välimiesoikeutta kiinnittämästä tarpeen vaatiessa huomiota siihen, mikä vaikutus muulla sopimussisällöllä on toimivallan piiriin kuuluvien ehtojen arvioinnissa. Muuten kysymyksessä olevia ehtoja jouduttaisiin tarkastelemaan tavalla, joka saattaisi olla materiaalisesti epätyydyttävä ehtojen soveltamiseen vaikuttavan taustan leikkautuessa pois.[11] Epätodennäköistä on, että osapuolet olisivat halunneet liittää välityssopimukseensa tällaisia tarkoituksia, vaikka toimivallan rajoittamispäämäärä muuten olisikin selvä. Merkillepantavaa on myös se, että välimiesoikeus voi muutenkin riitaa arvioidessaan ottaa huomioon sen toimivallan piiriin kuuluvan sopimuksen ulkopuolelle jääviä seikkoja, kuten selvitystä osapuolten välille muodostuneesta käytännöstä, alan tavoista tms.

Toimivaltarajoituksen soveltamisessa on yleisten sopimuksen tulkintaa koskevien periaatteiden mukaan aihetta kiinnittää huomiota myös välityssopimuksen valmisteluvaiheeseen, jos sopimuksen laadintavaiheessa vallinneista osapuolten tavoitteista tai käsityksistä voidaan saada sellaista tietoa, joka vaikuttaa tulkintaan.[12] Usein tällaista selvitystä ei kuitenkaan ole mahdollista hankkia, koska osapuolten jälkeenpäin ilmaisemat käsitykset tarkoituksistaan voivat olla keskenään erilaisia ilman, että kummankaan tulkintakanta saa tukea muusta aineistosta.[13] Tavallista on sekin, että myöhemmin aktualisoitunutta tulkintaongelmaa ei ole millään tavoin edes välillisesti osattu ottaa huomioon laadintavaiheessa, jolloin valmisteluhistoria jää vaikutuksettomaksi. Mikäli välityssopimukselle asetetuista tavoitteista kuitenkin saadaan käyttökelpoista tietoa, tällä voi olla merkittäväkin paino harkittaessa esimerkiksi sitä, onko jokin välitys-

---

[11] Joskus tällainen sopimuksen muiden osien rajaaminen tulkinnan ulkopuolelle olisi käytännössä mahdotontakin. Sopimukseen saattaa kuulua erityinen *definitions*-kohta, jossa määritellään tietty joukko sopimuksen muissa osissa käytettäviä avainkäsitteitä (*definitions*-ehtojen erilaisista variaatioista ks. *Christou, Richard,* Boilerplate: Practical Clauses, Second edition. Sweet & Maxwell, 1995, s. 5–6 ja 10–31). Jos tällainen erikseen määritelty termi sisältyy välimiesoikeuden toimivallan piiriin kuuluvaan ehtoon, mutta sen määritelmä on muodollisesti rajattu toimivallan ulkopuolelle, voi tilanne olla se, että osapuolten luomalle käsitteelle ei ylipäänsä kyetä antamaan mitään rationaalista sisältöä ilman sopimuksen muussa osassa ilmaistua määritelmää.

[12] Käytettäessä sopimuksen valmisteluvaiheessa esitettyjä kannanottoja ja sopimusluonnoksia tulkinta-apuna on kuitenkin muistettava varovaisuus sen osalta, että kysymys ei ole lopulliseen sopimukseen kirjatuista seikoista, vaan jostakin syystä sopimusasiakirjan ulkopuolelle jätetyistä kannanmäärityksistä. Tärkeää on myös arvioida sitä, onko tulkinnan kannalta relevantti neuvotteluvaiheessa esiin tuotu seikka ollut yhteisymmärryksen kohteena vai onko tämä ollut vain toisen yksinään tekemä neuvotteluesitys. Ks. *Hemmo, Mika*, Sopimusoikeus I, 2. p., 2003 s. 588–589.

[13] Mitään estettä ei tietenkään ole sille, että kysymyksestä otetaan vastaan henkilötodistelua kuulemalla sopimuksen tai sopimusten valmisteluun osallistuneita henkilöitä. Näin meneteltiin esimerkiksi jäljempänä (ks. s. 97) selostettavassa Zürichin kauppakamarin hallinnoimassa välimiesmenettelyssä. Kuulluista todistajista toinen kertoi välityslausekkeen jääneen muusta sopimuskokonaisuudesta poikkeavalla tavalla pois eräästä sopimuksesta sen vuoksi, että osapuolilla oli erimielisyyttä välitysinstituutin valinnasta, kun taas toisen todistajan käsityksen mukaan kysymys oli puhtaasta huomaamattomuudesta.

sopimuksen sisältämä toimivallan rajoittamiseen viittaava lausuma todella tarkoitettu välimiesoikeuden tutkimisvaltaa kaventavaksi vai onko kysymyksessä vain sattumanvaraisesti sopimukseen päätynyt ilmaisu.

Kaikkiaan välityslausekkeen toimivaltaa mahdollisesti rajaavaa vaikutusta arvioitaessa voidaan kiinnittää huomiota osapuolten tarkoituksesta mahdollisesti saatavaan selvitykseen ja toimivaltarajoitukseen viittaavan muotoilun tietoisuuteen tai sattumanvaraisuuteen, rajoitetun toimivallan tehtävän päätöksen laadulle mahdollisesti tuottamiin ongelmiin sekä välityslausekkeen rationaalisuuteen prosessiekonomiset ym. seikat huomioon ottaen. Koska kysymys on kuitenkin pohjimmiltaan sopimuksen soveltamisesta osapuolten sille antaman sisällön perusteella, eivät sinänsä objektiivisesti painavat perusteet oikeuta toimivallan laajennuksiin, jos osapuolten tarkoituksen on katsottava olleen toinen.

## Useista sopimuksista koostuva sopimuskokonaisuus, joista välityssopimus koskee vain osaa

### Toimivallan rajat sopimuskokonaisuuksissa

Varsin tavallista on, että osapuolten välistä yhteistoimintaa säännellään useissa sopimuksissa. Esimerkiksi franchising- tai kauppiassopimusperusteisessa tuotteiden jakelussa osapuolten välillä voi olla yhteistyösopimukseksi tms. nimetty perussopimus, jonka ohella saatetaan solmia liiketiloja, irtaimistoa, koulutusta, immateriaalioikeuksia, markkinointiyhteistyötä ym. aihepiirejä koskevia erillisiä sopimuksia. Harvinaista ei ole, että tällaisia rinnakkaissopimuksia on esimerkiksi neljästä kuuteen kappaletta, ja niiden määrä saattaa myös lisääntyä yhteistyön jatkuessa.[14]

Käytännössä sopimusten muodostama kokonaisuus on tavallisesti ratkaiseva harjoitettavan liiketoiminnan kannalta. Sopimusten erillisyys onkin usein pohjimmiltaan vain dokumenttitason ilmiö niin, että sisällöllisesti kysymys on osapuolten välisen yhteistoiminnan kokonaisuudesta, jonka eri osien sääntely on hajautettu eri asiakirjoihin. Sopimusten yhteisvaikutusta korostaa muun ohella se, ettei useinkaan voida ajatella, että jokin yksittäinen sopimus päättyisi, mutta muut jäisivät voimaan.[15] Sopimuskokonaisuuden merkitys tulee esille myös riidanratkaisun yhteydessä. Sujuvan konfliktinratkaisun vuoksi kaikkia sopimuksia tulisi yleensä voida käsitellä samassa oikeudenkäyntimenettelyssä. Jos sopimuksiin sisältyy kuitenkin erilaisia

[14] Riidanratkaisuehtojen kannalta merkityksellinen kokonaisuus voi rakentua myös niin, että osapuolet laativat aikaisempia velkasuhteitaan tai sopimuksiaan koskevan uuden kokonaisjärjestelyluonteisen sopimuksen, jolla korvataan entisen oikeustoimet. Tällöin uuden sopimuksen sisältämä riidanratkaisuehto korvaa aikaisempien sopimusten sisältämät. Ks. KKO 1997:200.

[15] Tähän tulokseen pyritään usein nimenomaisilla sopimuksen voimassaoloa sääntelevillä ehdoilla, joissa todetaan, että tietyn sopimuksen päättyminen johtaa myös kaikkien muiden samojen osapuolten välisten sopimusten lakkaamiseen (joko automaattisesti tai niin, että tilanteessa syntyy oikeus muiden sopimusten välittömään irtisanomiseen). Yhteenkuuluvuusargumentaatiosta sopimuksen purkamisedellytysten osalta ks. myös KKO 1974 II 80.

riidanratkaisuehtoja, törmätään toimivaltakysymyksiin ja siihen, että riidanratkaisu saattaa hajaantua eri foorumeilla tapahtuvaksi (osin välimiesmenettelyssä ja osin yleisessä tuomioistuimessa tai periaatteessa myös useassa eri välimiesmenettelyssä[16]).

Useista sopimuksista koostuvan yhteistyön tapauksissa mahdollinen oikeudenkäynti realisoituu useimmiten sopimuksen päätyttyä, jolloin osapuolet esimerkiksi velkovat maksamatta jääneitä sopimuksen mukaisia suorituksia tai esittävät korvausvaatimuksia oikeudettomaksi väitetyn sopimuksen päättämisen perusteella. On mahdollista, että kantaja pyrkii esittämään vaatimuksia useamman sopimuksen perusteella tai että vastakanteen mukainen vaatimus kohdistuu eri sopimukseen kuin alkuperäinen kanne. Siinä tapauksessa, että riidanratkaisulausekkeet ovat erilaisia, käy kaikkien riitaisuuksien ratkaiseminen yhdessä menettelyssä mahdottomaksi, elleivät osapuolet onnistu sopimaan oikeudenkäyntimenettelystä prosessin käynnistyessä.

Jos kaikki sopimukset eivät sisällä välityslauseketta tai välityslausekkeet ovat sillä tavoin erilaisia, että välimiesoikeus ei ole toimivaltainen jotakin muuta sopimusta silmällä pitäen, optimaalinen prosessiekonomia jää normaalisti saavuttamatta.[17] Välimiesoikeudella ei kuitenkaan edellä todetulla tavalla ole keinoja toimivaltansa laajentamiseksi, jos toimivaltaväite esitetään. Useimmiten se, mihin sopimukseen kukin vaatimus perustuu, on verraten helposti selvitettävissä, jolloin toimivallan rajat eivät tuota erityisiä ongelmia. Ellei jossakin kokonaisuuteen liittyvässä sopimuksessa ole välityslauseketta eikä riittävää viittausta välityslausekkeen sisältävään toiseen sopimukseen, ei välimiesmenettelystä voida katsoa pätevästi sovitun VML 3 §:n muotovaatimuskin huomioon ottaen.[18] Poikkeukseksi on kuitenkin luettu tilanne, jossa

---

[16] Riitojen jakaantuminen erilaisiin välimiesmenettelyihin tulee mahdolliseksi esimerkiksi silloin, kun sopimuksiin sisältyy institutionaalista menettelyä ja *ad hoc* -menettelyä koskevia välityslausekkeita tai kun välimiesten lukumäärä on erilainen eri sopimuksissa. – Tarkkaan ottaen tässä on kysymys muusta kuin välimiesoikeuden toimivaltaa rajoittavasta välityslausekkeesta, koska tutkimisvallan rajallisuus ei johdu välityslausekkeen muotoilusta, vaan sopimuskokonaisuuteen kuuluvien yksittäisten sopimusten sisältämistä keskenään erilaisista riidanratkaisuehdoista. Välimiesmenettelyn osapuolten tosiasiallisen aseman ja prosessiekonomian kannalta tilanteet ovat kuitenkin paljolti samankaltaisia.

[17] Kustannusten lisääntymisen ohella vaikutuksena voi olla toinenkin epätoivottava ilmiö: Mahdollista on, että eri oikeudenkäynneissä päädytään ristiriitaisiin tuloksiin. Ks. *Whitesell, Anne Marie – Silva-Romero, Eduardo,* Multiparty and Multicontract Arbitration: Recent ICC Experience. Julkaisussa Complex Arbitrations. Perspectives on their Procedural Implications, Paris 2003 s. 16

[18] VML 3.3 §:ssa tunnetusti sallitaan viittauksen kautta tapahtuva muotovaatimuksen täyttäminen, sillä välityssopimus on tehty säännöksen vaatimukset täyttävällä tavalla kirjallisesti myös silloin, kun kirjallisuusvaatimuksen täyttävässä sopimuksessa on viitattu muuhun asiakirjaan, johon sisältyy määräys välimiesmenettelystä. Hyvin muodollisesti lukien muotovaatimus antaisi tilaisuuden problematisoida puitesopimukseen otetun välityslausekkeen ulottuvuus. Voidaan ajatella, että osapuolet ovat sopineet esimerkiksi säännöllisiä tavarantoimituksiaan koskevista yksityiskohdista puitesopimuksella, joka sisältää myös välityslausekkeen. Tämän jälkeen on mahdollista, että yksittäiset transaktiot tehdään ilman mitään kirjallista sopimusta tai sellaisin suppein tilaus- ja tilausvahvistusdokumentein, joissa ei lainkaan mainita puitesopimusta. Välityslausekkeen pätevyyden saattaminen kiistanalaiseksi olisi tällöin selvästi vastoin sopimuspuolten alkuperäistä tarkoitusta. Formaalistikin VML:n muotosäännöstä luettaessa ongelma voidaan yleensä välttää lähtemällä siitä, että puitesopimus (ilman yksittäistä kauppaa koskevien asiakirjojen sisältämää viittausta) säilyttää osapuolten myöhempää vaihdantaa sääntelevän asemansa automaattisesti ja vaikuttaa täydentävänä normilähteenä niiden kysymysten osalta, joihin ei yksittäisissä sopimuksissa puututa. Tämän mukaan puitesopimus on suoraan voimassa kunkin sen alaan kuuluvan kaupan yhteydessä, jolloin välityslauseke saa muodollisen legitimaationsa tästä ilman viittausrakennelman tarpeellisuutta. – Puitesopimuksesta ks. *Gaillard, Emmanuel – Savage, John (eds.),* Fouchard, Gaillard, Goldman On International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 1999, s. 301, jossa puitesopimuksen sisältämän välityslausekkeen perustamaa toimivaltaa pidetään ongelmattomana niiden sopimusten osalta, joissa on viittaus puitesopimukseen.

yksittäistä sopimusta ei pidetä itsenäisenä, vaan välityslausekkeen sisältävää pää- tai puitesopimusta täydentävänä tai muuttavana lisäsopimuksena.[19]

Esimerkin sopimusten itsenäisyyden tai alisteisuuden arvioinnista tarjoaa ICC:n välitystuomio (Partial Award) nro 8420 vuodelta 1996[20]. Osapuolten välillä oli solmittu agenttisopimus ja neljä vuotta myöhemmin laadittu kaksi uutta sopimusta. Kun jälkimmäisissä sopimuksissa ei ollut välityslausekkeita, vastaaja kiisti välimiesoikeuden toimivallan tutkia niihin perustuvia vaatimuksia. Kantaja puolestaan väitti, että agenttisopimuksen välityslauseke ulotti vaikutuksensa tällaisiin sekundäärisiin tai liitännäisiin sopimuksiin ilman nimenomaista viittaustakin. Välimiesoikeus totesi lähtökohtana, että muutamissa kansainvälisissä välitystuomioissa oli katsottu pääsopimuksen välityslausekkeen voivan tietyn edellytyksin soveltua eräänlaisen hiljaisen viittauksen perusteella myöhemmin tehtyihin sopimuksiin. Nämä tilanteet olivat kuitenkin varsin tarkkarajaisia, koska: ”All these cases – – refer to litigations where the ”secondary” contracts were contracts amending or completing the principal contracts or contracts very closely linked with the principal, in the sense that their future existence or necessity was anticipated in the principal contract.”

Välimiesoikeus arvioi, että pääsopimuksessa ja myöhemmissä sopimuksissa oli kysymys verraten erilaisista oikeussuhteista, eivätkä uudet sopimukset ilmentäneet pääsopimuksen toteuttamista tai muuttamista, vaan ne perustivat osapuolia uusia, agenttisuhteeseen välittömästi liittymättömiä velvollisuuksia. Siten välimiesoikeus todeten olevansa ”fully aware of the trend in international arbitration to interpretate arbitration agreements in the widest possible way *in favorem validitatis*” päätyi hyväksymään toimivaltaväitteen, koska sopimukset eivät muodostaneet taloudellista kokonaisuutta agenttisopimuksen kanssa eivätkä olleet sitä muuttavia sopimuksia tai sen välittömiä seurauksia.

Lopputulokseltaan, mutta ei välttämättä linjauksiltaan erilainen on puolestaan Zürichin kauppakamarin välimiesmenettelyssä nro 273/95 annettu tuomio (31.5.1996).[21] Tapauksessa puitesopimustyyppisiksi katsotuissa vuonna 1991 tehdyissä sopimuksissa oli Zürichin kauppakamarin hallinnoimaa välimiesmenettelyä koskeva välityslauseke. Näiden jälkeen vuosina 1992–1993 oli vielä tehty kolme sopimusta, joista vain yhdessä oli vastaava välityslauseke. Välimiesoikeus päätyi sopimusten keskinäisiin alistussuhteisiin viitaten katsomaan, että kaikki sopimukset kuuluivat Zürichin kauppakamarin välimiesmenettelyn piiriin. Välimiesoikeuden mukaan: ”Where in the top layer agreements the parties have provided for a particular type of arbitration any dispute that arises under a contract of a lower layer such as the disputes leading to claimants' claims will be governed by the top layer arbitration clause unless there is a different arbitration clause or a jurisdiction clause on a lower level or in the contract under which a particular, specific dispute arises.”[22]

---

[19] Ks. *Möller, Gustaf,* Välityssopimuksen tekemisestä ja tulkinnasta, DL 1984 s. 368–369, joka mainitsee esimerkkinä tällaisesta alistussuhteesta urakkasopimuksen ja erillisen lisätöitä koskevan sopimuksen.

[20] Välitystuomio on julkaistu teoksessa *van den Berg, A. J. (ed.),* Yearbook Commercial Arbitration, Vo.l. XXV, 2000.

[21] Välitystuomio on julkaistu teoksessa *van den Berg, A. J. (ed.),* Yearbook Commercial Arbitration, Vo.l. XXIII, 1998.

[22] Välitystuomiossa viitattiin *Laurent Aynésin* (Revue de l´Arbitrage. 1992 s. 71–72) näkemykseen useiden yksittäisten instrumenttien kautta toteutettavan sopimuskokonaisuuden arvioinnista, joka ansaitsee tulla siteeratuksi tässäkin: ”The concept of a contract as the single operation which the parties wished to carry out by means of a plurality of instruments, is supported by the concept of the effective cause; each of the individual agreements has its raison d'être only in the existence of the others. Good judicial practice requires, furthermore, that all of the components of the dispute can be referred to the same judge of arbitrator: this goal – – should lead to endorsing, a composite application of the arbitration agreement with respect to these parties.”

## Eri sopimuksiin perustuva pää- ja vastakanne

Erityisenä sopimuskokonaisuuksiin liittyvänä tilanteena voidaan vielä tarkastella tapausta, jossa välimiesoikeuden toimivallasta ei kantajan esittämien vaatimusten osalta ole riitaa, mutta vastaaja pyrkii esittämään vastakanteen nojautuen samaan sopimuskokonaisuuteen kuuluvaan toiseen sopimukseen. Siinä tapauksessa, että vastaajan kanneperusteena oleva sopimus sisältää erilaisen riidanratkaisulausekkeen (välimiesten lukumäärän tai institutionaalista tai ad hoc -menettelyä koskevan valinnan suhteen), on selvää, että kantajan mahdollisesti esittämä toimivaltaväite menestyy. Tulkinnallisempi tilanne on käsillä siinä tapauksessa, että jälkimmäinen sopimus sisältää täsmälleen samanlaisen välityslausekkeen kuin se sopimus, johon kantajan kanne perustuu.

Prosessiekonomia puoltaisi normaalisti kanteiden käsittelyä samassa välimiesmenettelyssä (edellyttäen, ettei vastakanteen esittämisoikeutta koskevan VML 25.2 §:n ”jollei asian ratkaiseminen tällaisen toimen johdosta kohtuuttomasti viivästy” -edellytyksestä muuta johdu). Periaatteellinen ongelma seuraa kuitenkin siitä, että kantajan käynnistämä välimiesmenettely koskee eri sopimusta kuin vastavaatimus, vaikka kysymys siis esimerkkioletuksen mukaan on samaan taloudelliseen kokonaisuuteen kuuluvasta toisesta sopimuksesta identtisine välityslausekkeineen.

Muodollisia seikkoja painottaen voidaan sanoa, että kantaja on välimiesmenettelyn käynnistäessään viitannut VML 12.1 §:n mukaisesti eri välityssopimukseen kuin, mihin vastakanne perustuu. Samassa hengessä on mahdollista viitata VML:a koskevan hallituksen esityksen lausumaan ”luonnollisesti myös vastakanteen – – tulee kuulua välityssopimuksessa tarkoitettujen riitakysymysten piiriin”.[23] Jos siten painotetaan sopimusten ainakin asiakirjatasolla ilmenevää erilaisuutta ja kantajan aloittaman välimiesmenettelyn rajautumista vain yhtä sopimusta koskevaksi, voidaan päätyä vastakannetta koskevan toimivallan epäämiseen katsomalla, että vireillä oleva välimiesmenettely koskee eri sopimusta kuin vastavaatimus.

Toisaalta argumentaatiota on mahdollista rakentaa myös painottamalla sopimuskokonaisuuden merkitystä ja sitä, että tähän sisältyvien yksittäisten sopimusten väliset rajanvedot ovat kaupallisten päämäärien kannalta sekundäärisiä sopimusten yhteisvaikutukseen nähden. Jos välityslausekkeetkin ovat yksityiskohdiltaan keskenään samanlaisia, olisi korostuneen muodollista hajauttaa vaatimukset eri prosesseihin, kun on vielä mahdollista, että kussakin prosessissa jouduttaisiin kokonaisuuden hahmottamiseksi kiinnittämään välillistä huomiota myös muissa sopimuksissa säänneltyihin kysymyksiin. Kantajan toimivaltaväitteen osalta on myös pantava merkille, että välimiesmenettelyn käynnistäneellä kantajalla tuskin voi olla objektiivisesti perusteltua syytä torjua vastakannetta edellä esitettyjen oletusten vallitessa, koska seurauksena olisi ainoastaan rinnakkaisen välimiesmenettelyn käynnistäminen (siihen liittyvine ajankäyttö- ja kustannushaittoineen). Kokonaisuutena arvioiden pitäisinkin mahdollisena

[23] Ks. HE 202/1991 s. 20.

katsoa, että välimiesoikeuden toimivalta ulottuu myös vastakanteeseen silloin, kun sopimuskokonaisuutta ja välityslausekkeiden yhdenmukaisuutta koskevat edellytykset täyttyvät.[24]

## Intressisidonnaiset välityslausekkeet

Joskus riidanratkaisulauseke muotoillaan niin, että menettelytapa riippuu oikeudenkäynnin intressistä. Ajatuksena on käyttää kevyempää ja edullisempaa menettelyä pienissä riidoissa ja varata perusteellisempi menettely suuriarvoisimpiin juttuihin. Tällainen sopimustekniikka voi pikaisesti ajateltuna vaikuttaa rationaaliselta, mutta siihen liittyy seuraavassa käsiteltäviä ongelmia.

Intressisidonnainen riidanratkaisulauseke voi rakentua esimerkiksi seuraavasti:

– Kaikki riidat ratkaistaan välimiesmenettelyssä, mutta alle x euron määräisissä riidoissa käytetään yhtä välimiestä ja tämän kynnysarvon ylittävissä kolmea.
– Kaikki riidat ratkaistaan välimiesmenettelyssä, mutta alle x euron määräisissä riidoissa käytetään välitysinstituutin nopeutettua välimiesmenettelyä ja tämän kynnysarvon ylittävissä välitysinstituutin normaalien sääntöjen mukaista menettelyä.[25]
– Alle x euron määräinen riita viedään yleiseen tuomioistuimeen ja sitä suuremmat välimiesmenettelyyn (tai periaatteessa – vaikkakaan ei yleensä käytännössä – päinvastoin).

Intressisidonnainen riidanratkaisuehto on yksinkertainen silloin, kun riidalla on selvästi vahvistettavissa oleva taloudellinen intressi eikä tämä intressi muutu oikeudenkäynnin aikana. Ehto voi kuitenkin johtaa hankaluuksiin, jos kysymys on esimerkiksi tietyn sopimustulkinnan vahvistamista koskevasta vahvistuskanteesta tai kilpailukiellon loukkaukseen perustuvasta kieltovaatimuksesta. Osapuolille saattaa tällaisessa tapauksessa syntyä erimielisyys siitä, tulisiko riita ratkaista alhaisempaa vai korkeampaa intressiä koskevan menettelytavan mukaan. Vastaaja voi kiistää kantajan käynnistämän menettelyn oikeellisuuden ja esittää toimivaltaväitteen. Jos toimivaltaväite hylätään ja välimiesoikeus tutkii vaatimuksen, vastaaja saattaa vielä jälkeenpäin ajaa välitystuomion kumoamiskannetta toimivaltaväitteensä perusteella.

Myös intressin muuttuminen oikeudenkäynnin aikana voi johtaa hankalaan tilanteeseen. Esimerkkinä voidaan ajatella, että välityslausekkeen mukaan tietyn kynnysarvon alittavan

---

[24] Ks. myös *Gaillard – Savage,* mts. 302, jotka (kiinnittämättä sinänsä huomiota kanteen ja vastavaatimuksen suhteeseen) toteavat yleisperiaatteena: ”it is generally legitimate to presume that by including identical arbitration clauses in the various related contracts, the parties intended to submit the entire operation to a single arbitral tribunal.” – Tulkinta on kuitenkin tällaisissa tapauksissa varsin tilannesidonnaista siitäkin syystä, että sopimuskokonaisuudeksi luonnehdittavan seikaston sisäinen yhtenäisyys voi vaihdella. Vahvimmillaan tämä on silloin, kun kaikki erilliset, yhtä aikaa laaditut sopimukset olisi ongelmitta voitu teknisesti muotoilla yhdeksi sopimukseksi. Kokonaisuuden yhtenäisyys alkaa puolestaan heikentyä esimerkiksi siinä tapauksessa, että toisiinsa liittyviä sopimuksia on päätetty tai uudistettu eri aikoina, jolloin myös mahdollisuus toimivaltamyönteiseen tulkintaan vähenee.

[25] Valinta välitysinstituutin tarjoaman kahden erilaisen välimiesmenettelyvaihtoehdon välillä on mahdollista nykyisin myös Keskuskauppakamarin hallinnoimassa menettelyssä. Keskuskauppakamarin valtuuskunta on 28.4.2004 hyväksynyt Keskuskauppakamarin välityslautakunnan nopeutettua välimiesmenettelyä koskevat säännöt.

riidan ratkaisee yksi välimies, kun taas arvoltaan suuremmissa jutuissa käytetään kolmea välimiestä. Menettely voi käynnistyä siten, että osapuolet valitsevat (tai ulkopuolinen taho nimeää) yhden välimiehen, ja kantaja esittää kynnysarvon alittavan vahingonkorvaus- tms. vaatimuksen. Jos vahingon määrä tai muu vaatimuksen suuruutta ohjaava seikka kuitenkin muuttuu oikeudenkäynnin aikana tai kantaja havaitsee muuten esittäneensä tarpeettoman pienen vaatimuksen, ajaudutaan ongelmalliseen tilanteeseen, jos korotettu vaatimus ylittäisi kynnysarvon. Mikäli vastaaja kiistää yksijäsenisen välimiesoikeuden toimivallan tutkia koko vaatimusta, on ilmeistä, että välimiesoikeudella ei todellakaan ole mahdollisuutta käsitellä koko laajennettua vaatimusta. Lisäksi asetelma johtaa hankaliin jatkokysymyksiin, joihin ei ole mitenkään yksiselitteisiä vastauksia.

Kysyä voidaan ensinnäkin, voiko kantaja korottaa kannevaatimuksensa kynnysarvon määrään (tai sen juuri alittavaksi) ja esittää tämän jälkeen kynnysarvon ylittävän vaatimuksensa uudessa oikeudenkäynnissä. Vastauksen molempiin kysymyksiin täytynee normaalisti olla myöntävä, koska ensimmäinen osa kysymyksestä koskee ainoastaan kanteen muutosoikeutta (laajentamisoikeutta), kun kerran kynnysarvoa ei ylitetä.[26] Jälkimmäinen ulottuvuus puolestaan liittyy siihen, onko kantajan esittävä samaan perusteeseen pohjautuva vaatimuksensa kokonaisuudessaan yhdessä oikeudenkäynnissä vai voiko hän halutessaan jakaa vaatimuksen useampaan prosessiin. Mitään lakisääteistä estettä tällaiselle vaatimuksen jakamiselle ei ole,[27] vaikka se ei tietenkään ole prosessiekonomista, ja esimerkkitilanteessa se saa vielä luonnollisen selityksensä välityslausekkeen asettamista rajoituksista.

Jatkokysymyksen muodostaa se, miten uudessa oikeudenkäynnissä sovellettava riidanratkaisutapa määräytyy. Ongelmana on, sovelletaanko tässä kynnysarvon alittavaa vaatimusta koskevaa välimiesoikeuden kokoonpanoa, jos esitettävä vaatimus erillisenä alittaa kynnysarvon, vai arvioidaanko riitaa kynnysarvon ylittävänä sillä perusteella, että aikaisemman ja uuden prosessin intressit yhdessä ylittävät kynnysarvon.

Selvää on tietenkin, että kiistely jälkimmäistä prosessia koskevasta menettelytavasta osoittaisi ajautumista hyvin epärationaaliseen tilanteeseen, johon kukaan tuskin pyrkisi, ellei sivuvaikuttimena olisi esimerkiksi pyrkimys pakottaa taloudellisten voimavarojensa äärirajoille ajettu vastapuoli luopumaan vaatimuksistaan. Jos tähän kysymykseen kaikesta huolimatta jouduttaisiin ottamaan kantaa, puoltaisin tulkintaa, jonka mukaan jälkimmäinen prosessi – riitojen yhteisen intressin ylittäessä kynnysarvon – edellyttäisi normaalisti kynnysarvon ylittävää oikeudenkäyntiä koskevaa menettelytapaa riippumatta siitä, mikä tämän prosessin intressi yksinään arvioituna on. Vaikka kanta johtaisi kustannusten kasvuun, se olisi kuitenkin perusteltavissa sillä, että muuten riidan jakaminen useammassa oikeudenkäynnissä esitettäviin erillisiin vaatimuksiin sallisi kynnysarvoehdon vaatiman laajemman kokoonpanon kiertämisen ja saattaisi siten perustua välityslausekkeen hengen vastaisiin tarkoitusperiin.

---

[26] Sovellettavaksi tulee VML 25.2 §, joka sallii välimiesmenettelyn aikana tapahtuvan vaatimusten muuttamisen tai täydentämisen edellyttäen, että asian ratkaiseminen ei kohtuuttomasti viivästy.

[27] Ks. KKO 1990:111 ja *Lappalainen, Juha,* Siviiliprosessioikeus II, 2001 s. 430.

Lisänäkökulman ongelman arvioinnille tarjoaa vielä kysymys siitä, ovatko kaikki vaatimukset olleet tiedossa prosessia käynnistettäessä. Edellä esitetty kanta, jonka mukaan jälkimmäinen prosessi vaatisi kynnysarvon ylittävää vaatimusta koskevaa menettelyä, on perusteltu etenkin siinä tapauksessa, että kantajalla on ensimmäisen prosessin käynnistyessä ollut mahdollisuus esittää jo kaikki vaatimuksensa, jolloin kannevaatimusten alimitoitus ensimmäisessä oikeudenkäynnissä viittaa pyrkimykseen kiertää välityslausekkeen edellyttämää laajempaa menettelyä. Jos taas prosessin alussa esitetyt vaatimukset ovat vastanneet tuolloin vallinneiden faktatietojen mukaan kantajan kokonaisvaatimusta ja lisävaatimus johtuu vahingon lisääntymisestä tms. muutoksesta, tilanne on jossain määrin toinen, koska mainittu kiertämisargumentti menettää merkitystään. Sen vuoksi näissä tapauksissa näyttäisi olevan helpompaa hyväksyä myös mahdollisuus esittää uusi, yksinään kynnysarvon alittava vaatimus suppeammassa menettelyssä.

## Voidaanko rajoitetun toimivallan aiheuttamasta ongelmasta selvitä välityslausekkeen kohtuullistamisella tai välimiesmenettelyjen yhdistämisellä?

### Välityslausekkeen sovittelun mahdollisuudet

Välimiesoikeuden toimivaltaa sopimuksen tai sopimuskokonaisuuden sisällä rajoittava välityslauseke saattaa johtaa tilanteeseen, jossa osapuolen vaatimusten käsittely pakottaisi käyttämään kahta foorumia. Tämä tilanne on usein objektiivisesti arvioiden epätarkoituksenmukainen, ja joskus se saattaa myös vaarantaa osapuolen pääsyn oikeuksiinsa, mikäli lisääntyvät oikeudenkäyntikustannukset rajoittavat osapuolen mahdollisuuksia vaatimustensa esittämiseen. Kuten edellä on todettu, välimiesoikeus ei kuitenkaan voi päättää toimivaltansa laajentamisesta sillä perusteella, että kaikkien samaan taloudelliseen yhteyteen liittyvien riitaisuuksien käsittely yhdessä menettelyssä on järkevää. Kysyä voidaan kuitenkin, onko mahdollista, että välityslauseketta soviteltaisiin toimivaltaa laajentavalla tavalla.

Riidatonta on, että välityssopimus sellaisenaan on soviteltavissa oikeustoimilain 36 §:n nojalla.[28] Oikeuskäytännössä sovitteluvaatimukset ovat normaalisti liittyneet toisen asianosaisen pyrkimykseen sivuuttaa koko välimiesmenettely ja saada vaatimuksensa tutkittua yleisessä tuomioistuimessa. Vaatimuksia on tavattu perustella välimiesmenettelyyn liittyvillä ylimääräisillä kustannuksilla ja osapuolen ”*access to justice*” -oikeuden vaarantumisella. Tällainen sovitteluvaatimus on hyväksytty KKO:n ratkaisussa 2003:60.

---

[28] Ks. KKO 1996:27 ja 2003:60. Oikeuskirjallisuudesta ks. *Möller, Gustaf,* Om jämkning av skiljeavtal, JFT 1996 s. 441–462 ja *Heuman,* mts. 104–115.

Periaatteellista estettä ei ole myöskään sille, että kohtuullistamisratkaisu pitää välityssopimuksen voimassa, mutta muuntaa sen yksityiskohtia kohtuullisemmiksi. Ajateltavissa on, että välimiehen tai välimiesoikeuden puheenjohtajan nimeäminen on uskottu toista osapuolta lähellä olevalle taholle[29] tai että välityssopimuksessa olisi esimerkiksi sellaisia yleisistä prosessiperiaatteista poikkeavia määräyksiä välimiesmenettelyn kustannusten jakamisesta tai oikeudenkäynnin aikana esittävän näytön rajoittamisesta, joita pidettäisiin yksittäistapauksen olosuhteet huomioon ottaen kohtuuttomina.[30] Tähän liittyen on kysyttävissä, onko välityssopimusta periaatteessa mahdollista kohtuullistaa myös tavalla, joka antaisi välimiesoikeudelle sopimuksen sanamuotoa laajemman toimivallan rajoitettuun toimivaltaan liittyvien ongelmien välttämiseksi.

Tuntematonta ei ole, että vahvempi toimija pyrkii pienyrittäjän kanssa tekemässään sopimuksessa muotoilemaan riidanratkaisuehdot tavalla, joka tekee oikeudenkäynnin aloittamisen pienyrittäjäosapuolelle mahdollisimman epäedulliseksi.[31] Saattaa olla, että asiantuntemattomampi ja taloudellisilta voimavaroiltaan heikompi osapuoli ei neuvotteluvoiman puuttumisen vuoksi kykene vaikuttamaan tähän ehtomuotoiluun tai että hän ei etukäteen edes osaa arvioida riidanratkaisuehdon vaikutuksia.

Harkittaessa toimivallan laajentumiseen johtavan kohtuullistamisen mahdollisuutta on kuitenkin huomattava, että kysymyksessä olisi selvästi epätyypillinen sovitteluratkaisu. Normaalistihan sovittelulla muutetaan osapuolten velvoite- tai vastuusuhteita ilman mitään yhteyttä asiaa käsittelevän välimiesoikeuden tai yleisen tuomioistuimen asemaan. Pohdittavana olevassa tilanteessa kohtuullistaminen merkitsisi kuitenkin sitä, että välimiesoikeus ulottaisi sen avulla toimivaltansa käsittämään vaatimuksia, jotka eivät välityssopimuksen tulkinnan perusteella sen tehtäviin kuulu. Tämä ei vielä sinänsä ole ratkaiseva seikka, vaan perusongelman kohtuullistamisajatuksen osalta muodostaa se, että osapuolet eivät ole sopimuksellaan antaneet välimiesoikeudelle toimivaltaa tutkia sitä, onko välimiesoikeuden välityssopimuksen mukainen toimivalta mitoitettu kohtuuttoman suppeaksi.

> Välimiesoikeudella on toimivalta tutkia välityslausekkeen kohtuullisuus silloin, kun kysymys on väitteestä, jonka mukaan välimiesmenettelystä sopiminen ja yleisessä tuomioistuimessa tapahtuvan menettelyn sivuuttaminen on kustannus- tms. syistä kohtuutonta, tai kun välimiesmenettelyä koskevien sisällöllisten määräysten väitetään olevan kohtuuttomia. Jos välimiesoikeus pitää ensin mainittua kohtuuttomuusväitettä perusteltuna, sen on päädyttävä katsomaan, että asian käsittely välimiesmenettelyssä ei ole mahdollista ja että välimiesoikeudella ei tästä syystä ole toimivaltaa. Jos taas kohtuuttomuusväite katsotaan aiheettomaksi, välimiesoikeuden tulee jatkaa asian käsittelyä normaalilla tavalla. Osapuoli voi välitystuomion antamisen jälkeen niin halutessaan saattaa kohtuullisuusky-

[29] Välityssopimuksen pätemättömyys on kohtuullistamisen ohella toinen ajateltavissa oleva seuraamus siinä tapauksessa, että sopimus on epätasapainoinen välimiesten nimeämistavan osalta. Ks. *Möller*, DL 1984 s. 365.
[30] Ks. *Möller,* JFT 1996 s. 450–451 ja *Heuman,* mts. 113–115.
[31] Pyrkimys voi ilmetä yksinkertaisesti esimerkiksi niin, että voimakkaampi osapuoli pyrkii sopimaan kolmen hengen kokoonpanossa tapahtuvasta välimiesmenettelystä ajatellen tämän korottavan vastapuolen prosessikynnystä yhden välimiehen käyttämiseen verrattuna.

symyksen yleisen tuomioistuimen tutkittavaksi vetoamalla siihen, että välityslauseketta olisi tullut kohtuullistaa ja että toimivalta on siten VML 41 §:n mukaisesti ylitetty.

Erona välimiesoikeuden toimivallan laajentamiseen tähtäävään sovitteluvaatimukseen on näissä tapauksissa se, että välimiesoikeuden tekemä kohtuullistamisharkinta liikkuu selvästi välityssopimuksen antaman liikkumavaran sisällä.

Toimivaltasyiden vuoksi välimiesoikeus ei siten näytä voivan kohtuullistaa toimivaltaansa laajemmaksi kuin, mihin sopimuksen tulkinnan keinoin päädytään. Sen sijaan vastaava toimivaltaongelma ei koske yleistä tuomioistuinta, joka voi periaatteessa sovitella välityssopimusta access to justice -syiden vuoksi. Yleinen tuomioistuin voi siten tarpeen vaatiessa kohtuullistamisen keinoin sivuuttaa välityssopimuksen ja laajentaa omaa tutkimisvaltaansa, jolloin kaikki sopimusta koskevat riidat voidaan käsitellä yhdessä oikeudenkäyntimenettelyssä.[32]

## Välimiesmenettelyjen yhdistäminen

Institutionaalisessa välimiesmenettelyssä välitysinstituutilla on käytettävissään tiettyjä keinoja prosessien yhdistämiseksi silloin, kun samojen osapuolten välillä esitetään eri sopimuksiin perustuvia vaatimuksia. Keskuskauppakamarin välityslautakunnan säännöissä asiaan ei ole kiinnitetty erityistä huomiota, mutta niissä ei ole myöskään mitään estettä sille, että välityslautakunta nimeää saman välimiehen samojen osapuolten välisiin yhtä aikaa käynnistyviin välimiesmenettelyihin.[33] ICC:n säännöissä asiasta on nimenomainen määräys (4 artiklan 6 kohta), joka kuuluu seuraavasti:

> ”When a party submits a Request in connection with a legal relationship in respect of which arbitration proceedings between the same parties are already pending under these Rules, the Court may, at the request of a party, decide to include the claims contained in the Request in the pending proceedings provided that the Terms of Reference have not been signed or approved by the Court. Once the Terms of Reference have been signed or approved by the Court, claims may only be included in the pending proceedings subject to the provisions of Article 19[34].”

ICC:n käytännöstä on todettu, että osapuolten vapaaehtoinen sopimus on ollut yleisempi tapa yhdistää juttuja kuin ICC:n International Court of Arbitrationin päätös. ICC:n Courtin käy-

---

[32] Selvänä täytynee pitää sitä, että yleinen tuomioistuin ei voi sovitella riidanratkaisuehtoja tavalla, joka laajentaisi välimiesmenettelyn käyttöalaa yleisessä tuomioistuimessa käytävän prosessin kustannuksella. Tällainen kohtuullistaminenhan merkitsisi sitä, että tuomioistuin jättäisi sille *prima facie* kuuluvan jutun käsittelemättä ohjaamalla sen muuhun, yksityisluonteiseen riidanratkaisumenettelyyn. Vaikka näin jossakin tapauksessa saatettaisiinkin päästä prosessiekonomian kannalta tarkoituksenmukaiseen tulokseen, näyttää jo perustuslain 21 § estävän tällaisen kohtuullistamistulkinnan.

[33] Kategorista estettä ei voine olla sillekään, että välityslautakunta nimeää saman välimiehen eri aikoina käynnistyvissä menettelyissä siten, että myöhemmän nimeämisen tapahtuessa välimies toimii jo välimiehenä samojen osapuolten muussa riidassa.

[34] Artikla 19 sääntelee oikeutta esittää uusia vaatimuksia välimiesmenettelyn käynnistymisen jälkeen. Artiklan mukaan uusien vaatimusten esittäminen on *Terms of Referencen* vahvistamisen jälkeen kielletty, ellei välimiesoikeus ottaen huomioon uusien vaatimusten luonne, välimiesmenettelyn vaihe ja muut olosuhteet päätä sallia vaatimuksia.

tännössäkin on kuitenkin vakiintunut tiettyjä sääntötulkintoja yhdistämisen edellytyksistä. Tällaisina on mainittu seuraavat: i) Välimiesmenettelyn piiriin tulevilla sopimuksilla on oltava samat osapuolet. ii) Sopimusten tulee liittyä samaan taloudelliseen kokonaisuuteen, kuten samaan rakennusprojektiin tai jakelujärjestelmään. iii) Välityslausekkeissa ei saa olla eroja välimiesoikeuden kokoonpanon ja nimeämistavan tai välimiesmenettelyn paikan tai kielen osalta.[35]

> ICC:n on sanottu olleen melko haluton yhdistämään välimiesmenettelyitä, jos toinen osapuoli on tätä vastustanut. Selityksenä on viitattu *Sofidif*-tapaukseen, joka johti harvinaislaatuisesti siihen, että ranskalainen tuomioistuin kumosi ICC:n menettelyssä annetun välitystuomion. Riidan osapuolina olivat ranskalainen yritys ja iranilainen viranomainen. Kanne sai alkunsa Iranin vallankumouksen jälkeen tapahtuneesta Iranissa käynnissä olleiden ydinenergiahankkeiden lopettamisesta. Ranskalaisen osapuolen käynnistämä oikeudenkäynti perustui kahteen toisiinsa liittyneeseen sopimukseen, joissa molemmissa oli ICC-välityslauseke (kuitenkin niin, että toisen mukaan välimiesmenettelyn paikka oli Pariisi, kun taas toisessa paikkaa ei määrätty). Välimiesoikeus katsoi sopimusten muodostavan saman kokonaisuuden ja olevan toisiaan täydentäviä (complementary). Välitystuomion kumonnut tuomioistuin päätyi siihen, että välimiesoikeus ei voinut erillisten välityslausekkeiden perusteella luoda itselleen eräänlaisen sulautumisen perusteella molemmat sopimukset käsittävää toimivaltaa.[36]

## Kokoavia näkökohtia

Välimiesoikeuden toimivaltaa rajoittava välityslauseke voi edellä selvitetyllä tavalla johtaa siihen, että osapuoli ei voi esittää kaikkia samaan sopimukseen perustuvia vaatimuksia yhdessä välimiesmenettelyssä, vaan vaatimukset joudutaan jakamaan useampaan prosessiin. Vastaava mahdollisuus liittyy useasta sopimuksesta koostuvaan sopimuskokonaisuuteen silloin, kun samat riidanratkaisuehdot eivät koske kaikkia sopimuksia.

Tällainen tilanne on normaalisti prosessikustannusten hallinnan kannalta epätoivottava. Vaikka ongelmat voidaan aina välttää oikeudenkäynnin alkaessa laadittavalla uudella sopimuksella, neuvottelutilanne voi muodostua vaikeaksi, jos toinen osapuoli katsoo hyötyvänsä prosessikynnyksen nousemisesta. Näiden syiden vuoksi on sopimuksen laadintavaiheessa yleensä viisainta käyttää laaja-alaisia välityslausekkeita ja varmistaa, että samaan taloudelliseen kokonaisuuteen kuuluvat sopimukset sisältävät yhdenmukaiset välityslausekkeet. Sellaisiin riidanratkaisulausekkeisiin, jotka ohjaavat riitaisuuksia erilaisiin oikeudenkäyntimenettelyihin, on syytä suhtautua varsin pidättyvästi. Etenkin ennen riidan syntymistä laadittavien välityslausekkeiden ja muiden riidanratkaisuehtojen osalta on myös syytä tiedostaa, että mahdollisen oikeudenkäynnin kohde voi olla vaikeasti ennakoitava, joten välityslausekkeen muotoilu jotakin oletettua riitatyyppiä vastaavaksi saattaa johtaa ongelmiin, jos erimielisyys kohdistuukin muuhun kuin oletettuun sopimuksen osaan tai jos vaatimusten sisältö on epätyypillinen.

---

[35] Ks. *Whitesell – Silva-Romero,* mks. 15–16.

[36] Tapauksesta ja sen vaikutuksesta ICC:n käytäntöihin ks. *Craig, W. Laurence – Park, William W. – Paulsson, Jan,* International Chamber of Commerce Arbitration. Third edition. ICC Publication, 2000, s. 181–182.

Hannu Honka

# Finska kaskoförsäkringsvillkor för fartyg

## Bakgrund

Lagen om försäkringsavtal från år 1933 hade klara drag av konsumentskydd och många bestämmelser var tvingande så att man inte genom försäkringsvillkor kunde avvika från dem till förmån för försäkringsgivaren. Stora delar av lagen var dock av dispositiv natur. I denna lag ingick också bestämmelser om särskilda försäkringsavtal. I 2 kapitlet reglerades transportförsäkring, men kapitlet gällde huvudsakliga sjöförsäkring. I 59 § 1 moment beskrevs sjöförsäkring på följande sätt:

> ”Med sjöförsäkring förstås – – försäkring mot fara, för vilken det försäkrade intresset utsättes under sjötransport. Omfattar försäkring jämte sjöfara tillika annan fara, den där står i samband med transporten, vare försäkringen i sin helhet att anse såsom sjöförsäkring.”

Beskrivningen motsvarar fortfarande i generella drag uppfattningen om vad som skall anses utgöra sjöförsäkring. Frågan är viktig av processuella hänsyn då Finlands dispaschör genom partikulärdispasch avgör sjöförsäkringsärenden.

Sjöförsäkringen består av olika försäkringar. På redarsidan utgörs grundförsäkringarna av kasko och P & I (Protection & Indemnity). Kaskoförsäkringen skyddar mot skador på fartyget. Kaskoförsäkringen innehåller också en ansvarsdel, varvid den viktigaste är försäkring mot kollisionsansvar. P & I försäkringen täcker olika typer av redaransvar. Det finns också kompletterande försäkringar för redaren. Exempelvis en kaskointresseförsäkring kan tecknas mot totalförlust, medan kaskoförsäkringen samtidigt begränsas till ett lägre värde genom försäkringsbeloppet. På så sätt kan förmånlig prissättning uppnås. På lastsidan är den huvudsakliga försäkringen varutransportförsäkring avsedd att täcka sjötransport.

I det följande behandlas endast kaskoförsäkring. I Finland har nya villkor nyligen lanserats och min avsikt är att beröra bakgrunden till dem samt behandla huvudpunkterna i villkoren.

År 1994 stiftades lagen om försäkringsavtal (FAL) och med den upphävdes ovan nämnda 1933 års lag. I FAL, som gör en skillnad mellan personförsäkring och skadeförsäkring, ingår inte särskilda regler om de typer av försäkringsavtal som ingick i 1933 års lag. Därmed beskrivs ej heller sjöförsäkringen. FAL är tvingande på ett sätt som närmare anges i 3 §. Enligt FAL 3 §

3 moment gäller den tvingande regleringen dock inte vid sjöförsäkring eller annan transportförsäkring förutsatt att försäkringen har tecknats av en näringsidkare. FAL beaktar närmast skyddet av försäkringstagare och den försäkrade som har konsumentställning. Därmed är den inte till alla delar en lämplig grund för rena kommersiella försäkringsavtal. Då dessutom särskilda bestämmelser om sjöförsäkring saknas bör vakuumet vid behov utfyllas med försäkringsvillkor.

Allmänna sjöförsäkringsvillkor för fartyg (ASF) lanserades i Finland år 1968. De blev granskade år 1989. Vissa ytterligare ändringar gjordes i dessa villkor under åren. ASF:s beredning påbörjades redan år 1958 då styrelsen för Sjöförsäkringsbolagens Förening tillsatte en kommitté med uppdrag att uppgöra förslag till nya villkor. Ett första förslag överlämnades till föreningen år 1963 och utvecklades sedan efter diskussioner och justeringar till ASF.

ASF var anknuten till de utgångspunkter som ingick i ovan nämnda 1933 års lag. Då FAL stiftades var det uppenbart att ASF inte mera var koordinerad med den gällande lagstiftningen. ASF var inte utsatt för FAL:s tvingande reglering, men till den del som ASF inte reglerade ett spörsmål skulle i princip utfyllning ske med hjälp av FAL. Man försökte motarbeta diskrepansen mellan ASF:s gamla ram och den nya FAL med en ”slip” till ASF. Enligt denna ”slip” skulle i försäkringsförhållandet 1933 års lag och inte FAL beaktas. En så betydelsefull fråga kunde dock inte på sikt arrangeras endast med ett tillägg i form av en ”slip”. Rederi- och sjöfartsnäringen hade dessutom genomgått fundamentala förändringar och utvecklingen i lagstiftningen hade lett till ett läge där ASF inte mera kunde på ett förnuftigt sätt tillämpas. ASF hade helt enkelt blivit föråldrad och en totalreform var av nöden. År 1998 inleddes arbetet med nya kaskoförsäkringsvillkor. Den grundläggande utgångspunkten i arbetet var att så många av berörda intressenter som möjligt skulle höras. På detta sätt kunde balanserade villkor skapas.[1]

Efter omfattande diskussioner lanserades Finska kaskoförsäkringsvillkor för fartyg 2001 (FKV) år 2002. Årtalet 2001 hänvisar till tidpunkten då det faktiska arbetet hade blivit slutfört.

Vid beredningen av FKV stod det klart att man skulle arbeta sig fram till villkor som uppfyllde både förväntningar på den finska marknaden och som dessutom vid behov kunde användas på den internationella marknaden. I beredningsskedet gjordes jämförelser med många andra villkor på marknaden. En viktigt källa var Norsk Sjøforsikringsplan 1996 vars första version lanserades år 1997. Därefter har mera justeringar vidtagits. I Sverige inleddes arbetet för utarbetande av nya Allmänna svenska kaskoförsäkringsvillkor. De lanserades år 2000. Också andra villkor, främst i England och Tyskland, beaktades som bakgrund. Det viktiga var emellertid att göra ett självständigt arbete där utvecklingen på marknaden beakta-

[1] I arbetet deltog både försäkringsgivar- och försäkringstagarintressen med en neutral ordförande. Arbetet försiggick i två skeden. Ett första utkast utarbetades av en arbetsgrupp för kaskovillkor bestående av: Hannu Honka (ordf), Olli Kytö, Bo Lindh, Tuomo Rantaniemi och Juha Silván. Som konsulter fungerade Nils-Gustaf Palmgren och Mats Lassenius. En representant från Sjöförsäkringsbolagens Förening deltog vid behov. Det andra skedet där villkoren slutgiltigt gavs innehåll skedde i en styrgrupp bestående av: Hannu Honka (ordf), Harri Ek, Jan Hanses, Olli Kytö, Dan Mikkola, Juha Silván och Lars Trygg. En representant från Sjöförsäkringsbolagens Förening deltog vid behov. Clara Anttila fungerade som sekreterare i båda grupperna.

des. Här kan nämnas att man i England sedermera har förnyat kaskovillkoren. Det på gamla traditioner baserade systemet med Institute Time Clauses – Hulls, jämte vidtagna ändringar, har upphört. Numera utgörs grunden av International Hull Clauses 01/11/02. Institute Time Clauses – Hulls från år 1995, de sista i Time Clauses format, var inte långlivade. De hade ingen kommersiell livskraft på grund av motstånd främst från redare med grekiska intressen. Internationella harmoniseringsplaner har diskuterats inom CMI, men jag har redan år 1998 uttalat att försöken är något orealistiska. Det är fråga om en produkt som man skall konkurrera med. Vissa frågor kunde dock tänkas vara utanför konkurrens och därmed ligga inom ramen för harmoniseringsmöjligheterna, exempelvis regleringen av sjösäkerheten i försäkringsrättsligt sammanhang.

Vid beredningen av FKV visade det sig att bestämmelserna i FAL för det mesta inte löste frågeställningar aktuella vid kaskoförsäkring av fartyg. Till den del som reglering ingick i FAL ansågs den oändamålsenlig för kommersiell kaskoförsäkring av fartyg. För att undvika tillämpningen av FAL var det nödvändigt att införa bestämmelser i FKV. Detta ledde till att villkoren blev extensiva, åtminstone om man jämför med ASF.

Vid beaktandet av utvecklingstrenderna i internationell sjöfart var en av de viktiga utgångspunkterna i arbetet att avväga på vilket sätt administrativa sjösäkerhetskrav skulle få genomslagskraft i kaskoförsäkringen. Det föreligger ett samband mellan det administrativa och det försäkringsmässiga, men å andra sidan skall försäkringsmarknaden inte fungera som en myndighet. Strävan är att genom försäkringen ge ett skäligt skydd för redaren mot oförutsedda händelser. Avvägningen med hänsyn till sjösäkerhetsutvecklingen var inte helt problemfri. Det är ofta fråga om värderingar som inte exakt kan omformas till villkor med klara gränsdragningar.

Utvecklingen hade också lett till behovet att precisera vissa för sjöfarten typiska förhållanden i villkoren. En stor del av dessa preciseringar har kanaliserats via fareökningsreglerna. En del av preciseringarna anger följderna för brott mot villkoren (exempelvis klassningskravet, FKV 33 §), medan andra uppställer endast en förpliktelse varvid sanktionen är av allmän natur (exempelvis varvsanlöp, FKV 37 §).

I FKV anges det regelmässigt att förpliktelser och annat ligger hos försäkringsgivaren eller försäkringstagaren. Den valda terminologin förklaras av det faktum att enligt FKV 2.2 § gäller försäkringen endast till förmån för försäkringstagaren. Andra försäkrade är inte automatiskt med, i motsats till vad som gäller enligt den norska sjöförsäkringsplanen. FKV ger dock enligt 82 § möjlighet att omfatta även andra försäkrade än försäkringstagaren, exempelvis en panthavare. Detta förutsätter dock explicita arrangemang. I grundstrukturen behövs reglering endast för försäkringstagaren. Då försäkringen gäller till förmån för annan försäkrad behövs kompletterande regler. Dessa ingår i ett särskilt avsnitt i FKV. Särskilt av FKV 82.2 § framgår skillnaderna mellan försäkringstagarens och den försäkrades ställning. Beträffande en försäkrad behövs vissa ytterligare regler, exempelvis regler om identifikation enligt FKV 84 och 85 §.

I det följande berör jag endast vissa delar av FKV.

## Försäkringens omfattning

ASF innehöll ett system med klausuler genom vilka man närmare reglerade försäkringens omfattning. Klausulerna ingick i ASF efter de egentliga villkoren och var åtminstone för icke-insatta personer svåra att överskåda. Den mest omfattande täckningen erhölls genom klausulen ”mot sjöfara”, men det var möjligt att överenskomma om visst ytterligare skydd.

I FKV utgår man från en allriskprincip genom att det i 6.1 § anges att försäkringen omfattar sjöfara och varje annan fara. Givetvis har denna allriskprincip sina gränser, men också utvidgningar, som närmare anges i FKV. Man brukar ofta göra en skillnad mellan försäkrade risker och försäkrade skador. Försäkringen kan vara en allriskförsäkring men täckta skador är begränsade. Om exempelvis fartyget endast har försäkrats mot totalförlust är det fråga om en allriskförsäkring men alla skador som uppstår med anledning av i och för sig försäkrade risker ersätts inte. I FKV gör man dock medvetet inte en sådan systematisk skillnad, utan vägledande för regleringen har varit pragmatiska hänsyn. Den grundläggande utgångspunkten enligt FKV är att försäkringstagaren kan välja mellan att teckna försäkringen med ”fulla villkor” med ”fulla villkor med begränsning” eller med ”begränsade villkor”. Tecknas försäkringen med fulla villkor omfattar den partiell och enskild skada på fartyget, isskada, totalförlust, maskinskada och materialfel, bidragsskyldighet vid gemensamt haveri samt kollisionsansvar. Då det ofta inte är behövligt med att få skydd mot isskada, kan detta skydd utelämnas. Särskilt för gamla fartyg kan svårigheter uppstå med försäkring mot maskinskada. Därmed kan skyddet mot maskinskada och materialfel också utelämnas. I dessa två uteslutningsfall (is, maskin) är det fråga om fulla villkor med begränsning.

Allrisknaturen har sina praktiska följder exempelvis i fråga om bevisbördan. Enligt FKV 55 § skall försäkringstagaren visa att skadan är ersättningsgill. Dessutom skall försäkringstagaren visa skadans storlek. Vid allriskförsäkring behöver bevisbördan inte alltid vara särskilt krävande då det gäller att fastslå att risken omfattas av försäkringen. Däremot är det självklart att som risk betraktas endast risk i försäkringsrättslig bemärkelse. Man beskriver detta ofta som en plötslig utifrån påverkande oförutsebar händelse. Denna syn framgår också av FKV 15.3 §.2 e) punkten enligt vilken försäkringsgivaren inte ansvarar för skada, förlust eller kostnad som har orsakats av eller kan hänföras till att fartyget och dess tillbehör har använts i enlighet med sitt ändamål. Som sagt vissa avvikelser från en sådan bedömning ingår i FKV. FKV kan inte endast beskrivas med hjälp av sådana allmänna utgångspunkter Exempelvis då försäkringen gäller mot materialfel avgörs skyddet enligt något andra premisser som närmare framgår av FKV 11.5 §.

Jag kan inte här behandla all de detaljer som utöver det ovan nämnda påverkar försäkringens omfattning. Samtidigt bör beaktas att utöver de grundläggande utgångspunkterna påverkas försäkringsskyddet av vissa allmänna förpliktelser för både försäkringsgivaren och försäkringstagaren (exempelvis upplysningsplikt vid försäkringsavtalets ingående, FKV 27 §) samt av vissa för kaskoförsäkring särartade förhållanden (exempelvis försäkringstagarens skyldighet att ha fartyget kontinuerligt klassat, FKV 33 §).

Av de grundläggande utgångspunkterna bör nämnas krigsrisker. Man gör av hävd en skillnad mellan civil kaskoförsäkring och krigskaskoförsäkring. Enligt FKV 15.1 § utesluts krigsrisker från försäkringsskyddet. Det viktiga är att en hänvisning görs till gällande finska kirgsförsäkringsvillkor för fartyg. Dessa krigsförsäkringsvillkor avgör om risken är av civil natur eller krigsnatur. Tills vidare gäller i Finland krigsförsäkringsvillkor för fartyg från år 1971, men nya krigsvillkor skall lanseras i en snar framtid. De nya villkoren kommer inte att ändra beskrivningen av de risker som faller under krigsförsäkringen.. Utöver vad som naturligen upplevs vara krig eller krigsliknande händelse gäller krigsförsäkringen också då förlust eller skada har föranletts av strejk. Detta är en viktig punkt, emedan egentliga strejker men uppenbart också fackföreningsblockader kan leda till skaderisk för fartyget. Exempelvis kan bunkerbehov eller risk för lastskada uppstå på grund av en kampåtgärd. Fartygets förflyttning till annan hamn kan under sådana omständigheter vara en ersättningsgill avvärjningsåtgärd i försäkringsrättslig bemärkelse. Försäkringsersättning förutsätter dock att fartyget har krigskaskoförsäkring. En civil kaskoförsäkring skulle inte ersätta avvärjningskostnaderna som föranletts av strejk.

## Om försäkringsgivarens ansvar

I FKV ingår ett antal stipulationer om försäkringsgivarens särskilda förpliktelser. En av de få hänvisningarna till FAL påträffas i samband med försäkringsgivarens informationsplikt. Denna informationsplikt bestäms enligt FKV 19 § såsom i FAL 9 § anges. Förutsättningen för ett sådant ansvar för försäkringsgivaren är enligt FKV att han har förfarit oaktsamt.

I kommersiell kaskoförsäkring är det mera regel än undantag att parterna i försäkringsavtalet kommer överens om försäkringsvärdet. Denna traditionella syn har bibehållits i FKV 22 §. En sådan taxerad polis anger vad som skall ersättas vid totalförlust, utan att behov föreligger att utreda fartygets marknadsvärde före totalförlust. Enligt FKV 22 § gäller den taxerade polisen dock inte om försäkringstagaren vid avtalets ingående har lämnat uppgifter som var missvisande för bedömningen av fartygets värde. Genom försäkringsbeloppet anges givetvis samtidigt den högsta gränsen för försäkringsgivarens ersättningsskyldighet med tanke på försäkringsskyddet. Ersättningsgränserna är dock preciserade i FKV 65 §. Motsvarande bestämmelser i ASF var svårtolkade och i FKV har man förtydligat gränserna. Av 65 § framgår att försäkringsbeloppet gäller som gräns med modifikationer. Exempelvis avvärjningskostnaderna har en självständig ersättningsgräns upp till kaskoförsäkringsbeloppet och helt skilt för sig gäller en ersättningsgräns vid kollisionsansvar upp till kaskoförsäkringsbeloppet. Då gränserna för redarens globalbegränsningsansvar har under åren höjts har det uppstått en kommersiell risk för att den försäkringsrättsliga ersättningsgränsen uppnås före globalbegränsningen. Diskrepansen kan vara akut vid kollisionsansvar. I FKV 66 § betonas av denna anledning att en tilläggsförsäkring mot kollisionsansvaret kan skilt tecknas för att täcka denna diskrepans.

Har man undantagsvis inte överenskommit om en taxerad polis skall bestämmelserna om

över- och underförsäkring i FAL tillämpas. Det kan tilläggas att vid nöjesbåtsförsäkringar tillämpas inte taxerad polis, utan regeln är att vid totalförlust (inklusive stöld) av en båt skall båtens marknadsvärde vid tiden för förlusten utredas. Detta marknadsvärde utgör grunden för ersättningen.

## Om fareökning och fartygets klass

I FKV ingår från FAL avvikande bestämmelser om försäkringstagarens upplysningsplikt vid försäkringsavtalets ingående och under försäkringsperioden. I den senare gruppen ingår särskilt olika fareökningsmoment.

Försäkringstagaren har enligt FKV 27 § skyldighet att vid försäkringsavtalets ingående lämna försäkringsgivaren alla de uppgifter beträffande fartyget som denne begär liksom även alla andra uppgifter av betydelse för försäkringsgivaren vid försäkringsriskens bedömande. Försäkringstagarens förpliktelse begränsar sig därmed inte till att enligt FAL 22 § endast ge korrekta och fullständiga svar på försäkringsgivarens frågor vilka kan vara av betydelse för bedömningen av försäkringsgivarens ansvar. Brott mot denna upplysningsplikt styrs också av FKV som följer den gamla kausalitetsprincipen. FAL är inte avsedd att spela någon roll i detta sammanhang.

Också för fareökning görs avvikelse från FAL. I FKV 29 och 30 § ingår beskrivning av fareökning och sanktionerna vid brott mot försäkringstagarens förpliktelser härvid, men utöver detta ingår ett antal preciserade regler i FKV som kan betecknas reglera fareökning. Dessa specifika regler gäller byte av ägare, klassning, ISM-koden, varvsanlöp, byte av manager, nedgång i isavgiftsklass, användning av det försäkrade fartyget för bärgning samt fartområde.

I detta sammanhang kan särskilt nämnas den traditionella regleringen av fartygets klass och nyheten som berör ISM-koden.

Av tradition förutsätts att fartyget vid kaskoförsäkring har klassats i ett av försäkringsgivaren godkänt klassificeringssällskap. Detta framgår av FKV 33.1 §. I tredje stycket preciseras de omständigheter när fartyget anses förlora sin klass utöver de självklara situationerna. Detta sker bland annat då klassen upphävs, avbryts, återkallas eller suspenderas av annan orsak än ersättningsgillt haveri. Vid förlust av klass upphör enligt FKV 33.2 § försäkringen omedelbart. Detsamma gäller vid byte av klassificeringssällskap. Befinner sig fartyget till sjöss sker en viss tidsförlängning. Försäkringsskyddets upphörande anknyts alltså inte till någon som helst öppen bedömning eller till försäkringstagarens subjektiva beteende. Endast det faktum att förlust av klass ägt rum leder till förlust av försäkringsskyddet. Fartygets faktiska skick har i fråga om FKV 33 § inte betydelse. Den formella klassen är avgörande, inte den omständighet om fartyget borde ha varit klassat även om man skulle ha känt till det eller de fel som orsakat haveriet. Sanktionen visar hur viktig klassning av fartyg fortfarande är i kaskoförsäkringssammanhang. Regeln har bibehållits trots den hårda kritik som riktats mot vissa klassificeringssällskaps kvalitativa nivå. Samtidigt bör man beakta att kaskoförsäkringsvillkor, inklusive FKV,

innehåller ett antal regler som ofta parallellt kan anlitas som grund för försäkringsgivarens vägran att utbetala ersättning. Detta innebär att även om klassningen är formellt i skick så kan andra regler, exempelvis sjövärdighetsregeln, leda till att försäkringsersättning inte utgår.

## ISM-koden

ISM-koden (International Safety Management Code) introducerades år 1993 och inarbetades genom kapitel IX i SOLAS-konventionen år 1994. ISM-koden har skapat ett självregleringssystem för redarna i avsikt att upprätthålla en god säkerhetsorganisation både ombord och i land. Koden i sig ger inte många exakta besked om den sjösäkerhetsstandard som fartyget, befälet och besättningen skall uppfylla, men den betonar helheten i att alla ombord och i landorganisationen skall följa ett system varigenom det är möjligt att uppfölja sjösäkerhetskrav och korrigera brister i sjösäkerheten. Organisationen är rederibaserad (exakt: ”the company” som definieras i ISM-koden) och skall utformas i ett ”safety management system”. Detta system syns konkret i rederiets manual för ändamålet. Kontroller skall äga rum och fel och brister bokföras. Korrigerande åtgärder skall vidtas så snabbt som det skäligen är möjligt. Det skall finnas en ansvarsperson (designated person) som övervakar systemets tillämpning och han skall kunna rapportera direkt till rederiets högsta ledning. Systemet förutsätter myndighetsgodkännande i flaggstaten. Detta sker genom ett för rederiet utfärdat ”Document of Compliance” (DOC) och ett för vederbörande fartyg utfärdat ”Safety Management Certificate” (SMC). Utan vederbörande godkännande kan fartyget inte trafikera. En annan sak är hur betydelsefullt detta godkännande i olika flaggstater är. ”Flags of shame” i sjösäkerhetshänseende är fortfarande ett problem. ISM-koden har fått en mycket omfattande genomslagskraft på den administrativa sidan, av förståeliga skäl. Men genomslagskraften syns också på områden där ISM-koden inte direkt är avsedd att tillämpas. Detta gäller olika avtalsrelationer både i befraktning och sjöförsäkring.

Vid beredningen av FKV stod det i ett tidigt skede klart att ISM-koden skulle beaktas också i kaskoförsäkringen. ISM-koden anger ett generellt mönster som är till nytta för förhindrande av sjöolyckor. Det finns givetvis ett likadant intresse i kaskoförsäkringen. Frågan är dock i vilken omfattning och på vilket sätt ISM-koden skall spela en roll i kaskoförsärkingssammanhang.

I FKV 35 § har regleringen skett enligt två skilda linjer. För det första skall fartyget och rederiet uppfylla formella krav i anslutning till ISM-koden. Detta innebär att giltiga DOC och SMS skall finnas. Saknas ett DOC eller SMS upphör försäkringen omedelbart. Befinner sig fartyget till sjöss sker en viss tidsförlängning. Strukturen är alltså densamma som gäller för fartygets klass. Dock sker försäkringens upphörande villkorligt i den bemärkelsen att försäkringen träder åter i kraft då det finns giltiga DOC och SMC. Denna regel innebär att nytt försäkringsavtal inte behöver ingås. FKV är tyst om det tidsrum som kan godtas mellan upphörande och återinträde av försäkringen.

För det andra, om de krav som följer av ISM-koden inte konkret har uppfyllts av försäkringstagaren sker det en ytterligare prövning. Denna prövning förhindras inte av att DOC och SMC är giltiga, även om de givetvis kan utgöra en del av den bevisning som ansluter sig till bedömningen av efterföljandet av ISM-kodens krav. I FKV uppställs dock inte samma kravnivå som vid en eventuell administrativ bedömning. Brott mot ISM-kodens krav utgör enligt FKV fareökning endast om försäkringsgivaren visar, att redaren i väsentlig grad har underlåtit at följa dessa krav. Det ansågs vid formuleringen av detta villkor att en annan uppfattning om ISM-kodens roll i kaskoförsäkringssammanhang skulle ha varit oskälig mot redaren. Man vill i FKV undvika möjligheterna att hänvisa till detaljer så att dessa skulle ha relevans i en försäkringsrättslig bedömning. Väsentlighetströskeln, vars överskridande leder till en försäkringsrättslig fareökning, förenas inte i FKV med någon särskild sanktion. Man bör återgå till den allmänna sanktionsregeln i FKV 30 §. Härtill hör att identifikationsreglerna ytterligare ger skydd för försäkringstagaren. Slutligen var det viktigt att explicit i FKV ange att andra för försäkringstagaren gällande förpliktelser inte förlorar sin relevans. Därmed kan sjövärdighetsregeln och regeln om säkerhetsföreskrifter självständigt tillämpas även om den ovan nämnda väsentlighetströskeln vad gäller ISM-kodens krav inte har överskridits. I sådana fall kan man dock inte hänvisa till brott mot ISM-koden, utan det gäller att invända med stöd av rena sjövärdighetshänsyn eller hänsyn anslutna till säkerhetsföreskrifterna.

Regleringen är något komplicerad, men detta har insetts. Någon annan skälig utväg ansågs inte vara möjlig.

I den norska planen och i de svenska kaskoförsäkringsvillkoren ingår ingenting särskilt om ISM-koden. Det har ansetts att kodens betydelse kan bedömas med stöd av andra grunder som ingår i villkoren. I Finland har dock en annan bedömning gjorts. Denna bedömning efterföljdes av engelska International Hull Clauses som innehåller bestämmelser om ISM-kodens betydelse. Detta kan tolkas var en bekräftelse av att den finska lösningen är ändamålsenlig.

## Sjövärdighet och säkerhetsföreskrifter

I FKV ingår inte någon explicit hänvisning till att fartyget skall vara myndighetsgodkänt och besitta samtliga behövliga sjösäkerhetscertifikat. Så var fallet också i fråga om ASF. Det traditionella kravet på klass och vissa andra regler har ansetts göra detta onödigt. I FKV utfylls tomrummet av krav hänförliga till ISM-koden.

Kravet på fartygets sjövärdighet är en av de traditionella delarna i egentligen alla kaskoförsäkringsvillkor. Detta är en internationell företeelse. I ökande grad har man dock börjat betona rollen av säkerhetsföreskrifter. De sistnämnda är en allmän försäkringsrättslig fråga som framgår av FAL 31 §. För kaskoförsäkringen gäller det att antingen anta den allmänna vinklingen eller precisera den genom villkor. Säkerhetsföreskrifter som försärkingsrättslig företeelse är obekant i engelsk rätt. En annan sak är att motsvarande reglering kan ske under en annan namnlapp. Frågorna om sjövärdighet och säkerhetsföreskrifter står nära varandra och man

kan tänka sig flere situationer där fråga är om både osjövärdighet och brott mot säkerhetsföreskrifterna.

Trots att säkerhetsföreskrifterna har fått viss ökande roll i nordisk kaskoförsäkring har det ansetts att bibehållande av sjövärdighetsregeln är av traditionella hänsyn fortfarande befogat. Det kan också hända att regeln är nyttig ifall villkoren är tillämpliga i internationella sammanhang. Det är en avvägningsfråga om sjövärdighetsregeln och regeln om säkerhetsföreskrifterna består av likadana förutsättningar för påföljder eller inte. I den norska planen och i de svenska kaskoförsäkringsvillkoren har man nästan förenhetligat dessa förutsättningar.

I FKV 43 § har den traditionella sjövärdighetsregeln bibehållits. Jag kan inte gå in på detaljer om vilka krav som uppfattas höra till fartygets sjövärdighet, men det är klart att fartyget både med tanke på tekniska frågor och en förestående sjöresa skall uppfylla vissa krav. Ofta görs jämförelser med administrativa sjösäkerhetsstandarder, men denna jämförelse är inte absolut. Sjövärdigheten skall bedömas i ett försäkringsrättsligt perspektiv. Försäkringsgivaren svarar inte för skada, som har orsakats av att fartyget inte har varit i sjövärdigt skick, om försäkringstagaren kände eller borde ha känt till fartygets bristande sjövärdighet vid en sådan tidpunkt att han hade kunnat ingripa. Tillämpningen av sanktionen icke-ansvar förutsätter 1) att fartyget har varit osjövärdigt, 2) att denna osjövärdighet har varit orsak till skadan 3) att det finns ond tro hos försäkringstagaren vid en viss tidpunkt. Osjövärdighet i sig befriar inte försäkringsgivaren från ansvar såsom fallet är exempelvis vid förlust av klass. Bevisbördan har också reglerats i FKV 43 §. Av regeln följer att försäkringsgivaren har bevisbördan för punkterna 1) och 2), medan försäkringstagaren skall visa att han varken kände eller borde ha känt till fartygets bristande sjövärdighet. Om fartyget har sprungit läck medan det var flott, skall försäkringstagaren dessutom visa att skadan inte har berott på bristande sjövärdighet. Den norska planen och de svenska kaskoförsäkringsvillkoren innehåller en för försäkringstagaren något hårdare regel i och med att försäkringstagaren i vilket fall som helst skall vissa frånvaro av orsakssamband mellan osjövärdighet och skadan. Skillnaden är inte helt relevant då man beaktar att en annan fördelning av bevisbördan enligt FKV gäller vid brott mot säkerhetsföreskrifterna.

I ASF var säkerhetsföreskrifterna av rudimentär natur. I FKV valdes en annan linje. Man ansåg att en extensiv beskrivning var motiverad i avsikt att ge skäliga bedömningsmöjligheter för en beslutsfattare. Valet följer de linjedragningar som påträffas både i Norge och Sverige. Försäkringstagaren skulle däremot i FKV skyddas genom identifikationsreglerna. Enligt FKV 44 § är olika myndighetsbestämmelser och dylikt som i skadeförebyggande syfte har utfärdats att uppfatta som försäkringsrättsliga säkerhetsföreskrifter. Detsamma gäller särskilda frågor i individuella avtal där kraven har betecknats som säkerhetsföreskrifter. Försäkringsgivaren kan dessutom beviljas rätt att under försäkringsperioden ge anvisningar som skall uppfattas som säkerhetsföreskrifter.

I FKV 44 § ingår utöver det ovan nämnda flera specifika säkerhetsföreskrifter (besiktning, förebyggande av frysning, uppläggning av fartyget).

I FKV 45 § ingår sanktioner med anledning av brott mot säkerhetsföreskrift. Försäkringsgi-

varen är ansvarig endast om och i den omfattning försäkringstagaren visar, att skadan inte kan antas bero på brott mot säkerhetsföreskriften eller brottet inte kan antas bero på försäkringstagarens oaktsamhet. I 45 § ingår förutsättningar för icke-ansvar och bevisbörderegler. Det är fråga om tre förutsättningar för att försäkringsgivaren inte skall vara ansvarig: 1) brott mot säkerhetsföreskrift, 2) detta brott har varit orsak till skadan 3) som beror på försäkringstagarens oaktsamhet. Försäkringsgivaren skall visa att brott mot säkerhetsföreskrift har ägt rum. Däremot bör försäkringstagaren visa frånvaro av de förutsättningar som ingår i punkterna 2) och 3) ovan. Bevisbördan för punkt 2) är därmed en annan än vad som gäller i fråga om sjövärdighetsregeln. FKV 45 § är i detta hänseende något förmånligare för försäkringsgivaren än FKV 43 §. De praktiska skillnaderna behöver inte vara dramatiska, men kan ibland få betydelse såsom det svenska Utklippan-avgörandet klart utvisar. I åtminstone partikulärdispascher är bevisbördan av betydelse, men ofta bör prövning ske med stöd av sannolikheter. Det finns inga praktiska möjligheter att frambringa säker bevisning. En förnuftig flexibilitet är behövlig i sådant beslutsfattande.

Beskrivningen i FKV av sjövärdighet och säkerhetsföreskrift leder till att ett krav beträffande fartygets skick som sagt lätt kan samtidigt vara både en fråga om säkerhetsföreskrift och en sjövärdighetsfråga. Vill försäkringsgivaren frigöra sig helt eller delvis från ansvar har han härvid en option. Han kan välja mellan reglerna eller hänvisa till dem båda. I FKV ingår ingen hierarki exempelvis så att först skall sjövärdighetsregeln tillämpas och endast om detta inte låter sig göra skall regeln om säkerhetsföreskrifter tillämpas.

## Identifikation

Såsom i övrigt beträffande FKV och problemen med att tillämpa FAL, är identifikationsregeln i FAL 33 § olämplig och otillräcklig i kaskoförsäkringssammanhang.

I kommersiell kaskoförsäkring kan riskfördelningen mellan försäkringsgivaren och försäkringstagaren styras av identifikationsreglerna. Man kan därmed inte dra riktiga slutsatser om denna fördelning endast genom att bekanta sig med specifika regler som begränsar försäkringsgivarens ansvar och som förutsätter subjektivt klandervärt beteende av försäkringstagaren. Det sistnämnda är av stor betydelse med beaktande av identifikationsreglernas tillämpningsområde. De kan sakna relevans om försäkringsgivarens ansvar utesluts med stöd av endast objektiva faktorer. Exempelvis ansvarar försäkringsgivaren enligt FKV 15.3 § 1 a) punkten inte för kostnaderna för reparation eller förnyande av fartygsdel eller fartygsdelar till följd av förslitning, ålder, frätning, rost, röta, bristande underhåll eller vård eller liknande orsak. I punkten ingår vissa ytterligare preciseringar. Någon identifikationsregel behövs härvid inte. Detsamma gäller i vissa specialreglerade fall under en mera allmän konstellation såsom fareökning. Exempelvis vid förlust av fartygets klass upphör försäkringen enligt FKV 33 § omedelbart. Identifikation är ej heller i detta sammanhang relevant. Identifikation har däremot betydelse om försäkringsgivaren till befrielse från eller begränsning av sitt ansvar

exempelvis hänvisar till grov oaktsamhet hos försäkringstagaren enligt FKV 42 §, osjövärdighet enligt 43 § eller brott mot säkerhetsföreskrifterna enligt 45 §.

Identifikation i kaskoförsäkringssammanhang kan systematiskt indelas i vertikal identifikation och horisontell identifikation. Vertikal identifikation betyder att man bör fastslå för vilka underordnade försäkringstagaren (vanligen ett aktiebolag) eller den försäkrade svarar. Härvid bör också självständiga medhjälpares ställning regleras. Horisontell identifikation betyder att man bör fastslå vilka sådana personer försäkringstagaren eller den försäkrade svarar för som ligger i samma hierarkiställning som försäkringstagaren eller den försäkrade. Skall exempelvis den försäkrades försäkringsskydd vara beroende av det subjektiva beteende som ligger hos försäkringstagaren? Eller skall beteendet hos en delägare till fartyget påverka den andra delägarens, i detta fall försäkringstagarens försäkringsskydd? Relationerna kan vara talrika, men i försäkringsvillkoren skall regleringen inte vara för detaljerad. Alla olika till identifikation hörande faktorer kan inte beröras i detta sammanhang.

Den vertikala identifikationen ingår i FKV 50 §. Bestämmelsen gäller enligt 84.1 § också den försäkrades underordnade. Regeln i 50 § har byggts upp så att försäkringstagaren identifieras endast med försäkringstagarens högsta ledning. Tröskeln är ganska hög före klandervärt beteende har försäkringsrättslig relevans, men detta faktum utgör den väsentliga balanserade faktorn till särskilt sjövärdighetsregeln och regeln om säkerhetsföreskrifter. Det klandervärda beteendet hos försäkringstagarens styrelse, verkställande direktör eller vice verkställande direktör är relevant. Detsamma gäller motsvarande personer i samma koncern. Preciserande regler gäller för småbolag och enskilda näringsidkare, men dessa är av mindre intresse. Tröskelregeln innebär i verkligheten att det skall vara fråga om en brist i övervakningen av rederiets verksamhet hos den högsta ledningen som dessutom i flesta fall har att göra med sjösäkerhetsfrågor. Sporadiskt uppkomna sådana brister, exempelvis just före en sjöresa, kan sällan spela någon särskild roll. Man finner ingen identifikation. Bristande övervakning kan äga rum exempelvis om den högsta ledningen är medveten om olika lastningsproblem som påverkar fartygets stabilitet, men skrider inte till åtgärder för att avskaffa riskerna. Information till den högsta ledningen går dessutom på grund av ISM-koden från ansvarspersonen till den högsta ledningen.

Det kunde vara möjligt att helt undvika identifikationsrisken genom att omfattande uppgifter delegeras utanför bolaget, exempelvis genom managementavtal. Identifikationskedjan avbryts enligt FKV 50 § inte om delegeringen omfattar beslutanderätt i ärenden som är av väsentlig betydelse för försäkringsskyddet. Oaktsamheten skall dock ha anknytning till utövandet av denna beslutanderätt. FKV anger inte närmare om mottagaren av den delegerade beslutanderätten också betraktas i ljuset av likadana identifikationsregler. Tystnaden innebär att man vid delegering har mera flexibilitet att bedöma identifikationskedjor hos mottagaren av den delegerade beslutanderätten än vad som skulle följa direkt av FKV 50 §.

Identifikation sker enligt FKV 50.4 § inte i förhållande till oaktsamhet hos befälhavaren, någon i besättningen eller annan person i fartygets tjänst då fråga har varit om utövande av sjömanstjänst. Detta är en traditionell regel. Den har egentligen blivit onödig med hänsyn till

vad som ovan nämnts om den höga tröskeln, men regeln har bibehållits i FKV för tydlighetens skull. För vertikal identifikation gäller härutöver vissa specialregler i FKV 50 § och den horisontella identikationen har reglerats i FKV 83, 84 och 85 §. Dessa spörsmål kan inte behandlas nu.

## Övrigt

Endast vissa delar av FKV har berörts ovan. Dessa ärenden var de som mest väckte formulerings- och avvägningsproblem samt diskussion. I FKV ingående regler om ersättningsgrunder och ersättning är till många delar lik dem som ingick i ASF. FKV har tillämpats en för kort tid för att man skulle kunna bilda sig en uppfattning om hur praxis ser på dem. Samtidigt bör man komma ihåg att kaskoförsäkringen lever i en internationell marknad och att parterna har många standardvillkor att välja mellan. I ett finländskt perspektiv synes dock ”hemreglerna” fortfarande åtnjuta respekt.

Kari Hoppu

# Omaisuudenhoitosopimuksista

## Taustaa

Omaisuudenhoito on eräs sijoituspalvelu, joka on määritelty laissa sijoituspalveluyrityksistä.[1] Omaisuudenhoidolla tarkoitetaan sijoituskohteiden hoitamista sellaisen asiakaskohtaisen sopimuksen nojalla, jossa päätösvalta joko kokonaan tai osittain on annettu toimeksisaajalle.[2] Tällöin toimeksisaaja käy kauppaa hänen hoitoonsa uskotuilla arvopapereilla. Säännöksessä määritelty omaisuudenhoito edellyttää asiakkaan ja omaisuudenhoitajan välistä omaisuudenhoitosopimusta. Sen mukaan omaisuudenhoitaja voi käydä myös tarvittaessa aktiivisesti kauppaa asiakkaan arvopapereilla tämän valtuuttamana ja tämän lukuun.

Laissa sijoituspalveluyrityksistä (SipaL) määritellyn omaisuudenhoidon eräänä tunnusmerkkinä on, että *päätösvalta sijoitusten tekemisestä on ainakin osittain annettu omaisuudenhoitajalle*. Mikäli sopimuksessa on sovittu, että asiakas tekee kaikki sijoituspäätökset, on kyseessä nk. *konsultatiivinen varainhoitosopimus*. Tällainen sopimus ei kuitenkaan ole SipaL:ssa määritelty omaisuudenhoitosopimus. Sen sijaan tällöin on sopimuksen kohteena sijoitusneuvonta ja siihen liittyvä arvopaperinvälitys.[3]

Omaisuudenhoitosopimus on *toimeksiantosopimus*. Toimeksiantosopimuksia koskevat oikeudelliset normit perustuvat kauppakaaren (KK) 18 lukuun.[4] Omaisuudenhoitosopimuksia

---

[1] Artikkeli perustuu heinäkuussa 2004 voimassa olleisiin säännöksiin sekä sitä ennen annettuihin arvopaperilautakunnan ratkaisuihin. Niitä on annettu kolmetoista omaisuudenhoitotoiminnan osalta ja kaksi konsultatiivisen varainhoidon osalta.

[2] Nykyinen omaisuudenhoidon määritelmä tuli voimaan huhtikuussa 2004. Aiemmin edellytettiin, että toimeksisaajalle oli annettu päätösvalta. Nykyisen määritelmän mukaan sopimuksessa voidaan kuitenkin määritellä, että myös toimeksiantajana olevalla asiakkaalla on päätösvaltaa ja siten myös vaikutusmahdollisuuksia sijoituskohteiden hoitamisessa. Asiakkaalle voi kuulua päätösvaltaa yksittäistapauksessa tai määrätyissä rajoissa. Sopimuksessa tulee myös sopia menettelystä asiakkaan päätösvallan käyttämisessä. Ennen lain muutosta omaisuudenhoitosopimukset eivät olleet täysin voimassa olleiden säännösten mukaisia siten, että päätösvalta olisi rajattu aina yksin omaisuudenhoitajalle. Lain muutoksella saatettiin omaisuudenhoidon määritelmä vastaamaan paremmin käytännön vaatimuksia ja vallinnutta tilannetta. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi sijoitusrahastolain sekä eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta 110/2003 (HE 110/03) s. 69–70.

[3] Arvopaperilautakunnassa (APL) on ollut käsiteltävänä konsultatiivinen varainhoitosopimus ratkaisuissa 1555/2002 ja 18/2003.

[4] KK:n 18 luvun otsikkona on ”Toimijoista eli asiamiehistä”. Tosin luvun normien käytännön merkitys on nykyään vähäinen.

on kuitenkin säännelty arvopaperimarkkinalain (AML) 4 luvussa.[5] Erityislakina AML 4 luvun säännökset syrjäyttävät ristiriitatilanteessa KK 18 luvun säännökset. Sikäli kuin asioista ei ole säännöksiä arvopaperilainsäädännössä, tulevat KK:n normit toimeksiantosopimuksista sovellettaviksi.

Toimeksiantosopimuksen ominaispiirteenä rajauksena muihin sopimustyyppeihin on se, että toimeksiantaja saa toimia itsenäisesti ja hänellä on valinnanvaraa eri keinojen välillä tehtävänsä täyttämiseksi.[6] Omaisuudenhoitosopimuksen osalta tämä ilmenee omaisuudenhoitajan mahdollisuutena tehdä itsenäisesti sijoituspäätöksiä. Myös konsultatiivinen varainhoitosopimus on toimeksiantosopimus, joka tosin sisältönsä puolesta eroaa omaisuudenhoitosopimuksesta. Konsultatiivisessa varainhoitosopimuksessa toimeksisaajan itsenäinen päätösvalta ei ulotu sijoitusten tekemisestä päättämiseen. Sen sijaan itsenäinen päätösvalta liittyy sijoitusneuvonnan ja arvopaperinvälitystoimeksiantojen toteuttamiseen.

## Markkinointi

Omaisuudenhoitopalvelujen markkinointiin sovellettavat lakinormit riippuvat siitä, kuka on markkinoija sekä siitä, ketkä ovat markkinoinnin kohderyhmänä. Mikäli markkinoija on luottolaitos, sovelletaan markkinoinnin arviointiin luottolaitostoiminnasta annetun lain 82 §:ää markkinoinnin kohderyhmästä riippumatta. Mikäli markkinointi kohdistuu elinkeinonharjoittajiin, tulevat sovellettaviksi sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa annetun lain markkinointisäännökset. Markkinoinnin kohdistuessa kuluttajiin, sovelletaan markkinoinnin arviointiin kuluttajansuojalain markkinointisäännöksiä. Lisäksi AML 2:1 §:ssä on arvopaperien markkinointia koskeva säännös. Se ei kuitenkaan yleensä tule sovellettavaksi omaisuudenhoitopalvelujen markkinointiin, koska kyseessä ei ole lainkohdassa edellytetty arvopaperien markkinointi.[7] Sovellettavaksi tulee sen sijaan AML 4:1 §:ssä säädetty normi, jonka mukaan arvopaperien kaupassa ja sijoituspalvelun tarjoamisessa ei saa käyttää hyvän tavan vastaista menettelyä.

Vaikka sovellettavat normit vaihtelevat, on markkinointitoimenpiteiden arviointi eri normien nojalla varsin yhdenmukaista. Tiettyjä eroavaisuuksia on riippuen siitä, ovatko markkinoinnin kohteena elinkeinonharjoittajat vai kuluttajat. Markkinoinnin kohderyhmä vaikuttaa myös muiltakin osin markkinoinnin lainmukaisuuden arviointiin. Jos kohderyhmänä ovat sijoitustoiminnan asiantuntijat, on markkinoinnin lainmukaisuusarviointi keskimääräistä lievempää. Vastaavasti markkinoinnin kohdistuessa sijoitustoimintaa ennestään tuntemattomiin asiakkaisiin, tulee markkinoinnin lainmukaisuutta arvioida keskimääräistä tiukemmin.[8]

---

[5] AML 4 luvun otsikkona on ”Arvopaperikauppa ja sijoituspalvelun tarjoaminen”.
[6] Halila, Heikki – Hemmo, Mika, Sopimustyypit. Helsinki 1996, s. 152. Toimeksisaaja ei täten ole toisen johdon ja valvonnan alaisena sillä tavoin kuin työsuhteessa oleva henkilö.
[7] Hoppu, Kari, Sijoitustuotteiden markkinoinnin sääntely. Helsinki 2004, s. 150–151.
[8] Markkinointioikeudellisesta kohderyhmäjaottelusta ja sen merkityksestä ks. Hoppu s. 168–186.

Mainosviestien tulee olla tunnistettavissa markkinoinniksi eli mainonnasta tulee käydä selvästi ilmi sen kaupallinen tarkoitus. Lisäksi tulee ilmetä, kenen lukuun markkinointi toteutetaan. Esimerkiksi henkilökohtaisessa myyntityössä tapahtuva markkinointi tulee olla erotettavissa muista tiedonantotilanteista. Markkinoinnissa ei saa käyttää hyvän tavan vastaista tai muuten sopimatonta menettelyä. Markkinoinnissa ei myöskään saa antaa totuudenvastaisia tai harhaanjohtavia tietoja. Mainos on harhaanjohtava, jos yksikin niistä tavoista, joilla se kohderyhmän keskuudessa voidaan ymmärtää, on paikkansapitämätön.[9]

Omaisuudenhoitopalvelujen vertaileva mainonta on sallittua laissa säädetyin edellytyksin. Vertailujen totuudellisuusvaatimukselle asetetaan kuitenkin tiukat edellytykset. Erityisesti tuottovertailuja arvioidaan tiukasti. Rahoitusalalla vakiintuneen merkityssisällön saaneita käsitteitä ei saa käyttää muussa kuin vakiintuneessa merkityksessä. Esimerkiksi markkinoinnista tulee selkeästi käydä ilmi, onko markkinoitava palvelu täyden valtakirjan omaisuudenhoitoa vai konsultatiivista varainhoitoa. Näitä käsitteitä ei myöskään saa sekoittaa keskenään.

Omaisuudenhoidon tuottoa ja riskittömyyttä koskevia väitteitä on arvioitu tiukasti. Lisäksi omaisuudenhoitajien lakisääteiseen viranomaisvalvontaan ei markkinoinnissa saa viitata harhaanjohtavasti siten, että asiakkaat saavat valvonnan merkityksestä väärän käsityksen. Ilmaisun ”*tuottotakuu*” käyttö on kiellettyä, jollei markkinoija voi taata tietyn suuruista tuottoa sijoituskohteelle. Muutenkin takuu-sanan käyttö on sallittua ainoastaan silloin, kun asiakkaalle myönnetään sellainen lisäetu, johon hän ei olisi oikeutettu pelkästään lain säännösten perusteella.

Sijoituspalveluiden markkinoinnissa on arvopaperilautakunnan (APL) mukaan keskityttävä kyseisen palvelun kannalta *olennaisiin seikkoihin*. Olennaista vaikutusta sijoittajan päätöksentekoon omaisuudenhoitosopimuksen osalta saattaa olla muun muassa tuotto-odotuksilla ja niiden laskentaperusteilla, asiakkaalta perittävillä kuluilla ja niiden laskentaperusteilla sekä raportoinnilla. Yksittäisessä mainoksessa ei kuitenkaan tarvitse antaa täydellistä kuvaa sijoituspalveluyrityksen palveluista ja niiden ominaisuuksista.[10]

Kohderyhmän huomiota ei saa asiattomasti pyrkiä siirtämään pois markkinoitavasta päätuotteesta. Tämän vuoksi markkinointilainsäädännössä on kielletty vastikkeellisten markkinointiarpajaisten järjestäminen, joiden etu määräytyy sattuman perusteella. Myös muunlaisten markkinointiarpajaisten käyttäminen omaisuudenhoitopalvelujen markkinoinnissa on pääsääntöisesti kiellettyä. Niin ikään kylkiäisten käyttöä sijoitustuotteiden markkinoinnissa on pidettävä pääsääntöisesti kiellettynä erityisesti kuluttajien ollessa markkinoinnin kohderyhmänä. Kylkiäisten käytöllä on mahdollista kiinnittää sijoittajan huomio arvopaperien keskeisten ominaisuuksien sijasta epäolennaisiin seikkoihin.[11]

Markkinoinnin vaikutusta kohderyhmään voidaan pyrkiä tehostamaan käyttämällä sellaisia markkinointikeinoja, jotka vaikuttavat voimakkaasti kohderyhmään. Viranomaisten

---

[9] Markkinoinnin lainmukaisuusarvioinnista tarkemmin, ks. Hoppu s. 187–299.
[10] APL 27/2002.
[11] Rahoitustarkastuksen ohje arvopaperien markkinoinnissa noudatettavasta menettelystä. Nro 201.2, 16.3.1999. Kohta 4.

ratkaisukäytännössä on katsottu voimakkaasti vetoaviksi sellaiset markkinointiväitteet, joiden mukaan tarjotut tuotteet antavat mahdollisuuden huomattavaan vaurastumiseen. Tällaisia markkinointiväitteitä voivat olla mm. yksilöimättömät lupaukset *suurista tuotoista* tai *sijoittamisen helppoudesta*. Tämäntyyppisten väitteiden lainmukaisuusarviointi on tiukkaa. Käsitys markkinoitavan tuotteen avulla vaurastumisesta voidaan luoda kohderyhmälle myös muulla tavoin kuin nimenomaisia väitteitä esittämällä. Tämä voi tapahtua esimerkiksi suggestiivisen eli tunteisiin vetoavan mainonnan avulla. Tarvittaessa tällaiseen mainontaan voidaan puuttua markkinointilainsäädännön nojalla.

Markkinoinnissa annetuilla tiedoilla saattaa olla vaikutusta myös oikeussuhteen sopimusoikeudelliseen arviointiin. Nk. markkinointivastuun nojalla *markkinoinnissa annetut tiedot saattavat tietyissä tilanteissa tulla osaksi omaisuudenhoitosopimusta*. Tällöin palvelussa katsotaan olevan virhe, jollei se täytä markkinoissa annettuja tietoja.[12]

Omaisuudenhoitaja ei saa käyttää omaisuudenhoitopalveluja tarjotessaan sopimusehtoa, jota on pidettävä asiakkaan kannalta kohtuuttomana. Omaisuudenhoitajaa voidaan tarvittaessa kieltää jatkamasta tai uudistamasta kohtuuttoman ehdon taikka siihen rinnastettavan sopimusehdon käyttämistä.[13]

## Kohderyhmä

Markkinoinnin kohderyhmä vaikuttaa markkinoinnin lainmukaisuusarviointiin. Kohderyhmän perusteella määräytyy sovellettava lainsäädäntö. Lisäksi markkinoinnin lainmukaisuutta arvioidaan sen mukaan, minkälainen vaikutus markkinointitoimenpiteillä on kohderyhmän keskuudessa. Markkinointioikeudellisen arvioinnin lisäksi kohderyhmällä on merkitystä arvioitaessa oikeussuhteen sopimusoikeudellisia vaikutuksia.

AML 1 luvussa on määritelty *ammattimainen sijoittaja*. Muut kuin ammattimaisiksi määritellyt sijoittajat ovat lähtökohtaisesti *ei-ammattimaisia sijoittajia*. Tietyin laissa säädetyin edellytyksin voidaan muukin kuin laissa määritelty sijoittaja katsoa ammattimaiseksi sijoittajaksi.[14] Sijoittajien jakamisella ammattimaisiin ja ei-ammattimaisiin on merkitystä arvopaperinvälittäjien velvollisuuksien ja sijoittajien korvausrahastosuojan osalta. Arvopaperinvälittäjien velvollisuudet ei-ammattimaista sijoittajaa kohtaan ovat laajemmat kuin sijoittajan ollessa ammattimainen sijoittaja. Vain ei-ammattimaiset sijoittajat kuuluvat sijoittajien korvausrahaston suojan piiriin.

Vaikka AML:ssa jaotellaan asiakasryhmä kahteen osaan, on kohderyhmän merkitys sopimusoikeudellisia velvoitteita tulkittaessa tätä monimuotoisempi. *Ei-ammattimaisten sijoittajien kohderyhmä voidaan jaotella edelleen alaryhmiin*. Ei-ammattimaisiin sijoittajiin kuuluu

[12] Markkinointivastuusta tarkemmin ks. Hoppu s. 301–359.
[13] Kuluttajansuojalain 3:1 ja 2 § sekä Laki elinkeinonharjoittajien välisten sopimusehtojen sääntelystä 1 §.
[14] AML 1:3 § kohdat 7–9.

sekä oikeushenkilöitä että luonnollisia henkilöitä.[15] Lisäksi eri oikeushenkilöillä saattaa olla erilainen tuntemus sijoitustoiminnasta, mikä tulee ottaa huomioon sopimusoikeudellisia velvoitteita arvioitaessa. Kuluttajat voidaan puolestaan jakaa sijoitustoiminnan asiantuntemuksensa mukaan kolmeen ryhmään; *sijoitustoiminnan asiantuntijoihin, "suureen yleisöön"* sekä *riskikuluttajiin*. Sijoitustoiminnan asiantuntijoilta voidaan toiminnassaan edellyttää tietynasteista tuntemusta sijoitustoiminnasta ja arvopaperialan käytännöistä. Suurella yleisöllä sen sijaan ei ole tällaista erityistietämystä sijoitustoiminnasta. Riskikuluttajat ovat puolestaan sellaisia henkilöitä, joiden suojan tarve arvopaperimarkkinoilla on korostetun suuri. Tällaisia kohderyhmiä saattavat olla esimerkiksi vanhukset ja nuoret.[16]

Kohderyhmäjaottelun kannalta keskeistä on asiakkaiden *asiantuntemus sijoitustoiminnasta ja arvopaperimarkkinoista*. Pelkästään suuri sijoitettavien varojen määrä ei tee sijoittajasta ammattimaista sijoittajaa tai sijoitustoiminnan asiantuntijaa. Vaikka henkilöllä olisi paljon varallisuutta, saattaa hän kuulua riskikuluttajien ryhmään. Omaisuudenhoitopalvelujen osalta esimerkiksi vailla aikaisempaa sijoituskokemusta oleva vanhus tai omaisuutensa perinyt nuori saattavat olla riskikuluttajia. Tällöin omaisuudenhoitajan toiminnalle asetetaan erityisen suuret vaatimukset.

Kohderyhmämäärittely vaikuttaa omaisuudenhoitajan velvoitteisiin sekä ennen sopimuksen tekemistä että sopimussuhteen aikana. Toisaalta määrittely vaikuttaa molemmissa vaiheissa myös asiakkaan selonotto- ja huolellisuusvelvollisuuteen. Mitä enemmän asiakkaalla on sijoitustoiminnan tuntemusta, sitä huolellisempaa toimintaa häneltä voidaan odottaa.

Arvopaperinvälittäjän tulee omaisuudenhoitopalveluja tarjotessaan pyytää riittävät tiedot sen selvittämiseksi, voidaanko asiakasta pitää ammattimaisena sijoittajana. Jos asiakas on katsottu ammattimaiseksi sijoittajaksi, mutta objektiivisesti arvioiden hän ei kuitenkaan täytä ammattimaisen sijoittajan kriteerejä, voidaan asiakas arvopaperinvälittäjän sopimusvelvoitteita arvioitaessa kuitenkin katsoa ei-ammattimaiseksi sijoittajaksi. Ratkaisussa 2039/2002 APL on katsonut ammattimaiseksi merkityn sijoittajan olleen tosiasiassa ei-ammattimainen sijoittaja.

APL on ratkaisujen perusteluissa useasti viitannut siihen, että asiakkaan tuntemus sijoitustoiminnasta on vaikuttanut ratkaisun arviointiin. Sijoitustoiminnan tuntemuksella on ollut vaikutusta siihen, ettei omaisuudenhoitajan markkinointi ole voinut johtaa asiakasta harhaan[17], että asiakkaan on tullut ymmärtää suuremman tuottotuottovaatimuksen tarkoittavan myös suurempaa riskiä[18], ja että asiakkaan on täytynyt omaisuudenhoitosopimuksen perusteella ymmärtää omaisuudenhoitajalla olleen oikeus tehdä kaikki sijoituspäätökset itsenäisesti sovittujen sijoitustoiminnan tavoitteiden ja rajausten mukaisesti neuvottelematta asiasta etukäteen asiakkaan kanssa.[19]

---

[15] Oikeushenkilöiden lisäksi ammattimaisiin sijoittajiin saattaa kuulua myös luonnollisia henkilöitä.
[16] Kohderyhmistä tarkemmin ks. Hoppu s. 168–186.
[17] APL 27/2002.
[18] APL 789/2002 ja 128/2003.
[19] APL 1189/2002.

Ratkaisussa 1170/2002 APL katsoi selvitetyksi, että asiakas oli saanut arvopaperiomaisuutensa avioeron yhteydessä entiseltä mieheltään, joka oli yksin hoitanut arvopaperikaupankäynnin avioliiton aikana. Asiakas ei ollut ollut ansiotyössä eikä hän itse juurikaan ollut harjoittanut arvopaperikaupankäyntiä. Tästä huolimatta APL katsoi, ottaen huomioon asiakkaan elämänkokemus, varallisuus ja muut olosuhteet, että asiakkaan oli tullut ymmärtää arvopaperikaupan aiheuttavan veroseuraamuksia. Sen sijaan ratkaisussa 621/2002 APL on tapausta arvioidessaan antanut merkitystä sille, että asiakkaat eivät aikaisemmin olleet harrastaneet sijoitustoimintaa ja olivat perineet omaisuutensa.

Ratkaisussa 1555/2002 APL katsoi, että vaikka kysymys oli iäkkään henkilön varallisuudenhoidosta, ei asiassa ollut tullut näytetyksi, että asiakkaalla olisi ollut tavanomaista huonompi tai mahdollisesti heikentynyt kyky ymmärtää tekemiään oikeustoimia. APL katsoi, ettei asiakkaan ikä yksinään voi olla peruste olla tarjoamatta jotakin tiettyä sijoituspalvelua asiakkaalle, vaan siihen vaaditaan myös muita henkilöön liittyviä kriteerejä ja arviointeja.

## Sopimuksen tekeminen

Suomessa vallitsee pääsääntönä sopimusvapaus. Eräänä tähän liittyvänä osatekijänä on sopimusten *muotovapaus*. Sopimukset ja niiden muutokset voidaan tehdä kirjallisesti, suullisesti tai konkludenttisesti. Omaisuudenhoitosopimuksen osalta on laissa säädetty kuitenkin tietyissä tilanteissa rajoitus tähän muotovapauteen. AML 4:2 §:n muotosäännöksen mukaan arvopaperinvälittäjän on tehtävä sijoituspalvelun tarjoamista koskeva sopimus *kirjallisesti*. Velvollisuus kirjallisen sopimuksen tekemiseen ei kuitenkaan koske arvopaperinvälittäjää silloin, kun se tarjoaa sijoituspalvelua ammattimaiselle sijoittajalle. Myös rahoitustarkastuksen (RATA) ohjeessa sijoituspalvelun tarjoamisessa noudatettavista menettelytavoista on edellytetty, että omaisuudenhoitosopimus ja sen muutokset on tehtävä kirjallisesti.[20]

Kirjallinen muotovaatimus täyttyy olipa asiakirja käsin tai koneella kirjoitettu taikka painettu. Allekirjoituksen on kuitenkin oltava omakätinen. Oikeushenkilön osalta allekirjoittajan on myös oltava kelpoinen edustamaan yhtiötä. Allekirjoitus voidaan tehdä pätevästi myös sähköisesti ainakin silloin, kun allekirjoitus täyttää sähköisestä allekirjoituksesta annetun lain 18 §:n mukaiset vaatimukset. Kirjallinen muotovaatimus ei edellytä todistajien allekirjoituksia asiakirjaan.[21]

Muotosäännöksiä on oikeustieteessä jaoteltu eri tavoin. Eräänä jaotteluperusteena on käytetty sitä, mitkä ovat muotosäännöksen syrjäyttämisen oikeusvaikutukset. Tällä perusteella muotosäännökset on jaoteltu varsinaisiin, epävarsinaisiin ja ohjesisältöisiin muotosäännöksiin. Muotosäännöstä kutsutaan varsinaiseksi muotosäännökseksi, kun sen vastainen oikeus-

[20] Rahoitustarkastuksen ohje sijoituspalvelun tarjoamisessa noudatettavista menettelytavoista. Nro 201.7, 25.11.1998. Kohta 5.2.3.

[21] Hoppu, Esko – Hoppu, Kari, Kauppa- ja varallisuusoikeuden pääpiirteet. Helsinki 2003, s. 60–61.

toimi aiheuttaa pätemättömyyden. Sen sijaan epävarsinaisten ja ohjesisältöisten muotovaatimusten vastainen oikeustoimi jää muotovaatimuksen syrjäyttämisestä huolimatta päteväksi. Epävarsinaisen muotosäännöksen rikkomisesta aiheutuu jokin muu haitallinen seuraamus kuin oikeustoimen pätemättömyys ja ohjesisältöiset muotosäännökset on annettu lähinnä todistelun helpottamiseksi.[22]

AML 4:2 §:n muotosäännöksen rikkomisesta ei ole säädetty oikeusseuraamukseksi oikeustoimen pätemättömyyttä. Näin ollen *myös suullinen omaisuudenhoitosopimus ei-ammattimaisen sijoittajan kanssa on oikeudellisesti sitova*. Lisäksi kirjallisen omaisuudenhoitosopimuksen muuttaminen suullisesti sopimalla on mahdollista, jollei kirjallisessa sopimuksessa ole edellytetty muutosten tekemistä sopimukseen kirjallisesti, jotta muutokset olisivat päteviä. Myös mahdolliset suulliset välipuheet kirjallisen sopimuksen ohella ovat lähtökohtaisesti päteviä. Suullisesta sopimisesta saattaa kuitenkin seurata epäselvyyttä ja todisteluvaikeuksia. Yleensä näyttövelvollisuus sopimuksen sisällöstä tulee asettaa omaisuudenhoitajalle, koska hänelle on laissa asetettu velvollisuus tehdä omaisuudenhoitosopimus kirjallisena. Lisäksi suullinen sopiminen voidaan katsoa AML 4:1 §:n vastaiseksi hyvän tavan vastaiseksi menettelyksi sijoituspalvelun tarjoamisessa.[23] APL on katsonut, että omaisuudenhoitosopimus, sen liitteet ja niiden muutokset on tehtävä kirjallisesti.[24] Allekirjoittamalla omaisuudenhoitosopimuksen asiakas vahvistaa hyväksyneensä sopimuksen ehdot.[25]

APL on ratkaisukäytännössä ottanut kantaa omaisuudenhoitosopimuksiin, joita ei kaikilta osin ole tehty kirjallisesti. Ratkaisussa APL 27/2002 omaisuudenhoitosopimuksessa ei ollut mainintaa siitä, millaista sijoituspolitiikkaa oli tarkoitus noudattaa. Asiakas väitti, että noudatettavaksi oli sovittu nk. neutraaliriskinen sijoituspolitiikka eikä omaisuudenhoitaja kyseistä väitettä kiistänyt. APL katsoi annetun selvityksen perusteella, että osapuolet olivat olleet yksimielisiä siitä, että sijoituspolitiikaksi oli sovittu neutraali riskitaso. Ratkaisussa 2027/2002 APL katsoi asiassa tulleen riidattomasti näytetyksi, että korkosijoitusten käytöstä oli sovittu suullisesti asiakkaan ja omaisuudenhoitajan kesken.

Ratkaisussa APL 1189/2002 oli kyse omaisuudenhoitotoiminnan aloittamisajankohdasta, josta pankki ja asiakas olivat esittäneet eriävät näkemykset. Sopimus oli allekirjoitettu ja päivätty 30.11.2000. Pankki totesi, että allekirjoitustilanteessa oli sovittu suullisesti omaisuudenhoidon alkamisajankohdaksi 1.2.2001. Asiakas oli kiistänyt tämän. APL katsoi, ettei pankki ollut tapauksessa kyennyt näyttämään sitä, että aloittamisajankohdaksi olisi sovittu 1.2.2001.

Ratkaisussa APL 1183/2002 oli puolestaan kyse tehdyn sopimuksen sisällöstä. Pankki katsoi tehneensä asiakkaiden kanssa ainoastaan arvopaperien välittämistä ja osakkeiden säilyttämistä

---

[22] Hoppu – Hoppu s. 61–62.

[23] AML 4:2 §:n muotosäännös ei ole varsinainen muotosäännös, koska oikeusseuraamuksena ei ole pätemättömyys. AML:n seuraamusjärjestelmän nojalla jää epäselväksi, tuleeko säännöstä pitää epävarsinaisena vaiko ohjesisältöisenä muotosäännöksenä. Tällä kysymyksellä ei kuitenkaan oikeustoimen sitovuuden kannalta ole merkitystä.

[24] APL 27/2002.

[25] APL 90/2003. Se, mihin kaikkeen asiakas allekirjoituksellaan sitoutuu, riippuu sopimusehdoista. Ratkaisussa APL 128/2003 asiakkaan katsottiin omaisuudenhoitosopimuksen allekirjoittamalla vahvistaneen, että omaisuudenhoitaja on täyttänyt lain vaatiman tiedonanto- ja selonottovelvollisuutensa.

koskevan sopimuksen, koska asiakkaiden kanssa ei ollut tehty nimenomaista sopimusta varallisuudenhoidosta ja sijoituskonsultoinnista. APL kuitenkin katsoi, että ottaen huomioon pankin markkinointi ja muu toiminta, asiakkailla oli perustellusti ollut oikeus olettaa, että pankki oli solminut heidän kanssaan konsultatiivisen varainhoitosopimuksen. Ratkaisussa APL siis katsoi varainhoitosopimuksen syntyneeksi, vaikka mitään sopimusasiakirjaa ei ollut tehty ja pankki kiisti tällaisen sopimuksen syntymisen.

Arvopaperinvälittäjän on annettava ei-ammattimaiselle sijoittaja-asiakkaalle sijoituspalvelusta ja sen kohteena olevista arvopapereista ne *tiedot, joilla saattaa olla olennaista vaikutusta asiakkaan päätöksentekoon*, jollei se sijoituspalvelun luonteeseen tai muutoin olosuhteisiin nähden ole ilmeisen tarpeetonta.[26] Arvopaperinvälittäjän, joka tarjoaa sijoituspalveluna omaisuudenhoitoa, on pyydettävä asiakkaalta ennen sijoituspalvelun tarjoamista riittävät tiedot tämän *taloudellisesta asemasta, sijoituskokemuksesta* ja *sijoituspalvelua koskevista tavoitteista*. Tätä velvollisuutta ei kuitenkaan ole, jos se asiakkaan sijoituskokemus huomioiden tai muutoin olosuhteisiin nähden olisi ilmeisen tarpeetonta.[27] Näiden tietojen perusteella omaisuudenhoitaja varmistuu siitä, että asiakkaan taloudellinen vastuunkantokyky ja sijoituskokemus ovat riittäviä asiakkaan suunnittelemiin ja tälle suositeltaviin sijoitustoimiin.[28] APL on katsonut, että yleisten sopimusoikeudellisten periaatteiden mukaisesti omaisuudenhoitaja on näyttövelvollinen siitä, että sijoituspolitiikasta ja sijoittamisen riskitasosta on asianmukaisesti sovittu ja että tämä sopiminen on perustunut asiakkaiden taloudellisten olosuhteiden ja sijoitustavoitteiden riittävään selvittämiseen.[29]

## Sijoitusstrategia ja sijoituskohteet

Omaisuudenhoitajan ja asiakkaan velvollisuudet määräytyvät omaisuudenhoitosopimuksessa asetettujen velvoitteiden nojalla. RATA on antanut ohjeen, jossa on esitetty omaisuudenhoitosopimuksen vähimmäissisältö.[30] Ohjeessa määritelty omaisuudenhoitosopimuksen sisältö on siis vähimmäisohjeistus, mikä tarkoittaa, että kaikkien omaisuudenhoitosopimusten tulee täyttää vähintään ohjeessa asetetut edellytykset.[31] Mikäli omaisuudenhoitosopimukseen ei ole sisällytetty kaikkia RATA:n ohjeessa edellytettyjä seikkoja, on sopimus kuitenkin pätevä.

---

[26] AML 4:4 §.
[27] AML 4:3 a §.
[28] APL 789/2002.
[29] APL 1009/2002. Kyseisessä tapauksessa omaisuudenhoitaja oli ilmoittanut, ettei asiakkaiden kanssa tehtyjä kirjallisia sopimuksia ollut löytynyt eikä omaisuudenhoitaja ollut antanut asiassa muutakaan selvitystä. APL katsoi esitetyn näytön perusteella olevan ilmeistä, että omaisuudenhoitaja ei ollut täyttänyt selonottovelvollisuuttaan. Lopullinen kannanotto asiaan olisi kuitenkin vaatinut henkilötodistelun kuulemista eikä APL tämän vuoksi voinut asiaa ratkaista.
[30] Rahoitustarkastuksen ohje arvopaperien säilytyssopimuksista, arvo-osuussopimuksista ja omaisuudenhoitosopimuksista. Nro 201.9, 5.11.1996.
[31] APL 27/2002. Arvopaperivälittäjien yhdistys on julkaissut omaisuudenhoidon mallisopimuksen 2002, ks. www.apvy.fi.

Tällöin tulee tarvittaessa sopimuksen tulkintaa koskevien periaatteiden nojalla pyrkiä määrittämään sopimuksen sisältö. Myös osapuolten välisellä pitkään jatkuneella käytännöllä voi olla vaikutusta sopimusvelvoitteiden sisältöön.[32]

Eräs keskeisimmistä omaisuudenhoitosopimuksen ehdoista on sijoitusstrategiasta ja sijoituskohteista sopiminen. Sopimuksessa on syytä määritellä *sijoitustoiminnan tavoitteet ja miten niihin pyritään*. Määritellyt toimintatavat muodostavat perustan omaisuudenhoitajan vastuun arvioinnille. Sijoituksen *tuottotavoitteista* sovittaessa on sovittava myös sijoitukseen liittyvästä *riskitasosta*. Sopimuksessa on oltava maininta, *mihin kohteisiin varoja saa sijoittaa*. Mikäli eri sijoituskohteiden keskinäisestä suhteesta ei ole rajoituksia, on tästä oltava maininta sopimuksessa. Myös mahdolliset sijoituskohteita koskevat rajoitukset tulee mainita sopimuksessa.[33]

Vaikka sijoitusstrategiasta ja sijoituskohteista olisi sovittu, saattavat osapuolet riitaantua siitä, onko omaisuudenhoitaja hoitanut omaisuutta sopimuksessa sovitun strategian mukaisesti. Lisäksi sijoitusstrategian yksityiskohtaisen sisällön määrittäminen saattaa vaatia sopimuksen tulkintaa. Arvioitaessa sitä, onko omaisuudenhoitaja täyttänyt sopimuksen mukaiset velvoitteensa, saattaa arvioitavaksi tulla yksittäinen sijoitustoimi. Yleensä arviointi tapahtuu kuitenkin omaisuudenhoitajan toimenpiteiden kokonaisarviointina.

Omaisuudenhoitosopimuksessa määritellään yleensä asiakkaan tuottotavoitteet ja omaisuudenhoidon riskitaso. Sopimuksessa määritellyt tuottotavoitteet ja riskitaso sitovat asiakasta, mikäli omaisuudenhoitaja on sopimusta tehtäessä täyttänyt asianmukaisesti omat tiedonanto- ja selonottovelvollisuutensa. *Omaisuudenhoitajan vastuulla on, että sopimuksessa määritellyt tuottotavoitteet ovat saavutettavissa valitulla riskitasolla.* Omaisuudenhoitaja ei voi esimerkiksi ottaa sijoitustoiminnassa sovittua suurempaa riskiä ja vedota siihen, että tavoiteltua tuottoa ei voida saavuttaa valitulla riskitasolla. Mikäli valittu tuotto- ja riskitaso eivät ole suhteessa toisiinsa, tulee omaisuudenhoitajan tiedonantovelvollisuutensa nojalla kiinnittää asiakkaan huomio tähän ristiriitaan. [34]

Arvioitaessa sijoitustoiminnassa sallittua riskitasoa, ovat lähtökohtana omaisuudenhoitosopimuksessa määritellyt sijoitusstrategia ja sijoituskohteet. Lähtökohtana on tällöin sopimuksessa sovittu *tuottotavoite*.[35] Toinen vaikuttava tekijä on *sijoitusaika*.[36] Mikäli tuottotavoite on korkea ja sijoitusaika pitkä on omaisuudenhoitajalla mahdollisuus ottaa melko korkeaakin riskiä.[37] Edellytyksenä on, ettei alemmasta riskitasosta ole sovittu ja että asiakas on ymmärtänyt korkean riskin merkityksen. *Sovitut sijoituskohteet* vaikuttavat myös riskiarviointiin.[38] APL on myös katsonut asiakkaan antaneen itsestään melko korkean riskiprofiilikuvauksen, kun kokonaistuoton yhdeksi osa-alueeksi oli määritelty *myyntivoitot*.[39] Mikäli sovittu sijoituspoli-

---

[32] APL 2182/2002.
[33] RATA ohje 201.9 kohdat 4.3.1 ja 4.3.2.
[34] APL 27/2002.
[35] APL 1951/2002 ja 90/2003.
[36] APL 789/2002 ja 1951/2002.
[37] APL 128/2003.
[38] APL 789/2002 ja 1951/2002.
[39] APL 128/2003.

tiikka on epäselvä tai sijoituspolitiikasta ei ole sovittu lainkaan, voidaan omaisuudenhoidon sallittua riskitasoa arvioitaessa eräänä seikkana arvioida sitä, *kuinka asiakkaan sijoitusvarallisuus oli sijoitettuna omaisuudenhoitosopimuksen alkaessa*.[40] Kun omaisuudenhoito tapahtuu nk. mallisalkku -strategian mukaisesti, saattaa omaisuudenhoitajan mallisalkku ja sen tuotto tietyissä tilanteissa poiketa asiakkaan salkusta.[41]

## Muut sopimusvelvoitteet

*Omaisuudenhoitosopimuksen piiriin kuuluva omaisuus* tulee määritellä selvästi ja yksityiskohtaisesti joko sopimuksessa tai sen liitteessä.[42] Kun sopimuksessa on omaisuudenhoitajaksi määrätty tietty yritys, saa omaisuudenhoitaja määrätä, kenet se kulloinkin määrää asiakkaan varallisuudenhoitajaksi.[43] APL on kuitenkin katsonut, että omaisuudenhoitosuhde on luonteeltaan pitkäaikainen ja luottamukselle rakentuva, minkä vuoksi *vastuuhenkilön usein tapahtuvaa vaihtamista tulee pyrkiä välttämään*.[44] Mikäli asiakas haluaa tietyn henkilön pysyvän hänen varainhoitajanaan, tulee tästä ottaa ehto omaisuudenhoitosopimukseen.

Ajoittain asiakkaat vetoavat siihen, että omaisuudenhoitaja on sopimusta tehtäessä taannut heille tietyn vähimmäistuoton, esimerkiksi vertailuindeksin mukaisen tuoton. Näyttövelvoite tällaisesta *takuutuotosta* on asiakkaalla. APL:ssa käsitellyissä tapauksissa on omaisuudenhoitosopimuksissa ollut sopimusehto, jonka mukaan sijoitusriski kuuluu asiakkaalle eikä asiakas ole pystynyt näyttämään toteen lupausta tuottotakuusta, jolloin tuottotakuuta ei ole katsottu annetun. APL on myös kiinnittänyt huomiota siihen, että tällainen tuottotakuu olisi poikkeuksellinen alan käytännöt huomioon ottaen.[45]

APL on ratkaisukäytännössä käsitellyt *veroseuraamuksista tiedottamista*.[46] Omaisuudenhoitajalla on yleinen tiedonantovelvollisuus mahdollisista veroseuraamuksista. Verotusasiaa ei voi jättää asiakkaan yleisen tietämyksen varaan vain siksi, että veroseuraamuksen syntymisen mahdollisuus on yleisesti tiedossa.

Omaisuudenhoitajan tiedonantovelvollisuus verotusasioista ei ole yhtä laajaa kuin sijoitustoimintaan liittyvistä seikoista. Riittävää on verotusasioiden yleinen informointi muiden asioiden yhteydessä. Verokonsultointia ja tietoa veroseuraamusten euromääristä omaisuudenhoitajan ei tarvitse antaa, vaan ainoastaan korostaa verotuksen merkitystä omaisuudenhoidossa.

---

[40] APL 1009/2002.
[41] APL 1294/2002.
[42] RATA ohje 201.9. Ratkaisussa APL 1294/2002 oli arvioitavana omaisuudenhoitosopimuksen piiriin kuuluva omaisuus.
[43] RATA:n ohjeen 201.9 kohdan 4.3.3 mukaan omaisuudenhoitosopimuksen sopimusehdoissa on mainittava, kuka omaisuudenhoitajan henkilökunnasta on oikeutettu tekemään sijoituspäätökset, tai että omaisuudenhoidosta vastaavasta henkilöstä sovitaan erikseen.
[44] APL 2027/2002.
[45] APL 27/2002 ja 2027/2002.
[46] APL 1174/2002.

Tämän tiedon perusteella asiakas voi itse ratkaista, haluaako hän omaisuudenhoitosopimukseen liitettäväksi verokonsultaation vai haluaako hän itse selvittää kyseiset asiat ja niiden vaikutuksen omaan tilanteeseensa. Omaisuudenhoitajan tulee kuitenkin ottaa huomioon, että arvopaperikaupankäynnin seurauksena syntyvät veroseuraamukset saattavat olla tuntemattomia henkilöille, jotka eivät ole aiemmin harjoittaneet sijoitustoimintaa ja jotka ovat perineet omaisuutensa.[47]

Mikäli omaisuudenhoitaja tarjoaa asiakkaalle *luottoa* sijoitustoimintaa varten, tulee omaisuudenhoitajan varmistua siitä, että asiakas ymmärtää luotolla sijoittamisen riskit. Erityisen huolellinen riskeistä tiedottamisen suhteen tulee olla, kun asiakkaana ovat henkilöt, joiden ymmärrys sijoitustoiminnasta on vähäinen.[48]

Omaisuudenhoitosopimuksen sopimusehdoissa on mainittava, onko omaisuudenhoitajalla oikeus tehdä itsenäisesti sijoituksia asiakkaan lukuun sekä tähän liittyvät mahdolliset rajoitukset. Mikäli asiakas päättää omaisuuteen kohdistuvista toimenpiteistä tai osallistuu päätöksentekoon, on sopimuksessa määriteltävä, miten yhteydenpito järjestetään.[49]

Ratkaisukäytännössä on ollut tilanteita, joissa asiakas on ollut tyytymätön siihen, että omaisuudenhoitaja on tehnyt sijoituspäätökset asiakkaalta kysymättä. APL on katsonut, että hyväksyessään täyden valtakirjan omaisuudenhoitosopimuksen ehdot asiakas on antanut omaisuudenhoitajalle itsenäistä päätöksentekovaltaa, joka on oikeuttanut omaisuudenhoitajan hoitamaan asiakkaan varallisuutta niissä sijoitusstrategian rajoissa, jotka omaisuudenhoitosopimuksessa on määritelty.[50]

*Asiakkaiden antamat ohjeet saattavat tietyissä tilanteissa vaikuttaa omaisuudenhoitajan vastuun arviointiin.* Mikäli sovitusta sijoitusstrategiasta poikkeava omaisuudenhoito johtuu asiakkaan omaisuudenhoitajalle antamista toimiohjeista, ei omaisuudenhoitaja vastaa asiakkaalle tästä aiheutuvista tappioista.[51] Esimerkiksi asiakkaiden antama myyntikielto tietyille osakkeille laskevien kurssien aikaan vaikeuttaa omaisuudenhoitajan mahdollisuuksia tappioiden minimoimiseen.[52]

Omaisuudenhoitajalle on asetettu AML 4 luvussa tiedonanto- ja selonottovelvollisuuksia. Lisäksi omaisuudenhoitajan on toimeksiantoa toteuttaessaan noudatettava *yleistä huolellisuusvelvoitetta*. Omaisuudenhoitajalla on aina oltava *asiakkaan etu ensisijaisena toimeksiannon toteuttamistapaa määräävänä periaatteena*. Omaisuudenhoitaja ei saa aiheettomasti antaa toimeksiantoja asiakkaan lukuun.[53] Omaisuudenhoitajalla on myös velvollisuus *raportoida* tekemistään toimenpiteistä asiakkaalle ja sopimuksessa on mainittava, miten ja milloin raportointi tapahtuu sekä raportoinnin sisältö. Verotusta varten tarvittavat tiedot on lähetettävä

---

[47] APL 621/2002, jossa APL katsoi sijoitusneuvojan laiminlyöneen neuvontavelvollisuutensa myyntivoittoverotuksen osalta. Ratkaisua on selostettu teoksessa Hoppu s. 336–338.
[48] APL 1183/2002.
[49] RATA ohje 201.9 kohta 4.3.3. ja HE 110/03 s. 20.
[50] APL 18/2003, 1189/2002 ja 128/2003.
[51] APL 1009/2002.
[52] APL 789/2002.
[53] RATA ohje 201.7 kohta 5.2.1.

asiakkaalle riittävän ajoissa ja määräaika on kirjattava sopimukseen täsmällisesti.[54] Omaisuudenhoitajan tulee jatkaa sopimuksenmukaista raportointiaan siitä huolimatta, vaikka toteutuneita toimeksiantoja ei olisikaan.[55]

Edellä selostetut omaisuudenhoitajalle asetetut velvoitteet eivät kuitenkaan poista asiakkaan sopimusoikeudellisia velvoitteita.[56] *Asiakkaan huolellisuusvelvollisuuteen* kuuluu, että sopimusta tehtäessä hän *perehtyy riittävästi sopimuksen sisältöön*.[57] Asiakkaan tulee myös *seurata* omaisuudenhoitajan hänelle lähettämiä *kaupankäyntiraportteja*. Ratkaisussa 18/2003 APL katsoi, että asiakas ei ollut toiminut sopimusehtojen mukaisesti riittävän huolellisesti ja seurannut kaupparaporttien kehitystä. Rahaliikennetilin seuraaminen arvopaperikaupan osalta ei ollut riittävää vaan seurannan oli oltava yhtä aktiivista ja huolellista myös toimeksiannoista toimitettujen raporttien ja omaisuusluetteloraporttien osalta. Mikäli omaisuudenhoitaja laiminlyö raportointivelvollisuutensa, saattaa asiakkaalla olla velvollisuus vahingon minimoimiseksi hankkia oma-aloitteisesti tietoja esimerkiksi puhelimitse tai verkkopankin kautta.[58] Lisäksi asiakkaalla saattaa olla velvollisuus vaatia omaisuudenhoitajaa raportoimaan.[59] Asiakkaan huolellisuusvelvollisuuden laajuutta arvioitaessa tulee kuitenkin aina ottaa huomioon asiakkaan sijoituskokemus ja sijoitustoiminnan tuntemus.

Asiakkaalla on velvollisuus kaikilta osin *myötävaikuttaa* omaisuudenhoitajan mahdollisuuksiin toteuttaa toimeksianto. Esimerkiksi ennen omaisuudenhoitosopimuksen tekemistä hankittujen arvopaperien hankinta-ajankohtien ja -hintojen selvittämisvelvollisuus on ensisijaisesti asiakkaalla, jollei asiasta ole omaisuudenhoitosopimuksessa muuta sovittu.[60]

Konsultatiivisessa varainhoidossa asiakas tekee itsenäisesti kaikki sijoituspäätökset. Arvopaperinvälittäjä tarjoaa sopimuksen perusteella asiakkaalle sijoitusneuvontaa sijoituspäätösten tueksi. Vaikka asiakas käyttää apuna sijoituspäätöksiä tehdessään arvopaperinvälittäjän sijoitustutkimuksia ja osakekohtaisia suosituksia, on vastuu sijoituspäätöksistä sekä niiden taloudellisista vaikutuksista asiakkaalla itsellään.

APL on ratkaisukäytännössä arvioinut *sijoitusneuvonnan merkitystä*.[61] APL katsoi sijoitusneuvonnan osalta sijoitustutkimuksen olevan vain yksi sijoitusmarkkinoista tietoa antava informaatiokanava. Sijoitustutkimuksessa annetaan tietoa vain ennen julkaisuhetkeä vallinneesta taloudellisesta tilanteesta, joka arvopaperimarkkinoilla voi muuttua erittäin lyhyessä ajassa. Tämän lisäksi sijoitustutkimus sisältää tutkimuksen laatijan arvioita tulevaisuuden kehittymisestä. Nämä ovat seikkoja, jotka sijoittajan on ymmärrettävä ja jotka tulevat selvitetyiksi viimeistään siinä vaiheessa, kun sijoituspalvelua koskeva asiakassopimus on allekirjoitettu. APL:n mukaan sijoituskonsultointia koskevan sopimuksen perusteella pankki parhaan

[54] RATA ohje 201.9 kohta 4.6.
[55] APL 1183/2002.
[56] RATA:n ohjeessa 201.9 kohdassa 4.10 on säännöksiä asiakkaan vastuusta.
[57] APL 1189/2002 ja 1951/2002.
[58] APL 1183/2002.
[59] APL 1294/2002.
[60] APL 1174/2002.
[61] APL 1183/2002.

tietämyksensä rajoissa neuvoi asiakasta varojen sijoittamisessa, mutta asiakas itse teki sijoituspäätökset ja vastasi sijoitustoiminnan taloudellisesta tuloksesta.

## Reklamaatio

Mikäli sopijakumppani huomaa vastapuolen rikkovan sopimusta, tulee hänen huomauttaa siitä vastapuolelle eli *reklamoida* säilyttääkseen oikeutensa esittää vaatimuksia vastapuolen sopimusrikkomuksen perusteella. Reklamaation suorittamisvelvollisuudesta ja -tavasta voidaan myös sopia sopimuksessa.

Omaisuudenhoitosopimuksessa on mainittava *reklamaatioajasta* ja sen *alkamisajankohdasta*. Osapuolilla on oltava riittävän pitkä aika esittää huomautuksia toistensa toimenpiteistä. Reklamaatioajan pituus riippuu siitä, miten usein informaatiota on sovittu lähetettäväksi. Esimerkiksi, mikäli raportointi tapahtuu kerran kahdessa viikossa, niin reklamointiajankin tulee olla vähintään kaksi viikkoa. Jos raportointi tapahtuu harvemmin kuin kerran kuukaudessa, kohtuullisena voidaan pitää, että reklamointiaika on vähintään kuukausi. Reklamointiajan tulee alkaa siitä, kun osapuoli on saanut tiedon toimenpiteestä.[62]

Jos kyseessä on tietty omaisuudenhoitajan sopimuksenvastainen toimi, esimerkiksi suuri osakekauppa, alkaa reklamointivelvollisuus siitä, kun asiakas saa tiedon tehdystä toimenpiteestä. Yleensä tämä tapahtuu viimeistään silloin, kun asiakas saa raportin salkussa tehdyistä toimenpiteistä.[63]

Monesti reklamaation kohteena ei ole vain tietty omaisuudenhoitajan toimi vaan asiakas saattaa katsoa, että omaisuudenhoitajan *sijoitusstrategia poikkeaa kokonaisuutena sovitusta*. APL on tältä osin todennut, että yleisen sopimusoikeudellisen periaatteen mukaan sopimuspuolen tulee puuttua toisen osapuolen sopimuksenvastaiseen menettelyyn reklamoimalla tästä. Jos toinen osapuoli ei asiaan reagoi, voidaan hänen katsoa hyväksyneen sopimuskumppanin menettelyn. Omaisuudenhoitotoiminta ei kuitenkaan perustu vain yksittäisiin osto- tai myyntitapahtumiin vaan asioita tulee arvioida kokonaisuutena. Tämän vuoksi asiakkaan ei edellytetä reagoivan yksittäisiin tapahtumiin vaan vasta kohtuullisessa ajassa siitä, kun hän katsoo, että omaisuudenhoitajan toiminta kokonaisuutena arvioiden poikkeaa sovitusta.[64] Myös silloin, kun sopimuksessa on sovittu tietty *määräaika reklamaation tekemiselle*, lasketaan tämän määräajan alkamisajankohta siitä, kun asiakas havaitsi tai hänen olisi tullut havaita, että omaisuudenhoitajan toiminta kokonaisuutena arvioiden poikkeaa sovitusta.

Arvioitaessa sitä, milloin asiakkaan olisi tullut havaita omaisuudenhoitajan toiminnan poikkeavan sovitusta sijoitusstrategiasta, tulee ottaa huomioon asiakkaan asiantuntemus sijoitustoiminnasta. *Ratkaisevaa reklamaatiovelvollisuuden alkamisajankohdan osalta on se, mitä*

---

[62] RATA:n ohje 201.9 kohta 3.1.6.
[63] APL 1174/2002.
[64] APL 1500/2002. Reklamointi on ollut esillä myös ratkaisuissa APL 1294/2002, 1555/2002, 2177/2002 ja 128/2003.

*asiakas on voinut ymmärtää salkkuraporteista ja omaisuudenhoitajan toiminnasta.* Kokeneelta sijoittajalta voidaan edellyttää enemmän kuin kokemattomalta. Esimerkiksi omaisuudenhoitajan poikettua sopimuksessa sovitusta toimialapainotuksesta on sijoitustoimintaa tuntevalla henkilöllä velvollisuus reklamoida tästä. Sen sijaan sijoitustoimintaa tuntematon henkilö ei välttämättä salkkuraportista ilmenevien tietojen nojalla pysty päättelemään, millä toimialoilla salkussa olevien osakkeiden liikkeeseenlaskijat toimivat. Tällöin hänellä ei ole myöskään reklamaatiovelvollisuutta eikä hän menetä oikeuksiaan jättämällä reklamoimatta.

Reklamaatioajan kuluttua umpeen katsotaan osapuolen hyväksyneen vastapuolen toiminnan. Sijoitustoiminnassa on erityisen tärkeää pitää kiinni sovituista reklamaatioajoista. APL on todennut, että kohtuullisen ajan jälkeen tapahtuvaa reklamointia ei voida omaisuudenhoitoasioissa pitää riittävänä, koska *tällöin ei kysymys enää välttämättä ole vastapuolen toimien arvioinnista, vaan myös toiminnan taloudellisen lopputuloksen jälkikäteisestä arvioinnista.*[65]

Reklamaatio voidaan suorittaa *vapaamuotoisesti*. Sopimuksessa voidaan kuitenkin asettaa reklamaatiolle muotovaatimus, esimerkiksi että se tulee tehdä kirjallisesti. Reklamaatiossa tulee *yksilöidä sopijakumppanin sopimusrikkomus*. Mitä tahansa tyytymättömyyden ilmaisua ei voida katsoa reklamaatioksi. Tapauksessa 1189/2002 oli APL:lle toimitettu materiaalia asiakkaan ja pankin välisistä puhelinkeskusteluista. Näissä keskusteluissa asiakas ja salkunhoitaja olivat käyneet läpi asioita yleisellä tasolla. Keskusteluja ei APL:n mukaan voitu tulkita siten, että ne olisivat olleet asiakkaan yksilöityjä suullisia reklamaatioita sopimussuhteesta tai salkunhoitoa koskevia muutosvaatimuksia. APL katsoi, etteivät keskustelut tukeneet asiakkaan väittämää siitä, että hän olisi ollut tyytymätön pankin toimintaan.

## Vahingonkorvaus

Sopimusperusteisen vahingonkorvausvastuun syntyminen edellyttää *vastuuperustetta*, *aiheutunutta vahinkoa* sekä *syy-yhteyttä* vastuuperusteen ja aiheutuneen vahingon välillä. Vastuuperusteena sopimusperusteisessa vastuussa on *sopimusvelvoitteiden rikkominen*. Omaisuudenhoitaja voi joutua vahingonkorvausvelvolliseksi, jos hän on rikkonut sopimusvelvoitteitaan, esimerkiksi hoitanut asiakkaan omaisuutta sovitun sijoitusstrategian vastaisesti. Näin ollen omaisuudenhoitosopimuksen sisältö on lähtökohta omaisuudenhoitajan vastuun arvioinnille.

Vahingonkorvausvelvollisuus voi syntyä ainoastaan, jos asiakas on *kärsinyt vahinkoa* omaisuudenhoitajan menettelyn johdosta. Esimerkiksi omaisuudenhoitajan rikkoessa velvoitettaan huomauttaa asiakkaalle veroseuraamuksista ei hän kuitenkaan joudu vahingonkorvausvelvolliseksi, jos veroseuraamukset eivät olisi olleet vältettävissä, vaikka asiakkaalla olisi ollut oikeat tiedot verotuksesta. Tässä tilanteessa asiakkaalle ei ole aiheutunut vahinkoa omaisuudenhoita-

[65] APL 2182/2002.

jan menettelystä. Myöskään sovitun raportoinnin laiminlyöminen ei välttämättä aiheuta asiakkaalle vahinkoa.[66]

Asiakkaalle aiheutuneen vahingon tulee olla syy-yhteydessä omaisuudenhoitajan sopimusrikkomukseen eli *vahingon tulee olla seurausta omaisuudenhoitajan menettelystä*. Esimerkiksi *omaisuudenhoitajan poikettua sovitusta sijoitusstrategiasta* tulee hänen korvata asiakkaalle aiheutunut vahinko, mikäli toteutettu sijoitusstrategia on johtanut huonompaan taloudelliseen tulokseen kuin mihin sovitun sijoitusstrategian noudattaminen olisi johtanut.[67] Jos kuitenkin sopimuksen vastainen sijoitusstrategia on johtanut parempaan lopputulokseen kuin sopimuksen mukainen strategia, ei asiakkaalle ole aiheutunut vahinkoa. Jos omaisuudenhoitaja on poikennut sovitusta sijoitusstrategiasta ja asiakkaalle aiheutuneet tappiot ovat johtuneet siitä, että kaikkien osakkeiden kurssit ovat laskeneet, ei omaisuudenhoitaja myöskään ole vahingonkorvausvelvollinen, koska asiakkaan tappiot eivät ole johtuneet omaisuudenhoitajan sopimusrikkomuksesta. Jos kuitenkin omaisuudenhoitaja on poikennut esimerkiksi sovitusta toimialapainotuksesta ja sopimuksenvastaisesti painotetulla toimialalla kurssit ovat laskeneet enemmän kuin sopimuksenmukaisella toimialalla, tulee asiakkaalle korvata hänelle sopimusrikkomuksesta aiheutunut tappio.

Myös *liian aktiivinen kaupankäynti* voi johtaa vahingonkorvausvelvollisuuden syntymiseen. Ratkaisussa 1951/2002 APL totesi, että asiakkaan edun suojaaminen voi sinänsä edellyttää omaisuudenhoitajalta tiivistä kaupankäyntiä. Kaupankäynnin aktiivisuus voi korostua erityisesti sellaisessa vaiheessa, jolloin markkinat ovat muuttuvassa tilanteessa. Sopimuksen tarkoittamalla omaisuudella harjoitettu kaupankäynti oli kuitenkin ollut poikkeuksellisen vilkasta. Ajanjaksolla 23.3.2000–1.2.2001 oli toteutettu 167 osakekauppaa. APL katsoi, ettei tällainen poikkeuksellisen runsas kaupankäyminen ollut käsillä olleessa tapauksessa parhaalla tavalla vastannut asiakkaan etua, kun huomioon otettiin tästä asiakkaalle koituneet kulut.

Sopimusoikeudellinen vastuu on pääsääntöisesti *tuottamusvastuuta*. Korvausvelvollisuuden syntyminen edellyttää, että sopimusrikkomus johtuu rikkoneen sopijapuolen tai hänen vastuullaan toimivan *huolimattomuudesta*. Tuottamuksen asteella ei ole merkitystä. Lähtökohtaisesti lieväkin tuottamus aiheuttaa täyden korvausvastuun. Eräänä sopimusoikeudellisen vastuun ominaispiirteenä on se, että sopijakumppani *vastaa myös käyttämiensä itsenäisten apulaisten* sopimusvelvoitteiden täyttämisessä vastapuolelle aiheuttamista vahingoista. Tällaisten apulaisten tuottamuksellisesti aiheuttama vahinko aiheuttaa korvausvelvollisuuden sopijakumppania kohtaan. Jos esimerkiksi asiakkaan salkunhoito on ulkoistettu, on omaisuudenhoitaja vahingonkorvausvastuussa asiakasta kohtaan, vaikka vahinko johtuisi ulkopuolisen salkunhoitajan menettelystä.[68]

---

[66] APL 1183/2002.

[67] APL 27/2002.

[68] RATA:n ohjeen 201.7 kohdassa 5.2.3.5 on säädetty, jos omaisuudenhoitaja aikoo ulkoistaa asiakkaan arvopaperisalkun hoitamisen osittain muun sijoituspalveluyhteisön hoidettavaksi, on tästä oltava ehto omaisuudenhoitosopimuksessa. Sijoituspalveluyhteisö, jolle salkunhoito ulkoistetaan, on nimettävä sopimuksessa.

Arvioitaessa sitä, onko omaisuudenhoitaja toiminut huolimattomasti, kiinnitetään huomiota niihin tietoihin jotka omaisuudenhoitajalla on ollut tai olisi pitänyt olla käytettävissä, *kun toimenpiteeseen ryhdyttiin*.[69] Omaisuudenhoitaja joutuu tekemään sijoituspäätöksensä sillä hetkellä saatavilla olevan ja vallitsevan markkinanäkemyksen varassa.[70]

Sopimusoikeudellisen vahingonkorvausvastuun osalta sovelletaan nk. *käännettyä todistustaakkaa*. Vahinkoa kärsineen sopijapuolen tulee osoittaa, että hän on kärsinyt sopimussuhteen johdosta vahinkoa, joka johtuu sopijakumppanin tai tämän vastuulla olevan itsenäisen apulaisen menettelystä. Tämän jälkeen sopijakumppanin on vastuusta vapautuakseen osoitettava, että hän tai hänen vastuullaan oleva itsenäinen apulainen ei ole menetellyt tuottamuksellisesti. Mikäli sopijakumppani ei tätä pysty osoittamaan, hän joutuu korvaamaan vahingon, vaikkei tosiasiassa olisikaan menetellyt tuottamuksellisesti.

Kun sopimuskumppani on vahingonkorvausvelvollinen, tulee arvioitavaksi *vahingon määrä*. Lähtökohtana on täyden korvauksen periaate. Sopijakumppani tulee saattaa taloudellisesti siihen tilanteeseen missä hän olisi ollut, jollei sopimusrikkomusta olisi tapahtunut. Omaisuudenhoitosopimusten osalta vahingon määrän arviointi on kuitenkin usein hankalaa.

Vahingon määrä arvioidaan siten, että toteutunutta omaisuudenhoidon taloudellista tulosta verrataan sopimuksen mukaiseen tulokseen. Yleensä toteutunut omaisuudenhoidon tulos on vaivatta selvitettävissä. Sen sijaan sopimuksenmukaisen toiminnan taloudellisen tuloksen määrittäminen on usein vaikeaa. Tämä johtuu siitä, että yleensä omaisuudenhoitosopimuksen mukaisia tapoja hoitaa omaisuutta on useita. Tällöin ei voida määrittää juuri tiettyä omaisuuden allokaatiota, jonka mukaan vahinko laskettaisiin. Omaisuudenhoitosopimusten sijoitusstrategia jättää yleensä omaisuudenhoitajalle valinnanvapautta sen suhteen, kuinka eri sijoituskohteita painotetaan. Tämän vuoksi sopimuksen mukaisia omaisuuden allokaatioita on useita. Tästä johtuen vahingon määrä joudutaan usein *arvioimaan*.

Ratkaisussa 27/2002 APL on todennut, että vahingon määrän arviointi tulisi tehdä ensi sijassa sen mukaan, millaiseen taloudelliseen tulokseen sopimuksen mukainen neutraali riskitaso olisi sijoituspäätöksiä ohjaavana toimintapolitiikkana johtanut. Tätä ei kuitenkaan jälkeenpäin voitu yksityiskohtaisesti selvittää, koska sopimuksen edellyttämä sijoitusinstrumenttien koostumus olisi voitu toteuttaa lukuisilla erilaisilla kombinaatioilla. Tämän vuoksi APL arvioi aiheutuneen vahingon määrän. Kyseessä olleen omaisuudenhoitosopimuksen vertailuindeksiksi oli asetettu HEX-portfolioindeksi. Kun muutakaan ei ollut sopimuksen edellyttämän sijoituspolitiikan sisällöstä esitetty, APL otti lähtökohdaksi arvion, jonka mukaan neutraali riskitaso olisi johtanut HEX-portfolioindeksin mukaiseen sijoitusomaisuuden arvon kehitykseen. Tämän mukaan asiakkaille aiheutuneeksi vahingoksi katsottiin se määrä, jolla heidän sijoitusomaisuutensa arvo oli alempi kuin se olisi ollut HEX-portfolioindeksin kehitykseen verrattuna.[71]

---

[69] APL 1174/2002.
[70] APL 128/2003.
[71] Myös ratkaisussa 1951/2002 APL on arvioinut vahingon määrän.

Omaisuudenhoitosopimukseen saattaa sisältyä *vastuunrajoituslausekkeita*, joilla omaisuudenhoitaja pyrkii vahingonkorvaustilanteessa rajoittamaan omaa vastuutaan siitä, mikä se lain mukaan olisi. Lähtökohtaisesti tällaiset vastuunrajoituslausekkeet ovat päteviä, kunhan ne eivät ole asiakkaan kannalta kohtuuttomia. RATA on ohjeessa[72] todennut, että omaisuudenhoitaja ei aina voi sopimuksen määräyksillä kokonaan sulkea pois vastuutaan sijoitustoiminnan tuloksesta. Omaisuudenhoitaja vastaa joka tapauksessa siitä, että hän pyrkii huolellisesti ja ammattitaitoisesti saavuttamaan sijoitustoiminnalle asetetut tavoitteet. Omaisuudenhoitajan vastuu kohdistuu kuitenkin ainoastaan tehtyihin toimenpiteisiin, ei toiminnan tulokseen sinänsä. Vastuu toiminnan voitoista tai tappioista on asiakkaalla.

Vastuunrajoitusehtoihin sovelletaan normaaleja *sopimuksen tulkintaperiaatteita*. Omaisuudenhoitosopimuksen ehdot ovat yleensä *vakioehtoja*, joten niiden tulkinnan osalta on voimassa nk. *epäselvyyssääntö*. Tämä tarkoittaa, että sopimusehdon ollessa epäselvä, sen sisällöksi vahvistetaan asiakkaan kannalta edullisin tulkinta. Lisäksi vastuunrajoitusehtoja *tulkitaan suppeasti*. Toimenpiteen tulee selvästi kuulua vastuunrajoitusehdon alle. Mikäli on epäselvää, kattaako vastuunrajoitusehto tietyn toimenpiteen, ei vastuunrajoitusehtoa sovelleta kyseiseen toimenpiteeseen.

Vahingot on perinteisesti eroteltu *välittömiin* ja *välillisiin vahinkoihin*. Erottelu perustuu ajatukseen, että sopimusrikkomuksesta aiheutuu sopimuskumppanille ensin tietty välitön vahinko, mistä erityisten olosuhteiden vuoksi saattaa seurata sopimuskumppanille myös välillistä vahinkoa.[73] Välillisiin vahinkoihin on perinteisesti katsottu kuuluvaksi erityisesti sopimusrikkomuksen aiheuttama tulon menetys eli saamatta jäänyt tuotto.[74]

Omaisuudenhoitosopimuksen avulla asiakas tavoittelee tuottoa omaisuudelleen. Mikäli omaisuudenhoitaja aiheuttaa menettelyllään vahinkoa asiakkaalle, saattaa asiakkaalle sopimusrikkomuksen vuoksi aiheutua tulon menetystä. Koska omaisuudenhoitosopimuksen tavoitteena on nimenomaan tuoton saaminen, *ei saamatta jäänyt tuotto ole omaisuudenhoitosopimuksen osalta välillistä vahinkoa.* Sen sijaan kyseessä on suoraan sopimusrikkomuksen perusteella aiheutuva *välitön vahinko*.

Omaisuudenhoitaja saattaa olla sopimusehdoissa otsikon ”välillinen vahinko” alla rajannut asiakkaan saamatta jääneen tuoton oman korvausvastuunsa ulkopuolelle. Koska saamatta jäänyt tuotto on omaisuudenhoitosopimuksen osalta välitöntä vahinkoa, ei tällainen vastuunrajoitusehto edellä esitetyt tulkintasäännöt huomioon ottaen välttämättä estä korvauksen määräämistä.[75]

---

[72] RATA ohje 201.9 kohta 4.9.
[73] Hemmo, Mika, Sopimusoikeus II. Helsinki 2003, s. 272–273.
[74] Hemmo s. 278.
[75] APL 1706/2002.

Juha Häyhä

# Vakuutussopimus ja kolmas

## Kysymyksenasettelu

### Kolmas ja sopimus

Professori Esko Hoppu on tunnettu paitsi vakuutus- ja vahingonkorvausoikeuden erityisasiantuntemuksestaan, myös laajemmin siviilioikeuden yleisosaajana. Monipuolinen harrastuneisuus antaa eväitä syventää näkökulmaa yleisemmästä käsin silloin, kun kirjoittelun kohteena on ollut jokin siviilioikeuden erityisala. Professori Hopun vakuutusoikeudellista kirjoittelua leimaakin tietoisuus kulloinkin tarkastelun kohteena olevan erityisproblematiikan yhteyksistä siviilioikeuden yleisiin oppeihin. Omaakin vakuutusoikeudellista kirjoitteluani ohjannut elämys sopimusoikeuden ja vakuutusoikeuden ongelmallisesta suhteesta lienee perua niistä lukuisista vakuutusoikeudellisista seminaareista, joita yhdessä 1980-luvulla vedimme. Siksi onkin soveliasta kertoa tässä yhteydessä jotakin tuolloin virinneen uteliaisuuden tuloksista.

Teemaksi olen valinnut kahdessa monografiassa käsittelemäni aiheen vakuutussopimus ja kolmas.[1] Aihe edustaa sopimusoikeuden klassikoita ja antaa hyvät lähtökohdat käydä tutkimuksellista vuoropuhelua sopimusoikeuden yleisten periaatteiden ja vakuutustoiminnan erityisten olosuhteiden välillä. Oma ajatteluni on ehkä hieman kypsynyt edettäessä väitöskirjasta jälleenvakuutuksen ongelmia käsittelevään teokseen. Olennainen muutos koskee kysymisen tapaa. Jälleenvakuutusta koskevan teoksen tultua loppuunmyydyksi on tuon teoksen tuloksia esiteltävä artikkelimuodossa.

Liikkeelle on kuitenkin syytä lähteä sopimusoikeuden lähtökohdista. Kerrataan siis sopimusoikeuden lähtökohtainen asennoituminen otsikon teemaan.

Sopimusvelvoite saattaa sopimusoikeuden pääperiaatteiden mukaan perustua vain kahden osapuolen vapaaehtoisuuteen. Sopimus on 'kahden kauppa', se antaa oikeuksia ja velvoitteita vain sen osapuolille. Sopimusoikeus on näin ymmärrettynä yksilöiden oikeutta. Oikeussuhteiden perustaminen, sisällön määrittäminen, muuttaminen ja lakkauttaminen ovat osapuolten

[1] Ks. Juha Häyhä, Sopimus, laki ja vakuutustoiminta, 1996, s. 326–357 ja sama Jälleenvakuutus sopimuksena, 2000, s. 352–412.

itsensä asiana. Tähän periaatteelliseen lähtökohtaan on hankalaa istuttaa ajatusta, jonka mukaan sopimuksella saattaisi olla vaikutuksia jonkun ulkopuolisen, kolmannen oikeusasemaan. Vain sopimuksen osapuolet ovat oikeutettuja sääntelemään keskinäisiä välejään sopimusehtojen avulla.

Sopimusoikeudessa on käyty kosolti keskustelua siitä, onko ulkopuolisilla minkäänlaista itsenäistä oikeutta perustaa oikeudellisesti suojattuja odotuksia sellaisen sopimuksen ehtoihin, jonka osapuoli asianomainen ei itse ole.[2] On pidetty selvänä, että *kolmannelle ei voida asettaa sopimusoikeudellisia velvoitteita ilman hänen suostumustaan*. Tällaisen sopimusoikeudellisen asennoitumisen tueksi on tapana vedota johdonmukaisuuteen tiettyjen periaatteellisten näkökohtien kanssa. Yksityisautonomian lähtökohtiin soveltuu ajatus, jonka mukaan on väärin asettaa yksilölle velvoitteita ilman asianomaisen omaa myötävaikutusta.[3]

Periaate, jonka mukaan sopimuksen oikeusvaikutukset rajataan yksin sen osapuoliin, voidaan kytkeä myös ajatukseen vastavuoroisuudesta oikeudenmukaisten sopimusvelvoitteiden mittana. Vaihdannan kannustinjärjestelmän katsotaan edellyttävän, että taloudellisen toiminnan tulokset hyödyttävät ainoastaan siihen osallistuvia. Toimintaan osallistumattomilla ulkopuolisilla ei siten olisi oikeutta nauttia toisten aktiivisuuden hedelmistä. Tähän lähtökohtaan nähden johdonmukaista on edellyttää, ettei sellaista asioiden tilaa tulisi sallia, jossa henkilö on oikeutettu sopimuksen tuottamiin etuuksiin mutta vapautettu sen sisältämiltä vastuilta.[4]

Näistä mietteistä saadaan tiivistettyä sopimusopin periaate, jonka mukaan *kolmas ei voi edukseen vedota sellaiseen sopimukseen, jonka osapuoli hän ei ole*. Tätä teesiä sopimusopissa tulisi kunnioittaa, jos halutaan ylläpitää johdonmukaista yhteyttä klassisen taloustieteen työnjakoa ja taloudellisten toimijoiden motivaatiorakennetta koskeviin lähtökohtiin. Tässä kirjoituksessa juuri tämän periaatteen pitävyys on keskeisen huomion ja koettelun kohteena. Tarkoitus on arvioida teesin pitävyyttä vakuutusympäristössä.

## Periaatteellisia ongelmia

Vaikka kuvattu sopimusoikeuden perusasennoituminen näyttää sopimusopin ajatuksellista taustaa vasten ymmärrettävältä, on tavallaan paradoksaalista, että sopimusajattelun oma perinne tuottaa myös argumentteja, jotka tukevat kolmannen itsenäistä oikeusasemaa. Tahdon-

---

[2] Ks. esim. John Adams & Roger Brownsword, Key Issues in Contract, 1995, s. 125–161 ja samat The Modern Law Review 1997, s. 238–264, Carl Jacob Arnholm, Laerebok i avtalerett, 1978, s. 84, Niklas Bruun, Beställningsforskning i högskola. En avtalsrättslig studie, 1985, Hugh Collins, The Law of Contract, 1993, s. 283, Y. J. Hakulinen, Velvoiteoikeus, 1965, s. 192–207, Leena Kartio, Sopimus ja kolmas, Oikeustiede –Jurisprudentia XXX, s. 152–163, Juha Pöyhönen, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu, 1988, s. 226–229, Eva Tammi-Salminen, Sopimus, kompetenssi ja kolmas, 2001, L. E. Taxell, Avtalsrättens normer, 1987, s. 20, K. A. Telaranta, LM 1954, s. 183 ja sama Sopimusoikeus, 1990, s. 444–450.

[3] Ks. esim. Hugh Collins, s. 287, jossa tämä perustelu on muotoiltu vertaamalla sopimuksia avioliiton henkilökohtaisuutta edellyttävään luonteeseen: ”– – contractual rights and duties remain personal to those who create them; all contracts resemble a marriage in so far as no third party can claim the right to share the intimate relations established between spouses”.

[4] Ks. David Gauthier, Morals by Agreement, 1987, s. 200–220.

vapautta koskeva argumentti tulee ongelmalliseksi, jos ajatellaan, että sopimuksen molemmat osapuolet ovat nimenomaan tahtoneet, että kolmas saisi sopimuksen perusteella jonkun oikeuden. Jos kolmannelle ei suotaisi itsenäistä vaadeoikeutta tällaisen sopimuksen perusteella, loukataan sopimuksen osapuolten tahtoa.

Sopimuksen vaikutus tulisi näin ollen toiseksi kuin mitä sen osapuolet ovat tahtoneet, ellei kolmannen oikeusasemaa noteerattaisi. Jos osapuolet tahtovat, että kolmas saisi oikeuden, eikö ole johdonmukaista ajatella, että he myös tahtovat tuon oikeuden olevan tehoisa. Sopimuksen osapuolten tahdon on siksi katsottava ulottuvan myös siihen, että oikeustoimen ulkopuolinen kolmas saa sopimuksen perusteella itsenäisen oikeuden.

Periaatteellinen lähestymistapa näyttää myös helposti johtavan ristiriitaan sopimuksen pysyvyyttä korostavan 'sopimukset on pidettävä' -periaatteen kanssa. Jos kolmas, jolle sopimuksessa on luvattu jokin etuus, ei tule oikeutetuksi vetoamaan sopimukseen, ei sopimus ole tältä osin sitova. Johdonmukaisuuden näkökulmasta tähän kantaan kytkeytyy lisäksi kiusallinen piirre, jos mittana pidetään periaatetta 'lupaukset on pidettävä'. Näin sallitaan se, että sopimuksen osapuolet voivat rikkoa lupauksensa.

Vastavuoroisuuden sopimusoikeudellisten oikeusvaikutusten edellytykseksi asettava kanta puolestaan muuttuu pulmalliseksi tilanteessa, jossa jompikumpi sopimuksen osapuolista kieltäytyy toteuttamasta kolmannen sopimuksenmukaista oikeutta. Jos ajatellaan, että vain sopimuskumppaneilla on oikeus vaatia sopimuksen täyttämistä, kohdataan käänteisesti sama vastavuoroisuutta koskeva ongelma, jonka ratkaisuna piti olla se, ettei vaadeoikeutta voida suoda kolmannelle. Sopimuksen osapuolihan asetettaisiin tässä tapauksessa velvolliseksi vaatimaan sellaista, mistä hän itse ei saa vastiketta.

## Teorian tasolta käytäntöön

Kuvatulta abstraktiotasolta esitettävissä olevat ongelmat osoittavat, kuinka hankalaa on saavuttaa johdonmukaista otetta ongelmaan näistä lähtökohdista. Yleisen tason argumenteilla saatetaan perustella toisiinsa nähden yhteensopimattomia lopputulemia. Arviointi saa erilaisen sisällön siitä riippuen, kenen näkökulmasta asiaa arvioidaan, miten osallisten oikeuksia ja velvoitteita painotetaan ja minkälaisia kriteereitä hyödynnetään.

Tällainen teoretisointi on varmasti omiaan tuomaan asiayhteyden oikeudelliseen käsittelyyn tärkeitä näkökohtia, mutta käytännön oikeuselämän tarpeet edellyttävät täsmällisempää otetta. Käytännön sopimustoimintaa ajatellen päättely jättää tässä käsiteltävän kysymyksen osalta vielä vastausta vaille useita hankalia kysymyksiä.[5]

Kirjallisuuden seuraaminen todistaa, että sopimusoikeuden ei enää katsota poikkeuksetta edustavan käsitystä, jonka mukaan sopimuksen oikeusvaikutukset rajautuisivat vain sopimuksen osapuoliin. Melko yleisen kannan mukaan on pidetty mahdollisena synnyttää kolmannelle

[5] Täsmällisyyttä sopimus ja kolmas keskusteluun kaipaa mm. Leena Kartio, ks. Kartio, Oikeustiede – Jurisprudentia 1997, s. 155–156. Ks. myös edellä alaviitteessä 2 mainittu Hugh Collins, s. 289-292.

osapuolelle oikeuksia kahden osapuolen tekemän sopimuksen avulla.[6] Hankalampi ongelma on kuitenkin se, minkälainen oikeus kolmannella osapuolella on vedota tällaisen sopimuksen tuottamaan oikeuteen? Onko kysymyksessä kaikissa suhteissa kypsä yksityisoikeudellinen vaadeoikeus? Ovatko sopimuksen alkuperäisten osapuolten oikeudet muuttaa sopimuksen sisältöä tai lakkauttaa sopimus jotenkin rajautuneempia, jos kolmannelle tunnustetaan oikeuksia heidän tekemänsä sopimuksen perusteella?

Kuvattujen ongelmien vuoksi oikeudellisessa päättelyssä on ilmeistä tarvetta täsmällisempään otteeseen. On ehkä perusteltua luopua yrittämästä ratkoa ongelmaa yhdellä kertaa ja yleisesti, koko sopimusoikeutta koskien. Sopimusoikeuden eriytyminen on syytä ottaa huomioon. Yleisempien johtopäätösten aika tulee vasta sen jälkeen, kun sopimusoikeuden eri osa-alueita erityispiirteineen on riittävän kattavasti eritelty. Tällainen erittely ei kuitenkaan ole hedelmällistä, ellei yhteyttä sopimusoikeuden perinteeseen pidetä yllä.

Tässä kirjoituksessa on huomion kohteena vakuutusoikeus ymmärrettynä sopimusoikeuden osa-alueena. Tarkoituksena on arvioida, missä määrin sopimusoikeuden pääperiaatteiden mukainen asennoituminen kolmannen oikeusasemaan vastaa vakuutusoikeudellista oikeustilaa. Vakuutussopimuslaista on poimittu esille säännöksiä, jotka voidaan ryhmitellä sopimus ja kolmas -problematiikkaa kuvaavien ydinkysymysten avulla.

Työvälineet olen muotoillut englantilaisen kirjallisuuden ja oikeuskäytännön inspiroimina. Vaikka oma yksityisoikeudellinen järjestelmämme on saksalaisperäistä ja tämän perinteen hallinta on edelleen yksityisoikeuden ymmärtämisen 'conditio sine qua non', olen aineistolle esitettävien kysymysten muotoilussa hyödyntänyt englantilaista kirjoittelua. Tämän ongelman käsittelyssä englantilainen retorinen selkeys tuntui vastaansanomattomalta. Lordi Reid on tapauksessa Scruttons v. Midland Silicones (1962) AC 446 asettanut aihetta koskevan kysymyksen seuraavasti: voiko kolmas käyttää sopimusta kilpenä tai miekkana?

Kysymyksenasettelu täsmentyy edelleen merkittävästi, kun tähän Lordi Reidin pohjustamaan jaotteluun lisätään John Adamsin ja Roger Brownswordin lisäkysymykset seuraavasti sovellettuina[7]:

1) Onko sopimuksen osapuolella oikeus esittää sopimukseen perustuvia vaatimuksia sellaista kohtaan, joka ei ole sopimuksen osapuoli (miekka 1)?
2) Onko kolmannella oikeus esittää vaatimuksia sellaisen sopimuksen perusteella, jonka osapuoli hän ei ole (miekka 2)?
3) Onko kolmannella oikeus vedota puolustautuakseen sopimukseen, jonka osapuoli hän ei ole, jos mainitun sopimuksen osapuoli on esittänyt kolmatta kohtaan vaatimuksia (kilpi 1)?
4) Voiko sopimuksen osapuoli vedota sopimukseen kolmatta kohtaan, joka on esittänyt hänelle vaatimuksia olematta sopimuksen osapuoli (kilpi 2)?

---

[6] Ks. Kivimäki – Ylöstalo, Suomen siviilioikeuden oppikirja, 1981, s. 258–259, Taxell, Avtalsrättens normer, s. 4 ja Telaranta, LM 1954, s. 183–212 ja sama Sopimusoikeus, s. 444.

[7] Ks. John Adams & Roger Brownsword, Key Issues in Contract, s. 132.

Kysymykset ovat normiaineiston systematisoinnissa hyödynnetty jäsennysperusta. Niiden avulla voidaan tuoda esiin, kuinka monitahoinen ongelma lopulta on. Näiden kysymysten avulla pyritään tässä kirjoituksessa kuitenkin vain luokittelemaan vakuutusoikeudellista normiaineistoa pyrkimättä syventämään esitystä enemmälti. Tarkastelun normatiivisena kiinnekohtana on voimassaoleva vakuutussopimuslaki (543/94).

## Voiko kolmannelle syntyä vakuutussopimuksen perusteella itsenäinen vaadeoikeus? (miekka 1)

### Kenen hyväksi henkilövakuutussopimus on voimassa?

Vakuutussopimuksissa on varsin tavanomaista, että sopimuksesta vakuutuksenottajapuolelle mahdollisesti suoritettava etuus ohjataan jonkun kolmannen hyväksi. Henkilövakuutusta koskeva vakuutussopimus voi olla voimassa myös sellaisen hyväksi, joka itse ei ole sopimuksen osapuolena. Vakuutussopimuksen osapuolet voivat vakuutussopimuslain 47 §:n mukaan määrätä, että oikeus henkilövakuutuksesta suoritettavaan vakuutuskorvaukseen on jollakin sopimuksen ulkopuolisella edunsaajalla.[8]

Pääsääntöisesti tämä edunsaajan oikeus ei kuitenkaan ole sisällöltään pysyvä ja peruuttamaton. Vakuutuksenottaja voi vakuutussopimuslain 47.1 §:n mukaan muuttaa tai peruuttaa edunsaajamääräyksen. Kolmas ei näin ollen voi luottaa siihen, että hänelle luvattu etuus olisi muuttumattomana voimassa vastaisuudessa. Tämä oikeus muotoilla kolmannelle annettua etuutta on voimassa kunnes vakuutustapahtuma, jossa edunsaajamääräys on tarkoitettu sovellettavaksi, on sattunut. Sen jälkeen kun edunsaajan oikeus on vakuutustapahtuman vuoksi tullut voimaan, ei muutosoikeutta enää ole.

Vakuutuksenottaja voi kuitenkin sitoutua pitämään luvatun edunsaajamääräyksen voimassa ennen vakuutustapahtuman sattumista. Tämä ei kuitenkaan ole mahdollista vakuutuksenottajan ja vakuutuksenantajan välisin sopimuksin. Sitoumus on vakuutussopimuslain 47 §:n 2 momentin mukaan annettava vakuutuksenottajan ja edunsaajan välisessä suhteessa. Näin ollen säännös on tältä osin kirjoitettu sopimusoikeuden pääperiaatteisiin soveltuvalla tavalla. Edunsaajamääräyksen tultua peruuttamattomaksi ei edunsaajan oikeutta raueta edes se, että vakuutuksenottaja luovuttaa vakuutussopimukseen perustuvan oikeuden.[9]

Edunsaajamääräys olisi tietenkin käytännössä hankalasti toteutettavissa, jos vakuutuksenantaja ei ole sen sisällöstä tietoinen. Vakuutuksenantaja voisi edunsaajamääräyksestä huoli-

[8] Ks. HE 114/93, s. 55 ja säännöksen kommentointia Esko Hoppu, Suomen vakuutusoikeus, 1997, s. 182–182.

[9] Vakuutussopimuslain 49 §:n 3 momentti. Toisin sopiminen on kuitenkin saman säännöksen mukaan mahdollista. Sopimismahdollisuudella tarkoitetaan Hallituksen esityksen perustelutekstin (HE 114/93, s. 56) mukaan vakuutukseen perustuvan oikeuden luovutusoikeustoimen osapuolia. Tästä huolimatta lienee sopimismahdollisuus sallittava itse edunsaajamääräyksen osapuolille eli vakuutuksenottajan ja edunsaajan välisessä suhteessa.

matta tehdä suorituksen vakuutussopimuksessa yksilöidylle vakuutuksenottajalle tai vakuutetulle. Tällaisen suorituksen takaisinperiminen ja oikean suorituksen tekeminen johtaisivat melkoisiin viivytyksiin, riitoihin ja kustannuksiin vahinkoselvittelyssä. Tämän vuoksi vakuutuksenantajan tiedontarvetta on pyritty turvaamaan säätämällä edunsaajamääräyksen, sen peruuttamisen tai muuttamisen sitovuuden edellytykseksi se, että asiasta on kirjallisesti ilmoitettu vakuutuksenantajalle.[10] Kahden osapuolen (vakuutuksenottaja-edunsaaja) välisen oikeustoimen sitovuuden edellytyksenä voi näin ollen olla se, että oikeustoimesta ilmoitetaan kolmannelle.

Kuvatut vakuutussopimuslain säännökset ilmentävät myönteistä vastausta miekka 1 -kysymykseen ja tekevät näin ollen poikkeuksen sopimusoikeuden pääperiaatteista.

## Kenen hyväksi vahinkovakuutussopimus on voimassa?

Vakuutuksen kohteena saattavat vahinkovakuutuksessa olla esineet, jotka vakuutussopimuksen voimassa ollessa vaihtavat omistajaa. Vakuutussopimus ei tietenkään merkitse rajoitusta esineen omistajan oikeuteen myydä tai pantata esine. Vakuutussopimus saattaa kuitenkin jättää avoimeksi sen, kenen hyväksi vakuutus on vaihdannan eri vaiheissa voimassa. Tahdonvaltainen laki tulee tällaisissa tilanteissa tulkinnan avuksi.

Vakuutussopimuslain (543/94) 62 § osoittaa, kenen hyväksi vakuutussopimus on voimassa, ellei muuta ole sovittu. Tuon säännöksen mukaan vakuutus on esinevakuutuksen kyseessä ollen voimassa sen omistajan hyväksi siitä riippumatta, kuka vakuutussopimuksen on solminut.[11] Vakuutus voi saman lainkohdan mukaan olla voimassa myös omistuspidätysehdoin omaisuuden ostaneen[12], pantti- ja pidätysoikeuden haltijan, ja sen hyväksi, johon omaisuutta koskeva vaaranvastuu kohdistuu.[13]

Toisin sanoen myös vakuutussopimuslain 62 § on esimerkki myöntävästä vastauksesta miekka 1 -kysymykseen. Säännöksessä luetellaan ne henkilöt, joiden hyväksi vahinkovakuutus on voimassa. Tämä tarkoittaa myös sitä, että näillä henkilöillä on vastaavasti itsenäinen vaadeoikeus, vaikka he eivät ole sen sopimuksen osapuolia, joka on kyseisen oikeuden heille tuottanut. Vakuutussopimukseen on vakuutussopimuslain mukaan näissä tilanteissa oikeutettu vetoamaan myös sopimussuhteen ulkopuolinen. Säännös on tahdonvaltainen. Se koskee käytännössä pääasiassa irtaimen omaisuuden vakuuttamista.[14]

Vakuutuksenottaja ei vakuutuksen vuoksi menetä kelpoisuuttaan disponoida omaisuudestaan. Vakuutuksenottaja voi ilman vakuutuksenantajan myötävaikutusta esimerkiksi myydä tai pantata vakuutuksen kohteena olevan omaisuuden. Vakuutus on näissäkin tilanteissa

---

[10] Vakuutussopimuslaki 48 §.
[11] Vakuutus voi olla myös voimassa jokaisen esineen yhteisomistajan hyväksi, vaikka vakuutussopimuksen olisi solminut vain yksi yhteisomistajista. Ks. esimerkiksi Hoppu, Suomen vakuutusoikeus, s. 173.
[12] Ks. HE 114/93, s. 63. Vrt. KKO 1982 II 14 ja KKO 1983 II 179.
[13] Ks. HE 114/93, s. 63–64, jossa esitetyn mukaan vaaranvastuuta arvioidaan kauppalain 3 luvun ja KSL vastaavien säännösten perusteella.
[14] Ks. HE 114/93, s. 63.

voimassa esineen uuden omistajan hyväksi vakuutussopimuslain 62 §:n mukaisin edellytyksin.[15]

Vahinkovakuutuksessa vakuutuksenottajalla on pääsäännön mukaan oikeus määrätä vakuutuksesta, vaikka vakuutus olisi voimassa kolmannen hyväksi. Vakuutuksenottaja saattaa luonnollisesti luopua tästä määräämisvallasta vakuutetun kanssa tekemänsä sopimuksen nojalla. Tällainen sopimus ei kuitenkaan sido vakuutuksenantajaa eikä tämä välttämättä tule edes tietoiseksi sopimuksen voimassaolosta. Professori Hoppu onkin lojaliteettiperiaatteeseen viitaten katsonut, että vakuutuksenantajan olisi pyrittävä kohtuullisessa määrin ottamaan huomioon muun vakuutetun asema, jos vakuutuksenantajalle on ilmoitettu, että määräämisoikeus on siirtynyt sopimussuhteen ulkopuoliselle.[16]

Vakuutustapahtuman sattumisen jälkeen on määräämisvalta vahinkovakuutuksessa vakuutetulla. Vakuutustapahtuman sattuminen rajaa näin ollen myös vahinkovakuutuksessa vakuutussopimuksen osapuolten mahdollisuuksia muuttaa vakuutettua koskevaa määräystä. Tässä vaiheessa on kolmannelle siten syntynyt kypsä vaadeoikeus.[17] Kolmannen itsenäisen vaadeoikeuden syntyminen ei edellytä edes sitä, että kolmas olisi ennen vakuutustapahtumaa ollut tietoinen siitä, että hänen hyväkseen oli voimassa vakuutus.

Vakuutussopimuslain 62 §:n mukainen sääntely tarkoittaa sitä, että vakuutuksenottajalla on oikeus tuoda vakuutuksen piiriin uusia henkilöitä sopimuksen syntymisen jälkeen. Kolmannen omaisuus voi olla vakuutettuna sellaisen vakuutussopimuksen nojalla, jonka osapuolena esineen omistaja itse ei ole.

Ennen vakuutustapahtuman sattumista ei kolmannen oikeus kuitenkaan ole kovin vahva. Toisaalta vakuutuksenottaja ei kyseisen lainkohdan nojalla ole velvollinen pitämään vakuutusta voimassa kolmannen hyväksi.[18] Vakuutuksenottaja ja vakuutuksenantaja voivat ennen vakuutustapahtuman sattumista sopia vakuutuksen lakkaamisesta tai muuttamisesta, vaikka vakuutus olisi voimassa kolmannen hyväksi.[19] Toisaalta kolmas ei ennen vakuutustapahtuman sattumista ole myöskään suojattu vakuutuksenantajan yksipuolisia toimenpiteitäkään vastaan. Vakuutuksenantaja voi tässä vaiheessa muuttaa vahinkovakuutuksen ehtoja tai irtisanoa vakuutuksen vakuutuksenottajan laiminlyöntien perusteella kolmannen oikeuden estämättä.

Vakuutustapahtuman sattumishetki onkin sopimuksen syntyhetkeä keskeisemmässä asemassa määriteltäessä vakuutuskorvaukseen oikeutettuja osapuolia. Vakuutussopimuslain (543/94) 65.2 §:n mukaan kullakin vakuutetulla on oikeus vakuutustapahtuman johdosta

---

[15] Vakuutus on säännöksen tarkoittamissa tilanteissa voimassa myös sen hyväksi, johon omaisuutta koskeva vaaranvastuu kohdistuu. Vaaranvastuulla on Hallituksen esityksen mukaan tarkoitettu riskiä omaisuuden tapaturmaisesta vahingoittumisesta, tuhoutumisesta tai katoamisesta. Kauppalain 3 luvun säännökset antavat irtaimen kaupan osalta ohjetta vaaranvastuun siirtymistä koskevista tahdonvaltaisista oikeussäännöksistä. Ks. HE 114/93, s. 63–64.

[16] Ks. Hoppu, Suomen vakuutusoikeus, s. 217.

[17] Ks. esim. Hoppu, Suomen vakuutusoikeus, s. 218, joka katsoo, että vakuutustapahtuma perustaa vahinkovakuutuksen vakuutetulle ja henkilövakuutuksessa korvaukseen oikeutetulle itsenäisen oikeuden korvaukseen ja siitä sopimiseen.

[18] Vakuutuksenottaja saattaa kuitenkin olla erikseen sitoutunut pitämään vakuutuksen voimassa. Hänellä voi myös olla lakiin perustuva velvollisuus vakuutuksen voimassapitoon. Ks. esim. Hoppu, Suomen vakuutusoikeus, s. 175.

[19] Ks. Hoppu, Suomen vakuutusoikeus, s. 176–177.

suoritettavaan korvaukseen. Vakuutuksenottajan ja vakuutuksenantajan oikeutta määrätä vakuutussopimuksesta vakuutustapahtuman satuttua on samassa lainkohdassa rajoitettu. Jos vakuutettu on sopimuksessa nimeltä mainittu tai vakuutettu on ilmoittanut itse valvovansa oikeuttaan tai jos kolmas on kiinnityksenhaltija, ei vakuutuksenottaja voi vakuutettua sitovasti neuvotella vakuutuksenantajan kanssa eikä nostaa vakuutuskorvausta.

## Kenellä on oikeus esittää vaatimuksia vahinkovakuutussopimuksen johdosta?

Myönteistä vastausta miekka-kysymykseen edustaa samankaltaisesti vakuutussopimuslain 63 §:n säännös. Se koskee tilannetta, jossa omistusoikeus vakuutettuun omaisuuteen luovutetaan kolmannelle. Säännöksen ilmaiseman pääsäännön mukaan vakuutus pysyy voimassa uuden omistajan hyväksi. Pykälä oikeuttaa sopimuksen ulkopuolisen (esineen uuden omistajan) esittämään vaatimuksia sopimuksen osapuolena olevaa vakuutuksenantajaa kohtaan. Säännöksen mukaan vakuutuksenantaja on velvollinen suorittamaan korvausta vakuutustapahtuman johdosta, vaikka vakuutus sopimuksen tai suoritetun irtisanomisen vuoksi päättyy, jos vakuutettu omaisuus olisi siirtynyt uudelle omistajalle.[20]

Tämä uuden omistajan oikeus vakuutuskorvaukseen koskee kuitenkin vain vakuutustapahtumia, jotka sattuvat 14 päivän kuluessa omistusoikeuden siirtymisestä. Uuden omistajan omaisuudelle ottama vakuutus kuitenkin vapauttaa 'vanhan' vakuutuksenantajan korvausvastuusta. Lisäksi uuden omistajan oikeus edellyttää sitä, että hänellä ei ole oikeutta korvaukseen itse ottamansa vakuutuksen perusteella. Uuden omistajan ottama vakuutus tekee vaikutuksettomaksi tämän vanhan omistajan ottaman vakuutuksen 'jälkivaikutuksen'.[21]

Vakuutussopimuslakiin sisältyy käsiteltävän teeman kannalta erikoiseen lopputulokseen johtava säännös. Sopimuksen ulkopuolinen kolmas voi nimittäin saada jopa varsinaista sopimuskumppania paremman aseman. Vakuutussopimuslain 65 §:n mukaan vakuutuksenantajan oikeutta vedota kolmatta kohtaan tiedonantovelvoitteen laiminlyöntiä tai vaaran lisääntymistä koskeviin säännöksiin on rajoitettu. Vakuutuksenantaja voi vahinkovakuutuksessa korvauksen alentamiseksi tai epäämiseksi vedota tällaisiin seikkoihin vain, jos asianomainen vakuutettu ennen vakuutustapahtumaa tiesi tai hänen olisi pitänyt tietää vakuutuksenottajan tai toisen vakuutetun menettelystä.[22] Kolmannelle on tämän säännöksen myötä annettu sekä miekka että kilpi.

---

[20] Vakuutusehdoissa saatetaan varautua vakuutetun omaisuuden omistajan vaihtumiseen siten, että vakuutus on määrätty päättymään, jos näin käy. Vakuutussopimuslain 63 § tulee tässäkin tapauksessa sovellettavaksi eli säännös toisin sanoen rajoittaa osapuolten sopimusvapautta. Ks. HE 114/93, s. 64.

[21] Ks. HE 114/93, s. 64.

[22] Henkilövakuutuksessa vakuutuksenantaja ei vakuutussopimuslain 24.3 §:n mukaan saa vedota tiedonantovelvollisuuden laiminlyöntiin, jos se johtaisi ilmeiseen kohtuuttomuuteen vakuutuskorvaukseen oikeutetun kannalta.

## Vastuuvakuutuksen suora kannevalta

Osallistuminen modernin vaihdannan mukaisiin asetelmiin merkitsee lisääntyneitä mahdollisuuksia joutua vahingonkorvausvelvolliseksi. Vahingonkorvausvastuun vakuuttaminen on eräillä aloilla jopa pakollista. Tällainen kehitys on omiaan lisäämään kolmansien osapuolten luottamusta siihen, että tiettyyn toimintaan liittyvä vahingonkorvausvelvollisuus on katettu vastuuvakuutuksin. Usein on kysymys alasta, jossa vastuuvakuutuksen tuottama luottamus on omiaan lisäämään asianomaisen hyödykkeen kysyntää. Riskialttiin toiminnan harjoittajan kanssa uskalletaan asioida, jos tämän mahdollisesti aiheuttamien vahinkojen varalta on voimassa vastuuvakuutus.

Tällainen kehityspiirre herättää kysymyksen, missä määrin tämä luottamus on oikeudellisesti suojattua. Oikeuskäytännöstä on osoitettavissa ratkaisuja, jotka osoittavat, kuinka vahingonkorvausvastuun vakuuttamista pidetään eräillä aloilla niin tavallisena, että vakuutuksen laiminlyönti on otettu huomioon vahingonkorvausvelvollisuuden suuruuteen vaikuttavana seikkana.[23]

Vakuutussopimuslain 67 § voidaan asettaa tällaisen luottamuksen suojaamista koskevan kehityspiirteen osaksi. Säännös antaa vahinkoa kärsineelle henkilölle oikeuden vaatia korvausta vahingostaan suoraan siltä vakuutusyhtiöltä, jonka myöntämä vastuuvakuutus on vahingon aiheuttaneen henkilön hyväksi voimassa. Suora kanneoikeus ei kuitenkaan ole poikkeukseton pääperiaate. Sen soveltaminen on kytketty edellytyksiin, jotka osoittavat, kuinka juuri luottamus vastuuvakuutuksen voimassaoloon on ollut keskeisimmin lain säätämisen tarvetta selittävänä tekijänä.[24]

Tämä vastuuvakuutusta koskeva säännös merkitsee myönteistä vastausta tässä käsiteltävään miekka 1 -kysymykseen.

Vakuutuksenantaja voi tehdä vakuutussopimussuhteeseen perustuvia väitteitä vahingonkärsinyttä kohtaan. Vakuutuskorvausta voidaan näin ollen joko vähentää tai se voidaan evätä kokonaan, jos vakuutuksenottaja tai vakuutettu on laiminlyönyt tiedonantovelvoitteensa tai velvollisuuden ilmoittaa vaaran lisääntymisestä. Vakuutuksenantajan väiteoikeutta on kuitenkin rajoitettu siltä osin kuin on kysymys vakuutustapahtuman aiheuttamisesta tai suojeluohjeiden ja pelastusvelvollisuuden laiminlyönnistä.[25]

Suora kanneoikeus ei myöskään lavenna asetelman osallisten oikeutta sopia korvausvelvollisuudesta kolmatta osapuolta sitovalla tavalla. Kanneoikeus tarkoittaa näin ollen myönteistä vastausta miekka 1 -kysymykseen vain siltä osin kuin kysymys on sopimuksen ulkopuolisen vahingonkärsineen oikeudesta vakuutuksenantajaa kohtaan. Tämän vuoksi suora kanneoikeus ei merkitse sitä, että vakuutuksenantaja ja vahinkoa kärsinyt voisivat sopia vakuutuskorvauk-

[23] Ks. esimerkiksi asetelmia tapauksissa KKO 1984 II 182 ja KKO 1989:21.
[24] Ks. HE 114/93, s. 66. Suora kanneoikeus edellyttää sitä, että vakuutuksen ottaminen on perustunut lakiin tai viranomaisen määräykseen, vakuutettu on asetettu konkurssiin tai on muutoin maksukyvytön tai vastuuvakuutuksesta on ilmoitettu vakuutetun elinkeinotoimintaa koskevassa markkinoinnissa.
[25] Ks. Hoppu, Suomen vakuutusoikeus, s. 279–281.

sesta vakuutettua sitovalla tavalla.[26] Vahingonkärsineen suora kanneoikeus ei myöskään tarkoita sitä, että vahinkoa kärsinyt ja vakuutettu voisivat tehdä vakuutuksenantajan vastuuseen vaikuttavan sopimuksen.

## Onko sopimuksen osapuolella oikeus esittää sopimukseen perustuvia vaatimuksia kolmatta kohtaan? (miekka 2 -kysymys)

Vahingonkärsineellä saattaa olla samanaikaisesti oikeus vaatia korvausta vahingostaan vahingonaiheuttajalta tai vakuutuksenantajalta. Sekä vahingonkorvausoikeuden että vakuutusoikeuden keskeisten periaatteiden mukaan korvauksen vahingoistaan voi kuitenkin saada vain kertaalleen. Vahingon korvaaminen kahteen kertaan hyödyttäisi perusteetta vahingon aiheuttajaa tavalla, joka asettaisi kummankin oikeudenalan toiminnalliset edellytykset koetteelle.

Vakuutus ei saisi merkitä sitä, että potentiaaliset vahingonaiheuttajat vakuutuksesta tietoisena menettelevät vakuutetun riskin suhteen huolettomammin kuin muutoin käyttäytyisivät. Velvollisuus korvata toiselle aiheutetut vahingot on perustava yksityisoikeudellinen periaate, jolla ajatellaan olevan tärkeitä yhteisön elämään ulottuvia vaikutuksia. Sen uskotaan osaltaan ehkäisevän vahinkoja. Tietoisuus mahdollisesta vahingonkorvausvastuusta on tämän mukaan omiaan ohjaamaan käyttäytymistä huolellisempaan suuntaan.

Näihin ajatuksiin soveltuvasti on vakuutussopimuslaissa säädetty, millä edellytyksillä vakuutetun oikeus vahingonkorvaukseen vahingonaiheuttajalta voi siirtyä vakuutuksenantajalle (vakuutussopimuslaki 75 §).[27] Vakuutus ei siten merkitse poikkeuksettomasti sitä, että mahdollinen vahingonaiheuttaja välttyisi korvausvastuulta. Vahingonkorvausoikeudellinen preventioperiaate on takautumisoikeuden toteutumisen mittaan asti tehoista myös silloin, kun vakuutus kattaa vahingonkärsineelle aiheutuneen varallisuustappion.

Tässä käsiteltävän asiayhteyden kannalta säännös tarkoittaa sitä, että vakuutussopimuslaissa on miekka 2 -kysymykseen myönteisen vastauksen antava säännös. Takautumisoikeutta koskeva vakuutussopimuslain 75 §:n säännös merkitsee sitä, että vakuutuksenantaja saa itsenäisen kanneoikeuden vakuutussopimuksen ulkopuoliseen nähden.[28] Vahinkovakuutuksessa takautumisoikeus on 75.4 §:n mukaan kohdistettavissa myös vakuutuksenottajaan, vakuutettuun ja vakuutettuun samaistettavaan henkilöön, jos asianomainen on lyönyt laimin erinäisiä laissa säädettyjä velvoitteitaan.

---

[26] Ks. HE 114/93, s. 66. Hoppu, Suomen vakuutusoikeus, s. 279.
[27] Ks. tämän säännöksen soveltamisedellytyksistä Hemmo, Vahingonkorvauksen sovittelu ja moderni korvausoikeus, s. 143–146. Hoppu, Vakuutuksenantajan takautumisoikeudesta, 1996 s. 92–99, Oikeustiede – Jurisprudentia 1997.
[28] Esimerkiksi Hoppu muotoilee vakuutuksenantajan oikeusaseman juuri itsenäiseksi kanneoikeudeksi. Ks. Suomen vakuutusoikeus, s. 243.

## Voiko kolmas vedota sopimukseen puolustautuakseen, jos sopimuksen osapuoli on esittänyt häntä kohtaan vaatimuksia? (kilpi 1 -kysymys)

Monivakuutus tarkoittaa asetelmaa, jossa sama etuus on tullut yhtä aikaa vakuutetuksi saman vaaran varalta usealla eri vakuutuksella. Useat eri vakuutukset koskevat siten saman henkilön etuutta.[29] Sillä seikalla, ketkä ovat monivakuutukseen johtaneen asetelman osallistuvia, ei ole merkitystä monivakuutuksen oikeusvaikutuksia täsmennettäessä. Monivakuutuksesta on kysymys, jos kaksi tai useampi vakuutussopimus on samanaikaisesti voimassa saman vaaran varalle. Monivakuutusasetelman tunnusomaisiin piirteisiin kuuluu, että sekä vakuutuksenantajia että vakuutussopimuksia on saman vaaran varalle voimassa useita.

Keskeinen monivakuutusasetelman kysymys koskee vakuutuksenantajien välistä vastuunjakoa. Vakuutetun ja vakuutuksenantajien välisessä suhteessa monivakuutus tarkoittaa vakuutussopimuslain 59 §:n mukaisesti sitä, että jokainen vakuutuksenantaja on vastuussa vahingon korvaamisesta ikään kuin muita vakuutussopimuksia ei olisikaan. Vakuutetun oikeutta vakuutuskorvaukseen arvioidaan siten vain sen vakuutussopimuksen perusteella, johon vedoten vakuutettu on vakuutuskorvausta vaatinut. Vakuutettu on kuitenkin oikeutettu saamaan korvauksen keneltä vakuutuksenantajalta tahansa.[30] Vakuutuksenantaja ei siten voi vedota siihen, että saman etuuden varalta oli voimassa toinenkin vakuutussopimus.[31]

Tämä säännös tarkoittaa kielteistä vastausta kilpi 1-kysymykseen. Monivakuutusta koskevin osin vakuutussopimuslain sääntelyn voidaan näin ollen katsoa kytkeytyvän sopimus ja kolmas – ajattelun sopimusoikeudelliseen perinteeseen. Vakuutussopimuksen osapuolena oleva vakuutuksenantaja ei voi sopimusvastuusta välttyäkseen vedota toisen sopimuksen voimassaoloon.

Tämän periaatteen on katsottu edustavan vakuutetun etua. Jos vakuutuksenantaja voisi sopimusehdoin asettaa vakuutuskorvauksen suorittamisen edellytykseksi sen, ettei vakuutettu etuus ole samanaikaisesti vakuutettu toisella vakuutuksenantajalla, mahdollistuisi tilanne, jossa vakuutettu ei saisi lainkaan korvausta. Tällainen ehtohan saattaisi sisältyä myös mainittuun toiseen vakuutussopimukseen. Näin arvioituna monivakuutusta koskeva vakuutussopi-

---

[29] Monivakuutusasetelmassa on keskeistä nimenomaan se, että vakuutus tarkoittaa samaa etuutta. Monivakuutuksesta ei välttämättä ole kysymys, vaikka vakuutus koskisi samaa esinettä. Etuus on eri asia kuin vakuutuksen kohteena oleva esine. Ks. esim. Hoppu, Suomen vakuutusoikeus, s. 192.

[30] Toisaalta vakuutettu ei kuitenkaan voi saada vakuutuksenantajilta enempää kuin todella aiheutuneen vahingon määrän. Päinvastainen kanta olisi rikastumiskiellon vastainen. Summavakuutuksessa rikastumiskieltoa ei kuitenkaan sovelleta. Ks. esim. KKO 1981 II 153, jossa henkilö oli ottanut tapaturmavakuutuksen useasta eri vakuutusyhtiöstä ja nostanut vahingon tapahduttua jokaisesta yhtiöstä vakuutuskorvausta. Vakuutettu oli salannut yhtiöiltä muut samaa vaaraa koskevat vakuutuksensa. KKO:n mukaan vakuutusyhtiöille ei ollut aiheutunut menettelystä rahan tappiota, joten vakuutettu ei ollut velvollinen korvaamaan yhtiöille mitään.

[31] Poikkeuksena tästä on vakuutetun omaisuuden vaihtumista koskeva vakuutussopimuslain 63 §:n säännös. Sen mukaan 'vanha' vakuutus on tietyn määräajan voimassa uuden omistajankin hyväksi, jollei tämä ole itse ottanut omaisuudelle vakuutusta. Tässä tilanteessa on laissa tehty selkeä valinta sen suhteen, kumpi vakuutussopimus kattaa vahingon. Vakuutuskorvaus on suoritettavissa vain 'uudesta' vakuutuksesta.

muslain 59 §:n säännös merkitsee vakuutuksenantajan sopimusvapauden rajoitusta; vakuutuksenantaja ei voi vakuutusehdoissa määrätä vastuutaan toissijaiseksi.[32]

## Voiko sopimuksen osapuoli vedota sopimukseen puolustautuakseen kolmatta kohtaan, joka esittää häntä kohtaan vaatimuksia? (kilpi 2 -kysymys)

Vakuutusta voidaan käyttää tuottamaan etuuksia kolmansille. Vakuutussopimuksen osapuolet voivat sopia, että vakuutus on voimassa jonkun sopimussuhteen ulkopuolisen, kuten edunsaajan, kuolinpesän osakkaan tai panttioikeuden haltijan hyväksi. Vakuutussopimuksia koskeva sääntely perustuu monin osin ajatukseen, jonka mukaan vakuutuksen voimassaolo ei saisi myötävaikuttaa vahinkojen tapahtumisen todennäköisyyteen. Miten ajatus vastavuoroisuudesta olisi mahdutettavissa vakuutusympäristöön, jos pyrkimyksenä on, etteivät sellaiset vakuutetut, jotka eivät ole vakuutussopimuksen osapuolia, käyttäydy tämän vakuuttamisen perusajatuksen vastaisesti?

Vakuutussopimuslain (543/94) 28 §:n mukaan vakuutuksenantaja on vastuusta vapaa, jos vakuutettu on tahallaan aiheuttanut vakuutustapahtuman. Säännös kattaa sekä vakuutussopimuksen osapuolena olevat vakuutuksenottajat että muut henkilöt, joiden hyväksi vakuutus on voimassa.[33] Tässä yhteydessä käsiteltävän teeman kannalta arvioituna sääntelyn keskeinen merkitys on siinä, että vakuutuksenantajan vastuun toteutuminen asetetaan riippuvaiseksi sopimussuhteen ulkopuolisen, vakuutetun käyttäytymisestä. Vakuutuksenantaja tulee säännöksen nojalla oikeutetuksi tekemään suoritusvelvollisuudesta vapauttavan väitteen vakuutussopimuksen ulkopuolista kohtaan. Säännös voidaan ymmärtää myönteiseksi vastaukseksi kilpi 2 -kysymykseen.[34]

Myös vakuutusriskin ennakoitavuutta turvaavia tiedonantovelvoitteita, suojeluohjeita ja pelastamisvelvollisuutta koskevat vakuutussopimuslain säännökset (22, 23, 24, 31 ja 32 §:t) on kirjoitettu siten, että niissä tarkoitettu sivuvelvoite koskee vakuutettua.[35] Kun vakuutettu ei välttämättä ole vakuutuksenantajan sopimuskumppani, edustavat nämäkin säännökset myönteistä vastausta kilpi 2 -kysymykseen. Vakuutuksenantaja voi edukseen vedota sopimussuhteen ulkopuolisen henkilön käyttäytymiseen. Mainittujen velvoitteiden laiminlyönti oikeuttaa vakuutuksenantajan alentamaan vakuutuskorvausta tai epäämään sen kokonaan.

Vakuutuksenantajan suoritusvelvollisuutta arvioidaan joissakin tilanteissa sellaistenkin henkilöiden käyttäytymisen perusteella, jotka eivät ole vakuutussopimuksen osapuolia eivätkä

[32] Ks. HE 114/93, s. 62.
[33] Ks. vakuutetun määritelmää vakuutussopimuslain 2 §:ssä.
[34] Sama johtopäätös voidaan tehdä vakuutussopimuslain 29 ja 30 §:ien perusteella.
[35] Vaaran lisääntymistä koskevat säännökset (26 ja 27 §:t) asettavat toimintavelvollisuuden kuitenkin vain vakuutuksenottajalle.

edes vakuutussopimuksessa mainittuja vakuutettuja. Vakuutussopimuslain *samastusta* koskevaa säännöstä (33 §) sovelletaan silloin, kun asia koskee vakuutustapahtuman aiheuttamista, suojeluohjeiden noudattamista ja pelastamisvelvollisuuden laiminlyöntiä[36]. Samastamista koskeva vakuutussopimuslain 33 § oikeuttaa vakuutuksenantajan tekemään mainittuihin tilanteisiin liittyvän velvoitteen noudattamista koskevan väitteen vakuutettuakin laajemmin määritellyn, sopimussuhteen ulkopuolisen henkilöjoukon käyttäytymisen perusteella.

## Johtopäätöksiä

Vakuutusoikeudessa on useita poikkeuksia sopimusoikeuden periaatteesta 'sopimus on kahden kauppa'. Sekä kilpi että miekka -kysymysten avulla on mahdollista ryhmitellä tätä vakuutusoikeudellista normiaineistoa ja saada aineisto jäsentyneempään vuoropuheluun sopimusoikeuden perinteen kanssa. Vakuutustoiminnan erityispiirteet näyttäisivät tekevän nämä poikkeamat ymmärrettäviksi.

Vakuutussopimuksen asetelma poikkeaa monin tavoin sopimusopin kaksiosaissuhdetta edellyttävästä ideaalista. Vakuuttaminen ei liiketoimintana ole edes mahdollista, ellei yksittäisen sopimussuhteen rinnalle oleteta muita samaa riskiä tarkoittavia vakuutussopimuksia. Vakuutussopimuksen sisältö on olennaisella tavalla määräytynyt sen mukaan, mitä tällaisen riskiyhteisön sisällä ennakoidaan tapahtuvan. Yksittäisen vakuutussopimuksen kannalta kolmas on tämän vuoksi aina vakuutussopimuksessa ikään kuin edellytettynä.

Vakuutusmatemaattisten laskelmien pitävyys on keskeinen vakaan vakuutustoiminnan harjoittamisen edellytys. Vakuutustoiminnassa on olennaista täsmentää vakuutuksen kohteena oleva riski ja korvaukseen oikeutetut henkilöt. Vahinkovakuutuksessa riski koskee tavanomaisesti jonkun omistuksessa olevaa omaisuutta, henkilövakuutuksessa on kysymys yleensä vakuutuksenottajan tai vakuutetun terveydentilasta. Useiden vakuutusoikeudellisten säännösten ja periaatteiden voidaan nähdä tukevan pyrkimystä säilyttää tämä vakuutustoiminnan tilastollinen ennakointiperusta mahdollisimman luotettavana.[37]

Vakuutusmatemaattisesti yhtä keskeistä ei ole se, kenelle vakuutustapahtuman johdosta on suoritettava vakuutuskorvausta. Sikäli kuin vakuutusriski on vakuutuksenantajalle tilastollisesti ennakoitavissa, ei tämän suoritusvelvollisuuden kannalta ole merkitystä sillä, kenelle vakuutuskorvaus lopulta suoritetaan. Vakuuttaminen on joukkomittaista sopimustoimintaa eikä tähän sopimussuhteeseen voida liittää samanlaisia persoonallisia piirteitä kuin esimerkiksi avioliittoon, työsopimukseen tai asuinhuoneiston vuokraa koskevaan sopimukseen.

---

[36] Ks. samastuksesta Hoppu, Suomen vakuutusoikeus, s. 168–171.

[37] On kuitenkin huomautettava siitä, ettei vakuutusoikeudellisia normeja voida suoraan johtaa vakuutusmatematiikan tarpeista. Yksittäisessä vakuutussopimuksessa on tyypillisesti vain kaksi osapuolta. Vakuutuksenottajapuolelta ei voida yleisesti edellyttää vakuutusmatemaattista ymmärrystä. Vakuutuksenottajapuolen näkökulmasta vakuutussopimus rinnastuu pikemmin muihin sopimuksiin, joita hän tekee. Rooli kuluttajana on tärkeällä tavalla vaikuttanut niihin odotuksiin, joita yksityisillä henkilöillä myös vakuutusturvan suhteen on.

Vakuutuskorvauksen saajan henkilöllä ei näistä syistä vakuutuksenantajan kannalta ole samanlaista merkitystä kuin velallisen tai velkojan henkilöllä mahdollisesti muissa sopimustyypeissä on.

Esitellyistä poikkeustilanteista huolimatta on lopuksi kuitenkin vielä muistettava, että vakuutusoikeus poikkeuksineen on sopimusoikeuden perustalta kasvanut. Siksi sopimusoikeuden perinteellä on edelleen merkitystä. Myös vakuutusoikeudessa pääsääntö noudattaa sopimusoikeuden pääperiaatteita. Vakuutussopimuksen tuottamat oikeudet kuuluvat näin ollen ensisijaisesti sille, joka on vakuutussopimuksen osapuoli. Siltä osin kuin on kysymys oikeudesta vakuutuskorvaukseen vakuutustapahtuman sattuessa, on tällaisen korvauksen oikeutettu vakuutuksenottaja.

Urpo Kangas

# Päämiehen etu, edunvalvojan etu ja tertius

## Mistä puhumme kun puhumme päämiehen edusta?

Modernin holhousoikeuden kantavana ideologisena perustana on päämiehen edun turvaaminen. Tässä mielessä päämiehen edulla voidaan ymmärtää *arvoperiaatetta*, jonka varassa holhoustoimioikeudellinen sääntely lepää ja jonka edistämiseen sääntelyllä pyritään. Arvoperiaatteena päämiehen etu on tunnusmerkistöltään avoin samalla tavalla kuin lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta annetussa laissa käytetty käsite ”lapsen etu”. Sekä päämiehen etu että lapsen etu ovat järjestelmän toiminnan välttämättömiä taustaehtoja, eräänlaisia ehtoja tyyppiä conditio sine qua non.[1] Järjestelmiä ei voi hahmottaa normatiiviseen todelliseen kuuluvina ilman näitä fundamentteja.

Päämiehen etu voidaan ymmärtää kuitenkin myös *ratkaisuperiaatteena* samalla tavalla kuin lapsen etukin on ymmärretty. Oikeuskirjallisuudessa on korostettu, että lapsen etu määrittyy aina yksilöllisessä ratkaisutilanteessa.[2]Aivan samalla tavalla voidaan todeta, että holhousoikeudellisella päämiehen edulla tarkoitetaan *yksilöllistä päämiehen etua tietyssä ratkaisukontekstissa*. Yhdellä ja samalla päämiehellä on monta päämiehen etua, jotka eivät välttämättä ole yhteneviä.[3] Tunnusmerkistön avoimuus ei merkitse sitä, että käsite olisi soveltamiskelvoton. Päinvastoin, käsite on hyvinkin erottelukykyinen.

Päämiehen etu arvoperiaatteena on taustalla Euroopan neuvoston suosituksessa toimintarajoitteisten aikuisten oikeudellista suojelua koskevista periaatteista R (99)4.[4] Sama suositus antaa kuitenkin oikeussäännöksen lukuohjeen jokaiseen yksittäiseen ratkaisutilanteeseen. Ja vaikka suositus koskeekin toimintarajoitteisten aikuisten oikeudellista suojelua, sen ilmentävät

[1] Ks. lapsen edusta tavoiteperiaatteena *Singer, Anna*, Föräldrarskap i rättslig belysning. Stockhom 2000, s. 49 ss.
[2] Savolaisen mukaan laki suorastaan edellyttää, että ”jokaisessa konkreettisessa yksittäistapauksessa tulee antaa nimenomaan sellainen päätös, joka ratkaisun kohteena olevassa yksittäistapauksessa parhaiten vastaa lapsen etua”. Ks. *Savolainen, Matti*, Lapsen huolto ja tapaamisoikeus. Helsinki 1984, s. 78.
[3] Päämiehen edun kontekstuaalisuudesta ks. *Singer, Anna*, em. teos, s. 50.
[4] Ks. Recommondation No. (R(99) of the Commitee of Ministers to Member States on Pronciples Concerning the Legal Protection of Incapable Adults, ja sen johdosta *Välimäki, Pertti*, Holhoustoimilain pääpiirteet. Helsinki 1999, s. 7 av. 17.

periaatteet soveltuvat mutatis mutandis myös niihin tilanteisiin, joissa on arvioitava alaikäisen päämiehen etua yksittäisessä ratkaisutilanteessa. Suositus lepää kahden peruspilarin varassa, jotka olen tässä ulottanut koskemaan kaikkia päämiehiä heidän iästään riippumatta.

Holhousoikeuden ensimmäinen peruspilari on *ihmisarvo*. Koko holhoustoimioikeudellisen järjestelmän kannalta keskeistä on, että jokaisen yksittäisen oikeudellisen ratkaisun tulee läpäistä ihmisarvon kunnioittamistesti. Jos ratkaisu ei kunnioittaisi päämiehen ihmisarvoa, se tulee hylätä, vaikka se olisi kätevä, mukava ja tehokas tapa hoitaa ongelma pois päiväjärjestyksestä. Päämiehen ihmisarvon kunnioittaminen on kaikkia muita periaatteita sovellettaessa otettava huomioon. Toinen holhoustoimen peruspilari muodostuu *ihmisoikeuksista* ja *perusoikeuksista*. Kaikkien holhousoikeudellisten käytäntöjen tulee perustua päämiehen ihmisoikeuksien ja perustavaa laatua olevien vapauksien kunnioittamiselle.

Holhoustoimen peruspilareita vahvistavat seuraavat ratkaisua ohjaavat periaatteet. Kaikkien päämiestä koskevien oikeudellisten ratkaisujen tulee olla suhteessa niiden riittävyyteen eli ei enempää kuin välttämätöntä -periaate. Ratkaisujen tulee olla yksilöllisesti räätälöityjä. Jokainen holhoustoimioikeudellinen ratkaisu on muotoiltava päämiehen kannalta sopivimmaksi mahdolliseksi. Kiireisessä tilanteessa tulee olla oikeus puuttua aikaisemmin tehtyyn päätökseen. Ratkaisujen tulee olla yksinkertaisia ja maksuttomia. Päämiehen oikeustoimikelpoisuus ja muut kelpoisuudet on säilytettävä mahdollisimman koskemattomina. Päämiehen yksityisyyttä on suojattava ja häntä koskevia tietoja on julkistettava vain jos se on hänen oman suojansa kannalta tarpeen.

Kaikkien päämiehen asemaa koskevien menettelyllisten sääntöjen tulee olla reiluja ja tehokkaita. Ratkaisuilla ei saa aiheettomasti rajoittaa päämiehen puhevaltaa ja häntä koskevien päätösten tulee perustua päämiehen omien toivomusten kunnioittamiselle. Näiden edellä kuvattujen päämiehen etua täsmentävien ratkaisukriteerien merkitystä on aiheellista valaista konkreettisen esimerkin avulla. Otan esimerkin päämiehen omaisuuden myyntilupaa koskevasta päätöksenteosta.

Suomen perustuslain 15.1 §:n mukaan jokaisen omaisuus on turvattu. Omaisuuden perustuslain suoja koskee kaikkia kansalaisia riippumatta siitä, ovatko he itse lain mukaan oikeutettuja määräämään omasta omaisuudestaan. Perusoikeudet kuuluvat kaikille, myös edunvalvonnan piirissä oleville päämiehille. HolhTL 23 §:n mukaan vajaavaltainen ei itse, eräitä poikkeuksia lukuun ottamatta, ole oikeutettu määräämään omaisuudestaan eikä tekemään sopimuksia tai muita oikeustoimia, ellei laissa ole toisin säädetty. Rajoituksen tarkoituksena on varmistua siitä, että kukaan ei pääse hyötymään alaikäisen omaisuudesta sen vuoksi, että alaikäinen on kykenemätön tasapuolisesti ja kriittisesti arvioimaan sitä, onko oikeustoimi hänen itsensä kannalta edullinen. Päämiehen etua suojataan estämällä häntä toimimasta omaksi vahingokseen. Se seikka, että alaikäinen ei voi kiellon johdosta voi toimia omaksi edukseen, on pienempi haitta kuin oikeustoimikelpoisuuden rajoituksesta päämiehelle koituva hyöty.

Päämiehen edun suojaamiseksi on määrätty, että edunvalvojan on hoidettava päämiehensä omaisuutta sillä tavoin, että omaisuus ja sen tuotto voidaan käyttää päämiehen hyödyksi ja tyydyttämään hänen henkilökohtaisia tarpeitaan (HolhTL 37.1 §).

Vajaavaltaisen ja päämiehen oikeutta ja etua omistajana valvoo ensisijaisesti se, joka on oikeutettu käyttämään omistajan puolesta puhevaltaa. Voimassa olevassa laissa tämä oikeus kuuluu lapsen edunvalvojalle tai määrätylle edunvalvojalle. Alaikäisen lapsen edunvalvojia ovat hänen huoltajansa (HolhTL 4 §). Siten jos lapsella on kaksi huoltajaa, hänellä on myös säännönmukaisesti kaksi edunvalvojaa, joiden on edustettava lasta yhdessä. Edunvalvojien yhteistoimintavelvollisuus on ensimmäinen taso vajaavaltaisen omistajan suojaa koskevista säännöksistä (HolhTL 30 §). Määrätty edunvalvoja on puolestaan velvollinen yhteistoimintaan päämiehensä kanssa ja velvollinen aina tiedustelemaan päämiehen mielipidettä, jos asiaa voidaan pitää päämiehen kannalta tärkeänä (HolhTL 43 §).

Vajaavaltaisen henkilön ja täysi-ikäisen päämiehen omistusoikeuden suojan toisen tason muodostaa viranomaiskontrolli. Edes yksituumaiset edunvalvojat eivät voi vapaasti määrätä alaikäisen päämiehen omaisuudesta. Rajoitusten tarkoituksena on päämiehen etujen varjeleminen.[5] Holhoustoimilain mukaan vajaavaltaisen omaisuutta koskeviin merkittäviin oikeustoimiin on hankittava maistraatin lupa. Jos edunvalvojat ovat kumpikin asianmukaisella tavalla olleet edustamassa alaikäistä oikeustoimessa ja oikeustoimeen on saatu lain edellyttämä lupa, oikeustoimi sitoo vajaavaltaista. Samoin edellytyksin sitoo täysi-ikäistä päämiestä edunvalvojan solmima oikeustoimi. Holhousoikeudellisen suojan tarpeessa olevan henkilön omistajaintressiä on pyritty turvaamaan edellyttämällä, että hänen puolestaan solmittava oikeustoimi ei säännönmukaisesti saa vähentää hänen omaisuuttaan. Tiettyihin oikeustoimiin, kuten esimerkiksi päämiehen omaisuuden lahjoittamiseen, edunvalvoja ei voi saada viranomaisen lupaa (HolhTL 32.1 §).

Maistraatin lupaa edellyttävistä oikeustoimista säädetään HolhTL 34 §:ssä. Lupasäännöstö koskee kaikkia niitä oikeustoimia, joihin edunvalvoja ryhtyy päämiehensä puolesta. Lupa on haettava siltä maistraatilta, joka valvoo edunvalvojan toimintaa (HolhTL 34.2 §). Lupasäännöstön soveltamisen kannalta on vaikutuksetonta se, onko tuomioistuin rajoittanut päämiehen toimintakelpoisuutta vai ei. Siinäkin tapauksessa, että tuomioistuin on antanut määräyksen, jonka mukaan päämies voi luovuttaa omistamansa huoneiston hallintaan oikeuttavat osakkeet vain yhdessä edunvalvojan kanssa, edunvalvoja voi hakea lupaa osakkeiden luovuttamiseen yksin.

Edunvalvojalla on lakiin perustuva kelpoisuus antaa ja vastaanottaa tahdonilmaisuja päämiehensä puolesta sekä muutoinkin tehdä päämiehen puolesta tämän omaisuutta koskevia oikeustoimia (HohL 35.1 §). Edunvalvojan kompetenssia rajoittavat lahjoituskielto (HolhTL 32.1 §), itsekontrahointikielto (HolhTL 32.2 §) ja kielto ryhtyä päämiehen puolesta tiettyihin henkilökohtaisiin oikeustoimiin (HolhTL 29.2 §).

---

[5] Holhousoikeuden alalla tapahtuneesta käsitteistön uudistumisesta huolimatta lainsäädännön perusfunktio on pysynyt samana. Vuonna 1964 *Esko Hoppu* korosti holhousoikeudellisen lupajärjestelmän merkitystä päämiehen kannalta seuraavasti: ”Näiden rajoittavien määräysten säätämisen rationa on toisaalta ollut holhotin varjeleminen holhoojan harkitsemattomilta oikeustoimilta ja toisaalta taas vajavaltaisen suojaaminen holhoojan tahallisilta väärinkäytöksiltä ja vajavaltaisen oikeuden loukkauksilta.” Ks. *Hoppu, Esko*, Holhousviranomaisen luvan puuttumisen aiheuttamasta pätemättömyydestä kiinteistönkaupassa. LM 1964, s. 415.

Luvanvaraisiksi säädetyt oikeustoimet ovat sallittuja oikeustoimia, joihin edunvalvoja voi ryhtyä. Lupajärjestelmä on vain järjestelmä, jonka avulla pyritään minimoimaan harkitsemattomien oikeustoimien aiheuttama riski päämiehelle. Luvanvaraisiksi säädettyä oikeustoimia on pidetty niin merkittävinä, että niihin ryhtymistä ei ole voitu jättää edunvalvojan oman harkinnan varaan.

Jos oikeustoimi edellyttää lupaa, oikeustoimen pätevyys jää viime kädessä riippumaan hankittavasta luvasta (HolhTL 36 §). Holhoustoimilain lupajärjestelmä on ennakkovalvontajärjestelmä, jota on tulkittava suppeasti. Lupaa oikeustoimelle voi hakea vain edunvalvoja. *Esko Hopun* hyvin syin vuonna 1964 puoltama kanta, jonka mukaan ostajalle tulisi antaa oikeus hakea holhousviranomaisen lupaa päämiehen puolesta solmittuun kiinteistön kauppaan, ei toteutunut holhoustoimilain uudistuksen yhteydessä vuonna 1999.[6]

Edunvalvojalla on oikeus ryhtyä ilman maistraatin lupaa myös muihin oikeustoimiin kuin niihin, joista HolhTL 34 §:ssä nimenomaisesti todetaan, ettei lupaa tarvita. Tällöin lähinnä on kysymys kuitenkin oikeustoimista, joita edunvalvojan tehtävän asianmukainen suorittaminen välttämättä edellyttää. Päämiehen omaisuuden sijoittaminen muulla tavalla kuin HolhTL 34 §:ssä säädetyllä tavalla ei ole sallittua. Jos oikeustoimi on sallittu ilman erityistä lupaa, edunvalvoja voi toimivaltansa puitteissa saada aikaan sopimussidonnaisuuden päämiehen ja tertiuksen välillä.

Holhoustoimilain edellyttämä lupa päämiehen puolesta solmittavaan oikeustoimeen on sidottu ankariin edellytyksiin. Lupahakemus on heti hylättävä, jos aiottu oikeustoimi on päämiehen edun vastainen (HolhTL 35 §). Päämiehen edun korottaminen ratkaisukriteeriksi on seikka, jota ei voi sivuuttaa sen enempää lupahakemuksen kuin lupaa koskevan päätöksen perusteluissa.

Kokonaan kiellettyä on luvan myöntäminen sellaisen omaisuuden luovuttamiseen, jota päämies tarvitsee henkilökohtaista käyttöään varten edunvalvonnan kestäessä tai myöhemmin asumista tai elinkeinon harjoittamista varten tai jolla muutoin on päämiehelle erityistä arvoa (HolhTL 38 §, HolhTL 39.1 §).

Luvan myöntäminen edellyttää päämiehen kuulemista.[7] Jos lupahakemus koskee alle 15-vuotiaan lapsen varallisuutta, lasta ei holhoustoimilain mukaan kuitenkaan ole tarpeen kuulla. Niissä tapauksissa, joissa omaisuudella on tai voi olla lapselle suuri henkilökohtainen merkitys, lapsen mielipide tulisi kuitenkin ottaa huomioon lupaharkinnassa. Perustuslain 6.2 §:n mukaan lapsen tulee kaikissa tapauksissa saada vaikuttaa itseään koskeviin asioihin kehitystään vastaavasti.

---

[6] Ks. *Hoppu, Esko,* em. artikkeli, s. 442 ss.

[7] Lapsen kuuleminen lasta koskevassa päätöksenteossa on eurooppalainen perusarvo, joka merkitys on koko ajan kasvamassa. Euroopan unionin perusoikeusasiakirjan (2000/C 364/01) 24 artiklan mukaan lapsen mielipide on otettava huomioon häntä koskevissa asioissa, hänen ikänsä ja kehitystasonsa mukaisesti. Lapsen mielipiteen huomioon ottamisen tärkeyttä korostetaan myös 1.8.2004 voimaan tulleessa Euroopan unionin asetuksessa N:o 2201/2003, joka koskee tuomioistuimen toimivaltaa sekä tuomioiden tunnustamista ja täytäntöönpanoa vanhempainvastuuta koskevissa asioissa. Asetus koskee myös edunvalvonnan piiriin kuuluvia päätöksiä. Ks. em. asetuksen 1 artikla 2 b-kohta.

15 vuotta täyttäneelle henkilölle on varattava tilaisuus tulla kuulluksi, jos asiakirjoista ei luotettavalla tavalla ilmene hänen omaa käsitystään aiotun oikeustoimen tarpeellisuudesta. Lain esitöiden mukaan riittävänä selvityksenä alaikäisen mielipiteestä voidaan pitää kauppakirjassa tai muussa asiakirjassa olevaa alaikäisen lausumaa, jossa hän ilmoittaa hyväksyvänsä oikeustoimen. Hakemuksen johdosta annettava ratkaisu on aina perusteltava.

Lupahakemus voi koskea samanaikaisesti kahta eri oikeustointa. Päämiehen edun yksilöllinen ratkaisumerkitys näkyy nyt siinä, että hakemuksista voidaan toinen hylätä päämiehen edun vastaisena ja toinen hyväksyä päämiehen etua toteuttavana toimena. Mahdollista on, että edunvalvoja saa luvan päämiehen omistaman määräalan luovutukseen, mutta hakemus päämiehen omistaman osakehuoneiston myymisestä hylätään. Kun julkisen vallan tehtävänä on perustuslain 19.4 §:n mukaan edistää jokaisen oikeutta asuntoon ja tukea asumisen omatoimista järjestämistä, alaikäisen päämiehen asunnon realisoimista voidaan ani harvoin, HolhTL 39.1 §:n säätämä velvoite huomioon ottaen, pitää edes mahdollisena. Lain mukaan edunvalvojan on säilytettävä omaisuus, jota päämies edunvalvonnan kestäessä tai myöhemmin tarvitsee asumista varten.

Päämiehen yksilöllinen etu voi olla aivan toisenlainen silloin, kun hän on edunvalvonnan piirissä ikäheikkoutensa tai raihnaisuutensa tähden. Päämiehen ainoa realisoitavissa oleva varallisuus saattaa muodostua asunnosta, jota hän ei enää voi itse todennäköisesti koskaan käyttää omana asuntonaan. Jos asunnon myymisestä saaduilla varoilla voidaan parantaa päämiehen hoidon laatua ja tarjota hänen omilla varoillaan hänelle miellyttävä elämän ehtoo, asunnon realisoiminen on päämiehen edun mukaista.

Holhousoikeuden järjestelmä rakentuu olettamalle, jonka mukaan lakimääräiset edunvalvojat huolehtivat lapsen alaikäisyyden aikana parhaalla mahdollisella tavalla lapsen varallisuusoikeudellisista intresseistä. Jos olettama osoittautuu vääräksi, tuomioistuin voi vapauttaa huoltajan lakimääräisen edunvalvojan tehtävästä ja tarvittaessa määrätä muun henkilön alaikäisen edunvalvojaksi. Tämä ratkaisu on mahdollinen vain, jos se on päämiehen edun mukainen. Erilliseen edunvalvojan määräämiseen on ryhdyttävä esimerkiksi silloin, jos lapsi on yksin toisen vanhemman huollossa ja hänet vapautetaan edunvalvojan tehtävistä.

Päämiehen etu on myös ollut aiheena järjestelyyn, jonka mukaan alaikäiselle henkilölle voidaan määrätä edunvalvoja, jonka tehtävät alkavat alaikäisen tullessa täysi-ikäiseksi. Määräyksen antaminen perustuu ennusteeseen, jonka mukaan alaikäinen ei omin voimin edes täysi-ikäiseksi tultuaan voi itse pitää huolta taloudellisista asioistaan.

Täysi-ikäisen ihmisen edunvalvontajärjestelmä on yksityisoikeudellinen suojajärjestelmä, jonka tarkoituksena on turvata yksilön varallisuusoikeuksien täysimääräinen toteutuminen tilanteessa, jossa hän ei enää itse kykene huolehtimaan omista eduistaan. Edunvalvojan tehtävät eivät kuitenkaan tässä tapauksessa rajoitu koskemaan ainoastaan päämiehen omaisuutta. Täysi-ikäiselle määrätyn edunvalvojan tulee huolehtia myös siitä, että päämiehelle järjestetään sellainen hoito, huolenpito ja kuntoutus, jota on päämiehen huollon tarpeen ja olojen kannalta sekä päämiehen omat toivomukset huomioon ottaen pidettävä asianmukaisena. Jos täysi-ikäiselle määrätty edunvalvoja laiminlyö päämiehen huoltoon tai varallisuusedunvalvontaan

kuuluvien tehtävien hoitamisen, tuomioistuimen on vapautettava edunvalvoja tehtävästään. Edunvalvoja on tällöin osoittautunut kykenemättömäksi tai sopimattomaksi huolehtimaan päämiehen eduista ja se yksin riittää vapauttamisperusteeksi.

Holhoustoimilain mukaan suojaa annetaan sitä tehokkaammin, mitä kykenemättömämpi yksilö on itse huolehtimaan eduistaan. Ensin annetaan ”tukea asioiden hoitamiseen” ja vasta jos tuki ei riitä turvaamaan yksilön etujen täysimääräistä toteutumista, hänen toimintakelpoisuuttaan voidaan hän etujensa suojaamiseksi rajoittaa.

Kun päämiehen etu on kuvatulla tavalla näin tärkeässä ja keskeisessä asemassa koko holhoustoimen edunvalvontajärjestelmässä, on kysyttävä sitä, jääkö holhoustoimen järjestelmässä lainkaan sijaa edunvalvojan ja tertiuksen etujen huomioonottamiselle. Yritän seuraavaksi lukea holhoustoimen järjestelmää tästä näkökulmasta.

## Mistä puhumme kun puhumme edunvalvojan edusta?

Edunvalvojan etu ei selvästikään ole holhoustoimilainsäädännön taustalla oleva ideologinen perusarvo samassa mielessä kuin päämiehen etu näyttäisi olevan. Järjestelmää ei ole asetettu edunvalvojan edun turvaamiseksi. Itse asiassa tämä ei suinkaan ole ajatuksellisesti mahdoton vaihtoehto. Silmäys taustapeiliin osoittaa tämän selvästi.

Holhoustoimen aamuhämärissä holhous ymmärrettiin edunvalvojan omassa intressissä tapahtuvana omaisuuden hoitomuotona. Holhoojan ja holhotin omaisuutta hoidettiin yhdessä ja tästä johtuen yhteistä oli myös voiton ja tappion yhteisyys. Tänä päivänä sanottaisiin, että järjestelyllä haettiin synergiaetuja. Edut kuitenkin kertyivät ennen muuta holhoojalle, sillä holhooja sai pitää itsellään holhotin omaisuuden tuoton. Järjestelmä tunnettiin nimellä usufruktuaalinen holhous.[8] Se oli alun alkaen vain suvun kontrollissa tapahtuvaa toimintaa.

Vasta vuoden 1669 holhousjärjestyksessä holhous asetettiin oikeuden valvontaan. Valvonnan tarkoituksena oli estää holhoojaa hyötymästä enemmästä kuin holhotin omaisuuden puhtaasta tuotosta. Holhoojaa estettiin siirtämästä päämiehen omaisuutta itselleen tuottoa enemmälti. Tämän varmistamiseksi päämiehen omaisuutta tuli hoitaa erillisvarallisuutena ja holhoojan tuli antaa tili sukulaisille omaisuuden hoidosta. Säännöstöä tiukennettiin vuoden 1734 laissa lakkauttamalla usufruktuaalinen hoito. Holhooja velvoitettiin ensimmäisen kerran hoitamaan holhotin omaisuutta kuten omaansa. Velvoitteeseen oli liitetty tehoste. Holhooja oli vahingonkorvausvelvollinen päämiehelleen aiheuttamasta vahingosta. Holhoustili holhoojan tuli edelleenkin antaa sukulaisille.

Päämiehen etu – tai niin kuin aikanaan asia ilmaistiin – holhotin etu nousi lainsäädäntöperiaatteena ensimmäistä kertaa esille vasta vuoden 1898 holhouslaissa. Päämiehen edun tulkittiin toteutuvan parhaiten järjestelmässä, jossa holhottavaksi julistetulta henkilöltä juri-

[8] Ks. lähemmin *Hemmer, Ragnar*, Suomen oikeushistorian oppikirja II. Vammala 1967, s. 58 ss.

disteknisellä operaatiolla poistettiin kokonaisuudessaan oikeustoimikelpoisuus. Holhoojasta muodostui päämiehen oikeustoimikelpoisuuden tulkki. Tästä kaavamaisesta ratkaisusta huolimatta laki merkitsi edistysaskelta holhoustoimen rintamalla. Holhoustoimen paikallisorganisaatioksi muodostettiin holhouslautakunnat ja tuomioistuimista muodostettiin holhoustoimen paikalliset ylemmät viranomaiset.

Edunvalvojan etu lainsäädäntöperiaatteena väistyi historiaan vuoden 1983 holhouslain osittaisuudistuksen myötä. Siirtyminen holhottavaksi julistamisen ensisijaisuudesta uskotun miehen määräämisen ensisijaisuutta korostavaan järjestelmään toi lakiin suhteettoman voimakkaiden toimenpiteiden kiellon, johti aikaisempaa useammin päämiehen oikeustoimikelpoisuuden säilymiseen koskemattomana ja korosti päämiehen etua kaikkien holhousoikeudellisten toimenpiteiden ensisijaisena ratkaisuperiaatteena.[9]

Vuoden 1999 holhoustoimilain ideologinen perusta on samantyyppinen yksilön arvoa korostava kuin se henki, joka välittyy vuoden 1983 jälkeisestä holhouslaista. Uudessa holhoustoimilaissa on kuitenkin havaittavissa yksittäissäänteljyen tasolla merkkejä siitä, että edunvalvojan etu on tullut lain sisältöä määräävämmäksi kuin mihin aikaisemmin oli jo totuttu.[10] Mutta mitä edunvalvojan etu holhoustoimilain järjestelmässä voi sitten tarkoittaa? Kysymys on aina edunvalvojan edusta yksittäistapauksessa, edunvalvojan etu ei enää samaistettavissa päämiehen etuun eikä se myöskään ole punnintakriteeri arvioitaessa sitä, mikä on hyväksyttävä menettelytapa yksittäisessä ratkaisutilanteessa. Mutta mikä siis edunvalvojan etu voi olla?

Edunvalvojan etu voi olla vallankäyttäjän etu. Edunvalvojalla on oikeus käyttää päämiehen puhevaltaa varallisuutta koskevissa asioissa. Kelpoisuus edustaa päämiestä tämän omaisuutta ja taloudellisia asioita koskevissa oikeustoimissa merkitsee valtaa antaa päämiestä sitovia tahdonilmaisuja. Vallankäyttö tilanteessa, jossa edunvalvojan edut eivät ole ristiriidassa päämiehen etujen kanssa, antaa edunvalvojalle mahdollisuuden, jota kaikilla ei ole. Edunvalvoja voi edunvalvojan roolissa antaa päämiestä koskevia sitovia tahdonilmaisuja ja toimiessaan omien asioittensa hoitajana itseään sitovia tahdonilmaisuja. Se, joka nauttii vallankäytöstä, voi saada nautintoa jo mikrovallan käytöstä.

Vallankäyttäjäksi voi joutua tahtoen tai tahtomattaan. Alaikäisen lapsen huoltajalta ei kysytä hänen halukkuuttaan ryhtyä edunvalvojaksi. Täysi-ikäisestä huoltajavanhemmasta tulee aina lapsensa edunvalvoja. Huoltajasta tulee edunvalvoja siinäkin tapauksessa, että hänelle itselleen olisi määrätty edunvalvoja ja vieläpä silloin, kun hänen omaa toimikelpoisuuttaan on rajoitettu. Ainoastaan vajaavaltainen ei voi olla edunvalvojana; alaikäisestä lapsen huoltajasta tulee suoraan lain nojalla oman lapsensa edunvalvoja vasta kun hän täyttää 18 vuotta. Kun edunvalvonta seuraa ilman eri päätöstä huoltajuutta, edunvalvojaksi voi valikoitua henkilö, jolla ei ole edellytyksiä tehtävän asianmukaiseen hoitamiseen. Edunvalvonta on niin vakava asia, että

[9] Ks. lähemmin *Kangas, Urpo*, Uskottu mies holhousoikeuden järjestelmässä. Jyväskylä 1987, s. 60 ss.

[10] Edunvalvojan edun korostuminen päämiehen edun kustannuksella näkyy erityisen selvästi niissä säännöksissä, jotka koskevat päämiehen tilien käyttöoikeutta ja päämiehellä olleen saatavan suorittamista edunvalvojalle. Ks. HolhTL 31 § ja sen johdosta *Kaisto, Janne*, Sopimusvapaus, laki ja maksusuoja. Helsinki 2001, s. 921 ss.

huonosta edunvalvojasta on päästävä eroon. Tuomioistuin voikin vapauttaa huoltajan edunvalvojan tehtävästä ja tarvittaessa määrätä muun henkilön alaikäisen edunvalvojaksi.

Jos alaikäinen lapsi on yhteishuollossa, hänellä on kaksi edunvalvojaa. Kun yhteishuolto jatkuu useimmissa tapauksissa myös avioeron tai avopuolisoiden erilleen muuttamisen jälkeen, lapsella on usein kaksi eri taloudessa elävää edunvalvojaa. Tuomioistuimen voi kuitenkin määrätä, että lapsen huolto uskotaan yksin toiselle vanhemmalle. Lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta annetun lain mukaan varsinaista estettä ei ole sille, että tuomioistuin uskoo lapsen huollon yksin toiselle vanhemmista, vaikka puolisoiden yhdessä eläminen jatkuu, eikä eroa ole edes aikomusta ottaa. Tämä vaihtoehto on kuitenkin varsin teoreettinen, sillä ensisijaisesti vanhempien työnjaon huoltajina tulisi perustua joko toiselle huoltajalle annettuun nimenomaiseen valtuutukseen tai suoraan lain säännökseen, joka antaa yhteishuoltotilanteissa toiselle huoltajalle yksinomaisen päätöksentekovallan, mikäli toinen huoltajista ei matkan, sairauden tai muun syyn johdosta voi osallistua lasta koskevan päätöksen tekemiseen.

Käytännössä lapsen uskomisesta yksin toisen vanhemman huoltoon tehdään ratkaisu riitaisassa erotilanteessa. Tässä tapauksessa lapsi menettää toisen edunvalvojansa, vaikka tuomioistuimen päätöksessä ei asiasta olisi mainittu halaistua sanaa.

Tuomioistuin voi myös tarvittaessa antaa määräyksiä huoltajan tehtävistä, oikeuksista ja velvollisuuksista ja päättää myös tehtävien jaosta huoltajien kesken. Samalla tavalla kuin päätös lapsen huollon siirtämisestä yksin toiselle vanhemmista, tehtävänjakopäätös huoltajien kesken ei edellytä sitä, että huoltajat ovat eronneet tai edes aikaisessa erota. Samat syyt, jotka käytännössä estävät huollon uskomisen yksin toiselle puolisoista parisuhteen kestäessä, estävät asiallisesti myös huollon sisällön räätälöimisen parisuhteen aikana. Lain systematiikasta ilmenee, että vaihtoehto on tarkoitettu ensisijaisesti käytettäväksi tilanteessa, jossa vanhemmat asuvat eri taloudessa kuin lapset. Päätös, jolla tuomioistuin jakaa tehtäviä huoltajien kesken, ei vaikuta kummankaan vanhemman oikeuteen toimia lapsensa edunvalvojana. Vaikka toiselle vanhemmista olisi uskottu ainoastaan oikeus lasta koskevien tietojen saamiseen, hän on päätöksen antamisen jälkeenkin lapsena täysivaltainen edunvalvoja. Minimihuoltaja on aina maksimiedunvalvoja, jollei edunvalvonnasta tehdä eri päätöstä.

Mikäli toinen lapsen lakimääräisistä edunvalvojista kuolee, lapselle ei ole tarpeen määrätä uutta edunvalvojaa. Hänen eloonjäänyt vanhempansa jatkaa yksin lapsensa edunvalvojana.

Jos edunvalvonta ei määräydy suoraan lain nojalla, edunvalvojan tehtävä alkaa joko maistraatin tai tuomioistuimen antaman ratkaisun johdosta. Määräyksen antaminen edellyttää näissä tapauksissa aina edunvalvojaksi ehdotetun henkilön suostumusta. Ketään ei enää vastentahtoisesti voi määrätä toisen edunvalvojaksi. Toisin oli asianlaita ennen. Henkilö voitiin määrätä vastoin omaa tahtoaankin toisen henkilön edunvalvojaksi. Tehtävästä saattoi kieltäytyä vain, jos oleskeli ulkomailla, taikka asui niin kaukana tahi oli niin kivulloinen, ettei voinut holhottia tai hänen asioitansa oikein hoitaa; kun oli kuudenkymmenen vuoden vanha; kun oli monta omaa lasta taikka jo hoidettavana kaksi holhutointa tahi yksi sellainen, joka ei toista sietänyt taikka kun virka tahi palvelus tai muu pätevä syy esti olemasta

holhoojana. Kun edunvalvonta tehtävä voi olla raskas, nykyisin presumtiivisen edunvalvojan suurin etu voi olla oikeus kieltäytyä perustetta ilmoittamasta ehdotetusta edunvalvontatehtävästä.

Edunvalvojaksi pääsee omasta halustaan vain, jos on tehtävään sopiva henkilö. Sopivuutta arvioitaessa on otettava huomioon edunvalvojaksi esitetyn taito ja kokemus sekä tehtävän laatu ja laajuus. Henkilön tulee olla edunvalvojaksi sopiva riippumatta siitä, onko päämies ikänsä puolesta vajaavaltainen vai täysi-ikäinen. Sopivuus on yleinen edellytys, jota vaaditaan edunvalvojalta riippumatta siitä, onko kysymys lyhytkestoisesta edunvalvojan sijaisuudesta vai toistaiseksi annetusta edunvalvojan määräyksestä.

Edunvalvojalla on huomattava määrä velvollisuuksia, joista osa kohdistuu suoraan päämieheen ja osa kohdistuu holhoustoimen organisaatioon. Edunvalvoja toimii kahdensuuntaisen kontrollin alla ja häntä on nimenomaan kielletty ryhtymästä päämiehen puolesta oikeustoimiin, jonka toisena osapuolena on edunvalvoja itse, edunvalvojan puoliso tai muu edunvalvojalle läheinen henkilö taikka joku, jota edunvalvoja edustaa. Edustamiskiellon tavoitteena on estää edunvalvojan välitön tai välillinen hyötyminen päämiehen kustannuksella. Edunvalvojan etu on yksinkertaisesti se, että hän huolehtii tehtävästään moitteettomasti ja täyttää hänelle laissa asetetut velvoitteet piiruakaan niistä tinkimättä. Muussa tapauksessa hän saattaa joutua vahingonkorvausvelvolliseksi omista toimistaan.

Edunvalvojan etuna voitaisiin ajatella hänelle tehtävästä maksettavaa palkkiota. Tämä etu on kuitenkin varsin rajallinen. Alaikäisen vanhemmalla ja alaikäisen huoltajalla, joka toimii hänen edunvalvojanaan, on oikeus saada alaikäisen varoista korvaus tarpeellisista kuluistaan. Lakimääräisellä edunvalvojalla ei siten ole lainkaan oikeutta saada palkkiota tehtävänsä hoitamisesta, ei edes tilanteessa, jossa alaikäisen päämiehen omaisuus on mittava ja suuritöinen. Lain esitöiden mukaan edunvalvonta on sen luonteinen vanhemman ja huoltajan velvollisuus, josta tulee huolehtia palkkiotta. Tehtävää on hoidettava kulukorvauksella. Vaatimus saattaa olla kohtuuton tilanteessa, jossa lakimääräisellä edunvalvojalla ei ole lainkaan omia tuloja pitkäaikaisen työttömyyden tai sairauden johdosta eritoten, jos alaikäisellä päämiehellä on merkittävä omaisuus. Ongelma on todellinen muun muassa Lapin läänin alueella, jossa alaikäisen edunvalvojat ovat joutuneet käyttämään alaikäisen omia varoja myös sellaisten elinkustannusten kattamiseen, jotka ovat koituneet edunvalvojan omaksi hyödyksi. Näissä tapauksissa edunvalvojat on joko pakotettu allekirjoittamaan velkakirja päämiehelleen tai heitä on syytetty kavallusrikoksesta yleisessä alioikeudessa.

Oikeus palkkioon on vain määrätyllä edunvalvojalla. Palkkion suuruus määräytyy lain mukaan suhteessa työn laatuun ja laajuuteen ja päämiehen varallisuuteen. Palkkion tulee lisäksi olla kohtuullinen. Holhoustoimilain delegointisäännöksen mukaan oikeusministeriöllä on oikeus antaa ohjeita palkkion määräytymisen perusteista. Delegointisäännöstä perustellaan lain esitöissä pyrkimyksellä käytännön yhdenmukaistamiseen eri paikkakunnilla. Oikeusministeriö onkin antanut kaksi palkkio-ohjesääntöä, ensimmäisen 19.10.1999 ja toisen 14.12.2001, jolla ensimmäinen kumottiin.

Kun tutustuu oikeusministeriön antamiin ohjeisiin, ei voi välttyä vaikutelmalta, että kysy-

myksessä eivät ole ohjeet, vaan kyseessä on lainsäätäjältä kesken jääneen työn jatkaminen.[11] On aiheellista perustella väitettä parilla sanalla silläkin uhalla, että se vie meidät hetkeksi varsinaisen otsikkokysymyksen ulkopuolelle. Ennen nykyisen perustuslain säätämistä oli voimassa laki viranomaisten määräyksiä ja ohjeista koskevista toimenpiteistä (573/89) eli niin sanottu normilaki. Normilaissa oli erotettu toisistaan selvästi määräykset ja ohjeet. Määräykset olivat viranomaisen päättämiä sääntöjä, jotka olivat velvoittavia yksittäistapauksessa. Ohjeet olivat luonteeltaan yleisiä sääntöjä, jotka eivät olleet velvoittavia. Normilaki on kumottu 1.3.2000 lukien lailla ministeriöiden ja valtion muiden viranomaisten määräyskokoelmista (189/00). Uusi laki poikkeaa aikaisemmasta siinä, ettei enää tunne lainkaan ministeriön antamaa ohjetta. Se koskee vain sitovia määräyksiä.[12] Viranomaisten määräyskokoelmia koskevan lain esitöiden mukaan ohje on ymmärrettävä yleiskielen mukaisesti ”johonkin menettelyyn tai toimintaan opastavaksi lausumaksi, neuvoksi tai kehotukseksi”.[13] Edellä sanottuun nähden on ilmeistä, että oikeusministeriön antamat ohjeet edunvalvojan palkkion määräytymisen perusteista eivät ole lainkaan yksittäistapauksessa sitovia.

Ohjeet antavat palkkion määräytymisestä toisenlaisen kuvan. Ohjeiden 1 §:n mukaan ohjeista sovelletaan harkittaessa edunvalvojalle holhoustoimesta annetun lain nojalla maksettavan palkkion oikeaa suuruutta. Ohje ei siis koske pelkästään palkkion suuruutta, vaan nimenomaan *palkkion oikeaa suuruutta*. Ohjeiden 2 §:n mukaan edunvalvojan vuosipalkkio muodostuu kolmesta eri osasta a) 200 euron suuruisesta perusmaksusta, jos päämiehen nettotulot rahana annetut etuudet mukaan luettuna ovat yli 4200 euroa vuodessa b) lisämaksusta ja c) erityiskorvauksesta.

Ohjeiden mukaan lisämaksua saadaan periä seuraavista edunvalvojan toimenpiteistä enintään seuraavasti. Omaisuusluettelon taikka vuosi- tai päätöstilin antamisesta 30–340 euroa omaisuuden määrästä ja tilin laajuudesta riippuen. Holhousviranomaisen luvan hakemisesta päämiehen puolesta tehtävään oikeustoimeen 80 euroa. Toimenpiteistä, jotka koskevat huolehtimista päämiehen henkilökohtaisessa käytössä olevasta asunnosta, jonka luovuttamiseen tarvitaan holhousviranomaisen lupa, 170 euroa. Muun kuin päämiehen henkilökohtaisessa käytössä olevan asuntovarallisuuden hoitamisesta 2 % hoidettavana olevan omaisuuden arvosta. Omaisuuden arvo lasketaan vähentämällä omaisuuden käyvästä arvosta asunto-omaisuus ja muuhun omaisuuteen kohdistuvat velat.

Edunvalvoja, joka suorittaa päämiehensä puolesta tälle tarpeellisen, erityistä ammattitaitoa tai huomattavaa työmäärää vaativan tehtävän, on oikeutettu ohjeen mukaan saamaan siitä kohtuullisen erityiskorvauksen esittämänsä hyväksyttävän laskun mukaisesti, jos tehtävän hoitaminen on ollut tällä tavoin päämiehen edun mukaista. Oikeusministeriön vahvistaman

---

[11] Ohjeiden normatiivista luonnetta korostaa niiden tiukka tulkinta maistraattikäytännössä. Kun ohjeiden tulkinnallista sitovuutta korostetaan vielä tulkintaohjeiden sananmukaisella tulkinnalla, ohjeet saavat aivan samanlaisen soveltamissisällön kuin varsinainen lakitekstikin. Ks. erityisesti *Heikkinen, Ari – Heusala, Aila – Mäkelä, Soja – Nuotio, Kari*, Holhoustili. Helsinki 2003, s. 193 ss.

[12] Ks. lähemmin *Tuori, Kaarlo*, Sosiaalioikeus. 3. uudistettu painos. Porvoo 2004, s. 132.

[13] *Tuori, K.*, em. teos, s. 132.

ohjeen mukaan holhousviranomainen voi olla hyväksymättä ohjeiden mukaisesti laskettua edunvalvojan palkkiota, jos palkkion suuruus on edunvalvojan työmäärään ja tehtävän vaativuuteen nähden kohtuuttoman suuri tai jos on ilmeistä, ettei edunvalvoja ole hoitanut tehtäväänsä asianmukaisesti.

Tämän enempää ei ole aihetta mennä ohjeen yksityiskohtiin. Tärkeää on vain panna merkille ohjeen yksityiskohtaisuus ja sen antaminen muodossa, joka pikemminkin viittaa määräykseen kuin ohjeeseen. En aio kuitenkaan tässä yhteydessä lähemmin arvioida sitä, miten hyvin oikeusministeriön antama ohje sovittuu perustuslain 80 §:n säännöksiin, jotka koskevat lainsäädäntövallan siirtämistä. Yhtä vähän yllytän maistraatteja olemaan soveltamatta ohjetta suoraan perustuslain 107 §:n nojalla. Ohjeen sisältö ja sen yhteiskunnallinen merkitys huomioon ottaen olisi kuitenkin ollut asianmukaisempaa, jos edunvalvojan palkkiosta ja sen määräytymisen perusteista olisi määrätty asetuksella.

Täysi-ikäiselle määrätyn edunvalvojan oikeus palkkioon ei oikeusministeriön vahvistamien ohjeiden mukaan vaikuttaisi miltään erityiseltä edulta. Palkkion määrä yksittäistä päämiestä kohden jää niin alhaiseksi, ettei tehtävä ole taloudellisesti kannattava. Toimesta tulee taloudellisesti kannattavaa vasta skaalaedun vuoksi. Palkkio-ohje koskee aivan samalla tavalla niitä tilanteita, joissa edunvalvojia on yksi ja päämiehiä on yksi kuin tilanteita, joissa edunvalvojia on yksi ja päämiehiä on tuhat. Kun edunvalvojana on yleinen edunvalvoja, oikeus holhoustoimesta annetun lain 44 §:ssä tarkoitettuun palkkioon ja korvaukseen päämiehen varoista kuuluu kunnalle tai sille yhteisölle, jonka kanssa maistraatti on tehnyt sopimuksen edunvalvontapalveluiden tuottamisesta. Skaalaetu ei kuitenkaan koidu edunvalvojalle, mahdollisen hyödyn saa siis kunta.[14]

Edunvalvojan etu on vihdoin tietoisuus siitä, ettei häneen voida enää kohdistaa mitään vaatimuksia sillä perusteella, että hän on toimillaan voinut aiheuttaa vahinkoa päämiehelleen. Vuodesta 2004 lähtien vahingonkorvausvaatimus, joka perustuu edunvalvojan toimintaan, vanhentuu kolmen vuoden kuluttua siitä, kun maistraatti on luovuttanut päätöstiliasiakirjat niihin oikeutetulle. Edunvalvojan sijaiseen kohdistettava vahingonkorvausvaatimus vanhentuu kolmen vuoden kuluessa luettuna siitä, kun edunvalvojan sijainen on antanut toiminnastaan selonteon sille, jolla on ollut oikeus vastaanottaa selonteko. Määräajan vanhentumisen katkaiseminen ei edellytä kanteen nostamista. Vanhentuminen on katkaistavissa todisteellisella ilmoituksella, joka voi olla vapaamuotoinen. Kolmen vuoden erityisvanhentumisaika alkaa kulua vain siinä tapauksessa, että vahingonkorvauksen peruste käy ilmi tilityksen tiedoista.

Jos edunvalvojan antama tilitys on ollut siinä mielessä puutteellinen, että vahingonkorvauksen peruste ei käy ilmi tilityksestä tai jos edunvalvoja on muutoin aiheuttanut vahinkoa päämiehelle hoitaessaan edunvalvojan tehtäväänsä, oikeus vahingonkorvaukseen vanhentuu velan vanhentumisesta annetun lain (15.8.2003/728) (jälj. VVL) 7 §:n mukaan. Edunvalvojan

[14] Käytännössä esimerkiksi Helsingissä edunvalvontapalvelujen tuottamisesta on tullut kaupungille tuottoisa liiketoimi. Tätä ei lakia säädettäessä lainkaan tarkoitettu. Ks. *Savolainen, Jaana*, Edunvalvontatoimisto tekee voittoa Helsingissä. Helsingin Sanomat 15.4.2004 C 2.

aiheuttamien vahinkojen korvausvelvollisuuden vanhentumisen kannalta keskeisiksi muodostuvat VVL 7 § 1 momentin 2 kohta ja 7 § 2–3 momentin oikeusohjeet. Niiden mukaan vahingonkorvauksen vanhentumisaika alkaa kulua siitä, kun päämies on havainnut virheen tai laiminlyönnin tai hänen olisi pitänyt se havaita, jos vahingonkorvauksen peruste ei käy ilmi tilityksen tiedoista. Vanhentumisaika on VVL 4 §:n mukaan kolme vuotta.

Aikaisemmin holhousoikeudessa noudatettiin periaatetta, jonka mukaan edunvalvojan aiheuttamasta vahingosta oli mahdollista saada korvausta, vaikka edunvalvonnan päättyessä vahingon aiheuttaneesta teosta oli kulunut enemmän kuin kymmenen vuotta. Uuden vanhentumislain mukaan vahingonkorvausvelan vanhentuminen on katkaistava ennen kuin kymmenen vuotta on kulunut vahinkoon johtaneesta tapahtumasta. Tätä sääntöä ei kuitenkaan sellaisenaan sovelleta edunvalvonnassa tapahtuneisiin vahinkoihin. Vahingonkorvaus vanhentuu näissä tilanteissa aikaisintaan kolmen vuoden kuluessa siitä, kun päämies on täyttänyt 18 vuotta tai kun hänelle ei enää ole määrätty edunvalvojaa.

VVL 7 §:n 3 momentin mukaan edunvalvojan rikoksella aiheuttama vahinko vanhenee käymäjalkaa syyteoikeuden vanhentumisen kanssa. Jos edunvalvojan teon johdosta on mahdollista nostaa syyte, rikoksesta johtuvaa velkaa ei katsota vanhentuneeksi. Korvausvelvollisuus vanhenee vasta kun rikosasia lakkaa olemasta vireillä tuomioistuimessa.

Muutettuja holhoustoimilain säännöksiä sovelletaan korvaukseen, jonka peruste on syntynyt ennen lain voimaantuloa. Edunvalvoja voi saavuttaa täytäntöönpanorauhan tuottaman edun ääritapauksessa vasta 21 vuoden jälkeen luettuna siitä, kun hän on aiheuttanut vastasyntyneelle päämiehelleen vahinkoa esimerkiksi laiminlyömällä testamentin moittimisen.

## Mistä puhumme kun puhumme tertiuksen edusta?

Suorittamamme tarkastelu on osoittanut, että holhoustoimilailla pyritään ensisijaisesti päämiehen edun turvaamiseen yksittäisessä ratkaisutilanteessa ja että puhe edunvalvojan edusta on mahdollista vain hyvin rajoitetussa mielessä. Jäljellä on vielä yksi kiintoisa henkilötaho, jonka näkökulmasta on aiheellista asettaa vielä kerran sama kysymys. Voiko sivullisella olla mitään etua holhoustoimilaissa säädetystä järjestelmästä?

Vastaus tähän näyttää ilmeiseltä. Sivullisella on erittäin paljon hyötyä siitä, että hän voi luottaa siihen, että hänen solmimansa oikeustoimet ovat lopullisia ja sitovia. Nimenomaan sivullisen edun varmistamiseksi on säädetty, että jokaisella on oikeus saada holhousasiain rekisteristä tieto siitä, onko tietty henkilö edunvalvonnassa, kuka on tietyn henkilön edunvalvoja, mikä on edunvalvojan tehtävä sekä onko ja millä tavoin henkilön toimintakelpoisuutta rajoitettu. Periaatteessa jokainen sopimuskumppani on velvollinen hankkimaan tiedon siitä, onko hänen sopijapuolensa kelpoinen ryhtymään tiettyyn oikeustoimeen. Mahdollisuus saada tieto tästä kelpoisuudesta auttaa sivullista arvioimaan sitä, mihin toimenpiteisiin hänen pitää ryhtyä oman etunsa ja samalla myös päämiehen edun varjelemiseksi.

Kun sivullisella on tieto siitä, että hänen oikeustoimikumppaninsa kuuluu holhoustoimilain

soveltamisalan piiriin, sivullisella on samalla tieto siitä, että oikeustoimi on mahdollinen joko ilman viranomaisen lupaa tai vain mahdollinen, jos viranomainen antaa siihen lain edellyttämän luvan oman toimivaltansa puitteissa. Jos viranomainen on menetellyt virheellisesti ja ylittänyt toimivaltansa sallimalla sellaista, joka päämiehen edun turvaamiseksi on kielletty, sivullinen ei saa suojaa. Sivullinen ei voi menestyksekkäästi vedota viranomaisen erehdyksen hänelle synnyttämään vilpittömään mieleen. Päämiehen etu tässä tilanteessa on painavampi kuin sivullisen etu. Tämä periaate on saanut vahvistuksensa oikeuskäytännössä.

> KKO 1999:24: Isä oli alaikäisten lastensa holhoojana pantannut lasten omistamat osakkeet pankille omien vastuiden vakuudeksi. Kun tässä eturistiriitatilanteessa lapsia olisi osakkeita pantatessa pitänyt edustaa heille määrätty uskottu mies, ei isän edustusvallan puuttumisesta johtuva panttausten pätemättömyys korjautunut siitä syystä, että holhouslautakunta oli myöhemmin antanut luvan panttauksiin.

Ensisijaisesti ratkaisu nojaa holhoustoimioikeudessa omaksuttuun periaatteeseen, jonka mukaan vajaavaltaiselle on määrättävä eturistiriitatilanteessa edunvalvoja huolehtimaan hänen eduistaan ja oikeuksistaan. Tämä velvollisuus oli edellä viitatussa tapauksessa kokonaan laiminlyöty. Toissijaisesti tapauksessa oli kysymys siitä, korjautuuko mainittu laiminlyönti siten, että edunvalvoja hakee vajaavaltaisen puolesta solmimalleen oikeustoimelle myöhemmin holhousviranomaisen hyväksynnän.

Oikeuskirjallisuudessa edustusvallassa olleen puutteen on katsottu korjautuvan silloin, kun yhteisessä edunvalvonnassa olevan lapsen puolesta toinen edunvalvojista on yksin solminut oikeustoimen ja toinen ei ole ollut oikeustoimeen osallisena.[15] Edelleenkin on painavia syitä puoltaa kantaa, että holhousviranomainen voi jälkikäteen hyväksyä yhdenkin edunvalvojan tekemän oikeustoimen, jos oikeustoimi on solmittu vajaavaltaisen puolesta tahon kanssa, jonka edut eivät ole ristiriidassa vajaavaltaisen etujen kanssa. Tähän kysymykseen korkeimman oikeuden ratkaisussa ei otettu kantaa.

Korkeimman oikeuden ratkaistavaksi saatetussa tapauksessa edustusvallan puute oli täydellinen. Jos yhteisessä edunvalvonnassa olevan lapsen toisen vanhemman ja lapsen välillä vallitsee eturistiriita, toinenkaan vanhemmista ei voi pätevällä tavalla edustaa lasta. Sen vuoksi alaikäiselle on määrättävä edunvalvojan sijainen kaikissa eturistiriitatilanteissa, jos lapsen edunvalvoja haluaa solmia vajaavaltaisen puolesta oikeustoimen. Mikäli edunvalvojan sijaisen hakemus laiminlyödään, niin kenelläkään ei ole alun alkaenkaan oikeutta edustaa alaikäistä oikeustoimessa. Ja nimenomaan tässä tilanteessa holhousviranomaisen lupa ei korjaa edunvalvojan edustusvallan puutteesta johtuvaa oikeustoimen pätemättömyyttä.

Holhoustoimilain mukaan sivullinen voi luottaa myös siihen, että hänen vajaavaltaiselle antamansa lahja tai irtainta omaisuutta koskeva lahjanlupaus sitoo häntä itseään, vaikka vajaavaltaista ei olekaan oikeustoimessa edustanut edunvalvoja, jos vajaavaltainen on ymmärtänyt asian merkityksen. Sivullisen etu voi vaikuttaa vain marginaaliselta, mutta sen ei tarvitse

---

[15] Ks. *Kangas, Urpo*, Vajaavaltaisen edustamisesta holhousasioissa. Defensor Legis 1996, s. 12 ss.

olla sitä. Kun sivullinen on tietoinen siitä, että hänen on muihin määräämistoimiin ryhtyessään otettava huomioon antamansa lahja tai lahjanlupaus aivan samalla tavalla riippumatta siitä, onko vajaavaltaista edustanut oikeustoimessa esteetön edunvalvoja vai ei, hän ei mitoita muita oikeustoimiaan väärin.

Sivullisen etua varjellaan holhoustoimilaissa myös antamalla hänelle vetäytymisoikeus oikeustoimesta, jonka hän on solminut vajaavaltaisen kanssa. Jos vajaavaltainen on tehnyt oikeustoimen ilman tarvittavaa edunvalvojan suostumusta, on sillä, jonka kanssa sopimus tehtiin, oikeus vetäytyä sopimuksesta niin kauan kuin sopimusta ei ole hyväksytty tai asianmukaisesti täytetty. Sääntely ei kuitenkaan oikeuta sivullista peruuttamaan vajaavaltaiselle antamaansa lahjanlupausta, vaikka lupaus olisikin täyttämättä. Vetäytymisoikeus koskee vain vastikkeellisia oikeustoimia. Mutta sivullisen etua rajoittaa päämiehen etu. Jos sivullinen tiesi, että toinen osapuoli on vajaavaltainen, hän voi käyttää vetäytymisoikeuttaan vasta sen jälkeen, jos sovittua jälkikäteistä suostumusta ei ole hankittu lainkaan tai saatu kohtuullisessa ajassa.

## Etu oikeudellisen ongelman ratkaisukriteerinä

Silloin kun yksittäisen oikeusongelman keskeiseksi ratkaisukriteeriksi nostetaan yksinomaan jonkun henkilön etu, oikeudellinen sääntely tapahtuu yleislausekkeen avulla. Yleislausekkeita kutsutaan myös joustaviksi oikeusnormeiksi sen vuoksi, että ne taipuvat muuttuviin olosuhteisiin helpommin kuin kasuistinen normisto.

Suomessa suhtautuminen yleislausekkeisiin oli alun perin nihkeää. Vielä 1950-luvun alussa *Toivo Mikael Kivimäki* varotti yleislausekkeiden käytön vaarantavan oikeusvarmuutta ja heikentävän oikeudellisten ratkaisujen ennustettavuutta. ”Mikäli tuomarille annetaan pitkälle menevä harkintavalta kanssaihmistensä kohtaloista päättäessään, vaanii oikeusjärjestelmää kaksi vaaraa, toisaalta mielivallan, toisaalta oikeudellisen epävarmuuden vaara”, kirjoitti Kivimäki.[16]

Oikeuspoliittisesti Kivimäen kannanotto oli ymmärrettävä, sillä kansallissosialistisen Saksan lainkäyttö oli osoittanut todeksi *Justus Wilhelm Hedemannin* profetian. Hedemannin mukaan soveltamisalaltaan joustavat yleislausekkeet voivat toimia oikeudellisen ratkaisun mittapuuna järjestäytyneessä yhteiskunnassa, jos lausekkeita soveltavat riippumattomat tuomarit. Mutta mikäli valtio ylimpänä vallanhaltijana asettaa yleislausekkeita vain omien tarkoitusperiensä hyväksi, yleislausekkeen joustavuus ja valtatekijä sulautuvat yhteen toistensa kanssa. Samalla yleislauseke lakkaa toimimasta mittakaavana ja muodostuu yksipuoliseksi ja kontrolloimattomaksi poliittisen vallan välineeksi. Tämän prosessin seurauksena oikeudenmukaisuuden tilalle astuu mielivalta.[17]

---

[16] *Kivimäki, T. M.*, Yleislausekkeet oikeusvarmuutta heikentävinä tekijöinä. LM 1950, s. 303.
[17] *Hedemann, J. W.*, Die Flucht in die Generalklauseln. Tübingen 1933, s. 51 ja s. 71.

Demokraattisessa oikeusvaltiossa joustavien oikeusnormien käyttöön ei sisälly samanlaista *poliittista riskiä* kuin totalitaarisessa valtiossa. Joustavien oikeusnormien käyttöala onkin vuosi vuodelta laajentunut. Tämä on samalla muuttanut oikeudellisen ratkaisun luonnetta. Keskeistä ei ole enää niinkään normin tulkinta, kuin normin tarkoittaman asiantilan punninta. Päämiehen etua tai kenenkään muunkaan etua ei voida juurikaan punnita poliittisista syistä valtion tarkoitusperiä edistävällä tavalla ainakaan, jos politiikalla tarkoitetaan poliittista kannanmuodostusta. Mutta jos politiikalla tarkoitetaan hyvinvointipolitiikkaa ja yhteiskunnan resurssien jakopolitiikkaa, asia ei olekaan enää aivan selvä. Joustavat oikeusnormit resurssinormeina sallivat nimittäin resurssien leikkaamisen sieltä, minne resurssit lainsäätäjän mukaan kuuluisivat.

Joustavat oikeuslausekkeet voivat toimia edunvalvontaa koskevan oikeudellisen ratkaisun mittapuuna järjestäytyneessä yhteiskunnassa, jos päämiehen etua, edunvalvojan etua ja sivullisen etua tulkitsevat riippumattomat ja ammattitaitoiset holhoustoimen viranomaiset. Holhoustoimen viranomaisten riippumattomuudella tässä yhteydessä tulee ymmärtää esteettömyyttä jokaisessa yksittäisessä tapauksessa tapauksen asianosaisista. Ja ammattitaidolla sitä, että päämiehen edun merkityssisältöä täsmennetään jokaisessa yksittäistapauksessa aina niiden harkintakriteereiden turvin, jotka on asetettu ohjaamaan oikeudellista päätöksentekoa. Luonnollisesti tämä edellyttää sitä, että yhteiskunta huolehtii riittävien voimavarojen antamisesta holhoustoimelle. Viimeksi mainittu ehto ei valitettavasti näytä kuitenkaan toteutuvan.

Ilmassa on merkkejä, jotka saattavat vaarantaa koko holhoustoimen edunvalvontajärjestelmän legitimiteetin. Mikäli muualla maassa otetaan oppia Helsingissä tapahtuneesta kehityksestä, jonka mukaan yksittäisellä edunvalvojalla saa olla lähes 500 päämiestä, holhoustoimi menettää sen mikä sille on aina ollut arvokasta, henkilökohtaisen kontaktin edunvalvojan ja yksittäisen päämiehen välillä. Siinä tapauksessa puhe päämiehen edusta on oikeuden valekaavussa tapahtuvaa suunpieksäntää. Ja Hedemann valitettavan ajankohtainen.

Antti Kivivuori

# Vahingonkorvausvastuun tarkoitusperät

## Kysymyksiä

Mitä vaikutuksia vahingonkorvaussääntelyllä on? Minkälaisiin vaikutuksiin on tähdätty, kun lainsäädäntötyössä, tuomioistuintoiminnassa ja muussa sääntöjä kehittävässä työssä on sääntöjen sisältöä suunniteltu? Nämä ovat erilaisia kysymyksiä. Se, mitä on tavoiteltu, ei ehkä toteudu vaikutuksina. Mitkä ovat vahingonkorvaussäännön vaikutukset? Niitä ei ehkä ole tavoiteltu, ei ainakaan sellaisina kuin ne ilmenevät.

Säännön laatijan tarkoitusperät eivät kenties lainkaan toteudu tai jokin tavoite monesta jää haaveeksi. Toisaalta kaikkia vahingonkorvaussääntelyn vaikutuksia ei huolellisestikaan tutkien aina kyetä mieltämään ja ennakoimaan. Näiden tilanteiden välimaille sijoittuvat tilanteet, joissa sääntöjä luovat henkilöt vain ohuesti aavistavat sääntelyn jonkin vaikutustavan. Samaten ne tilanteet, joissa toimijat kyllä tunnistavat sääntelyn tietynlaisen vaikutuksen mutta eivät pidä sitä tavoitteena vaan kenties jopa harmillisena, sääntelyhyvän hintana. Suuri korvausvelvoite rasittaa myös korvausvelvollisen perheen toimeentuloa, vaikka se ei olekaan sääntelyn tarkoituksena.

Vahingonkorvausoikeutta tarkastelevassa oikeustieteellisessä kirjallisuudessa ei juurikaan ole osattu erottaa sääntöjä luovien toimijoiden tarkoitusperien (tavoitteiden) ja sääntöjen tosiasiallisten vaikutusten tarkastelua toisistaan. Usein puhutaan vahingonkorvausvastuun vaikutuksista tai funktioista. Tehtävistäkin puhutaan, mutta tehtävän antajaa ei yksilöidä tai edes mainita.

## Conventional Wisdom

John Kenneth Galbraith toi englannin kieleen ilmaisun ”the conventional wisdom” – kuten John Kay (Financial Times 12.8.2004) sanoo – ”to describe opinions that, while not necessarily well founded, are so widely held among the rich and influential that only the rash and foolish will endanger their careers by dissenting them”. Tarkoittamatta luonnehtia esityksiä noin vaikutusvaltaisiksi poimin kolme kotimaista teosta ja tiivistän niissä ilmaistut näkemykset vahingonkorvausvastuun tehtävistä. Yksi teoksista on lähinnä rikkomusvastuun (sopimuksenulkoinen vastuu), yksi yhteisövastuun ja yksi sopimusvastuun alalta.

Eero Routamon ja Pauli Ståhlbergin teos ”Suomen vahingonkorvausoikeus” vuodelta 2000 on aiempine painoksineen muokannut usean lakimiesvuosiluokan näkemyksiä. Teoksessa on nelisivuinen alajakso ”Vahingonkorvausoikeuden tavoitteet”.[1] Jakson ydin voidaan kiteyttää seuraavasti.

Teoksen mukaan vahingonkorvausoikeudessa on ”pohjimmiltaan kyse siitä, miten vahingosta aiheutuvat haitalliset seuraukset jaetaan vahingonkärsijän ja vahingonaiheuttajan kesken”. Jako pyrkii toteuttamaan vahingonkorvausoikeuden tavoitteita. Oikeuskirjallisuudessa vahingonkorvaussäännösten tavoitteista on käyty paljon keskustelua mutta vähin tuloksin, toteavat Routamo ja Ståhlberg. Eri mieltä on oltu erityisesti väiteltäessä säännösten preventiivisen eli ennalta ehkäisevän ja reparatiivisen eli vahingonkärsijää hyvittävän vaikutuksen suhteista. Koska kummassakaan leirissä ei voida nojata ”tieteellisesti kelvolliseen, empiiriseen tutkimukseen, jää keskustelu arvelujen asteelle”. Näin puhuessaan tekijät liukuvat tavoitteista vaikutuksiin. Ne ovat kuitenkin kaksi eri asiaa. Tavoitteita tutkitaan selvittämällä sääntöjen asettajien ajatuksia, vaikutuksia taas tarkastelemalla vahingon aiheuttajan ja vahingonkärsijän (uhrin) sekä heihin yhteydessä olevien käyttäytymistä.

”Vahingonkorvaussäännöksillä voidaan arvella olevan preventiivinen vaikutus sekä yksittäisen henkilön kohdalla että yleisesti moraalia ylläpitävänä järjestelmänä.” Erityispreventiiviseksi teoksessa kutsutaan vaikutusta, kun ”henkilöt pyrkivät vahinkojen välttämiseen sen pelon vuoksi, jonka korvausvastuun uhka aiheuttaa”. Yleispreventiovaikutus puolestaan saattaa syntyä sillä perusteella, että ”korvaussäännöstöjen vuoksi vahinkoon johtavaa käytöstä pidetään yleisesti paheksuttavana”. Vahingonkorvaussäännökset rajaavat ihmisten ”toimintavallan rajoja”. Rajoittamalla toimintavaputta pyritään yhteiskunnan jäseniä turvaamaan toistensa aiheuttamilta, haitallisina pidettäviltä teoilta.

Reparatiivinen eli korjaava vaikutus syntyy, kun yksittäisessä vahinkotilanteessa joku määrätään korvausvelvolliseksi ja tämä johtaa vahingonkärsineen hyvittämiseen.

Kiistelyä preventiivisen ja reparatiivisen tavoitteen tärkeysjärjestyksestä pidetään teoksessa turhana, mutta historiallinen kehitys näyttää tekijöiden mielestä voimistaneen hyvittämisnäkökohtaa prevention sijasta. Vahingonkorvauslaki edustaa kuitenkin kompromissia molempien periaatteiden välillä.

Vakuutuksen roolia tarkastellessaan Routamo ja Ståhlberg tuovat esiin kolmannen vahingonkorvaussääntelyn vaikutustavan, pulveroinnin. Pulverointi on tuloksena, kun esimerkiksi vedenjakeluverkoston aiheuttamat vahingot jaetaan perittävillä maksuilla kaikkien vedenjakelua käyttävien vastattavaksi.

Vahingonkorvausvastuun tehtäviä yhteisöoikeuden alueella on selvitellyt Ari Savela teoksessaan ”Vahingonkorvaus osakeyhtiössä” (1999). Routamoon viitaten hän toteaa, että vahingonkorvauksella on kaksi päätehtävää, preventiivinen ja reparatiivinen. Lisäksi vahingonkorvauksessa on kyse ”osapuolten keskinäisestä riskinjaosta”.

---

[1] Routamo, Eero – Ståhlberg, Pauli, Suomen vahingonkorvausoikeus, 4. painos, Helsinki 2000 s. 11–15.

Lyhyin toteamuksin Savela varottaa tavoittelemasta preventiota liian tiukalla vastuusääntelyllä. Toisaalta hän arvioi tarpeelliseksi, että yhteisörakenteessa vahingonkorvausta ei kohdenneta pelkästään yhtiöön vaan myös yhtiössä toimiviin henkilöihin. Tätäkään henkilövastuuta ei hänen mielestään pidä kiristää liikaa. Henkilökohtaisen vastuun reparatiivinen merkitys puolestaan jää usein teoreettiseksi, koska vahingot ovat helposti suuria, eikä yritysjohtajien varallisuus yleensä riitä vahinkojen täysimääräiseen kattamiseen, arvioi Savela.

Sopimusoikeudellisen vahingonkorvausvastuun funktioita ja tehtäviä tarkastelee Lars Erik Taxell vuonna 1993 ilmestyneessä kirjassaan ”Skadestånd vid avtalsbrott”. Julkaisu oli 1990-luvulla usean vuoden ajan tutkielmaprojektieni tenttikirjana.

Sopimushäiriötilanteissa velkojan pitää – lausuu Taxell – saada se taloudellinen arvo, jota sopimus hänelle merkitsee, sopimusarvo tai positiivinen sopimusetu. Näin ollen sopimusvastuunkin alueella kuten rikkomusvastuunkin piirissä vahingonkorvauksella on reparatiivinen funktio. Missä määrin vahingonkorvaussäännöillä ja vahingonkorvausvastuun uhalla on preventiivinen tehtävä, on avoin kysymys. On kuitenkin ilmeistä, että ne voivat vaikuttaa velallisen asenteisiin, toteaa Taxell.[2]

Silloin kun sopimusrikkomustilanteessa luovutaan täyden korvauksen periaatteesta, tapahtuu sopijapuolten välillä riskinjako. ”Detta kan vara ett av motiven bakom skadeståndsregler.” Taxellkaan ei siis erottele käsitteitä ’vaikutus’ ja ’tavoite’ (tarkoitusperä). Hänen käsitteensä vaihtelevat: funktion, uppgift, motiv.

Vielä Taxell huomauttaa, että vahingonkorvaussäännöt voivat rakenteeltaan ja sovellutukseltaan muotoutua senkin mukaan, onko vahingonkorvaus mahdollista pulverisoida vakuutuksen avulla tai yritystoiminnan kustannusten välityksellä asiakaskunnalle. Vahingonkorvaussäännön valintaan – sen aineelliseen sisältöön – vaikuttavia näkökohtia Taxell tuo esiin suuren joukon pohtiessaan vahingonkorvauksen määräytymistä normiaukkotilanteissa.[3]

Conventional wisdom Suomen oikeuskirjallisuudessa näyttää ilmoittavan, että vahingonkorvausvastuulla on erilaisia vaikutuksia ja/tai tehtäviä. Näistä ilmeisin on korjaava, reparatiivinen tehtävä ja aika ilmeinen ehkäisevä, preventiivinen tehtävä. Lisäksi vahingonkorvaussääntely jakaa riskejä ja pulverisoi vastuutaakkaa.

## Luennoitsijan mietteitä

Luennoin Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan opettajana vahingonkorvausoikeutta 1990-luvun alkupuolelta lähtien kymmenkunta vuotta. Koska luennot olivat korvaavia luentosarjoja, niitä seurasi yleensä noin 80 % opiskelijavuosiluokasta. Näin ollen luennoilla puhutusta lienee syytä hiukan kertoa.

---

[2] Taxell, Lars Erik, Skadestånd vid avtalsbrott, Åbo 1993 s. 43.
[3] Taxell 1993 s. 125–159.

Oudoksuin sitä, että avaintermejä (tavoite, funktio, vaikutus, tehtävä) ei ollut juurikaan määritelty, ja sitäkin, että kannanottoja esitettäessä ei yleensä tukeuduttu vahingonkorvaussääntöjä luoneiden toimijoiden lausumiin, kuten lainvalmisteluasiakirjoihin ja tuomioistuinratkaisuihin.

Osaksi kysymys oli esitystekniikasta ja systematisointitasosta. Tutkijat saattoivat monipuolisestikin pohtia vahingonkorvauksen ulottuvuuksia, kun käsiteltävänä oli avoin tilanne, tulkintatilanne tai muuttuva tilanne, mutta he eivät välttämättä olleet koonneet tarkastelujaan koko vahingonkorvaussääntelyn kattavaksi synteesiksi.

Luentojen alussa oli siten kiinnitettävä huomiota käsitteisiin. Lakien synty on erilainen asia kuin lakien vaikutukset. Lakien (sääntöjen) syntyvaiheissa kiteytyvät valmisteluun osallistuvien tavoitteet. Tavoitteita ja vaikutuksia tutkitaan eri menetelmin ja tutkimuskohtein.

Oikeuskirjallisuudessa esiintyvä utuisuus saattaa johtua osaksi sanan 'funktio' monimerkityksisyydestä. Kielentutkimus ilmoittaa sanan tarkoittavan toimintaa, toimintoa ja tehtävää.[4] Näistä ensiksi mainittu on lähellä sanaa 'vaikutustapa', kun taas sana 'tehtävä' näyttää viestivän myös tehtävän antajasta, subjektista. Suomen kielen perussanakirja tarjoaa sanan 'tehtävä' ensimmäiseksi synonyymiksi seuraavan: "suoritettavaksi saatu, otettu tai annettu työ, toimitettava tekeminen". Jos siis puhutaan vahingonkorvauksen tehtävästä, edellytetään jonkun antaneen sellaisen tehtävän vahingonkorvaussääntelylle. Subjekti, tehtävän osoittaja, tarvitaan, jotta voimme käytännössä ajatella ihmisen tai asian tehtävää.

Oikeuskirjallisuudessa vahingonkorvaussääntelyn keskeisiin tehtäviin luettiin korjaava, reparatiivinen tehtävä ja (epävarmemmin) ehkäisevä, preventiivinen tehtävä. Asettivatko vahingonkorvauslain säätäjät, joihin itsekin kuuluin, tuollaisia tehtäviä?

Reparatiivinen tehtävä vahvistetaan nimenomaisesti siinä hallituksen esityksessä, jonka pohjalta vahingonkorvauslaki säädettiin: "Vahingonkorvausoikeuden keskeinen tavoite on perustaa vahingon kärsineelle oikeus taloudelliseen hyvitykseen hänelle aiheutetun vahingon johdosta."[5]

Vahingonkorvauksen preventiivisestä vaikutuksesta tai tarkoituksesta ei lakiesityksessä ollut yhtä selkeää ja nimenomaista tietoa. Virkamiehen ja työntekijöiden vastuuta koskevia uusia sääntöjä kuitenkin perusteltiin sellaisilla lausumilla, joista vahingonkorvauksen preventiivinen tehtävä oli kiistatta pääteltävissä. Julkisyhteisön isännänvastuusääntöjen perusteluissa todettiin: "Tällainen uudistus tuskin vähentäisi virkamiesten halua välttää vahinkojen aiheuttamista. Virkamiehen kurinpidollinen ja rikosoikeudellinen vastuu sekä korvausta suorittaneen julkisyhteisön takautumisoikeus ovat omiaan säilyttämään virkamieskunnassa pyrkimyksen suorittaa tehtävät moitteettomasti virkamiehen välittömän korvausuhan vähentymisestä huolimatta."[6] Niin väistyvän kuin ehdotetunlaisen korvausvastuun merkitys virkamiesten käyttäy-

[4] Suomen kielen perussanakirja, osat I–III, Helsinki 1990–94.
[5] Hallituksen esitys vahingonkorvausta koskevaksi lainsäädännöksi 187/1973 s. 8.
[6] Hallituksen esitys 187/1973 s. 10.

tymistä ohjaavana tekijänä tiedostettiin ja noteerattiin. Vastaava näkökanta ilmaistiin työntekijän henkilökohtaisen vahingonkorvausvastuun rajoittamista perusteltaessa.[7]

## Vahingonkorvaussääntelyn tarkoitusperät – lähtökohtia

Vahingonkorvaussääntelyn tarkoitusperiä (tavoitteita) voitaisiin selvitellä lukemalla sääntelyyn vaikuttaneiden lausumia kirjallisista lähteistä tai haastattelemalla heitä. Tällä tavalla saadaan kyllä paljon selville. Syntyvä kuva olisi kuitenkin helposti epätarkka ja jopa virheellinen. Ihmiset eivät aina kirjoita ja ilmaise ajatuksiaan totuudellisesti. Lainvalmistelulle ominaista on taktiikka: lain ikäviä vaikutuksia peitellään ja mukavia liioitellaan. Sitä paitsi ihmisillä on tiedostamattomia tavoitteita ja heidän otaksumansa saattavat osua harhaan. Lainvalmistelijoiden tarkoitusperiä joudutaankin tutkimaan myös vaikutusten kautta. Kartoitetaan lakien (sääntöjen) vaikutuksia ja pyritään päättelemään lain (sääntöjen) laatijoiden tiedostamisen taso kunkin vaikutuksen osalta.

Lainlaatijoiden tarkoitusperiä ja intentionaalisuutta tutkittaessa sopii hiukan lainata rikosoikeudessa hitaasti ja hartaasti kypsyteltyjä syyksiluettavuuden oppeja.[8] Dolus determinatus: hyvä lainvalmistelija tietää, mitä laista seuraa, ja tähtää juuri siihen. Dolus directus: lainvalmistelija tietää laista seuraavan vaikutuksen, vaikka se ei ole lain ”varsinaisena tarkoituksena”. Tietyn vaikutuksen todennäköisyyden nousu sijoittuu tuolla asteikolla tarkoitetun ja ’puolivahingossa’ aikaansaadun välimaille, jompaankumpaan (dolus eventualis, tuottamus). Täysin yllättävät vaikutukset jäävät intentionaalisen ulkopuolelle. Aina tosin voidaan asettaa mittapuu, jonka valossa lainvalmistelija on arvotettavissa nuhtein tai kiitoksin. Olisi pitänyt huomata ja ennakoida sekin tai sitten ei.

Vaikutuksia eriteltäessä joudutaan muistamaan, että vahingonkorvaus aina säteilee vaikutuksiaan eteenpäin. Jos joku maksaa korvausta, hän köyhtyy. Hänen lähipiirinsäkin köyhtyy. Tai sitten hän siirtää korvausmenonsa muille: vakuutusyhtiölle, asiakaskunnalle, työntekijöilleen takautumistietä jne. Säteilystä kertovia poimintoja:

– väittelylausuma tuotevastuuta vastaan: ”kuluttajat sen kuitenkin maksavat”
– tapaus 1920-luvun korkeimmasta oikeudesta: kunta velvoitettiin korvaamaan kunnassa toimivan ja kunnan verotuloista noin puolet maksavan metsäyhtiön isohko vahinko; yhtiö katsoi joutuvansa hoitamaan veroillaan puolet korvausmäärästä ja vaati sen vuoksi suurempaa korvausta
– hallituksen esitys 187/1973 (s. 17): ”lopullisesti kannettavakseen”

[7] Hallituksen esitys 187/1973 s. 12.
[8] Koskinen, Pekka, Johdatus rikosoikeuteen, Helsinki 2001 s. 63–65.

Seuraavassa esittelen luennoilla käyttämääni jäsentelyä seuraten vahingonkorvaussääntelyn vaikutuksia. Jokaisen vaikutuksen kuulumista lainlaatijoiden tavoitemaailmaan pitäisi siis huolellisesti tutkia. Tässä yhteydessä tyydyn itse vain joihinkin havaintoihin.

Luonteva karkeisjäsentely nojaa vahingon kärsijän (uhrin) ja vahingon aiheuttajan katsantokantojen erittelyyn, koska juuri he ovat vahingonkorvaussuhteen perushahmot. Sääntely koskettaa heidän olojaan ja he reagoivat sääntelyn eri piirteisiin. Tarkoittiko lain (säännön) laatija juuri sellaiseen reaktioon päätyä?

## Uhrin katsanto

Uhri (vahingonkärsijä) punnitsee vahingonkorvausta elämänodotustensa korjaajana. Hänen kuten kaikkien elämänkulussa on ylämäkiä ja alamäkiä. Ylämäkiä on monenlaisia: asunto vanhentuu, terveys horjuu, auto vaurioituu jne. Vahingonkorvauksen mahdollisuus tulee mieleen, kun elämänodotukset heikentyvät äkillisesti vahinkotapahtuman johdosta. Löytyisikö vahingonkorvauksesta keino tasoittaa tie entisen siloiseksi? Muita mahdollisuuksiakin toisinaan on: vakuutus, sosiaaliturva, hyväntekeväisyys tai naapuriapu.

*Ennen vahingon sattumista* eventuaalinen uhri, siis kuka tahansa, saattaa kokea vahingonkorvaussääntelyn turvatekijäksi. Se tuottaa sosiaalista turvallisuutta, kun tiedetään ainakin joidenkin harmien tässä elämässä hoituvan. Sosiaaliturvaksi vahingonkorvaus on monessa mielessä heiveröinen järjestelmä, esimerkiksi vastuun toteuttamisen työläyden ja vahingon aiheuttajan maksukyvyttömyyden vuoksi. Silti on sanottu, että heikon julkisen sosiaaliturvan maassa, kuten Yhdysvalloissa, vahingonkorvauskin toimii sosiaaliturvajärjestelmänä. Ja onpa Suomessakin tarjottu vahingonkorvaukselle funktioksi roolia sosiaaliturvana (Thomas Wilhelmsson: ”socialskyddsfunktion”) muiden tehtävien rinnalla.[9]

Vahingonkorvauksen luoma turvallisuuden tunne saattaa passivoida eventuaalista uhria. Jos korvausvastuutaho on vaivattomasti tunnistettavissa ja sen maksukykyisyys varma, kuten liikennevakuutuksessa, voi eventuaalisen uhrin tahto suojautua vahinkotapahtumalta vähentyä.

> Vuonna 1819 annetun korvaustyöjulistuksen valmisteluvaiheessa prokuraattorinvirasto (de la Chapelle) esitti lausunnossaan seuraavaa: ”Valtiolta ei voitane vaatia yleistä takausta varastetun ja korvaamatta olevan omaisuuden korvaamisesta, omaisuuden, jota asianomistaja usein ei ole riittävästi varjellut varkaudelta, tai on sitten laiminlyönyt hankkia takaisin. Sellaista huolimattomuutta voitaisiin ainakin pelätä seuraukseksi siitä, että valtio ottaisi korvatakseen, mitä varkaalta puuttui.”[10]

*Vahingon tapahtumisen jälkeen* uhri kokee menetyksensä, olipa se hänen henkilöönsä, sosiaaliseen asemaansa tai varallisuuteensa kohdistunut. Vahingonkorvaus – pelkkä mahdollisuuskin

[9] Wilhelmsson, Thomas, Senmodern ansvarsrätt, Privaträtt som redskap för mikropolitik, Helsingfors 2001 s. 183–185.
[10] Kivivuori, Antti, Suomen vahingonkorvauslainsäädännön kehitys, Joensuu 1969 s. 33–79.

– tuo *turvallisuutta*: hänen tilanteensa palautuu ennalleen tai menetyksen tilalle tulee jotain muuta hyvää (maineen menetys ja rahakorvaus kärsimyksestä). Vahingonkorvaus tekee uhrin menetetystä etuudesta suojatun asian, oikeuden. Esimerkiksi valtaosa perusoikeuksista saa sisältönsä oikeudellisesta suojasta, esimerkiksi vahingonkorvausoikeudesta. Uhrin oikeus on sitä, että hän saa vahingonkorvausturvaa. On siten selvää, että vahingonkorvausvastuun keskeinen tarkoitusperä on oikeuksien ylläpitäminen ja uhrin sosiaalisen turvallisuuden suojaaminen.

Saadakseen vahingonkorvausta uhrin on selvitettävä, miten vahinko syntyi ja kuka sen aiheutti. Pienemmässä mittakaavassa hän joutuu tekemään samaa kuin onnettomuuksien viralliset tutkintaelimet: selvittämään, mitä todella tapahtui, Pentti Saarikosken sanoja lainatakseni. Vahingonkorvaussääntöjen asettamien moitittavuusehtojen takia uhri joutuu myös punnitsemaan aiheuttajan menettelyn moraalia. Kaiken kaikkiaan uhri joutuu oppimisen tielle. Tosiasiatiedon, sääntötiedon ja arvostusten perusteella hän rakentaa itselleen korvausvaatimuksen, teesin.

Jos ja kun uhrin teesi tietoaineksineen ja moraaliväittämineen tulee hänen lähipiirinsä tietoon ja kenties julkisuuteenkin, siitä alkaa kertyä laajempaa asiainhallintaa ja elämänhallintaa. On käynnistynyt prosessi.

Uhrin käyttäytymiseen vahingonkorvaus voi vaikuttaa liennyttävästi. Vahinkoteko on saattanut herättää eriasteista ärtymystä, kaunaa tai jopa vihaa. Vahingonkorvauksesta hallituksen esityksessäkin käytetty ilmaisu ”hyvitys” viestii vahingonkorvauksen *liennytystavoitteesta*. Suomen kielen perussanakirja ilmoittaa sanan ’hyvittää’ erääksi merkitykseksi sanan ’sovittaa’. Tämä vie ajatuksen rikosten sovittelujärjestelmään ja sopuun, yhteiskuntarauhankin palautumiseen kriisin jälkeen. Uhrin mielenrauhan ja tunnetilan tasapaino on siis vahingonkorvaussääntelyn eräs vaikutus ja tarkoitusperäkin. Pyritään ohjaamaan uhrin käyttäytymistä samalla, kun tuetaan hänen hyvinvointiaan.

Vahingonkorvauksen suorittaminen korjaa uhrin varallisuustilannetta paikkaamalla vahingon aiheuttamaa menetystä, täysi korvaus koko menetyksen verran ja osittaiskorvaus osan siitä. Uhrin kautta varallisuudensiirto säteilee positiivisena tekijänä hänen läheisiinsä ja sidosryhmiinsä. Tämä kuuluu vahingonkorvaussääntelyn tarkoitusperiin, vaikka välillisten vahinkojen korvaamiseen suoraan välillisesti menettäneille onkin suhtauduttu pidättyvästi.[11]

## Aiheuttajan katsanto

Vahingon eventuaaliseen aiheuttajaan vahingonkorvaussääntely voi vaikuttaa ennen vahingon tapahtumista, mikäli hän mieltää korvausvastuun uhan merkitseväksi. Merkitystä ei ole tai se jää vähäiseksi sellaisen henkilön mielessä,

– joka arvioi, ettei hänen menettelynsä tai henkilöllisyytensä tule paljastumaan

[11] Muutosta tässä asenteessa havittavissa: hallituksen esitys vahingonkorvauslain muuttamisesta 167/2003.

– joka ei tunne vahingonkorvaussääntelyä (alle 15-vuotias esimerkiksi otaksuu, ettei sääntely koske noin nuoria)
– joka on varaton tai muutoin niin syrjäytynyt, ettei hän välitä korvausseuraamuksesta
– joka katsoo menettelyllään hyötyvänsä olennaisesti enemmän kuin mahdollinen vahingonkorvaus olisi[12]
– joka arvioi korvausvastuun varallisuuteensa nähden vähäiseksi.

Muitakin vahingonkorvausuhkaa heikentäviä tekijöitä löytyy.

Rajaavista tekijöistä huolimatta voidaan pitää varmana, että hyvin suureen väestönosaan ja lukemattomissa tilanteissa vahingonkorvaussääntely vaikuttaa *ehkäisevästi*. Talouselämässä keskeisimpiin menestystekijöihin luetaan riskienhallinta. Vahingonkorvausriski saattaa olla kohtalokas isollekin yritykselle (asbestivastuu ja suuryritys ABB). Yksityinen kansalainenkin on johonkin mittaan homo economicus, joka ei maksuvelvoitteita rakasta.

Vahingonkorvaussääntely tavoittaa eventuaalisen aiheuttajan mielen toistakin kautta. Kun yhteisössä vahvistetaan vahingonkorvaussääntö, jonka mukaan korvausvastuu edellyttää moitittavuutta, vahvistetaan myös se, että tietty menettely on moitittavaa. Jos sääntö vahvistetaan demokratian periaattein, heijastaa se myös yleistä moraalikäsitystä ja kiteyttää moraalisen toimintaohjeen. Mikä on moitittavaa, on väärin.

Eventuaalinen vahingon aiheuttaja saattaa reagoida vahingonkorvausuhkaan *varautumalla* korvausvastuuseen. Esimerkiksi vastuuvakuutus ja puskurirahoitus ovat varautumisen muotoja. Edellinen pulverisoi realisoituvan vastuun vakuutuksenottajien yhdessä kannettavaksi joskaan ei välttämättä täysimääräisesti (omavastuu, maksubonuksen muutos). Jälkimmäinen taas kanavoi kustannustaakan yrityksen asiakkaiden ja osakkeenomistajien harteille.

Vahingon tapahduttua aiheuttajaan kohdistetaan vahingonkorvausvaatimus, siitä käydään ehkä riita tuomioistuimessa ja lopuksi saatetaan turvautua pakkotäytäntöönpanoonkin. Näissä vaiheissa aiheuttaja valistuu: kuten uhri omalla tahollaan aiheuttaja saa ja hankkii tietoa vahinkoon johtaneista tekijöistä, tapahtumista uhrin puolella ja oman menettelynsä piirteistä. Käynnistyy *oppimisprosessi;* aiheuttaja luo antiteesin uhrin teesille. Jos riitaa ei ratkaista neuvottelemalla, jää tuomioistuimen tehtäväksi luoda teesin ja antiteesin pohjalta synteesi, Hegelin katsannossa 'korkeampaa tietoa'.

Oppimisprosessin myötä aiheuttaja saattaa orientoitua uudella, viisaammalla tavalla. Hänestä tuntuu ehkä järkevältä ehkäistä vastuutilanteiden toistumista aiempaa paremmin. Rikosoikeuden piirissä tällaista asennemuutosta kutsutaan erityispreventioksi. Routamo ja Ståhlberg käyttävät käsitettä toisenlaisessa merkityksessä (ks. edellä jakso "Kysymyksiä").

Erityisprevention syvyyttä säätelee sekin, millä moitesanoilla aiheuttajan menettelyä käy luonnehtiminen tai virallisesti tuomioistuinratkaisussa luonnehditaan. Moraalinen kasvu on

[12] Hemmo, Mika, Vahingonkorvauksen määräytymisestä sopimussuhteissa, Helsinki 1994 s. 264–271 velallisen tahallisesta sopimusrikkomuksesta.

arkisesti läsnä esimerkiksi alaikäisen aiheutettua vahinkoa ja vastuun tultua aiheuttajan huoltajien tietoon. Suoranainen kasvatusprosessikin saattaa siitä käsittelystä puhjeta kukkaan.

> Uppsalan yliopiston professori Ivar Strahl lausui vuonna 1950 ilmestyneessä mietinnössään ”Förberedande utredning angående lagstiftning på skadeståndsrättens område” (SOU 1950:16) seuraavan: ”I själva verket är åläggande för en brottsling att ersätta den skada han orsakat genom sitt brott mången gång ett *pedagogiskt lämpligt medel att bringa honom till insikt om innebörden av hans gärning.*” (Kursivointi lisätty.)

Vahingonkorvausvastuun kokeminen voi käydä aiheuttajalle raskaaksi, jopa ylivoimaiseksi. Hänen mielensä saattaa kääntyä uhria vastaan. Näin voi käydä jo siinä vaiheessa, kun vahinkoa ei ole vielä sattunut, mutta eventuaalinen aiheuttaja joutuu panemaan vaivaa ja kustannuksia vahinkojen estämiseen. Kielteisyyden virittämät asennemuutokset ovat kiinnittäneet vahingonkorvaussääntöjen laatijoiden huomiota.

> Esimerkki ajalta, jolloin lennätin teki tuloaan Suomeen. Nuoriso kivitti rikki tuhansittain langallisen lennättimen posliinieristimiä Vaasan läänissä. Suomen lennätinpäällikkö ehdotti tuolloin, että kunnat velvoitettaisiin korvaamaan alueellaan särjetyt eristimet. Vaasan läänin kuvernööri ei puoltanut korvausvastuuta, koska ”se todennäköisesti synnyttäisi väestössä vastenmielisyyttä koko lennätinlaitosta kohtaan, jonka laitoksen suurta hyödyllisyyttä rahvas, joka käyttää sitä harvoin tai ei koskaan, ei pysty näkemään”. Siis pelkona oli vastuutahon asenteiden kääntyminen uhritahoa vastaan. Senaatti yhtyi kuvernöörin näkemykseen.

Vahingonkorvaussaatavan synty ja korvauksen maksaminen ovat taloudellisia tosiasioita, varallisuudensiirto. Aiheuttajasta vaikutukset säteilevät hänen sidosryhmiinsä. Reaktiot voivat sisältää käyttäytymismuutoksia. Niitä ei ole nyt mahdollista käsitellä tarkemmin.

Edellä olen yleispiirteisesti kartoittanut vahingonkorvaussääntelyn vaikutuksia ja pyrkinyt selvittämään, mitkä näistä vaikutuksista – itse asiassa useimmat – ovat olleet sääntelyjen laatijoiden tiedostamia ja oletettavasti myös tavoittelemia. Joitakin tiedostettuja vaikutuksia ei käy pitäminen vahingonkorvaussääntelyn tarkoitusperiin kuuluvina (vaan kenties jopa välttämättöminä pahoina).

## Oikeustaloustiede

Oikeustaloustieteen piirissä on käsitelty runsaasti vahingonkorvaussääntelyn kysymyksiä. Yleishenki näissä tarkasteluissa näyttää olevan nykyisen vahingonkorvaussääntelyn arviointi ja parhaimman sääntelyn etsintä, ei juurikaan nykyisen sääntelyn laatijoiden tarkoitusperien kuvaus ja selittäminen. Optimaalisen sääntelyn rakennetta on haettu eritoten riskinjakoa ja vahinkokustannusten jakoa suunnittelemalla.[13]

---

[13] Kaisanlahti, Timo, Riskin pulverointi vahingonkorvausoikeuden tehtävänä, Teoksessa Kanniainen, Vesa – Määttä, Kalle (toim.), Näkökulmia oikeustaloustieteeseen 3, Helsinki 1999 s. 87.

Oikeustaloustieteen ansioksi voidaan kirjata vahinko- ja vastuutilanteissa muodostuvien kustannuserien tarkanoloinen etsintä. Hyvän lainvalmistelun näkökulmasta tekstit vaikuttavat kuitenkin niin monimutkaisilta – osin toivottoman sekaviltakin – ettei sääntelyn pohjaksi löydy etenemistietä.[14] Lisäksi on ilmeistä, että kustannuslaskenta ei ole kyllin miettinyt aineettomien tekijöiden merkitystä, esimerkiksi vahingonkorvausvastuuseen usein liittyvää käyttäytymisen moitittavuuden arviota ja tämän vaikutuksia yhteisön moraalin kehitykseen ja virtauksiin.

## Berättelseberättarens berättelse

Vuonna 2001 ilmestyi Thomas Wilhelmssonin perusteellinen ja ajatuksia täynnä oleva teos ”Senmodern ansvarsrätt. Privaträtt som redskap för mikropolitik”. Markkinatalouden periaatteiden eteneminen yhteiskuntien eri lohkoilla ja riskiyhteiskuntien läsnäolo luovat pohjaa vahingonkorvaussääntelyn uudelle käytölle, uusille funktioille. Vastuuoikeus tarjoaa nykytilanteessa toimintaväyliä ja mahdollisuuden oppia hallitsemaan riskiyhteisöjen epävarmuutta moraalikeskustelun välityksellä. Uusi vastuuoikeus ei Wilhelmssonin mukaan (s. 168) kuitenkaan tuo vaihtoehtoa vahingonkorvausoikeuden perinteisille funktioille. Amerikkalaistumista hän ei tarjoa ratkaisuksi muutoin kuin ehkä korvausmäärin nostamisena, ”i rimlig omfattning” (s. 180). Kiihokkeita uusille vastuuotteluille mikropolitiikan nimissä tarvitaan.

Wilhelmsson korostaa vastuuoikeuden sääntelyfunktiota ja valvontafunktiota, niiden erääksi osa-alueeksi sijoittuvaa palvelupakkofunktiota ja vielä sosiaaliturvafunktiotakin. Painotus on kuitenkin ohjausfunktioilla (sääntely ja valvonta). Hän huomauttaa fokusoivansa huomion rajalliselle vastuualueelle: kuvaannollisesti ilmaistuna 99,9 % vahingonkorvausprosesseista on tavallisia pieniä korvaustapauksia. Uusien ’kertomusten’, kuten Wilhelmsson ilmaisee, tarvetta ja tilaa on vallankäyttäjien – taloudellisen vallan, poliittisen vallan ja mediavallan – kontrollissa.

Vaikka Wilhelmssonin oma luonnehdinta ehdotuksistaan onkin noin rajaava, ne ansaitsevat kuitenkin paneutuvaa huomiota. Ehdotusten paino tuntuu sittenkin asettuvan vahingonkorvaussääntelyn aineellisten valintojen puolelle eikä niinkään sääntelyn funktioiden valikoiman kartuttamiseen.

[14] Kaisanlahti 1999 tarjoaa katsauksen oikeustaloustieteen merkittävimpien edustajien ajatuksiin.

Juha Laine

# Urakoitsijan vastuusta itsenäisen apulaisen törkeästä tuottamuksesta

## Johdanto

Rakennusurakan yleisten sopimusehtojen (YSE 1998) 30 §:n mukaan urakoitsija vastaa takuuajan jälkeenkin sellaista virheistä, joiden tilaaja näyttää aiheutuneen urakoitsijan törkeästä laiminlyönnistä, täyttämättä jääneestä suorituksesta tai olevan seurausta sovitun laadunvarmistuksen olennaisesta laiminlyönnistä ja joita tilaaja ei ole voinut kohtuuden mukaan havaita vastaanottotarkastuksessa eikä takuuaikana. YSE 1998 -ehdoissa ei nimenomaisesti oteta kantaa siihen, miten urakoitsijan takuuajan jälkeinen virhevastuu määräytyy urakoitsijan käyttämän suunnittelijan, aliurakoitsijan suorituksessa tai rakennustavarassa ilmenevän virheen osalta. Edellyttääkö urakoitsijan virhevastuu hänen puolellaan olevaa törkeää tuottamusta vai riittääkö urakoitsijan vastuuseen hänen käyttämänsä itsenäisen apulaisen törkeä tuottamus?

Ehdon tulkinnasta ei ole vakiintunutta oikeuskäytäntöä eikä kysymyksestä ole vallitsevaa kantaa oikeuskirjallisuudessa.[1] Kyseisen vastuurajoitusehdon tulkintaa koskeva kysymys on yllättäen noussut esiin aivan viime aikoina. Asiasta on annettu kaksi vastakkaista välimiesratkaisua.[2] Tämän lisäksi vastuunrajoitusehdon tulkinnasta on äskettäin annettu kaksi käräjäoikeusratkaisua, joista toisesta on valitettu hovioikeuteen.[3]

Olen aikaisemmassa kirjoituksessani[4] käsitellyt kyseisen vastuunrajoitusehdon tulkintaa lyhyesti. Sopimusehdon *sanamuodon* (YSE 1983 14 §) perusteella olen katsonut, että ehtoa olisi ilmeisesti tulkittava niin, että urakoitsija vastaa takuuajan jälkeen vain oman törkeän

---

[1] Kirjallisuudesta, ks. *Laine, Juha*, Rakennusvirheistä, Helsinki 1993 s. 234, *Halila, Heikki* ja *Hemmo*, *Mika,* Sopimustyypit, Helsinki 1996 s. 103.

[2] 21.2.2002 annettu välitystuomio (ainoana välimiehenä professori Mika Hemmo) ja 18.6.2003 annettu välitystuomio (Välimiehinä ON Mikko Tulokas puheenjohtajana sekä asianajajat Robert Liljeström ja Pekka Sirviö jäseninä). Kyseiset välimiesratkaisut on julkistettu *Aaro Liuksialan* teoksessa Rakennussopimukset, Käytännön käsikirja (2004) teoksessa s. 109.

[3] Kysymyksessä on valitus Espoon käräjäoikeuden 1.10.2003 antamasta tuomiosta n:o 03/7533, jossa kantajana on Espoon Kruunu Oy ja vastaajana Bonvesta Oy. Kyseisestä tuomiosta ei ole valitettu Helsingin hovioikeuteen. Myös Kemin käräjäoikeus on 30.7.2001 antamassaan tuomiossaan n:o 774 ottanut asiaan kantaa. Tämä riita on tiettävästi sovittu käräjäoikeuden tuomion antamisen jälkeen, eikä siitä ole valitettu hovioikeuteen.

[4] *Laine,* Rakennusvirheistä, s. 234.

tuottamuksensa perusteella. Vaikka rakennusvirhe olisi aiheutettu aliurakoitsijan tai rakennustavaran toimittaja törkeällä tuottamuksella, urakoitsija olisi tämän tulkinnan mukaan takuuajan jälkeen vastuusta vapaa, ellei hän ole aliurakoitsijan tai -hankkijan valinnassa tai valvonnassa itse syyllistynyt törkeään tuottamukseen. Lisäksi olen todennut, että kysymyksessä on hyvin laaja-alainen vastuunrajoitus.

Tässä kirjoituksessa pohditaan kyseisen vastuunrajoitusehdon tulkintaa, pätevyyttä ja tarkoituksenmukaisuutta ehdon sanamuotoa laajemman argumentaation valossa. Kirjoituksen punaisena lankana on ajatus, ettei sellainen järjestely, jossa urakoitsija vastaisi virheistä takuuajan jälkeen vain oman törkeän tuottamuksensa perusteella, ole enää osapuolten kohtuullisen riskinjaon kannalta perusteltavissa.

## Yleistä vastuun rajoittamisesta itsenäisen apulaisen törkeästä tuottamuksesta

Sopimusoikeudessa hyväksytyn yleisen periaatteen mukaan velallinen ei voi vedota vastuunrajoitukseen, jos hän on aiheuttanut sopimusrikkomuksen kvalifioidulla tuottamuksellaan (tahallaan tai törkeällä tuottamuksellaan). Tämä periaate on vahvistettu oikeuskäytännössä, ja se koskee myös lakisääteisiä vastuunrajoituksia.[5] Täytäntöönpanoapulaisten virheitä koskeviin vastuunrajoituksiin on suhtauduttu yleensä sallivammin kuin velallisen omaa toimintaa koskeviin vastuunrajoitusehtoihin. Velallisen on yleensä katsottu voivan vapauttaa itsensä vastuusta täytäntöönpanoapulaisensa kvalifioidulla tuottamuksella aiheuttaman vahingon korvaamisesta. Edellytyksenä on kuitenkin pidetty sitä, ettei velallinen itse ole menetellyt tuottamuksellisesti täytäntöönpanoapulaisensa valinnassa tai valvonnassa.[6]

Toisaalta kirjallisuudessa on katsottu, että esimerkiksi *välittömiin vahinkoihin* kohdistuviin vastuunrajoituksiin on perusteltua suhtautua jossain määrin varauksellisemmin ja tämän tyyppisen ehdon on katsottu voivan muodostua kohtuuttomaksi.[7] Rakennusvirheissä vahingot muodostuvat pääosin korjauskustannuksista ja niihin rinnastettavista virheiden tutkimus- ja suunnittelukustannuksista, jotka ovat luonteeltaan välittömiä vahinkoja.

Urakoitsijan vastuuta itsenäisten apulaistensa törkeästä tuottamuksesta tukee osaltaan se, että urakoitsijalla on mahdollisuudet vierittää vahingosta johtuneet kustannukset virheen kvalifioidulla tuottamuksella aiheuttaneen itsenäisen apulaisen kannettavaksi. Vastuun kohdentamismahdollisuus virheen aiheuttajaan on omiaan parantamaan laatutietoisuutta ja vastuuntuntoisuutta rakentamisessa, minkä vuoksi tällaista järjestelmää on pidettävä *oikeuspoliittisesti* tavoiteltavana.

---

[5] Ks. tästä tarkemmin esim. *Hemmo, Mika*, Sopimusoikeus II, 2. painos, Helsinki 2003 s. 287 siinä olevine viitteineen.
[6] *Hemmo*, Sopimusoikeus II s. 291–292 viittaa tässä yhteydessä velallisen näkökulmasta eräänlaiseen *force majeure* -asetelmaan.
[7] *Hemmo,* Sopimusoikeus II s. 292.

Kuljetusoikeudellisessa lainsäädännössä lähdetään siitä, että vastuunrajoitukset eivät päde, jos vahinko johtuu täytäntöönpanoapulaisen kvalifioidusta tuottamuksesta.[8] Rakennusurakka muistuttaa kuljetussopimuksia siinä, että luontaissuoritus täytetään usein itsenäisiä apulaisia käyttämällä.

Yleisen sopimusoikeuden ja rakennusurakan erityispiirteiden valossa näyttää siltä, että rajoitettaessa urakoitsijan vastuuta aliurakoitsijan tai rakennustavaran toimittajan kvalifioidulla tuottamuksessa aiheuttamasta vahingosta liikutaan jossain määrin harmaalla alueella. Tälle voidaan antaa merkitystä sopimusehdon tulkinnassa, kohtuullisuuden tai jopa pätevyyden arvioinnissa.

Urakoitsijan näkökulmasta takuuajan jälkeisen vastuun rajoittaminen aliurakoitsijan tai rakennustavaran toimittajan törkeän tuottamuksen osalta on sinällään perusteltavissa. Aliurakoitsija ja varsinkin rakennustavaran toimittaja toimii yleensä itsenäisessä asemassa. On täysin mahdollista, että riippumatta asianmukaisesta valinnasta ja valvonnasta suoritukseen jää piileviä virheitä, joiden syynä voidaan myöhemmin todeta olleen aliurakoitsijan tai rakennustavaran toimittajan törkeä tuottamus. Tällöin rakennusvirhettä voidaan urakoitsijan näkökulmasta luonnehtia eräänlaiseksi force majeure -tyyppiseksi tapahtumaksi.

Rakennuttajan näkökulmasta kyseinen vastuunrajoitus sitä vastoin on tuskin ainakaan sellaisenaan hyväksyttävissä. Rakennusurakassa osasuoritukset tehdään olennaisessa määrin itsenäisiä apulaisia käyttämällä. Kehitys osasuoritusten pilkkomiseen yhä pienempiin osiin on viime vuosina vahvistunut. Rakennuttajan kannalta kyseisenlainen vastuunrajoitus merkitsisi, että entistä merkittävämpi osa kvalifioidulla tuottamuksella aiheutetuista rakennusvirheistä jäisi rakennuttajan vahingoksi.[9] Rakennuttajan näkökulmasta vastuunrajoituksen hyväksyttävyys näyttäisi edellyttävän ainakin tiettyjä erityisjärjestelyitä. Rakennuttajalle tulisi ainakin antaa YSE-ehdoissa nimenomainen oikeus esittää vaatimuksia takuuajan jälkeisen virhevastuun perusteella aliurakoitsijaa tai rakennustavaran toimittajaa kohtaan. Koska aliurakoitsijoina ja tavarantoimittajina toimivat usein pienet yritykset, on myös mahdollista, että rakennuttajaosapuolen intressissä olisi tässä tapauksessa vaatia erityisiä vakuusjärjestelyitä.

## Rajoitusehdon taustasta ja tulkinnasta

Urakoitsijan vastuun rajoittamisella takuuajan jälkeen täyttämättä jääneeseen suoritukseen tai törkeään huolimattomuuteen on pitkä historia. Samansisältöinen ehto esiintyi jo vuoden 1957 yleisissä sopimusehdoissa. Rakennusurakan yleisiä sopimusehtoja on tämän jälkeen uudistettu vuonna 1972, 1983 ja 1998, mutta kyseinen vastuunrajoitusehto on näiltä osin säilynyt uudistuksissa muuttumattomana.

---

[8] *Hemmo,* Sopimusoikeus II s. 291 ja siinä mainitut kuljetusoikeudelliset säännökset.

[9] Toisaalta takuuajan pidennys vuodesta kahteen vuoteen (YSE 1998 29 § verrattuna YSE 1983 13 §) tulee vähentämään takuuajan jälkeistä virhevastuuta koskevia vaatimuksia.

Rakennusurakan yleisten sopimusehtojen osalta ei ole julkaistu valmisteluaineistoa, jonka perusteella voitaisiin todeta, miten ehtojen laatijat ovat tarkoittaneet sopimusehtoja tulkittavaksi. Luotettavimpana lähteenä voidaan pitää *Erman* vuoden 1972 RT-ehdoista laatimaa kommentaaria, joita ehtoja Erma oli itse laatimassa.[10] Erma ei kuitenkaan käsittele tätä kysymystä sen enempää 1972 ehtojen kommentaarissa kuin muissakaan julkaisuissaan. Samastuskysymystä ei ole myöskään tiettävästi ”nostettu pöydälle” YSE-ehtoja uudistettaessa.

Oikeuskirjallisuudessa *Sandvik* on pitänyt suomalaisia ehtoja vastaavia ruotsalaisia AB-ehtoja samastamiskysymyksen osalta epäselvinä.[11] Suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa *Laine* on sopimusehdon sanamuodon perusteella päätynyt siihen, että urakoitsija vastaa takuuajan jälkeen vain oman törkeän tuottamuksensa perusteella.[12] *Halila* ja *Hemmo* ovat yhtyneet tähän käsitykseen.[13] Toisaalta *Liuksiala* esittää vuonna 2004 ilmestyneessä kirjassaan käsityksen, jonka mukaan ehtoja valmisteltaessa on ilmeisesti pidetty itsestään selvänä, että urakoitsija vastaa käyttämiensä aliurakoitsijoiden ja tavarantoimittajien töistä samalla tavalla kuin omista töistään.[14] Liuksiala ei kuitenkaan kerro, mihin lähteisiin hän käsityksensä perustaa. Viime aikoina ehdon tulkinnasta virinneet oikeudenkäynnit ilmentävät pikemminkin sitä, että rakennusalalla vallitsee epätietoisuutta kyseisen ehdon tulkinnasta.

YSE 1998 -ehtojen 30 §:n mukaan ”urakoitsija vastaa takuuajan jälkeen sellaisista virheistä, joiden tilaaja näyttää aiheutuneen *urakoitsijan* törkeästä laiminlyönnistä…”. YSE 1998 -ehtojen *Käsitteistön* mukaan *urakoitsijalla* tarkoitetaan *tilaajan sopimuskumppania*, joka sitoutunut aikaansaamaan sopimusasiakirjoissa määritellyn työntuloksen. Edellä olevan perusteella voidaan päätellä, että käsitteistön ja 30 §:n perusteella urakoitsija näyttäisi vastaavan takuuajan jälkeen vain *oman* törkeän tuottamuksensa perusteella.

Voidaan kuitenkin kysyä, antaako YSE 1998 -ehtojen *kokonaistarkastelu* viitteitä toisenlaisesta tulkintamahdollisuudesta. *Liuksiala* viittaa tässä yhteydessä YSE 1998 -ehtojen urakoitsijan takuuaikaista virhevastuuta koskevaan 29 §:ään.[15] Takuulausekkeen perusteella urakoitsija vastaa *suorituksensa* sopimuksenmukaisuudesta takuuajan, jonka pituus on, ellei urakkasopimuksessa ole muuta määrätty, kaksi vuotta. Takuulausekkeessa ei ole erikseen mainittu urakoitsijan itsenäisten apulaisten suorituksia. Tästä huolimatta urakoitsija vastaa takuuaikana kiistattomasti yhtenäisin perustein sekä omista että itsenäisten apulaistensa suorituksista. Urakoitsijan itsenäisiä apulaisia ei ole erikseen mainittu myöskään urakoitsijan takuuajan jälkeistä virhevastuuta koskevassa YSE 1998 -ehtojen 30 §:ssä. Liuksialan mukaan johdonmukaisuus edellyttää, että molempia lausekkeita tulkitaan yhtenäisin perustein siten, että

---

[10] *Erma, Reino,* Rakennusurakan sopimusehdot I, Vammala 1974.
[11] *Sandvik*, *Tore,* Kommentar til NS 3 401, 2 opplag, Oslo 1984 s. 429. Sandvikin kommentti koskee vuoden 1972 AB-ehtoja, joiden (5:8) mukaan ”Entreperönen svarar för brist eller fel, som icke märkts eller bort märkas före garanttidens utgång, i den mån bristen eller felet visas ha grund i grov vårdlöshet av entreprenören.”
[12] *Laine,* Rakennusvirheistä s. 234.
[13] *Halila – Hemmo*, Sopimustyypit s. 103
[14] *Liuksiala, Aaro,* Rakennussopimukset. Käytännön käsikirja. Hämeenlinna 2004 s. 108.
[15] *Liuksiala,* s. 108.

urakoitsija vastaa takuuajan jälkeen sekä omasta että itsenäisten apulaistensa törkeästä tuottamuksesta.[16]

Ainoastaan takuulausekkeessa operoidaan urakoitsijan *suorituksen* käsitteellä. Urakkasuorituksen käsite on määritelty YSE 1998 -ehtojen 1 §:ssä. YSE 1 §:n 1-kohdan mukaan (Pääsuoritusvelvollisuus) urakoitsija on velvollinen sovittua urakkahintaa tai muuta maksuperustetta vastaan tekemään kaikki urakkasopimuksen ja siinä noudatettavaksi määrättyjen sopimusasiakirjojen edellyttämät työt ja toimenpiteet sekä hankinnat aikaansaadakseen näissä sopimusasiakirjoissa määritellyn työntuloksen ja luovuttamaan ne sopimusasiakirjojen mukaisesti tehtynä tilaajalle. YSE 1998 -ehtojen 1 §:n 2-kohdan mukaan urakkaan kuuluvat kaikki *suoritukset*, joita sovitun työntuloksen aikaansaaminen edellyttää tehtäväksi. Urakoitsijan suoritukseen – työntulokseen – kuuluvat siten kiistattomasti urakoitsijan omien suoritusten myös urakoitsijan käyttämien itsenäisten suunnittelijoiden, aliurakoitsijoiden ja rakennustavaroiden toimittajien suoritukset.

YSE 1998 -ehtojen 30 § olisi ollut varsin helppoa laatia niin, että urakoitsija takuuajan jälkeen vastaisi yksiselitteisesti myös itsenäisen apulaisensa törkeästä tuottamuksesta, esimerkiksi seuraavasti: ”Urakoitsija vastaa takuuajan jälkeenkin urakassa olevista virheistä, joiden tilaaja näyttää aiheutuneen törkeästä laiminlyönnistä täyttämättä jääneestä suorituksesta tai olevan seurausta sovitun laadunvarmistuksen olennaisesta laiminlyönnistä …”.

Yhtenäisen arvioinnin tueksi voitaisiin mielestäni pikemminkin vedota YSE 1998 -ehtojen 24 §:n 3-kohtaan. Kyseisen ehdon mukaan sopijapuoli vastaa alaistensa, asiantuntijoiden sekä urakan täyttämisessä mahdollisesti käyttämiensä muiden osapuolten töistä ja toimenpiteistä, mikäli yleisissä sopimusehdoissa tai muissa sopimusasiakirjoissa ei ole muuta sanottu. Kyseinen ehto on kirjoitettu hieman eri tavalla kuin YSE 1983 -ehdoissa ollut urakoitsijan täytäntöönpanoapulaisia koskeva vastaava ehto. YSE 1983 -ehtojen 8 §:n (Vastuu alaisista ja asiantuntijoista) 1-kohdan mukaan urakoitsija vastasi alaistensa ja asiantuntijoidensa sekä urakan täyttämisessä mahdollisesti käyttämiensä muiden yrittäjien toimenpiteistä. YSE 1998 -ehtoihin tehdyllä lisäyksellä[17] voidaan ajatella tavoitellun sitä, että urakoitsijan itsenäisen apulaisen poikkeavasta vastuuperusteesta tulisi *erikseen mainita* yleisissä sopimusehdoissa tai muissa kaupallisissa asiakirjoissa.

Takuuajan jälkeistä virhevastuuta koskeva ehto käsiteltävänä olevan kysymyksen osalta säilynyt asiallisesti muuttumattomana vuoden 1957 RT-ehdoista lukien. *Erman* aikaisempia ehtoja koskevista kommentaareista käy selville, että *alun perin* ehdolla on tavoiteltu suppeaa tulkintaa. Tämän mukaisesti urakoitsija on vastuusta vapaa, elleivät kaikki rajoitusehdossa mainitut edellytykset täyty samanaikaisesti.[18]

---

[16] *Liuksiala,* s. 108.

[17] ”… mikäli yleisissä sopimusehdoissa tai muissa sopimusasiakirjoissa ole toisin mainittu”.

[18] *Erma,* Sopimusehdot I s. 106 ss. ja *Erma, Reino,* YSE 1983 Rakennusurakka. Käytännön käsikirja. Hanko 1991 s. 112 ss. Erma ei ole kuitenkaan erikseen käsitellyt samastuskysymystä takuuajan jälkeisessä virhevastuussa.

Toisaalta on kiinnostavaa havaita, ettei Erma täysin johdonmukaisesti pitänyt kiinni suppeasta tulkinnasta, vaan korosti myös kohtuuperusteisen kokonaisharkinnan merkitystä. Erma kirjoittaa: ”Kun sitten rakennusvirhe havaitaan esim. vesivuotojen syyksi, on mielestäni lähellä se ajatus, että laiminlyönti on samalla todettava törkeäksi”.[19]

Rakentaminen ja rakentamisen vastuuajattelu ovat kuitenkin muuttuneet merkittävästi runsaassa 50 vuodessa. Tämän vuoksi ei ole perusteltua painottaa tulkinnassa liikaa viiden vuosikymmenen takaista suppean tulkinnan tavoitetta. Nykyisin vastuunrajoitusehdolta edellytetään suurempaa selkeyttä kuin aikaisemmin. Selkeysvaatimuksen tulisi käsitykseni mukaan olla erityisen korostettu silloin, kun tarkoituksena on rajoittaa vastuuta itsenäisen apulaisen törkeästä tuottamuksesta.

Vastuuajattelun muutos on ilmenee osaltaan myös YSE 1998 -sopimusehdoissa. YSE-ehtojen 29 §:n 1-kohdassa urakoitsijan takuuaika on pidennetty kahteen vuoteen aikaisemman yhden vuoden asemesta. YSE-ehtojen 30 §:n mukaan urakoitsija vastaa takuuajan jälkeen törkeän laiminlyönnin ohella myös sellaisista virheistä, joiden todetaan olevan seurausta *sovitun laadunvarmistuksen olennaisesta laiminlyönnistä* ja joita tilaaja ei ole kohtuuden mukaan voinut havaita vastaanottotarkastuksessa eikä takuuaikana. Sovitun laadunvarmistuksen olennainen laiminlyönti ei välttämättä edellytä törkeää tuottamusta urakoitsijan puolelta.

Miten on selitettävissä, ettei tapahtunut muutos ole johtanut takuuajan jälkeistä virhevastuuta koskevan ehdon kriittiseen tarkasteluun urakoitsijan itsenäisen apulaisen törkeän huolimattomuuden osalta rakennusurakan yleisiä sopimusehtoja uudistettaessa? Onko kysymystä pidetty vähämerkityksellisenä esimerkiksi sen vuoksi, että riidat sen osalta ovat olleet harvinaisia? Voidaan myös ajatella, että rakennusalalla vallitseva yleinen käsitys tämän kysymyksen osalta on ajan kuluessa muuttunut laajentavan tulkinnan suuntaan.[20]

Oikeuskäytäntö on aivan viime aikoihin saakka puuttunut samastuskysymyksen osalta lähes kokonaan. Ainoana vanhempana ratkaisuna voidaan mainita Helsingin hovioikeuden tuomio vuodelta 1978.

> Helsingin HO 13.9.1978 antama tuomio V 1976/135; KKO 29.3.1983 n:o 2948/82, ei muutoksenhakulupaa. Kysymyksessä oli asuinrakennuksen rakentamista koskeva urakkasopimus. Pääurakoitsija oli solminut aliurakkasopimuksen rakennuksen peltikaton tekemisestä. Peltikatto oli takuuajan jälkeen vaurioitunut myrskyssä pahoin. Vaurioitumisen katsottiin johtuneen peltikatteen puutteellisesta kiinnittämisestä, jota ei ollut voitu havaita vastaanottotarkastuksessa tai takuuaikana. RO katsoi, ettei pääurakoitsija ollut syyllistynyt törkeään huolimattomuuteen aliurakoitsijansa työn valvonnassa ja hylkäsi kanteen. HO katsoi, ettei ole syytä muuttaa RO:n tuomiota. KKO ei myöntänyt muutoksenhakulupaa.

Kysymyksestä on äskettäin annettu myös kaksi alioikeusratkaisua, jotka ovat päätyneet yhtenäiseen tulkintaan edellä selostetun hovioikeusratkaisun kanssa.

---

[19] *Erma,* YSE 1983 Rakennusurakka s. 126.

[20] Tätä käsitystä tukevat osaltaan keskustelut, joita olen käynyt rakennusalalla toimivien asianajajien ja rakennusalan järjestöjen edustajien kanssa.

Kemin käräjäoikeuden tuomio 774/30.7.2001. Kysymyksessä oli ns. tavoitehintaurakka, johon sisältyi mm. toimisto- ja laboratoriorakennuksen lattialaatoitustyöt. Käräjäoikeus katsoi, että kaikkien neljän kerroksen porrashuoneen, aulan sekä ravintolan lattiat olivat takuuajan jälkeen vaurioituneet klinkkerilaattojen irtoamisen vuoksi. Kantajan mukaan laattojen irtoamisen syynä oli projektinjohtourakoitsijan törkeä huolimattomuus. Toissijaisesti kantaa vaati sopimusta soviteltavaksi (YSE 14 §, vastuu takuuajan jälkeen), että projektinjohtourakoitsija vastaisi takuuajan jälkeen ilman törkeää tuottamusta. Laatoitus oli teetetty aliurakoitsijalla. Vastaaja kiisti kanteen mm. sillä perusteella, ettei vastaaja ollut syyllistynyt törkeään tuottamukseen aliurakoitsijan valinnassa tai valvonnassa. Käräjäoikeus hylkäsi kanteen, koska vastaajan ei katsottu syyllistyneen törkeään tuottamukseen aliurakoitsijan valinnassa tai valvonnassa ja koska YSE-ehtojen takuuajan jälkeistä virhevastuuta koskevaa 14 § ei pidetty kohtuuttomana. Käräjäoikeuden päätöksessä ei otettu kantaa siihen, oliko aliurakoitsija syyllistynyt törkeään tuottamukseen. Tämän vuoksi myös samastuskysymys jäi käsittelemättä. Tuomio on lainvoimainen.

Espoon käräjäoikeuden tuomio 7533/1.10.2003. Asianosaiset olivat vuonna 1990 solmineet urakkasopimuksen kerrostalon rakentamisesta. Kohteessa oli takuuajan jälkeen ilmennyt merkittäviä kosteusvaurioita. Kantaja mm. vaati, että se oikeutetaan korjauttamaan virheet urakoitsijan kustannuksella. Kantajan mukaan virheet oli aiheutettu takuuajan jälkeisen vastuun perustavalla törkeällä tuottamuksella (YSE 1983 14 §). Kantaja katsoi, että vastaaja urakoitsijana vastasi omasta tuottamuksestaan riippumatta myös aliurakoitsijoittensa törkeästä tuottamuksesta, koska kyseistä vastuuta ei ollut YSE 1983 -ehtojen 14 §:ssä suljettu pois. Vastaaja vetosi mm. siihen, ettei se ole aliurakoitsijoiden valinnassa tai valvonnassa syyllistynyt törkeään tuottamukseen. Käräjäoikeus katsoi, että YSE 1983 -ehtojen 14 §:ää on tulkittava suppeasti. Koska asiassa ei ole väitettykään, että urakoitsija olisi syyllistynyt törkeään tuottamukseen aliurakoitsijoiden valinnassa ja valvonnassa, urakoitsijan ei ole takuuajan jälkeen olevan vastuussa ns. 10-vuotisvastuun nojalla niistä väitetyistä virheistä, jotka eivät ole koskeneet sen omaa työsuoritusta. Käräjäoikeus hylkäsi kanteen kokonaisuudessaan, käräjäoikeuden päätöksestä on valitettu Helsingin hovioikeuteen.

Kysymyksestä on äskettäin annettu myös kaksi vastakkaisiin tulkintoihin päätynyttä välimiesratkaisua.

21.2.2002 annettu välitystuomio. Ainoana välimiehenä professori Mika Hemmo. Vastaaja oli rakentanut kantajalle vuonna 1987 urakkasopimuksen perusteella neljän pienkerrostalon kohteen. Vastaaja oli sitoutunut toimittamaan kantajalle urakkasopimusasiakirjojen mukaan pakkasenkestäviä julkisivuelementtejä ja vastaajan oli tullut huolehtia töiden ja materiaalihankintojen lisäksi myös suunnittelusta. Julkisivuelementit oli valmistanut vastaajan kanssa samaan konserniin kuuluva yritys ja betonin niihin oli toimittanut täysin ulkopuolinen yritys. Kantajan teettämän tutkimuksen mukaan 80 % julkisivuelementeistä ei ollut pakkasenkestäviä. Rakennuttaja vaati urakoitsijaa YSE 1983 -ehtojen perusteella takuuajan jälkeiseen virhevastuuseen. Kantaja katsoi, että urakoitsija vastaa YSE 1983 -ehtojen mukaan takuuajan jälkeen paitsi omasta törkeästä tuottamuksestaan myös aliurakoitsijansa tai tavarantoimittajansa törkeästä tuottamuksesta. Toissijaisesti kantaja vaati, että YSE 1983 -ehtojen 14 § jätetään kohtuuttomana soveltamatta tai sitä sovitellaan. Välimiesoikeus katsoi näytetyksi, että betonimassan valmistuksessa oli menetelty tavalla, jota oli ilmeisesti pidettävä törkeänä laiminlyöntinä. Sitä vastoin katsoi jääneen näyttämättä, että urakoitsija itse tai betonielementtien valmistaja olisi syyllis-

tynyt törkeään tuottamukseen. Välimiesoikeus katsoi, että urakoitsija vastaa YSE-ehtojen mukaan takuuajan jälkeen vain oman organisaationsa törkeästä laiminlyönnistä. Välimiesoikeus ei myöskään nähnyt perusteita sovittelulle ja hylkäsi kanteen kokonaisuudessaan.

18.6.2003 annettu välitystuomio (välimiehinä ON Mikko Tulokas puheenjohtajana sekä jäseninä asianajajat Robert Liljeström ja Pekka Sirviö). Ratkaisussa katsottiin, että urakoitsija vastaa takuuajan jälkeenkin käyttämiensä aliurakoitsijoiden tavarantoimittajien töistä samalla tavalla kuin omista töistään. Kyseisessä välitystuomiossa todettiin, ettei rakennuttajan asema voi huonontua sen vuoksi, että törkeään huolimattomuuteen on syyllistynyt urakoitsijan sijasta tämän ottama aliurakoitsija, johon rakennuttaja ei ole sopimussuhteessa.[21]

Yhteenvetona oikeuskäytännöstä voidaan todeta, että kaikissa muissa paitsi viimeksi mainitussa välimiesratkaisussa lopputulokseen on päädytty YSE-ehtojen sanamuotoon perustuvan tulkinnan avulla. Yhdessäkään mainituista neljässä ratkaisussa ehtojen sanamuotoa ei ole pidetty epäselvänä.[22] Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että *yhteisiä vakioehtoja* olisi tulkittava samaan tapaan kuin lakia ilman että osapuolten tarkoituksiin kiinnitetään huomiota. Lähtökohtana tulkinnassa on ehtojen kieliopillinen merkitys. Myös valmisteluun liittyvällä aineistolla on katsottu voivan olla tulkinnassa huomattava merkitys.[23] YSE-ehtojen tarkoituksesta käsiteltävän kysymyksen osalta ei kuitenkaan ole valmisteluaineistoa. Nämä kaikki seikat sinänsä puoltavat sanamuodon mukaista tulkintaa. On kuitenkin huomattava, että kaikki neljä ratkaisua koskivat YSE 1998 -ehtoja aikaisempia rakennusurakan yleisiä sopimusehtoja. YSE 1998 -ehtojen 23 §:n 3-kohta antaa viitteitä myös toisensuuntaisesta tulkinnasta.

Viimeksi mainitussa välitystuomiossa ei näytetä operoidun sopimusehtojen sanamuodolla. Käytetty argumentaatio viittaa ajatteluun, jonka mukaan vastuun rajoittamista urakoitsijan itsenäisen apulaisen törkeästä tuottamuksesta ei olisi ylipäätään pidettävä pätevänä tai kohtuullisena.[24] Tällainen argumentaatio näyttäisi avaavan uusia uria rakennusurakkaan liittyvien vastuunrajoitusten arviointiin. Se tarkoittaisi merkittävää oikeuspoliittista linjausta rakennusurakan vastuunrajoitusten arviointiin. En kuitenkaan pidä tällaista linjausta yleisellä tasolla esitettynä täysin oikeana. Tietyin edellytyksin takuuajan jälkeisen virhevastuun rajoittaminen urakoitsijan omaan törkeään tuottamukseen voi mielestäni olla perusteltua.

---

[21] Ks. *Liuksiala,* Rakennussopimukset s. 109.

[22] Ks. *Hemmo,* Sopimusoikeus I. 2. Painos, Helsinki 2003 s. 640, jonka mukaan *Agreed Documents* -tyyppisten vakioehtojen kohdalla epäselvyyssäännön mukaista tulkintaa ei tunneta.

[23] *Hemmo,* Sopimusoikeus I s. 581.

[24] Kirjoittajalla on ollut käytettävissä vain *Liuksialan* edellä oleva sitaatti välitystuomiosta. On mahdollista, että ratkaisua on perusteltu lisäksi muilla, kuten tulkinnallisilla tai kohtuuttomuuteen liittyvillä argumenteilla. Tiedossani ei myöskään ole, onko kyseiseen sopimussuhteeseen sovellettu YSE 1998 ehtoja vai aikaisempia rakennusurakan yleisiä sopimusehtoja.

## Arviointia

Pidän sellaista rakennusurakan yleisten sopimusehtojen määräystä ongelmallisena, jossa urakoitsija vastaisi takuuajan jälkeen ilmenneistä virheistä vain oman törkeän tuottamuksensa perusteella.[25] Urakkasuoritukset täytetään nykyisin kustannustehokkuuden saavuttamiseksi enenevässä määrin itsenäisten apulaisten avulla. Tämä kehitys merkitsisi sitä, että aikaisempaa suurempi määrä törkeällä tuottamuksella aiheutetuista rakennusvirheistä jäisi rakennuttajan vahingoksi.

Mielestäni järjestely edellyttäisi ainakin sitä, että rakennuttajalle annettaisiin rakennusurakan yleisissä sopimusehdoissa nimenomainen oikeus esittää virheistä vaatimuksia sille urakoitsijan itsenäiselle apulaiselle, jonka törkeän tuottamuksen seurausta rakennusvirhe on. Lisäksi vastaava ehto tulisi liittää urakoitsijan ja tämän itsenäisten apulaisten välisiin sopimuksiin. Koska itsenäiset apulaiset ovat usein pieniä yrityksiä, järjestely saattaisi tapauskohtaisen harkinnan perusteella edellyttää erityisiä vakuus- tai vakuutusjärjestelyjä. Tämäntyyppisillä erityisjärjestelyillä vastuunrajoitusta tuskin voitaisiin pitää pätemättömänä taikka kohtuuttomana.

Rakentamisessa urakkaehdot normaalisti asettaa rakennuttaja, joka voi laatia urakkaehdot yksiselitteisesti siten, että urakoitsija vastaa takuuajan jälkeen myös itsenäisen apulaisensa törkeästä tuottamuksesta. YSE 1998 -ehtojen asiakirjojen pätevyysjärjestyksen vuoksi YSE-ehdoista poikkeava määräys tulee esittää esimerkiksi tarjouspyyntöasiakirjoihin sisältyvässä urakkaohjelmassa ja sopimuksentekovaiheessa nostaa urakkaneuvottelupöytäkirjaan tai urakkasopimukseen.[26] Toisaalta kynnys YSE-ehtojen vastuujärjestelmästä poikkeamiseen yksittäisten sopimusten osalta varmaankin jokseenkin korkea YSE-ehtojen korporatiivisen luonteen vuoksi.[27] Tämän vuoksi yksittäiset sopimukset eivät ole optimaalinen keino keskeisten vastuuperusteiden ratkaisemiseksi kokonaisvaltaisella tavalla.

Rakennusurakan yleiset sopimusehdot on tarkoitettu sovellettaviksi elinkeinonharjoittajien välillä. Niiden sisällöstä on sovittu rakennusalan eri osapuolia edustavien järjestöjen välillä.[28] Voidaan katsoa, että ehtojen laatijoiden ensisijaisena velvollisuutena on ryhtyä korjaaviin toimiin ehdoissa mahdollisesti olevien epäkohtien korjaamiseksi tai tulkinnan selkeyttämiseksi. Jos kyseisissä järjestöissä vallitsee yhteneväinen tulkinta samastuskysymyksen osalta,

---

[25] Ks. *Laine,* Rakennusvirheistä s. 234, jossa olen pitänyt tämäntyyppistä vastuunrajoitusta ”merkittävänä”.

[26] YSE 1998 ehtojen 13 §:n 1-kohdan mukaan ns. kaupallisten asiakirjojen pätevyysjärjestys on seuraava: a) urakkasopimus; b) urakkaneuvottelupöytäkirja; c) YSE 1998 yleiset sopimusehdot; d) tarjouspyyntö ja ennen tarjouksen antamista annetut kirjalliset lisäselvitykset; e) urakkaohjelma ja muut sopimuskohtaiset urakkaehdot; f) urakkarajaliite; g) tarjous; h) määrä- ja mittaluettelot; muutostöiden yksikköhintaluettelo.

[27] Rakennusalan urakkakilpailun periaatteiden (RT 16-10182) 4.5 kohdan mukaan urakkasopimuksissa noudatetaan yleisesti hyväksyttyjä rakennusalan yleisiä sopimusehtoja. Yleisistä ehdoista voidaan poiketa, jos siihen on erityisen perusteltuja syitä.

[28] Ehdot on vahvistanut Suomen toimitila- ja rakennuttajaliitto RAKLI ry ja ne on valmisteltu yhteistyössä Rakennusteollisuuden Keskusliitto ry:n, Suomen maanrakentajien Keskusliitto ry:n ja Suomen Sähkö- ja Teleurakoitsijaliitto ry:n kanssa.

mikään ei estäisi järjestöjä antamasta esimerkiksi yhteistä tulkintasuositusta kysymyksen osalta. Toisaalta tulkintasuosituksen antaminen voi olla hankalaa sellaisten kysymysten osalta, joissa niiden jäsenet ovat mukana oikeusriidoissa. Niinpä järjestöt joutunevat odottamaan kysymystä koskevaa ennakkoratkaisua tai oikeuskäytännön vakiintumista.

Kysymys urakoitsijan itsenäisen apulaisen törkeää tuottamusta koskevan vastuunrajoitusehdon tulkinnasta ja hyväksyttävyydestä on mielestäni niin keskeinen ja oikeuspoliittisesti merkittävä, että siihen olisi aiheellista saada korkeimman oikeuden ennakkoratkaisu. Kyseisen vastuunrajoitusehdon sanamuoto ja syntyhistoria puoltavat sinänsä tulkintaa, jonka mukaan urakoitsija vastaisi takuuajan jälkeen vain oman törkeän tuottamuksensa perusteella. Toisaalta YSE 1998 -ehtojen 24 §:n 3-kohtaan tehty lisäys voidaan ymmärtää niin, että urakoitsijan itsenäisen apulaisen poikkeavasta vastuuperusteesta tulee erikseen mainita. Kyseisen ehdon mukaan urakoitsija vastaa mm. käyttämiensä muiden osapuolten töistä ja toimenpiteistä, mikäli YSE-ehdoissa tai muissa kaupallisissa asiakirjoissa ei ole muuta mainittu. YSE 1998 -ehtojen kokonaistarkastelun perusteella vastuunrajoitusta urakoitsijan itsenäisen apulaisen törkeän tuottamuksen osalta ei voitane enää pitää yksiselitteisenä. Tulkinnassa olisi mielestäni aiheellista kiinnittää huomiota mm. väitetyn vastuunrajoituksen laajuuteen sekä kohtuulliseen riskinjakoon rakentamiskäytännöissä ja vastuuajatteluissa tapahtuneet muutokset huomioon ottaen.

Vaikka YSE 1998 -ehtoja tulkittaisiinkin niin, että urakoitsija vastaa takuuajan jälkeen ilmenneistä virheistä vain oman törkeän tuottamuksensa perusteella, niin ehtoon voidaan puuttua kohtuullisuusarvioinnin perusteella. Ehtoa voidaan sovitella oikeustoimilain 36 §:n nojalla. Toisaalta on myös mahdollista linjata, ettei vastuun rajoittaminen urakoitsijan itsenäisen apulaisen törkeästä tuottamuksesta rakennusurakassa ole mahdollista.

Juha Lappalainen

# Välimiesmenettelyn kustannukset ja välitystuomion pätemättömyys

## Normitausta

Välimiesmenettelystä asianosaisille aiheutuvat kustannukset koostuvat välimiehille maksettavista korvauksista ja asianosaisten omista varsinaisista oikeudenkäyntikuluista. *Välimiesten oikeudesta korvaukseen* säädetään välimiesmenettelystä annetun lain (267/1992, lyh. VML) 46 §:ssä. Säännös normeeraa asianosaisten ja välimiesten välistä korvaussuhdetta *aineellisoikeudellisella* tasolla. Säännöksestä ilmenevät asianosaisten korvausvastuun solidaarisuus (1 mom.), korvauksen määrää koskeva kohtuullisuusperiaate (2 mom.) ja välimiesten oikeus saada korvauksesta ennakko tai vakuus (3 mom.). Korvauskysymyksen käsittelystä *prosessuaalisella* tasolla säädetään VML 47 ja 48 §:ssä. Säännöksistä ilmenee, että:

- välimiehet saavat vahvistaa ja tuomita korvauksen maksettavaksi välitystuomiossa (47,1 §),
- asianosaisella on oikeus hakea korvausmääriin muutosta 60 päivässä saatuaan kappaleen välitystuomiota (47,2 §) toimittamalla kirjallinen hakemus ja tuomiojäljennös välitystuomion antamispaikkakunnan käräjäoikeudelle (47,3 §),[1]
- välimiesten tulee antaa muutoksenhakua koskeva muutoksenhakuosoitus (47,4 §) ja
- vastapuolelle ja ao. välimiehelle on varattava tilaisuus tulla kuuluksi muutoksenhakumenettelyssä (48 §).

Välimiesmenettelystä asianosaisille aiheutuneiden *oikeudenkäyntikulujen* korvaamisesta säädetään VML 49 §:ssä yleisesti, että jolleivät asianosaiset ole toisin sopineet, välimiehet voivat välitystuomiossa velvoittaa asianosaisen kokonaan tai osaksi korvaamaan toisen asianosaisen

[1] Nykyinen laki ei puhu vanhan lain tavoin muutoksen vaatimisesta kanneteitse haastehakemuksin, vaan pelkästään ”hakemuksen” toimittamisesta käräjäoikeudelle. Moiteprosessista on siis tehty hakemusasia (ks. hallituksen esitys välimiesmenettelylaiksi HE 202/1991 s. 28). Muutos on luonnollisesti vain nimellinen. Kyseessä ei ole varsinainen hakemuslainkäytön (jurisdictio voluntaria) piiriin kuuluva asia, vaan tosiasiassa siviilijuttu, jossa välimies (välimiehet) on (ovat) vastapuolena. Hakemusasioiden käsittelyä koskevien nykyisten säännösten mukaan (ks. OK 8:4) riitaiseksi osoittautuva palkkionmoiteasia käsiteltäneen yleensä riita-asioiden käsittelystä säädetyssä järjestyksessä.

kulut noudattaen soveltuvin osin mitä oikeudenkäymiskaaressa (OK 21 luku) oikeudenkäyntikulujen korvaamisesta säädetään. Tällöin löytyvät OK 21 luvusta säännökset mm. kulujen korvauskelpoisuudesta ja kuluja koskevan korvausvastuun perusteista. Välimiesmenettelystä asianosaiselle aiheutuneisiin kuluihin luetaan varsinaisten oikeudenkäyntikulujen (ns. asianajokulut) lisäksi myös välimiehille maksettavat korvaukset.[2] Näin VML 49 § koskee myös välimiehille tulevia korvauksia siltä osin kun kyse on korvausvastuun jakautumisesta asianosaisten kesken.

Välimiesmenettelyä koskevissa kustannusselvittelyissä on mainituin tavoin mukana sekä 1) asianosaisten ja välimiesten välinen että 2) asianosaisten välinen relaatio. *Asianosaisten ja välimiesten välinen suhde* lankeaa itse välimiesmenettelyn kohteena olevan asianosaisten välisen oikeussuhteen ulkopuolelle. Sen sijaan *asianosaisten välinen kustannusvastuusuhde* kuuluu prosessuaalisena liitännäisenä tiiviimmin yhteen varsinaisen riitakysymyksen kanssa. Tämä eroavuus näkyy jo normitasolla päällepäin siinä, että vaikka kumpaakin relaatiota koskevista vastuista määrätään välitystuomiossa, välimiehille tulevaa korvausta koskee oma erillinen muutoksenhakujärjestelmänsä toisin kuin asianosaisten keskinäistä vastuujakoa, josta tehtyyn ratkaisuun vastaavaa muutoksenhakumahdollisuutta ei ole.

Välitystuomiolle on tunnusomaista sen asianosaisiin kohdistuva *sitovuus ja lopullisuus* siinä mielessä, ettei välitystuomiota voida muutoksenhaku- tai kanneteitse tehokkaasti moittia sillä perusteella että ratkaisu on siviilinormiston valossa aineellisoikeudellisesti virheellinen. Välimiesten on kyllä VML 31,1 §:n mukaan perustettava tuomionsa lakiin (jolleivät asianosaiset ole sopineet, että tuomio voidaan perustaa siihen, minkä välimiehet katsovat kohtuulliseksi, VML 31,3 §), mutta välitystuomiota ei voida kuitenkaan saada kumoon sillä perusteella, että välimiehet ovat soveltaneet lakia väärin.[3]

Välitystuomion velvoittavuus edellyttää sen sijaan, että tuomio ja siihen johtanut välimiesmenettely täyttävät tietyt lähinnä *prosessuaalisiksi* luonnehdittavat laatuvaatimukset. Muussa tapauksessa välitystuomio on *pätemätön*, joko suoraan lain nojalla mitätön tai moitekanteella kumottavissa. VML 40 §:ssä luetellaan välitystuomion mitättömyysperusteet. VML 41 §:ssä puolestaan säädetään ns. moitteenvaraisista pätemättömyysperusteista.

---

[2] *Möller* Välimiesmenettelyn perusteet (1997) s. 81–82.

[3] Ks. *Möller* 1997 s. 71–72. Poikkeuksen muodostaa se harvinainen tapaus, että välitystuomiossa olisi tuomittu jotakin, mikä on oikeusjärjestyksemme perusteiden vastaista. Tältä osin välitystuomio on jo suoraan lain nojalla mitätön (VML 40,1 §:n 2 kohta), mutta asianosainen voi ajaa myös kannetta mitättömyyden vahvistamiseksi tuomiolla.

Jos välimiehet ovat soveltaneet muun maan lakia kuin minkä soveltamisesta asianosaiset ovat sopineet tai ratkaisseet asian lain säännökset syrjäyttäen kohtuuden mukaan, vaikka asianosaiset eivät ole tällaista valtaa heille antaneet, saatetaan tilannetta yksittäistapauksessa tulkita niin, että välimiesten katsotaan ylittäneen toimivaltansa. Ks. *Möller* 1997 s. 85–86.

## Ongelma

Kustannuskysymykset suoritusvelvoitteineen ja vastuunjakoineen ratkaistaan välitystuomiossa. Seuraavassa pyritään kartoittamaan ja selvittelemään kustannusvastuiden kohtaloa tilanteessa, jossa välitystuomio osoittautuu pätemättömäksi, joko suoraan lain nojalla mitättömäksi tai niin, että välitystuomio kumotaan moitekanteen seurauksena.[4] Jos välitystuomio on mitätön tai se kumotaan kanneteitse, herää kysymys, koskeeko pätemättömyys myös välitystuomioon sisältyneitä korvaus ja kuluratkaisuja. Merkitseekö välitystuomion pätemättömyys, ettei välimiehillä ole oikeutta tuomitsemaansa korvaukseen? Entä miten kulujen korvaaminen pätemättömyystilanteessa asianosaisten kesken järjestyy?

## Välitystuomion pätemättömyys ja välimiehille tuleva korvaus

Nykyisessä välimiesmenettelylaissa (1992) on säilytetty jo aiemmin voimassa ollut järjestelmä, että välimiehet saavat välitystuomiossa *itse määrätä ja maksettavaksi tuomita* heille tulevan korvauksen (VML 47,1 §).[5] Koska välimiehet tältä osin toimivat tuomarina omassa asiassaan ja koska välimiesten palkkiot voivat nousta huomattaviinkin summiin, asianosaiselle on annettu oikeus *hakea tuomioistuimessa muutosta* välitystuomiossa vahvistettuihin ja tuomittuihin palkkiomääriin (VML 47,2 §).[6] Muutoksenhakuoikeus on senkin vuoksi luonnollista, että välimiehet harkitsevat korvauksensa määrän vasta välitystuomiossa eli varsinainen oikeudenkäynti ja kuuleminen korvauskysymyksessä voi toteutua vain muutoksenhakuprosessissa.

Välimiehelle tulevan korvauksen moitetta koskeva prosessi on siinä mielessä *täystutkintaista* menettelyä, ettei tuomioistuimen tutkintavalta ole rajoitettu välitystuomion mitättömyys- tai moiteperusteisiin.[7] Tuomioistuin tutkii moiteprosessissa, tuleeko palkkiota alentaa sen vuoksi ettei sitä saateta pitää kohtuullisena ottaen huomioon välimiestehtävän vaatima aika, asian laajuus ja vaikeusaste jne. Tutkinnallinen tilanne on samanlainen kuin asianosaisen vaatiessa kanneteitse alennusta asianajajansa laskuun.[8]

---

[4] Kustannusongelmat niissä tilanteissa, joissa välimiehet lopettavat menettelyn antamatta asiassa välitystuomiota, jäävät kirjoitelman ulkopuolelle.

[5] Ks. perusteluista *HE 202/1991* s. 28. Järjestelmä on ollut samanlainen Ruotsissa, jossa niinikään tämä välimiesten oikeus pysytettiin uudessa vuoden 1999 välimiesmenettelylaissa (ks. Lag om skiljeförfarande 1999:116, jälj. LSF, 37,2 § ja siitä regeringens proposition 1998/99:35 s. 163–165, *Heuman* 1999 s. 579–581 sekä oikeusvertailevasti *Schöldström* The arbitrator´s mandate (1998) s. 353–355.

[6] Välitystuomio on myös välimiehille tuomittujen korvausten osalta täytäntöönpanokelpoinen ratkaisu. Käytännössä täytäntöönpano tullee ajankohtaiseksi varsin harvoin. Yleensä välimiehet käyttävät hyväkseen oikeutta vaatia asianosaisilta ennakko tai vakuus heille tulevasta korvauksesta (VML 46,3 §) eivätkä jätä oikeuttaan korvauksen saantiin mahdollisesti aktualisoituvan täytäntöönpanon varaan (ks. *Heuman* 1999 s. 579–580).

[7] Ks. Ruotsin LSF 41 §:ssä säädetyn vastaavan moiteprosessin osalta *Heuman* 1999 s. 581.

[8] Moiteprosessissa on kyse tavallaan appellityyppisestä muutoksenhausta korvausratkaisuun. Niin kauan kuin moiteaika (60 päivää) on auki tai moiteprosessi on vireillä, korvausratkaisu ei ole lopullinen, lainvoimainen. Sen vuoksi täytyneekin katsoa, että vaikka välitystuomio saa heti antamishetkellään lainvoiman ja tulee tällöin myös oikeus-

Vaikka asianosaiset ovat yhteisvastuussa välimiehille maksettavista korvauksista, on luonnollista, että jutun välimiesoikeudessa hävinnyt osapuoli herkemmin kritisoi korvauksia. Hänhän monesti joutuu asianosaisten keskinäisessä kuluvastuun jaossa lopulta vastaamaan myös välimiesten palkkioista.

Jos vain toinen asianosainen on moittinut välimiehen korvausta ja saa siihen alennusta, tämä koituu vain hänen hyväkseen eikä vaikuta alentavasti hänen vastapuolensa korvausvelvollisuuteen.[9] Välimiesten tuomitseman korvauksen ja alennetun määrän välinen erotus jää yksin vastapuolen vastuulle. Näin asianosaisen saama alennus välimiehelle maksettavaan korvaukseen muuttaa myös kuluvastuun jakautumista asianosaisten välillä siitä, miksi se on välitystuomiossa määrätty.

Esimerkki: Välimiehelle tuomittu korvaus on ollut 30 000 euroa ja välitystuomion kuluratkaisussa on määrätty, että vastuu korvauksesta jaetaan asianosaisten A:n ja B:n kesken puoliksi. Sen jälkeen A nostaa palkkion moitekanteen ja tuomioistuin alentaa korvauksen 20 000 euroon. Tämä merkitsee, että A:n solidaarinen vastuu välimiehelle alenee tuohon summaan. Alennuksen määrä (10 000 euroa) jää yksin B:n vastattavaksi. Asianosaisten keskinäisessä vastuunjaossa A:n saama alennus merkitsee, että A:n osalta vastuunjaon perusteeksi tulee tuo 20 000 euroa, josta puolet on 10 000 euroa. B:n vastuulle jää siten 20 000 euroa. Näin välitystuomiossa määrätty vastuusuhde 1/2 – 1/2 onkin muuttunut A:n eduksi suhteeksi 1/3 – 2/3.

Jos esimerkkitapauksessamme välimies on palkkionsa ennakoiden saanut kummaltakin asianosaiselta 15 000 euron ennakon, merkitsee A:n saama alennus nähdäkseni, että kun A:n osalta alennettukin määrä on suurempi kuin hänen maksamansa ennakko, A ei voi saada mitään takaisin välimieheltä, mutta sen sijaan B joutuu maksamaan A:lle 5 000 euroa, jotta alennuksen mukainen vastuunjako A:n ja B:n välillä toteutuisi.

Todettakoon, että Ruotsin laissa on menestyksekkään alennuskanteen oikeusvaikutusten osalta omaksuttu toinen kanta: asianosaisen moiteteitse saama alennus koituu myös toisen asianosaisen hyväksi (LSF 41,2 §).[10]

Asianosainen, joka on hävinnyt välimiesmenettelyssä käydyn oikeusriidan, saattaa pitää välimiesoikeuden menettelyä niin raskaasti virheellisenä, että välitystuomio on pätemättömänä kumottava. Tällaisissa tapauksissa asianosainen on ehkä useinkin sitä mieltä, ettei välimiehillä ole oikeutta korvaukseen. Kysymys välimiesten oikeudesta korvaukseen on kuitenkin *eri asia* kuin kysymys itse välitystuomion pysyvyydestä. Jos tuomioistuin moitekanteen johdosta kumoaa välitystuomion, tämä ei sellaisenaan merkitse, että välimiesten itselleen tuomitsemat korvauksetkin automaattisesti kumoutuisivat.[11] Kumoamiskanteessa on kyse asianosaisten välisestä oikeusriidasta ja välitystuomion kumoaminen koskee tästä oikeussuhteesta annettua välitystuomiota. Asianosaisen ja välimiehen välinen korvaussuhde jää tämän oikeussuhteen

---

voimaiseksi, välimiehille tuomittujen korvausten osalta ratkaisu on lainvoimainen ja oikeusvoimainen vasta, kun moiteaika on kulunut umpeen tai moiteprosessi on lainvoimaisesti ratkaistu.

Välimiehellä lienee kyllä oikeus saada palkkionsa osalta käräjäoikeudelta määräys välitystuomion täytäntöönpanosta jo ennen kuin moiteaika on kulunut umpeen tai moiteprosessi on lainvoimaisesti ratkaistu (ks. VML 43 ja 44 §). Itse täytäntöönpanossa lienee kuitenkin tänä aikana noudatettava lainvoimaa vailla olevan tuomion täytäntöönpanoa koskevia UL:n säännöksiä.

[9] *Möller* 1997 s. 81.

[10] Ks. tästä *Heuman* 1999 s. 581.

[11] *Heuman* 1999 s. 581.

ulkopuolelle. Yleensähän myös välitystuomiota kenties rasittava prosessuaalinen pätemättömyysperuste koskee vain asianosaisten välisen riitakysymyksen käsittelyä (esim. toimivallan ylitys tai kontradiktorisuuden loukkaus) eikä sitä, miten välimiehet ovat korvauksensa tuominneet.

Jos asianosainen haluaa vapautua välimiehille tuomitusta korvauksesta tai saada korvausta alennetuksi, hänen tulee vaatia tätä VML 47,2 §:n mukaisessa välimiehiä vastaan ajettavassa moiteprosessissa.[12] Näin hänen on meneteltävä *silloinkin*, kun palkkiomoitteen perusteena on välitystuomion väitetty pätemättömyys. Oikea kannekonstruktio ei tällöin siten ole se, että välimiehet haastettaisiin vastaajiksi välitystuomion kumoamista koskevaan prosessiin ”välimiespalkkioiden osalta”. Välimiehet eivät ole välitystuomion kumoamiskanteen osapuolia. Heiltä puuttuu kumoamisprosessissa vastaajalegitimaatio. Asianosaisen ja välimiehen välistä korvausta on arvioitava itse välitystuomion pätevyyskysymyksestä erillisenä oikeussuhteena samalla tavoin kuin jos korvaus olisi määrätty varsinaisesta välitystuomiosta ”erillisellä” tuomiolla tai korvaus velottaisiin erikseen laskun mukaan.

> Nähdäkseni myöskään välitystuomion mitättömyys (VML 40 §) ei yleensä merkitse, että välitystuomio olisi nulliteetti välimiesten itselleen tuomitsemien korvaustenkin osalta. Mitättömyyskin kohdentuu nimenomaan välimiesten antamaan ratkaisuun asianosaisten välisestä oikeussuhteesta. Eli tällöinkin asianosaisen täytynee reagoida VML 47,2 §:ssä säädetyllä tavalla, jos hän haluaa välimiehille tuomitun korvauksen kumottavaksi tai sitä alennettavaksi. Siinä tapauksessa, että välitystuomio on mitätön sen vuoksi ettei se ole lain vaatimin tavoin välimiesten allekirjoittama (ks. VML 40 §:n 1 mom. 4 kohta ja 2 mom.), on mitättömyyden katsottava kattavan myös palkkiomääräyksen. Pätevää tuomiota välimiesten palkkionkaan osalta ei saata olla olemassa, jos tuomioasiakirjaa, jossa palkkio on määrätty, ei ole allekirjoitettu.

Vaikka välitystuomion pätevyys/pätemättömyys ja välimiehille tulevan korvauksen oikeutus/oikeudettomuus ovat eri kysymyksiä, niiden välillä vallitsee ymmärrettävästi tietty *riippuvuussuhde*. Kun asianosaiset jättävät riidan välimiesten ratkaistavaksi, he luonnollisesti odottavat välimiehiltä sellaista toimintaa, joka johtaa pätevään ja asianosaisia sitovaan välitystuomioon. Välitystuomion pätemättömyys merkitsee, etteivät asianosaiset ole saaneet välimiehiltä odottamaansa ”välimiespalvelua”. Tämä näkökohta on luonnollisesti vaikutuksellinen tekijä arvioitaessa välimiesten itselleen tuomitseman korvauksen oikeellisuutta ja kohtuullisuutta. Se, miten välitystuomion pätemättömyys vaikuttaa välimiehille tulevaan korvaukseen, on kussakin yksittäistapauksessa erikseen harkittava kysymys. Merkityksellistä on mm., kumotaanko välitystuomio pätemättömyyden vuoksi kokonaan tai katsotaanko välitystuomio vain osittain pätemättömäksi. Problematiikkaa hahmotettaessa on kuitenkin olennaista, että välitystuo-

---

[12] Palkkionmoiteriidassa moittijan vastapuolena ei ole välimiesmenettelyssä vastapuolena esiintynyt asianosainen, vaan se välimies, jonka palkkiota moittija pitää liiallisena.

Vrt. tämän johdosta myös *KKO 1998:29*, jossa ongelma kohdistui palkkionmoiteriidassa kuultavana olleen asianosaisen (= sen, joka oli ollut välimiesmenettelyssä vastapuolena, mutta joka oli tyytynyt välimiesten määräämiin palkkioihin) vastuuseen moiteriidan oikeudenkäyntikuluista.

mion pätemättömyys on välimiehille tulevaa korvausta koskevassa riidassa korvauksen määrään olosuhteiden mukaan vaikuttava aineellisoikeudellinen kysymys eikä johda minkään muodollisen kohtalonyhteyden perusteella korvausten kumoutumiseen.[13]

On myös huomattava, että eräissä tapauksissa pätemättömyys on *korjauskelpoista*, jolloin mitättömyys- tai kumoamiskannetta käsittelevä tuomioistuin voi asianosaisen pyynnöstä lykätä käsittelyä ja varata välimiehille tilaisuuden jatkaa välimiesmenettelyä pätemättömyysperusteen poistamiseksi tai ryhtyä muuhun tätä varten tarpeelliseen toimenpiteeseen (ns. remissio, VML 42 §).[14] Tällöin saatetaan välimiesten korvauksen osalta päätyä tulokseen, ettei välimiesten tuomitseman palkkion määrään ole syytä puuttua, mutta että välimiesten on suoritettava korjaamistoimet ilman lisäpalkkiota.

Välitystuomion mitättömyys- tai kumoamiskanne ja välimiehille tulevan korvauksen moite voidaan *kumuloida* toistensa yhteyteen samaan oikeudenkäyntiin. Se, että korvausta koskeva moiteasia luokitellaan muodollisesti hakemusasiaksi ja välitystuomion kumoamiskanne haastein ajettavaksi siviiliriidaksi, ei estä kumulointia (ks. OK 8:9). Kumulaatio lienee luokiteltavissa OK 18:6:ssa tarkoitetuksi harkinnanvaraiseksi kumulaatioksi, jota mm. OK 10:7a:n forum connexitatis -sääntely ei koske.[15] Kumulointi ei tässä tapauksessa kuitenkaan aiheuta forumongelmia, koska molemmat asiat kuuluvat välitystuomion antamispaikkakunnan tuomioistuimeen (VML 50,1 § ja 47,3 §).[16]

Kumulaatiotilanteessakin on palkkion moitteen osalta noudatettava *60 päivän moiteaikaa* (VML 47,2 §). Välitystuomion kumoamiskanteelle säädetty pitempi kolmen kuukauden määräaika (VML 41,3 §) *ei jatka* ensiksi mainittua moiteaikaa. Eikä määräajasta ymmärrettävästi voida tinkiä siinäkään tapauksessa, että korvauksen poistamista tai alentamista koskeva vaatimus kumuloidaan määräajasta riippumattomaan välitystuomion mitättömyyskanteeseen. Palkkion moitekannetta ei oteta tutkittavaksi, jos määräaikaa ei ole sen vireillepanossa noudatettu.[17]

> Nykyisessä välimiesmenettelylaissa välitystuomion kumoamiskanteen nostamista koskeva määräaika pidennettiin 60 päivästä kolmeen kuukauteen.[18] Vanhassa laissa kumoamiskanteen ja palkkion moitteen määräajat olivat kumpikin 60 päivää.[19] Jos asianosainen

---

[13] Välitystuomion pätemättömyyden vaikutus välimiesten palkkioihin on samantyyppinen kysymys kuin se, missä määrin pätemättömyys synnyttää välimiehille vahingonkorvausvelvollisuuden. Ks. välimiehen vahingonkorvausvastuusta *Hemmo* DL 2000 s. 397–412 ja artikkelia kommentoiden *Hoppu* s. 416–417. Vanhemmasta kirjallisuudesta ks. *Tirkkonen* Välimiesmenettely (1943) s. 165–167. Palkkion alennus- ja vahingonkorvausongelmat voivat myös käytännössä esiintyä toistensa yhteydessä.

[14] Ks. asian palauttamisesta välimiehille *Möller* 1997 s. 89.

[15] Ks. OK 18:6:n mukaisesta kumulaatiosta yleensä *Lappalainen* Siviiliprosessioikeus I (1995) s. 444 ss.

[16] Ruotsissa kumulaatio ei ole mahdollinen, koska välitystuomion pätemättömyyskanne kuuluu hovioikeuden ja välimiesten palkkion moitekanne käräjäoikeuden toimivaltaan (ks. LSF 43,1 § ja 43,3 §; kirjallisuuden osalta *Heuman* 1999 s. 581).

[17] Määräaikaa on pidetty palauttamiskelpoisena ns. prosessuaalisena määräaikana *(KKO 1990:123)*. Näin ollen sen ylittäminen myös otettaneen huomioon viran puolesta.

[18] Lain perusteluissa (*HE 202/1991* s. 26) pidettiin vanhaa 60 päivän määräaikaa tarpeettoman lyhyenä ajatellen erityisesti tilanteita, joissa asianosaisena on ulkomaalainen.

[19] Ks. vuoden 1928 välimiesmenettelylain (46/1928) 23 ja 24 §.

> moittii yksin välimiehille tuomittua korvausta riitauttamatta välitystuomion oikeellisuutta, jollainen tilanne onkin varmasti korvauksen moitteen ns. normaalitapaus, nykyinen määräaikajärjestelmä ei aiheuta ongelmia. Mutta jos asianosainen katsoo perustelluksi nostaa välitystuomion kumoamiskanteen ja vaatia pätemättömyyden johdosta alennusta välimiesten itselleen tuomitsemiin korvauksiin tai peräti korvausoikeuden epäämistä, tilanne käy asianosaisen kannalta hankalammaksi. Kun välimiesten korvauksia koskevan moitekanteen määräaika päättyy kuukautta aiemmin kuin itse tuomion moitekanteen määräaika, asianosaisen on tuossa lyhyemmässä palkkiomoitteen määräajassa reagoitava ainakin palkkioita vastaan ja siis tosiasiassa ratkaistava myös se, paneeko hän vireille välitystuomion moitekanteen.

Jotta välimiehille tuomittua korvausta koskeva moitekanne voisi välitystuomion kumoamisperusteella (VML 41 §) menestyä, on välitystuomio luonnollisesti ensin saatava kanneteitse kumotuksi. Välitystuomion kumoamisprosessi on tässä mielessä *ennakkoluonteinen* suhteessa palkkion moiteprosessiin. Käytännössä lieneekin usein järkevää, ajettiinpa näitä kanteita yhdessä tai erikseen, lykätä palkkionmoitekanteen käsittelyä odottamaan kumoamiskanteen ratkaisemista.[20] Samanaikaisen moitekanteen lykkääminen on usein järkevää silloinkin, kun tässä oikeudenkäynnissä ajetaan kannetta välitystuomion mitättömyyden (VML 40 §) vahvistamiseksi, vaikka mitättömyys sinänsä onkin otettavissa palkkioriitaa ratkaistaessa huomioon suoraan ilman mitättömyyden vahvistavaa tuomiota.

## Asianosaisten oikeudenkäyntikulut ja välitystuomion pätemättömyys

Välimiesten välitystuomiossa antama ratkaisu asianosaisten velvollisuudesta korvata vastapuolen oikeudenkäyntikuluja (VML 49 §) on, poiketen välimiehille tuomitusta korvauksesta, *osa itse välitystuomiota* siinä mielessä, että välitystuomion pysyvyys ja välitön lainvoima koskee tätä kuluratkaisua. Asianosainen, joka on tyytymätön kuluvastuun jakoa koskevaan välimiesten ratkaisuun, ei voi saada tätä kysymystä tuomioistuimessa tutkituksi (esim. tilanne, jossa välimiehet ovat määränneet asianosaiset kärsimään itse kulunsa, mutta asianosainen katsoo että hänen olisi jutun voittaneena tullut saada kulunsa korvatuksi). Liioin ei välimiesten tuomitseman kulukorvauksen määrää voida saattaa tuomioistuimen tutkittavaksi.[21]

Välitystuomion kuluratkaisua voidaan sen sijaan moittia tuomioistuimessa *välitystuomion kumoamisperustein*, esimerkiksi sillä perusteella, että välimiesten väitetään tehneen kuluratkaisunsa varaamatta kuluvaatimuksen esittäneen asianosaisen vastapuolelle tilaisuutta tulla kuulluksi vaatimuksen johdosta (ks. VML 41,1:n 4 kohta). Jos tuomioistuin katsoo pätemättömyysperusteen, esim. kuulemisvirheen, rasittavan vain kulukysymyksen käsittelyä, välitystuomio kumotaan vain kuluratkaisun osalta (välitystuomion osittainen pätemättömyys) ja muilta osin välitystuomio jää voimaan. Tällöin (jos kumoamisratkaisu jää lopulliseksi) kuluratkaisu

[20] Vrt. myös Ruotsin osalta *Heuman* 1999 s. 581.
[21] Ks. *Heuman* 1999 s. 583.

jää pois välitystuomiosta ja asianosaiset saavat itse kärsiä kulunsa.[22] Tuomioistuin voi pätemättömyystapauksessa vain kumota kuluratkaisun.

Sen sijaan jos itse välimiesmenettelyn kohteena ollutta riitakysymystä koskenut *välitystuomio kumotaan, myös kuluratkaisu kumoutuu*.[23] Näin tapahtuu paitsi tietysti silloin, kun pätemättömyysperuste koskee koko prosessia (esim. välimiehen esteellisyys), myös silloin kun pätemättömyysperuste ei sellaisenaan koske kulukysymyksen käsittelyä (esim. välimiehet ovat kontradiktorisuutta loukaten hyväksyneet kanteen sellaisella perusteella, johon kantaja ei ollut vedonnut ja josta vastaaja ei sen vuoksi ollut saanut tilaisuutta lausua). Oikeudenkäyntikulujen korvaamista koskeva välimiesten ratkaisu on pääasiaan nähden liitännäinen, eikä voi jäädä yksinään ”henkiin”, jos välitystuomio kumotaan (tai todetaan mitättömäksi). Välimiesmenettelyssä hävinneen asianosaisen, joka välitystuomiossa on velvoitettu korvaamaan voittopuolen kulut, on voitava vapautua kuluvastuustaan, jos välitystuomio kumotaan. Kuluratkaisun liitännäisyydestä välitystuomioon seuraa, että jos välitystuomio kumotaan vain *osaksi* (esim. välimiehet ovat menneet toimivaltaansa ulommaksi ja ratkaisseet sellaisenkin kysymyksen, joka ei kuulu välityssopimuksen piiriin), tulisi kuluvastuuta koskevan ratkaisunkin olla pätemätön siltä osin kuin siinä on asianosainen velvoitettu korvaamaan vastapuolelle tuomion pätemättömään osaan kohdentuvia kuluja. Käytännössä voi tosin olla vaikeaa määritellä, millä tavoin välitystuomion kuluratkaisu jakautuu pätemättömään ja päteväksi jäävään osaan välitystuomiota.

Kuluvastuuta koskevan välimiesten ratkaisun kumoutuminen siis merkitsee, että asianosaiset saavat *itse vastata* oikeudenkäyntikuluistaan. Jos jo välitystuomion kuluratkaisu on ollut tämän sisältöinen, kuluratkaisun ”kumoutuminen” jää vaille oikeudellisia vaikutuksia.

Kuluratkaisuun, joka kumoutuu pätemättömäksi todetun välitystuomion myötä (tai edellä esitetyin tavoin mahdollisesti erikseenkin), sisältyy varsinaisen asianajokuluja koskevan korvauspäätöksen lisäksi myös välimiesten *ratkaisu siitä, miten vastuu välimiehille maksettaviksi tuomituista korvauksista jakautuu asianosaisten kesken*. Sen sijaan välitystuomion pätemättömyys ei, kuten edellä on todettu, sellaisenaan merkitse välimiehille tuomittujen korvausten kumoutumista välimiesten ja asianosaisten välisessä suhteessa, vaan asianosaisen on reagoitava korvauksia vastaan erikseen VML 47 §:ssä säädetyin tavoin. Saatetaan siis joutua tilanteeseen, jossa oikeudenkäyntikulujen korvaamista koskeva välimiesten ratkaisu kumotaan, mutta välimiesten ratkaisu asianosaisten velvollisuudesta suorittaa heille korvaus jää voimaan. Herää kysymys, miten vastuu näistä korvauksista jaetaan asianosaisten kesken, kun tätä koskeva välimiesten ratkaisu on osana oikeudenkäyntikuluratkaisua kumottu. Vastaukseksi näyttäisi tulevan korvausvelvollisten keskinäisessä vastuujaossa noudatettava yleisperiaate: vastuun jako pääluvun mukaan, siis asianosaisten kesken puoliksi.

---

[22] Mahdollista kyllä on, että kuulemisvirhe korjataan VML 43 §:n mukaisella tavalla: kumoamiskannetta käsittelevä tuomioistuin voi asianosaisen pyynnöstä varata välimiehille tilaisuuden jatkaa välimiesmenettelyä siltä osin että kulukysymyksessä järjestetään kontradiktorinen käsittely ja että välimiehet ratkaisevat kuluvastuun uudelleen tämän jälkeen.

[23] *Heuman* 1999 s. 584.

Jos asianosainen saa VML 47 §:n mukaisella moitteellaan välimiehen korvauksen määrää välitystuomion pätemättömyyden johdosta alennetuksi, tämä näkyy asianosaisten keskinäisessä vastuunjaossa siten, että vastuunjaon laskuperusteeksi tulee hänen osaltaan tuo alennettu määrä. Kun moitteella saatu alennus koituu vain moittijan eduksi, jää tuomitun ja alennetun korvauksen välinen erotus yksin toisen osapuolen kustannettavaksi.

Tomas Lindholm

# Näkökohtia välimiehen esteellisyydestä – erityisesti asianajajan näkökulmasta*

*IBA:n[1] esteellisyyttä kansainvälisessä välimiesmenettelyssä koskevat ohjeet[2]*

## Johdanto

Kirjoituksessa käsitellään välimiehen esteellisyyteen liittyviä kysymyksiä. Tarkastelun keskiössä ovat IBA:n esteellisyyttä kansainvälisessä välimiesmenettelyssä koskevat ohjeet (jatkossa ”IBA:n ohjeet” tai pelkästään ”ohjeet”). Ohjeiden taustalla vaikuttaa tietoisuus siitä, että erilaisia esteellisyysarvioinnin kannalta relevantteja tilanteita ilmenee yhdentyvässä maailmassa enenevässä määrin. Välimies joutuu nykypäivänä usein hyvin vaikeiden ja moniulotteisten esteellisyystilannearviointien eteen. Sovellettavista laeista ja välimiesmenettelysäännöistä esteellisyyssäännösten soveltamiselle saatavan johdon voidaan samalla todeta olevan hyvin suurpiirteistä ja vähäistä.

Välimiehelle jää asiassa laaja harkintavalta. Laajan harkintavallan varjopuolena on se, että olemassa olevia esteellisyyssäännöksiä saatetaan soveltaa hyvin eri tavalla. Ohjeilla pyritäänkin edistämään esteellisyysarviointien yhdenmukaistumista kansainvälisessä välimiesmenettelyssä. Yhdenmukaisuus edistäisi ja turvaisi välimiesmenettelyn yleistä sujuvuutta ja joutuisuutta monin tavoin.

Ohjeita tarkastellaan tässä Suomessa käytävän välimiesmenettelyn näkökulmasta[3]. Jaksossa ”Välimiehen esteellisyydestä” pyritään luomaan yleiskuva voimassa olevista esteellisyyssäännöksistä. Asian taustoittamiseksi tarkastelu aloitetaan kansainvälisestä ympäristöstä, jossa suomalaistenkin esteellisyyssäännösten juurten voidaan katsoa olevan. Tämän jälkeen siirrytään tarkastelemaan Suomessa käytävään välimiesmenettelyyn liittyviä säännöksiä. IBA:n ohjeisiin keskitytään yleiskuvauksen muodossa jaksossa ”IBA:n esteellisyyttä kansainvälisessä välimiesmenettelyssä koskevat ohjeet”.

---

* Kirjoituksen suunnittelu-, tutkimus- ja kirjoittamistyöhön on keskeisesti osallistunut oik. kand. Harri Jussila tavalla, joka ansaitsisi myötäkirjoittajan aseman. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen juhlakirjaperinteen mukaisesti kirjoitus julkaistaan kuitenkin tässä yksin kirjoituskutsun saaneen kirjoittajan nimellä.

[1] International Bar Association (IBA) on asianajajien johtava kansainvälinen järjestö, jonka jäseniä ovat n. 190 kansallista asianajajaliittoa sekä n. 16.000 asianajajaa ympäri maailmaa.

[2] Artikkelissa tarkastellaan IBA:n ohjeita ”IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration” siinä muodossaan, kuin ne on 22. päivänä toukokuuta 2004 hyväksytty IBA:n päättävän elimen (The Council of the International Bar Association) toimesta. Artikkelissa esiintyvät englanninkielisten alkuperäistermien suomenkieliset käännökset ovat kirjoittajien laatimia.

[3] Artikkelissa ei tarkastella lakisääteisiin välimiesmenettelyihin liittyviä erityiskysymyksiä.

Välimiehenä toimiva asianajaja joutuu ottamaan toiminnassaan huomioon myös asianajajan toimintaa koskevat säännökset ja ohjeet. Asianajajaliiton kurinpitolautakunta on ottanut kahdessa ratkaisussaan kantaa tapaohjeiden sovellettavuuteen tilanteessa, jossa asianajaja toimii välimiehenä. Ensimmäisessä ratkaisussa (27.9.1996 § 3) välimiehenä toimineelle asianajajalle määrättiin varoitus hyvän asianajajatavan vastaisesta toiminnasta.[4] Ratkaisusta seurannut oikeusohje on oikeuskirjallisuudessa tiivistetty seuraavasti: *"Välimiesmenettelystä annetun lain mukaisena välimiehenä toimiminen on asianajajalle asianajotehtävä, ja asianajaja on siten velvollinen noudattamaan tehtävässään hyvää asianajajatapaa ja hän on myös asianajajaliiton kurinpitovallan alainen. Toimiessaan välimiehenä asianajaja on velvollinen oma-aloitteisesti ilmoittamaan asianosaisille seikoista, joiden voidaan arvella vaikuttavan hänen kykyynsä toimia välimiehenä sivuvaikutteista vapaana."*[5]

Ratkaisussaan 18.12.2000 § 15 kurinpitolautakunta tuli siihen tulokseen, että välimiestehtävä on asianajotoiminnan ulkopuolelle kuuluva tuomarintehtävä ja etteivät hyvää asianajajatapaa koskevien ohjeiden ("tapaohjeet") varsinaiset esteellisyyssäännökset sellaisinaan voi tulla sovellettaviksi[6]. Välimiehenä toimivan asianajajan esteellisyyttä tulee kurinpitolautakunnan mukaan arvioida ensisijassa välimiesmenettelystä annetun lain (23.10.1992/967, "välimiesmenettelylaki") ja hyvää asianajajatapaa koskevien ohjeiden 2 §:n 2 momentin yleissäännöksen[7] nojalla.

Tämän artikkelin puitteissa ei ole mahdollista arvioida tarkemmin asianajan esteellisyyden ja välimiehen esteellisyyden eroja ja yhtäläisyyksiä. Voidaan kuitenkin todeta, että asianajajan esteellisyyttä koskevat normistot ja välimiehen esteellisyyttä koskevat normistot on laadittu jo lähtökohtaisesti erilaisia perusasetelmia silmällä pitäen. Tapaohjeet peilaavat monessa suh-

---

[4] Ks. Kertomus asianajajien valvonnasta vuonna 1996, Suomen Asianajajaliiton julkaisuja 2/1997, Helsinki 1997, s. 46–48. Asianajajan esteellisyyden osalta voidaan viitata erityisesti tapaohjeiden 12 ja 13 §:ään. 12 §:n mukaan *"[m]illoin on olemassa erityinen seikka, jonka voidaan arvella vaikuttavana asianajajan kykyyn sivuvaikutteista vapaana valvoa toimeksiantajan etuja, on asianajajan, joka tietoisena tällaisesta seikasta harkitsee voivansa ottaa tehtävän suorittaakseen, kuitenkin viipymättä ilmoitettava seikasta toimeksiantajalle".* 13 §:n mukaan *"[a]sianajaja on velvollinen torjumaan toimeksiannon, jos hänellä itsellään tai hänen lainopillisella avustajallaan tahi asianajajalla, joka on hänen työnantajansa tai yhtiökumppaninsa taikka jonka kanssa hänellä muutoin on yhteinen toimisto, on samassa asiassa tahi muussa asiassa, joka liittyy toimeksiantoon, henkilökohtaista tai taloudellista etua, joka on ristiriidassa toimeksiantajan edun kanssa, tahi jos asianajaja tai joku mainituista työtovereista on aikaisemmin neuvotellut vastapuolen kanssa taikka muutoin avustanut vastapuolta samassa tai muussa asiassa, jossa tietoon tulleilla seikoilla saattaa olla merkitystä tarjotun tehtävän hoitamiselle. Asianajajan on muutoinkin torjuttava tehtävä, jos on olemassa jokin seikka, joka ilmeisesti estää asianajajaa vapaana sivuvaikutteista tai asian edellyttämällä joutuisuudella ja tarmolla valvomasta toimeksiantajan etuja".* Kirjallisuuden osalta ks. esim. *Esko, Timo,* Asianajajien toimistoyhteistyöstä, teoksessa Juhlajulkaisu Jukka Peltonen 60 Vuotta, Vammala 1999, s. 43–45. Ks. myös asianajajan riippumattomuuden arviointia, *Peltonen, Jukka,* Eräitä esteellisyystilanteita asianajajan näkökulmasta, DL 1983 s. 325–342.

[5] *Von und zu Fraunberg, Seppo,* Kurinpitolautakunnan ratkaisut esteellisyydestä, *DL 1997 s. 189.*

[6] Käsitellyssä asiassa asianajaja oli toiminut keskuskauppakamarin välityslautakunnan määräämänä välimiehenä osakkeiden lunastusta koskevassa riita-asiassa. Lautakunnan ratkaisu koski varsinaisesti vain kyseistä välimiestehtävää, mutta ratkaisun on nähty merkinneen kuripitolautakunnan kannanmuutosta siihen, miten hyvää asianajajatapaa koskevia esteellisyyssäännöksiä tulee yleisesti soveltaa välimiehen tehtävään. Ks. Kertomus asianajajien valvonnasta vuonna 2000, Suomen Asianajajaliiton julkaisuja 3/2001, Helsinki 2001, s. 31.

[7] Tapaohjeiden 2 §:n 2 momentin mukaan *"[a]sianajajan tulee esiintyä asiallisesti ja moitteettomasti sekä niin hyvin tehtäviä suorittaessaan kuin muutoinkin välttää kaikkea, mikä saattaa alentaa asianajajakunnan arvoa ja vähentää luottamusta asianajajakuntaan".*

teessa ”klassista” asianajotoimeksiantoa, jossa asianajajalla (hänen päämiehellään) on vastapuoli. Asianajajan edellytetään ajavan päämiehensä etua. Välimiehellä sen sijaan ei ole vastapuolta ja hänen edellytetään olevan kaikissa suhteissa puolueeton ja riippumaton. Tapaohjeiden esteellisyyttä koskeva sääntely ei näin ollen sovellu kovin luontevasti välimiehenä toimivan asianajajan toimien arviointiin. Kurinpitolautakunnan jälkimmäinen ratkaisu vaikuttaa tässä suhteessa oikean suuntaiselta, joskin keskustelua voitaisiin kenties käydä ratkaisun yksityiskohtaisista perusteluista.

Vaikka tapaohjeiden varsinaisilla esteellisyyssäännöksillä ei katsottaisi olevan merkitystä välimiehenä toimivan asianajajan kannalta, asianajajan tulee kuitenkin tapaohjeiden 2 §:n 2 momentin yleissäännöksen nojalla välittää sellaisten esteellisyysratkaisujen tekemistä, jotka saattavat alentaa asianajajakunnan arvoa ja vähentää luottamusta asianajajakuntaan. Mainitun yleissäännöksen ohella huomiota tulee kiinnittää myös esimerkiksi asianajajan salassapitoa ja vaitiolovelvollisuutta koskeviin säännöksiin. Asianajajan on siis esteellisyysharkinnassaan arvioitava tilanne paitsi välimiesmenettelylain myös tapaohjeiden kannalta. Vaikka asianajajaa koskevien säännösten vastaisilla toimilla ei lähtökohtaisesti ole negatiivisia seuraamuksia käytävän välimiesmenettelyn kannalta, voi rikkomus johtaa asianajajaa koskeviin kurinpidollisiin toimiin asianajajaliiton taholta. Salassapito- ja vaitiolovelvollisuuden rikkomiset voivat luonnollisesti johtaa myös rikosoikeudellisiin seuraamuksiin.

## Välimiehen esteellisyydestä

### Eräitä näkökohtia esteellisyydestä kansainvälisestä näkökulmasta

Välimiesmenettelyä koskevat kansalliset lait, institutionaaliset säännöt sekä eri maiden relevantti oikeuskäytäntö muodostavat oman laajan tutkimuskenttänsä, josta on kirjoitettu ulkomailla verrattain paljon.[8] Mainittu tutkimusaineisto tarjoaa yhdessä niiden pohjalta käydyn kansainvälisen mielipiteiden vaihdon kanssa hyödyllisen lähdeaineiston myös yksittäisten esteellisyyssäännösten tarkastelun kannalta. Aineiston hyödyllisyys perustuu suurelta osin siihen, että niin esteellisyyttä koskevat ongelmat kuin niiden osalta omaksutut lainsäädännölliset

[8] Oikeusvertailevissa esityksissä tarkastelun kohteesta näkee usein käytettävän termejä kansainvälinen välimiesmenettely (International Arbitration) tai kansainvälinen kaupallinen välimiesmenettely (International Commercial Arbitration). Termien osalta on syytä huomata, ettei niiden terminologisesta merkityssisällöstä vallitse kansainvälistä yhteisymmärrystä. Niillä saatetaan näkökulmasta riippuen viitata eri asioihin. Hyvin yleisellä tasolla voidaan todeta, että mainituilla termeillä viitataan usein välimiesmenettelyyn, jossa osapuolet tulevat eri valtioista. Joissakin maissa välimiesmenettelyyn sovellettavat kansallisen lain säännökset eroavatkin sisällöllisesti sen mukaan, onko menettely puhtaasti kotimainen vai onko sillä kansainvälisiä liittymiä. Koska välimiesmenettelyyn soveltuu viime kädessä aina jokin kansallinen laki, on myös huomautettu, että aidosti ”kansainvälisestä” välimiesmenettelystä puhuminen on harhaanjohtavaa. Tähän moniulotteiseen terminologia-aihepiiriin ei ole mahdollista puuttua yksityiskohtaisemmin tämän kirjoituksen puitteissa. Sinällään voidaan kuitenkin todeta, ettei IBA:n tarkasteltavissa ohjeissa käytettyä kansainvälisen välimiesmenettelyn termiä ole määritelty. Ohjeista on kuitenkin ymmärrettävissä, että niillä pyritään vaikuttamaan yhdenmukaistavasti eri oikeuskulttuureista tulevien välimiesten suorittamiin esteellisyysarviointeihin. Välimiehet ovat peräisin eri oikeuskulttuureista yleensä juuri tilanteissa, joissa osapuolet tulevat eri valtioista.

ja sääntökohtaiset ratkaisut ovat nykyään kansainvälisesti hyvin samansuuntaisia. Tähän ”yhdentymiskehitykseen” on vaikuttanut erityisesti UNCITRALin piirissä laadittujen välimiesmenettelysääntöjen[9] ja mallilain[10] laajamittainen omaksuminen säädettäessä ja uudistettaessa kansallisia lakeja ja laadittaessa eri instituuttien välimiesmenettelyä koskevia sääntöjä. Koska eri laeissa ja säännöstöissä esiintyvät esteellisyyttä koskevat säännöt ovat pitkälti samankaltaisia, myös niiden käytännön soveltamisongelmat ovat samanlaisia.

Välimiehen esteellisyyssääntelyn voidaan katsoa muodostavan osan välimiehen kelpoisuuden sääntelyä. Välimiehen kelpoisuus jaetaan tällöin yleiseen kelpoisuuteen ja erityiseen kelpoisuuteen.[11] Henkilön tulee olla yleisesti kelpoinen välimieheksi, jotta hän voi toimia ylipäänsä missään esille tulevassa asiassa välimiehenä. Yleiseen kelpoisuuteen saattaa sisältyä välimiehen vähimmäisikää, koulutusta, ”nuhteettomuutta” tai kokemusta koskevia vaatimuksia. Yleistä kelpoisuutta koskevat vaatimukset määritellään yleensä tyhjentävästi sovellettavaksi tulevassa laissa, säännöissä tai osapuolten sopimuksessa. Erityisessä kelpoisuudessa on puolestaan kyse välimiehen kytköksistä tiettyyn käsillä olevaan asiaan. Esteellisyyskysymyksiä arvioitaessa otetaan kantaa nimenomaan välimiehen tai sellaiseksi kaavaillun erityiseen kelpoisuuteen toimia välimiestehtävässä tietyssä käsillä olevassa asiassa.[12]

---

[9] UNCITRAL Arbitration Rules (1976):

**”Article 9**

A Prospective arbitrator shall disclose to those who approach him in connection with his possible appointment any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence. An arbitrator, once appointed or chosen, shall disclose such circumstances to the parties unless they have already been informed by him of these circumstances.

**Article 10**

1. Any arbitrator may be challenged if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to the arbitrators impartiality or independence.
2. A party may challenge the arbitrator appointed by him only for reasons of which he becomes aware after the appointment has been made.”

Ks. myös artiklat 11 ja 12.

[10] UNCITRAL Model Law (1985):

”**Article 12. Grounds for challenge**

(1) When a person is approached in connection with his possible appointment as an arbitrator, he shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence. An arbitrator, from the time of his appointment and throughout the arbitral proceedings, shall without delay disclose any such circumstances to the parties unless they have already been informed of them by him.

(2) An arbitrator may be challenged only if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence, or if he does not possess qualifications agreed to by the parties. A party may challenge an arbitrator appointed by him, or in whose appointment he has participated, only for reasons of which he becomes aware after the appointment has been made.”

Ks. myös 13. artikla.

[11] Jakoa yleiseen kelpoisuuteen ja erityiseen kelpoisuuteen on perinteisesti käytetty tuomarin kelpoisuutta arvioitaessa. Ks. esim. Hallituksen esitys Eduskunnalle tuomarin esteellisyyttä koskevaksi lainsäädännöksi (HE 78/2000), verkkoversio s. 3. Välimiehen osalta on käytetty myös jaottelua kelpoisuuteen ja esteellisyyteen. Ks. esim. *Möller, Gustaf,* Välimiesmenettelyn puolueettomuudesta, LM 6/1986 (*Möller* 1986*)*, s. 771–795.

[12] Välimiehen kansalaisuutta koskevaa vaatimusta voitaneen pitää erityisenä kelpoisuusehtona. Esimerkin kansalaisuutta koskevan kelpoisuusehdon osalta muodostaa London Court of Internation Arbitration (LCIA): Arbitration Rules:

”6.1 Where the parties are of different nationalities, a sole arbitrator or chairman of the Arbitral Tribunal shall not have the same nationality as any party unless the parties who are not of the same nationality as the proposed appointee all agree in writing otherwise.”

Vaatimus siitä, että välimiehen on oltava puolueeton (impartial) ja riippumaton (independent) koko menettelyn ajan, on kansainvälisestä näkökulmasta laajalti hyväksytty.[13] Puolueettomuus- ja riippumattomuusvaatimusten on nähty yleensä koskevan yhtäläisesti kaikkia välimiehiä siitä riippumatta, missä järjestyksessä tai kuka heidät on toimeensa valinnut.[14] Sen, että välimieskokoonpanossa toimii asianosaisten valitsemia välimiehiä, on nähty olevan omiaan lisäämään asianosaisen luottamusta siihen, että hänen argumenttinsa tulevat asianmukaisesti huomioon otetuiksi menettelyssä. Asianosaisen valitsemalla välimiehellä saattaa myös koulutuksensa ja kokemuksensa perusteella olla muista maista tulevia muita välimiesoikeuden jäseniä paremmat mahdollisuudet ymmärtää ja tarvittaessa selostaa muille välimiehille samasta maasta tulevan asianosaisen argumenttien oikeudellisia perusteita. Välimiehen on edellytetty kuitenkin kaikissa tilanteissa pidättyvän kaikesta sellaisesta toiminnasta, joka voitaisiin tulkita asianosaisen asian ajamiseksi.[15]

Puolueettomuuden ja riippumattomuuden varmistamiseksi välimiehelle asetetaan yleensä velvollisuus ilmoittaa asianosaisille (disclosure obligation) kaikki ne seikat, jotka ovat omiaan aiheuttamaan epäilyjä välimiehen puolueettomuuden ja riippumattomuuden suhteen. Laeista ja säännöistä saattaa löytyä tätä koskevia tarkempia ohjeita.[16] Välimies päättää kuitenkin viime kädessä itse sen, mitä seikkoja ilmoittaa. Käsitykset siitä, mitä ilmoitettaviin asioihin kuuluu, poikkeavat toisistaan suuresti. Poikkeamat johtuvat paitsi henkilökohtaisista näkemyseroista myös oikeuskulttuurikohtaisista käsityseroista.

Esteellisyyssäännöksiin liittyy olennaisena osana sääntely esteellisyyden seuraamuksista. Jotkut lait ja säännöt sisältävät esteellisyyden määrittämiseksi tarkemman säännöksen niistä seikoista, joiden vallitessa välimies katsotaan esteelliseksi. Yleisen kehityksen valossa jo arkaaisena pidettävän mallin muodostavat tyhjentävän luettelon sisältävät säännelyt. Lakeihin ja sääntöihin on nykyisin enenevässä määrin sisällytetty UNCITRALin mallilain ja välimiesmenettelysääntöjen esimerkin nojalla yleislausekkeita, joiden perusteella mahdollisten esteellisyysperusteiden kirjo on pidetty avoimena.

Esteellisyysperuste ei johda automaattisesti välimiehen syrjäyttämiseen (esteelliseksi julistaminen) tai välitystuomion kumoamiseen. Osapuolille on kansallisissa laeissa ja säännöissä

---

[13] Ks. tästä jäljempänä jakso ”Erityisesti riippumattomuuden ja puolueettomuuden vaatimuksesta”.

[14] Joidenkin maiden kansallisissa laeissa ja erityisalojen välimiesmenettelyä koskevissa säännöissä on kuitenkin omaksuttu lähtökohta, jossa asianosaisen valitseman välimiehen rooliin liittyy piirteitä, jotka normaalisti yhdistetään asiamiehen toimintaan. Ks. esim. American Arbitration Association (AAA): Commercial Arbitration Rules kohta R 17, joka sallii osapuolten erikseen kirjallisesti sopia siitä, että osapuolten nimeämät välimiehet voivat olla ns. eineutraaleja (non-neutral), mikä sääntöjen mukaan tarkoittaa sitä, että kyseisille välimiehille ei aseteta puolueettomuuden ja riippumattomuuden vaatimuksia.

[15] Ks. esim. Lew, Julian D. M. – Mistelis, Loukas A – Kröll, Stefan M., Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International 2003, s. 271–273. Ks. myös IBA:n Rules of Ethics for International Arbitrators vuodelta 1987, jonka kohta 5 (Communication with Parties) sisältää ohjeita välimiehelle siitä, miten ja millaisista asioista välimies voi kommunikoida osapuolten kanssa. Ohjeita löytyy myös AAA:n ja ABA:n (American Bar Association) välimiesten käyttöön laatimista ohjeista, ks. ”The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes” (1977 ja uudistettu 2004), Canon III.

[16] IBA:n edellisessä alaviitteessä viitatut ohjeet sisältävät tarkempia ohjeita niiden asioiden piirin määrittämiseksi, joista välimiehen tulisi ilmoittaa asianosaisille. Ks. sääntöjen kohta 4 (Duty of Disclosure). Ks. myös edellisessä alaviitteessä viitatut AAA – ABA -ohjeet, Canon II.

yleensä asetettu prekluusiouhkainen väitteentekemisvelvollisuus tietoonsa saamista esteellisyysperusteista. Menettelytavat esteellisyysväitteen tekemisen ja sitä koskevien prekluusioaikarajojen osalta eroavat toisistaan. Institutionaalisissa välimiesmenettelyissä menettelyä hallinnoivalle instituutille on yleensä annettu tähän liittyviä tehtäviä.

Esteellisyyden äärimmäisenä seuraamuksena välitystuomio, jonka on antanut esteellinen välimies tai jonka on antanut välimiesoikeus, jonka kokoonpanoon kuului esteellinen välimies, on säännönmukaisesti kumottavissa, jos asianosainen ei ole laiminlyönyt tehdä säädetyssä järjestyksessä väitettä esteellisyydestä. Esteellisyyden seuraukset ovat siten välimiesmenettelyn yleisen toimivuuden ja osapuolten kannalta varsin ankarat.

Kansainvälisen tarkastelun pohjalta voidaan yleisesti ottaen todeta, että kansalliset lait ja säännöt ovat lähes säännönmukaisesti rakentuneet periaatteelle välimiehen riippumattomuudesta ja puolueettomuudesta. Periaatteen käytännön toteutuksen kannalta keskeisiä ovat:

1) Sääntely välimiehen tai sellaiseksi kaavaillun ilmoitusvelvollisuudesta;
2) Väitteenvarainen seuraamusjärjestelmä.

Artikkelin aihepiirin kannalta mielenkiinto kohdistuu erityisesti kohtaan 1.

## Suomessa käytävän välimiesmenettelyn esteellisyysarvioinnin lähtökohdista

### *Välimiesmenettelylain relevantit säännökset*

Välimiesmenettelylain 9 §:n mukaan *”[v]älimiehen tulee tehtävässään olla puolueeton ja riippumaton*”. Välimiesmenettelylaki asettaa sellaiselle välimiehen tehtävään pyydetylle, joka ei kieltäydy tehtävästä, velvollisuuden ilmoittaa heti *”kaikki seikat, jotka ovat omiaan vaarantamaan hänen puolueettomuuttaan tai riippumattomuuttaan välimiehenä taikka aiheuttamaan näissä suhteissa perusteltuja epäilyksiä”*. Ilmoitusvelvollisuus säilyy välimiesmenettelyn päättymiseen saakka koskien kaikkia sellaisia edellä tarkoitettuja seikkoja, joita ei ole ennestään saatettu asianosaisten tietoon. Välimies on välimiesmenettelylain 10 §:n mukaan julistettava asianosaisen vaatimuksesta esteelliseksi, jos *”hän olisi tuomarina ollut esteellinen käsittelemään asiaa, samoin kuin muunkin sellaisen seikan johdosta, joka on omiaan antamaan perustellun aiheen epäillä välimiehen puolueettomuutta tai riippumattomuutta*”.

Elleivät asianosaiset ole sopineet muuta, on asianosaisen välimiesmenettelylain 11 §:n mukaan esitettävä esteelliseksi julistamista koskeva vaatimus välimiehille 15 päivän kuluessa siitä, kun hän on saanut tiedon välimiesten asettamisesta ja 10 §:ssä mainitusta seikasta. Vaatimus on tehtävä kirjallisesti ja siinä on ilmoitettava vaatimuksen peruste. Jos asianosainen on vaatinut välimiehen julistamista esteelliseksi eikä tämä luovu tehtävästään, tai toinen asianosainen ei hyväksy vaatimusta, välimiesten on ratkaistava esteellisyyttä koskeva kysymys. Välimiesten hylätessä vaatimuksen, vaatimuksen tehneen asianosaisen ainoaksi mahdollisuudeksi jää vaatia välitystuomion kumoamista välimiesmenettelylain 41 §:n nojalla.

Välitystuomio voidaan asianosaisen kanteesta 41 §:n nojalla kumota, jos *"välimies 10 §:n mukaan on ollut esteellinen, mutta asianosaisen asianmukaisessa järjestyksessä tekemää vaatimusta välimiehen julistamisesta esteelliseksi ei ole ennen välitystuomion antamista hyväksytty, taikka jos asianosainen on saanut tiedon esteellisyydestä niin myöhään, ettei hän ole voinut vaatia välimiehen julistamista esteelliseksi ennen välitystuomion antamista*". Asianosaisella ei saman säädöksen mukaan kuitenkaan ole oikeutta vaatia välitystuomion kumoamista, jos hänen on katsottava vastaamalla pääasiaan tai muulla tavalla luopuneen vetoamasta välimiehen esteellisyyteen. Kanne on nostettava kolmen kuukauden kuluessa siitä päivästä, kun vaatimuksen esittävä asianosainen on saanut kappaleen välitystuomiota.

Välimiesmenettelylain esteellisyyssäännöksiä tarkasteltaessa voidaan havaita, että sääntely vastaa pitkälti UNCITRALin mallilain sääntelytapaa[17].

## *Ilmoitusvelvollisuudesta*

**Yleistä**

Lainsäätäjä ei ole lähtökohtaisesti pitänyt asianmukaisena sitä, että joku toimii välimiehenä siitä huolimatta, että hänen osaltaan on olemassa esteellisyyden aiheuttavia seikkoja. Henkilö voi kuitenkin toimia välimiehenä, jos kaikki asianosaiset tietoisina puheena olevista seikoista suostuvat tähän.[18] Välimiehelle asetettu ilmoitusvelvollisuus palvelee tätä mahdollisuutta.

Välimiehen välimiesmenettelylain 9 §:n mukaisen ilmoitusvelvollisuuden laajuutta arvioitaessa voidaan todeta, että ilmoitusvelvollisuus kattaa luonnollisesti kaikki sellaiset seikat, joiden johdosta välimies voidaan lain 10 §:n mukaan julistaa esteelliseksi. Keskeinen ilmoitusvelvollisuuden ulottuvuutta koskeva kysymys on: missä laajuudessa ilmoitusvelvollisuus kattaa tätä laajemman alan? Ilmoitusvelvollisuus koskee lakitekstin mukaan kaikkia sellaisia seikkoja, jotka ovat omiaan vaarantamaan henkilön puolueettomuutta tai riippumattomuutta välimiehenä tai aiheuttamaan tässä suhteessa perusteltuja epäilyksiä. Lakitekstin valossa ilmoitusvelvollisuus (9 §) ja välimiehen esteellisyys (10 §) näyttäisivät kattavan samoja tilanteita. Hallituksen esityksessä (HE 202/1991, s. 14) mennään kuitenkin ilmoitusvelvollisuuden suhteen astetta pidemmälle toteamalla, että *"[m]yös sellaiset seikat, jotka eivät ehkä ole riittäviä välimiehen julistamiseksi esteelliseksi, on ilmoitettava, jos voidaan olettaa, että nämä seikat voivat aiheuttaa asianosaiselle epäilyä välimiehen puolueettomuudesta tai riippumattomuudesta"*.[19] Lakitekstin objektiivisen näkökulman sijaan esitöissä viitataan asianosaisen subjektiiviseen näkökulmaan.[20] Voitaneen perustellusti kysyä, onko ilmoitusvelvollisuuden ulottamisella sellai-

---

[17] Ks. UNCITRALin mallilaki, artiklat 12, 13 ja 14.2. UNCITRALiin on myös nimenomaisesti viitattu välimiesmenettelylain hallituksen esityksessä. Ks. jäljempänä alaviite 43.

[18] HE 202/1991 s. 14.

[19] Ks. myös *Möller, Gustaf,* Välimiesmenettelyn perusteet, Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 1997 (*Möller* 1997), s. 44–45.

[20] Vrt. Ståhlberg, K. J., Näkökohtia välimiehen esteellisyydestä välimiesmenettelystä 23.10.1992 annetun lain mukaan, DL, 1996, s. 454, jossa todetaan seuraavaa: *"[k]un asianosainen on välityssopimuksessa luopunut turvautumasta tuomioistuinlaitokseen, hänen on täytynyt lähteä siitä, että hänellä ei tule olemaan aihetta epäillä niiden henkilöiden*

siin seikkoihin, jotka kuitenkaan ilmoitusvelvollisuus laiminlyötäessä eivät voi johtaa siihen, että henkilö julistettaisiin esteelliseksi, mitään yleistä merkitystä välimiesmenettelyn kannalta.

Lain sanamuodon lähtökohtana on, että (vain) esteellisyystapaukset on ilmoitettava. Ilmoitusvelvollisuuden sanktiointi ulottuu vain näihin tapauksiin. Jos ilmoitusvelvollisuuden laajuutta kuitenkin tarkastellaan menettelyn tehokkuuden näkökulmasta, sille voidaan perustellusti asettaa laajemmat raamit. Ilmoittamatta jääneet seikat tai olosuhteet saattavat nousta esiin menettelyn myöhäisessä vaiheessa tai jopa vasta välitystuomioita täytäntöön pantaessa. Tilanteet, joissa esteellinen välimies vaihdetaan menettelyn edettyä jo pitkälle tai joissa välitystuomio kumotaan, ovat äärimmäisen epätyydyttäviä tilanteita kaikkien kannalta. Vaikka arviointi ei tällaisessa myöhäisessä menettelyn vaiheessa johtaisikaan välimiehen esteelliseksi julistamiseen tai välitystuomion kumoamiseen, vie esteellisyyskysymyksen käsittely kuitenkin usein huomattavasti enemmän aikaa, kuin mitä kysymyksen käsittelyyn olisi kulunut menettelyn käynnistyessä tai varhaisessa vaiheessa. Menettelyn kokonaistehokkuus näyttäisi näin ollen puoltavan sitä, että ilmoitettavien asioiden piiriä harkittaessa otetaan huomioon jonkin asteinen kohtuullinen asianosaisnäkökulma. Tätä puoltaa myös se, että tapaukset monesti eivät ole selkeitä joko/tai-tilanteita. Epäselvissä tapauksissa seikat on syytä ilmoittaa, jolloin myös asianosaisilla on mahdollisuus reagoida ilmoituksen johdosta ja esittää siitä omat näkemyksensä. Asianosaisen reaktio saattaa vaikuttaa välimiehen tai sellaiseksi nimetyn harkintaan siitä, ottaako hän tehtävän vastaan vai luopuuko hän siitä.

Suomessa käytävän välimiesmenettelyn osalta voitaneen yhtyä siihen kansainvälisessä ympäristössä usein esitettyyn näkemykseen, ettei välimiehen tulisi kuitenkaan ilmoittaa sellaisia seikkoja, joilla ei objektiivisesti arvioiden ole mitään merkitystä. Varmuuden vuoksi -ilmoittelua tulisi käyttää hyvin harkiten. Merkityksettömien seikkojen ilmoittamisen haittapuoli on se, että ilmoituksen tekemisen on katsottu olevan omiaan synnyttämään turhaa epävarmuutta asianosaisissa ja keräämään asianosaisilta myös aiheettomia esteellisyysväitteitä, varsinkin tilanteessa, jossa asianosaisen intressissä on vastustaa (obstruoida) käynnissä olevaa menettelyä tai sen aloittamista.

**Ilmoitusvelvollisuus asianajajan kannalta**

Välimiehelle asetettu ilmoitusvelvollisuus on asianajajan kannalta ongelmallinen. Asianajajan vaitiolovelvollisuutta ja salassapitoa koskevan sääntelyn ja välimiehelle asetetun ilmoitusvelvollisuuden välillä on perustavaa laatua oleva ristiriita. Toinen säännöstö ohjaa ilmaisemaan ja toinen vaikenemaan. Ilmoitusvelvollisuuden kattamien tietojen ilmaiseminen voi samalla tarkoittaa asianajajan vaitiolovelvollisuuden rikkomisesta. Asianajajaoikeudellisen ilmaisukiellon

---

*puolueettomuutta, jotka tulevat hänen asiansa välimiehinä ratkaisemaan. Tästä johtuen on perusteltua, että esteellisyysperusteeksi ilmoitettua seikkaa tarkastellaan asianosaisen näkökulmasta: onko seikka sellainen, että se objektiivisesti arvostellen on omiaan antamaan asianosaiselle hänen kannaltaan perustellun aiheen epäillä välimiehen puolueettomuutta*". Ståhlberg näyttäisi näin ulottavan subjektiivisen elementin esteellisyysperustearviointiin asti. Tämä ei liene lain sanamuodon mukaista, joka ilmentää selvästi objektiivista harkintaa.

piirin osalta voidaan viitata asianajajalain 5c §:n[21] ja tapaohjeiden 19 §:n[22] salassapitoa koskeviin säännöksiin. Tämän ohella oikeutta ilmaista jokin asianajotehtävässä tietoon saatu asia saattavat rajoittaa myös lainsäädännön sisältämät muut salassapitosäännökset.[23]

Asianajajan vaitiolovelvollisuus kattaa periaatteessa kaiken toimeksiantosuhteen olemassaolosta alkaen. Vaitiolovelvollisuus ei kuitenkaan ulotu asioihin, jotka ovat julkisia. Toimeksiantosuhde ja siihen liittynyt oikeudenkäynti on esimerkiksi saattanut saada laajaa huomiota julkisissa viestintävälineissä. Pelkästä käydyn oikeudenkäynnin yleisestä julkisuudesta ei kuitenkaan seuraa asianajajalle ”vapaita käsiä” tässä suhteessa. Hyvän asianajotavan vaatimukset tulee ottaa huomioon koko laajuudessaan.[24]

Vaitiolovelvollisuuden vallitessa asianajajalle saattaa jäädä mahdollisuus käyttää ilmoitusvelvollisuutta täyttäessään yleisluonteisia ilmauksia esimerkiksi tyyliin ”joku asianosaisista tai samaan yritysryhmään kuuluva yritys on satunnaisesti ollut toimiston asiakas”, ”toimeksiannon luonne on ollut se ja se” jne. Tällaisen yleisluontoisen ilmoituksen muotoileminen saattaa kuitenkin olla erittäin haastavaa. Toisaalta tulee varmistaa se, ettei ilmoitusta vastaanottava pysty siitä päättelemään vaitiolovelvollisuuden piiriin kuuluvia asioita. Toisaalta taas asianajajan tulee varmistua siitä, että ilmoitusvelvollisuus tulee täytettyä riittävässä laajuudessaan. Kyse on myös pitkälti siitä, minkälaiseen ilmoitukseen välimiesmenettelyn osapuolet ovat valmiita tyytymään. Asianajaja kantaa vastuun siitä, että ilmoitus on asianmukainen, ja ettei se ole harhaanjohtava. Vaitiolovelvollisuudesta voidaan poiketa vain asianomaisen tahon suostumuksella.[25] Jos ilmoitusvelvollisuuden alaista seikkaa ei voida yleisin ilmauksin hyväksyttävällä tavalla kuvata, eikä suostumusta saada, on asianajajan kieltäydyttävä välimiestehtävästä.[26]

### *Esteellisyysperusteista, väitteen tekemisestä ja tahdonvaltaisuudesta*

Vuoden 1928 välimiesmenettelylaissa (4.2.1928/46, 6 §) oli tyhjentävä luettelo esteellisyysperusteista, joiden nojalla välimies voitiin julistaa esteelliseksi. Luettelo vastasi pitkälti silloisen

---

[21] Asianajajalain mainitun säännöksen mukaan ”*[a[sianajaja tai hänen apulaisensa ei saa luvattomasti ilmaista sellaista yksityisen tai perheen salaisuutta taikka liike- tai ammattisalaisuutta, josta hän tehtävässään on saanut tiedon*”.

[22] Tapaohjeiden 19 §:n mukaan ”*[s]en lisäksi, mitä laissa säädetystä vaitiolovelvollisuudesta johtuu, asianajaja on velvollinen pitämään omana tietonaan kaiken, mitä hän asiakassuhteensa nojalla on saanut tietää päämiehestä ja tämän oloista*”. Asianajajan on lisäksi valvottava, että hänen toimistonsa henkilökunta noudattaa samanlaista vaitiolovelvollisuutta.

[23] Nämä ”ilmaisurajoitteet” koskevat luonnollisesti myös muita kuin asianajajia.

[24] Ks. Kurinpitolautakunnan ratkaisu 1.9.98 § 34, jossa hyvän asianajajatavan vastaiseksi toiminnaksi katsottiin se, että asianajaja oli kertonut päämiehen tyttären naapurille, että asianajaja oli yleisessä tuomioistuimessa avustanut päämiestä tappoa koskevassa asiassa.

[25] Salassapitosäännöksestä riippuen saatetaan edellyttää myös muiden tahojen kuin päämiehen suostumusta.

[26] Vrt. AAA:n ohjeet, joissa salassapitoproblematiikkaan on nimenomaisesti viitattu. Ohjeiden osion Canon II kohdan H mukaan

”*[i]f compliance by a prospective arbitrator with any provision of this Code would require disclosure of confidential or privileged information, the prospective arbitrator should either*

*(1) Secure the consent to the disclosure from the person who furnished the information or the holder of the privilege; or*

*(2) Withdraw.*”

IBA:n ohjeiden selitteestä löytyy vastaavantyyppinen soveltamisohje.

oikeudenkäymiskaaren 13 luvun 1 §:n jääviyssäännöksiä. Vuoden 1928 välimiesmenettelylain 18 §:n nojalla välimiehet toimivat ”tuomarin vastuulla”[27]. Uudistuksessa välimiesmenettelylain 10 §:ään sisällytettiin yhteys tuomarin jääveihin. Tyhjentävän esteellisyysperusteluettelon tilalle otettiin tuolloin edellä mainittu yleissäännös, jonka mukaan välimies voidaan julistaa esteelliseksi tuomarin jäävin ohella sellaisen muunkin syyn vuoksi, joka on omiaan antamaan perustellun aiheen epäillä välimiehen puolueettomuutta tai riippumattomuutta.[28]

Välimiesmenettelylain voimaantulon jälkeen kahden ja puolen sadan vuoden ikään ehtineet oikeudenkäymiskaaren esteellisyysperustesäännökset on uudistettu. Oikeudenkäymiskaaren nykyiset esteellisyysperusteet ovat jaettavissa väljälti neljään ryhmään: 1) osallisuutta oikeudenkäyntiin tai intressiä sen kohteeseen koskevat jäävit (13:4), 2) yhteisöjäävi (13:5), 3) erityistä suhdetta asianosaiseen koskeva jäävi (13:6), sekä 4) oikeusaste-esteellisyyttä koskeva jäävi (13:7). Oikeudenkäymiskaari sisältää nykyään myös yleissäännöksen, jonka nojalla tuomari on esteellinen myös, jos jokin muu oikeudenkäymiskaaren 13 luvussa tarkoitettuun seikkaan rinnastettava seikka antaa perustellun aiheen epäillä tuomarin puolueettomuutta asiassa. Oikeudenkäymiskaaren esteellisyyssäännösten uudistuksella lienee ollut vain vähäinen käytännön tason vaikutus välimiehen esteellisyyden arviointiin.

Välimiehen ja tuomarin esteellisyyssäännösten tietynlaisesta rinnastettavuudesta huolimatta on syytä muistaa, että välimiehen esteellisyysperusteille on annettu hyvin erilainen merkitys kuin tuomarin esteellisyysperusteille. Tässä suhteessa keskeisen eron muodostaa tuomarin esteellisyyssäännösten pakottavuus. Tuomarin toiminnassa lähtökohtana on, että tuomioistuimen on tutkittava puolueettomuutensa omasta aloitteestaan, eikä esteellinen tuomari lähtökohtaisesti edes ryhdy käsittelemään asiaa. Taustalla vaikuttaa tuomarin virkavastuu. Vanhat oikeudenkäymiskaaren esteellisyyssäännökset olivat ehdottomia ja pakottavia. Osa nykyisistä esteellisyysperusteista on harkinnanvaraisia. Asianosainen voi pitää tuomaria esteellisenä sellaisen seikan perusteella, jota tuomari ei ole pitänyt asian kannalta merkityksellisenä (eikä ole sen vuoksi jäävännyt itseään). On myös mahdollista, että esteellisyysarviointiin vaikuttava seikka ei ole tuomarin tiedossa.[29] Asianosaiselle on tästä syystä varattu oikeus esittää esteellisyyttä koskeva väite, ja asianosaisen on esitettävä tällainen väite heti ryhtyessään käyttämään puhevaltaa asiassa tai myöhemmin tietoon saadun seikan osalta viipymättä.

Välimiesmenettelyä koskeva sääntely sisältää niin ikään asianosaiselle asetetun reagointivelvoitteen. Sääntelyn lähtökohdat ovat kuitenkin ratkaisevasti erilaiset. Välimiesmenettelyssä

---

[27] Virkavastuu ei kuitenkaan ulottunut välimiehiin. Ks. vanhan lain arviointia ja ehdotuksia *de lege ferenda*, *Möller* 1986. Ks. myös esteellisyysperusteista *Möller* 1997 s. 42–44.

[28] HE 202/1991 s. 14–15. Hallituksen esityksessä mainitaan neljä esimerkkiä sellaisista seikoista, jotka saattavat herättää perustellun epäillyn välimiehen puolueettomuudesta ja riippumattomuudesta. 1. Henkilö on toistuvasti ja ilman, että siihen on erityistä hyväksyttävää perustetta, ottanut toimiakseen välimiehenä jonkun asianosaistahon pyynnöstä; 2. Välimieheksi nimetyllä ja välimiesmenettelyn asianosaisen edustajalla tai avustajalla on tapana vastavuoroisesti toimia sellaisen asianosaisen nimeäminä välimiehinä, jota toinen heistä välimiesmenettelyssä edustaa; 3. Välimies toimii sellaisen yhteisön tai laitoksen johtoelimessä tai palveluksessa, jonka jäsenenä tai intressenttinä toinen asianosainen yksin on; 4. Välimiesmenettelyssä asianosaisen edustajana tai avustajana olevan lakimiehen tai hänen toimistonsa useat eri päämiehet toistuvasti tai samanaikaisesti ovat nimenneet saman henkilön välimieheksi.

[29] HE 78/2000, verkkoversio s. 61.

keskeistä on asianosaisten tahdonautonomian kunnioittaminen. Välimiehen jäävit ovatkin pitkälti tahdonvaltaisia.[30] Asianosaisen edellytetään tekevän esteellisyysperusteeseen vedotakseen nimenomaisen esteellisyysväitteen. Ellei tällaista väitettä tehdä laissa säädetyssä tai osapuolten erikseen sopimassa järjestyksessä, esteellisyys menettää merkityksensä eli korjautuu. Jättämällä tekemättä välimiestä koskevan esteellisyysväitteen, asianosainen voi tehokkaasti luopua oikeudestaan vedota jääviyteen sellaisenkin seikan osalta, jota koskee ehdoton tuomarinjäävi.[31]

Osapuolten tahdonautonomian kunnioittamiseen kuuluu se, että sovellettavaksi voivat välimiesmenettelylain ohella tai sijaan tulla myös asianosaisten välityssopimuksessaan määrittämät välitysinstituutin säännöt sekä niiden sisältämät esteellisyyttä koskevat säännökset[32]. Esimerkkinä tässä mainittakoon Keskuskauppakamarin välityslautakunnan säännöt[33].

## Erityisesti riippumattomuuden ja puolueettomuuden vaatimuksesta

Esteellisyyttä koskevia säännöksiä tarkasteltaessa on syytä tiedostaa käytettyjen käsitteiden tietynasteinen väljyys ja määrittelemättömyys.[34] Riippumattomuuden ja puolueettomuuden osalta voidaan todeta, ettei niiden käsitteellisistä merkityssisällöistä vallitse kansainvälistä yhteisymmärrystä. Käsiteparia riippumattomuus/puolueettomuus ei aina myöskään esiinny. Ruotsin ja Englannin välimiesmenettelylaeissa mainitaan vain puolueettomuus (impartiality).[35] ICC:n säännöissä säädetään puolestaan vain välimiehen riippumattomuudesta (inde-

---

[30] Tahdonvaltaisuus ei kuitenkaan ole välimiesmenettelynkään osalta poikkeuksetonta. Eräänlaisena vastapoolina sille, että valtio on luopunut lainkäyttömonopolistaan dispositiivisten riita-asioiden osalta, nähdään yleensä se, että välimiesmenettelylle on asetettu tietyt perusvaatimukset minimioikeusturvaodotusten toteutumisen varmistamiseksi. Tilannetta, jossa asianosainen toimisi välimiehenä omassa asiassaan, on pidetty jo välimiesmenettelyn perusajatuksen vastaisena. Eräänlaisen Suomessa käytävän välimiesmenettelyn erityispiirteen muodostaa se, että toista osapuolta välimiesoikeuden kokoonpanon suhteen kohtuuttomasti suosiva välityssopimus saattaa tulla arvioitavaksi oikeustoimilain yleisen kohtuullistamissäännön valossa. Ks. vertailua tuomarinjäävin ja välimiehen jäävin välillä nykyisiä lakeja edeltävältä ajalta *Möller* 1986, erityisesti s. 775. Ks. myös KKO 2001:11, jossa KKO otti tahdonautonomiaa korostavan kannan palkkioriita-asiaa käsittelevän Asianajajaliiton sääntöjen mukaisen välimiesmieskokoonpanon sallittavuuteen esteellisyyssäännösten näkökulmasta. KKO viittasi myös Euroopan ihmisoikeussopimukseen 6 artiklan 1 kappaleeseen sekä sen tulkintakäytäntöön katsoen, ettei ihmisoikeussopimus aseta ehdottomia vaatimuksia vapaaehtoisen (ei lakisääteisen) välimiesoikeuden kokoonpanolle.

[31] Menettelyn yleiskuvauksen osalta ks. mm.
*Möller 1997*, s. 45–46 ja *Savola, Mika,* Muut ratkaisut kuin lopulliset välitystuomiot välimiesmenettelyssä, DL 3/2003, s. 392–393.

[32] On myös mahdollista joskin harvinaista, että osapuolet ovat sopineet esteellisyysarvioinnista välityssopimuksessa välimiesmenettelylain säännöksistä poikkeavasti.

[33] Esteellisyydestä säädetään Keskuskauppakamarin välityslautakunnan sääntöjen 9 §:ssä. 1.6.2004 voimaan tulleiden nopeutettua välimiesmenettelyä koskevissa säännöissä esteellisyydestä säädetään vastaavalla tavalla 14 §:ssä.

[34] Tähän problematiikkaan on jo viitattu edellä alaviitteessä 8.

[35] Englannin välimiesmenettelylakia (Arbitration Act 1996) valmistelleen Departmental Advisory Committeen raportista ilmenee, että laissa on tietoisesti valittu UNCITRALin mallilakia suppeampi esteellisyysperusteiden määritelmä. Komitea ei nähnyt mitään perusteltua syytä sille, että sellaisen riippumattomuuden puutteen, joka ei anna syytä epäillä välimiehen puolueellisuutta, katsotaan muodostavan esteellisyysperusteen. Ruotsin lain osalta ks. *Heuman, Lars,* Arbitration Law of Sweden, Juris Publishing 2003, s. 224. Heuman katsoo esitöihin viitaten Ruotsin lain puolueettomuusvaatimuksen pitävän sisällään myös riippumattomuusvaatimuksen. Ruotsin laissa (Lagen om skiljeförfarande 1999:116) on laissa tarkoitettua puolueettomuutta määrittävä luettelo olosuhteista, joiden katsotaan aina horjuttavan luottamusta välimiehen puolueettomuuteen. 8 §:n mukaan”*[e]n sådan omständighet skall alltid anses*

pendence). ICC:n sääntöjen mukaisen riippumattomuuden on kuitenkin katsottu kattavan myös puolueettomuuden.[36] Puolueettomuusvaatimuksen asteen on taas joskus nähty vaihtelevan sen mukaan, ovatko välimiehet osapuolten nimeämiä vai jonkun muun tahon nimeämiä.[37]

Kansainvälisissä arvioissa puolueettomuus on usein yhdistetty vaatimukseen siitä, että välimies ei tosiasiallisesti suosi toista asianosaista tai että välimiehellä ei ole käsiteltävänä olevasta asiasta ennakkokäsitystä. Riippumattomuuden vaatimuksen on vastaavasti katsottu pitävän sisällään vaatimuksen siitä, että välimiehen ja asianosaisen välillä ei ole tai ei ole ollut sellaisia kytköksiä tai sellaista riippuvuussuhdetta, joka saattaisi vaarantaa välimiehen vapaan harkinnan asiassa[38]. Kansainvälisesti näkee käytettävän myös termiä neutraalius (neutrality) kuvaamaan välimiehelle asetettavia riippumattomuus- ja puolueettomuusvaatimuksia.

Välimiestä koskevan riippumattomuuden ja puolueettomuuden käsitteelliset merkityssisällöt sen paremmin kuin riippumattomuuden ja puolueettomuuden suhde toisiinsa eivät ole olleet kovin merkittävän huomion kohteena kotimaisessa kirjallisuudessa. Valtion lainkäytön riippumattomuuden osalta on kirjallisuudessa viitattu vallan kolmijako-opista lähtökohtansa saavaan lainkäytön yleiseen riippumattomuusvaatimukseen, joka edellyttää lainkäytöltä riippumattomuutta muun muassa muista valtion elimistä, järjestöistä ja tiedotusvälineistä[39]. Samassa yhteydessä puolueettomuus on nähty asianosaisten ja asiaa käsittelevän tuomarin väliseen suhteeseen liittyvänä kysymyksenä, kuitenkin niin, että puolueettomuus muodostaa keskeisen osan lainkäytön yleistä riippumattomuutta.[40]

---

*föreligga 1. om skiljemannen själv eller någon närstående till skiljemannen är part eller annars kan vänta beaktansvärd nytta eller skada av tvistens utgång, 2. om skiljemannen eller någon närstående till skiljemannen är ledamot av styrelsen för ett bolag eller någon annan sammanslutning som är part eller annars är ställföreträdare för en part eller för någon annan som kan vänta beaktansvärd nytta eller skada av tvistens utgång, 3. om skiljemannen som sakkunnig eller annars har tagit ställning i tvisten eller hjälpt en part att förbereda eller utföra sin talan i tvisten, eller 4. om skiljemannen har mottagit eller förbehållit sig ersättning i strid med 39 § andra stycket".* 39.2:n mukaan *"[a]vtal om ersättningen till skiljemännen som inte träffas med parterna gemensamt är ogiltiga. Har ena parten ställt hela säkerheten, får parten dock ensam medge att skiljemännen tar säkerheten i anspråk för att täcka ersättning för utfört arbete".*

[36] Ks. ICC:n osalta esim. *Derains, Yves – Schwartz, Eric A.,* A Guide to the New ICC Rules of Arbitration, Kluwer Law International 1998, s. 107–120.

[37] Sveitsin kansainvälistä välimiesmenettelyä koskeva laki asettaa vain riippumattomuusvaatimuksen. Siitä, missä laajuudessa tämän riippumattomuusvaatimuksen voidaan katsoa kattavan puolueettomuusvaatimuksen, ei ilmeisesti vallitse yhteisymmärrystä.

[38] Ks. tästä esim. *Lew, Julian D. M. – Mistelis, Loukas A – Kröll, Stefan M.,* mts. 258–265. Ks. riippumattomuutta ja puolueettomuutta koskevista käsityksistä myös The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, artikkeli julkaisussa LCIA News, Volume 9, Issue 2 July 2004, s. 15. Artikkelissa todetaan seuraavaa: *"Independence may be objectively judged and a lack of independence may certainly give rise to justifiable doubts as to an arbitrator's impartiality. But impartiality remains fundamentally a state of mind and an arbitrator may equally be impartial, whilst failing some test of independence, or partial whilst remaining objectively independent."*

[39] Ks. esim. *Möller* 1986, s. 271. Suomen perustuslain (11.6.1999/731) 3 §:ssä säädetään valtiollisten tehtävien jaosta sekä parlamentarismista. Tuomiovaltaa käyttävät tämän mukaan riippumattomat tuomioistuimet, ylimpinä tuomioistuimina korkein oikeus ja korkein hallinto-oikeus.

[40] Möller 1986, s. 271. Hallituksen esityksessä Eduskunnalle tuomarin esteellisyyttä koskevaksi lainsäädännöksi ("HE 78/2000", verkkoversio s. 3) todetaan, että *"kehittyneissä oikeusjärjestelmissä tuomarille pyritään turvaamaan sellainen asema, että hän voi käsitellä ja ratkaista asian vapaana painostuksesta. Keinot tämän tavoitteen saavuttamiseksi voidaan jakaa kolmeen ryhmään: tuomioistuinten riippumattomuuteen, tuomarien yleisiin kelpoisuusehtoihin ja tuomarien erityisiin kelpoisuusehtoihin. Tuomioistuinten riippumattomuus muista vallankäyttöelimistä on turvattu lailla. Tuomareiden riippumattomuuden takeena ovat lisäksi säännökset tuomarin erottamattomuudesta ja yleisistä kelpoisuusvaatimuksista. Tuomarin erityiset kelpoisuusehdot taas tarkoittavat tuomarin juttukohtaista puolueettomuutta. Tässä esityksessä on kysymys tuomarin erityistä kelpoisuusehdoista eli tuomarin puolueettomuudesta hänen käsiteltävänään olevassa asiassa".*

Välimiehen puolueettomuutta on arvioitu asianosaisten ja välimiehen väliseen suhteeseen liittyvänä kysymyksenä. Välimiestä koskevan riippumattomuuden osalta on sen sijaan yleensä viitattu tilanteeseen, jossa välimieheksi kaavailtu on työsuhteessa toiseen asianosaiseen, tai saa tältä palkkatuloa tai muuta elatusta[41]. Jos puolueettomuusvaatimus yhdistetään välimiehen ja asianosaisten välisten kytkösten arviointiin, edellisessä virkkeessä määritelty riippumattomuusvaatimus vaikuttanee vain eräänlaisena puolueettomuusvaatimuksen alatekijänä.

Käytännössä esteellisyystilanteissa arvioidaan yleensä juuri välimiehen tai sellaiseksi pyydetyn erilaisia yhteyksiä asianosaisiin tai heitä lähellä oleviin intressitahoihin. Voitaneen ehkä todeta, että jos merkitystä annetaan nimenomaan epäilyille puolueettomuuden suhteen, riippuvuustilanteet ovat aina palautettavissa puolueettomuusepäilyarvioinnin alle. Voidaan sanoa, että vaikka riippuvuus ei vielä automaattisesti tarkoita tosiallista puolueellisuutta, riippuvuus tai perusteltu epäily sellaisen riippuvuuden olemassaolosta on kuitenkin omiaan antamaan perustellun aiheen epäillä välimiehen puolueettomuutta.[42] Riippuvuus, joka ei miltään osin synnytä puolueettomuusepäilyjä, lienee harvinaista.[43]

## IBA:n esteellisyyttä kansainvälisessä välimiesmenettelyssä koskevat ohjeet[44]

### Yleistä[45]

Edellisessä jaksossa on pyritty taustoittamaan välimiesmenettelyä koskevien esteellisyyssäännösten ulottuvuutta ja pääpiirteitä. Niin välimiesmenettelylaki kuin useat muutkin kansalliset

---

[41] Nykyistä edeltäneen vuoden 1928 välimiesmenettelylain 6 §:n 6. kohdan mukaan välimies voitiin julistaa esteelliseksi, *”jos hän virassaan tai toimessaan on jommankumman asianosaisen esimiehyyden alainen taikka saa häneltä palkkaa tai elatusta*”.

[42] Ks. myös Ståhlberg, K. J., Näkökohtia välimiehen esteellisyydestä välimiesmenettelystä 23.10.1992 annetun lain mukaan, DL, 1996, s. 452.

[43] Vuoden 1928 välimiesmenettelylaista ei nimenomaista viittausta välimiehen ”riippumattomuuteen ja puolueettomuuteen” löydy. Uudistunut välimiesmenettelylaki seurasi esteellisyyssääntelyssä kansainvälisesti tapahtunutta kehitystä. Hallituksen esityksen (202/1991) Uudistuksen pääsuuntaukset -osiossa todetaan (s. 5), että *”[v]älimiesmenettelyä koskevan esteellisyyssääntelyn erityistarpeet tulisivat otetuiksi huomioon tärkeällä lisämääräyksellä, jonka mukaan välimies voitaisiin julistaa esteelliseksi muunkin sellaisen seikan perusteella, joka on omiaan antamaan perustellun aiheen epäillä välimiehen puolueettomuutta tai riippumattomuutta. Eräiden uusien ulkomaisten välimiesmenettelylakien sekä UNCITRALin mallilain esikuvan mukaan ehdotetaan sille, jota on pyydetty välimieheksi, nimenomaista velvollisuutta ilmoittaa kaikki ne seikat, jotka ovat omiaan vaarantamaan hänen puolueettomuuttaan tai aiheuttamaan tässä suhteessa perusteltuja epäilyksiä”.* UNCITRALin mallilakiin viitataan myös yksityiskohtaisissa perusteluissa väitemekanismin yhteydessä (s. 15). Riippumattomuus/puolueettomuus -terminologiaan hallituksen esityksessä ei oteta kantaa.

[44] Osiossa kommentoidaan aiemmin todetuin tavoin IBA:n ohjeita ”IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration” siinä muodossaan, kuin ne on 22. päivänä toukokuuta 2004 hyväksytty IBA:n päättävän elimen (The Council of the International Bar Association) toimesta. Ohjeet on julkaistu IBA:n toimesta 12.7.2004. Ne löytyvät IBA:n verkkosivuilta osoitteesta http://www.ibanet.org/. Kirjoituksessa viitatut työryhmän esittämät kommentit on poimittu kyseisestä tekstistä, joka sisältää ohjeiden lisäksi johdannon sekä yksittäisten ohjekohtien kommentointia. Teksti on kokonaisuudessaan 27 sivun mittainen. Työryhmän jäsenet on lueteltu ohjeiden sivulla 6. Työryhmässä ei ollut suomalaisjäsentä.

[45] Ohjeet s. 3–6.

lait ja välimiesmenettelysäännöt asettavat usein avoimen yleissäännön muodossa välimiehelle ilmoitusvelvollisuuden seikoista, jotka saattavat antaa perustellun aiheen epäillä ko. välimiehen puolueettomuutta ja/tai riippumattomuutta. Tarkempien ohjeiden puuttuessa välimiehelle jää käytännön tilanteiden arvioinnin osalta hyvin laaja harkintavalta. Yleissäännöt jättävät soveltajan usein vaikean tehtävän eteen.

Esteellisyysarvioinnissa eteen tulevien tilanteiden kirjo on huomattava ja niiden määrän on nähty ainakin asianajajien osalta olevan kasvussa[46]. Tähän ovat vaikuttaneet yhtäältä toimistokokojen kasvu, toimistojen kansainvälistyminen sekä rajat ylittävä asianajajien yhteistyö sekä toisaalta yritystoiminnan kansainvälinen konsolidointi yleensä. Koska esteellisyystilanteilla on taipumus hidastaa menettelyä, niiden lisääntymisen on pelätty pidemmällä tähtäimellä haittaavan kansainvälisen välimiesmenettelyn tehokkuutta.[47]

IBA:n komitean ”Committee on Arbitration and ADR” nimittämä työryhmä on tutkinut kansallisia lakeja, oikeuskäytäntöä, välimiesmenettelysääntöjä sekä puolueettomuutta ja riippumattomuutta koskevia käytäntöjä ja sovelluksia kansainvälisessä välimiesmenettelyssä[48]. Työryhmän johtopäätöksenä oli, että olemassa olevat riippumattomuutta ja puolueettomuutta koskevat standardit eivät ole riittävän yksityiskohtaisia. Työryhmän mukaan myös niiden soveltamisesta puuttuu riittävä yhdenmukaisuus. Välimiehet tekevät käytännön esteellisyyskysymysten osalta samojakin standardeja soveltaessaan hyvin erilaisia tilannearviointeja ja ratkaisuja. Työryhmä on laatinut tämän johdosta ohjeet (IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration), jotka sisältävät riippumattomuutta ja puolueettomuutta koskevia yleisiä standardeja sekä niiden selitteitä. Ohjeiden johdannossa on todettu, että ”*[i]t is in the interest of everyone in the international arbitration community that international arbitration proceedings not be hindered by these growing conflicts of interest issues*”.

Seitsemän yleisen standardin ja standardien selitteiden lisäksi ohjeet käsittävät kolme listaa (red list, orange list ja green list), jotka sisältävät esimerkkejä sellaisista olosuhteista ja seikoista, joiden osalta työryhmä katsoo tai ei katso välimiehen ilmoitusvelvollisuuden olevan olemassa tai jotka työryhmän mielestä antavat perusteen välimiehen jäävämiselle. Ohjeiden arvokkain anti liittyy nimenomaan näihin listoihin. Ne tarjoavat välimiehelle johtoa erilaisten esteellisyystilanteiden arviointiin konkreettisten esimerkkitilanteiden avulla.

Ohjeet eivät perustu pelkästään työryhmän sinällään erittäin arvovaltaisena pidettävän jäsenistön omiin kokemuksiin, vaan työssä on pyritty ottamaan huomioon muun muassa monien johtavien välitysinstituuttien, yhtiölakimiesten ja muiden kansainväliseen välimiesmenettelyyn osallisten tahojen mielipiteitä. Ohjeiden valmistelun yhteydessä julkaistujen luonnosten pohjalta saadut kommentit on otettu huomioon siltä osin kuin se on ollut mahdollista.

---

[46] Kansainvälisissä välimiesmenettelyissä (asianosaiset eri valtioista) välimiehiksi valittavat henkilöt ovat usein juuri asianajajia.

[47] Ks. ohjeet s. 3.

[48] Ohjeissa ei määritellä, mitä kansainvälisellä välimiesmenettelyllä tarkoitetaan. Ks. edellä alaviite 8.

Ohjeet eivät luonnollisestikaan syrjäytä lain säännöksiä tai asianosaisten sovellettavaksi sopimia välimiesmenettelysääntöjä. Ottaen toisaalta huomioon kansainvälisen välimiesmenettelyn lakitasoisen sääntelyn yhdenmukaisuuden, on aihetta olettaa, että ohjeet täydentävät varsin hyvin useimpien modernilla välimiesmenettelylailla varustettujen maiden kansallista lainsäädäntöä, olematta sen kanssa ristiriidassa. Näin on asianlaita ainakin Suomen osalta. Ohjeita on tästä huolimatta kuitenkin aina sovellettava asianmukaisella varovaisuudella. Työryhmä on todennut yleisesti ohjeiden soveltamisen osalta, että se (The Working Group) *"trusts that the Guidelines will be applied with robust common sense and without pedantic and unduly formalistic interpretation*".[49]

Vuonna 1987 julkaistuihin IBA:n sääntöihin "Rules of Ethics for International Arbitrators" nähden ohjeet ovat ensisijaisia. Siltä osin kuin vuoden 1987 säännöt käsittelevät sellaisia aihepiirejä, joista uudet ohjeet eivät lausu mitään, vanhat säännöt ovat edelleen voimassa.

Jakson tarkoituksena on antaa lukijalle yleiskuva ohjeiden sisällöstä. Tehtyjen poimintojen osalta voidaan jo tässä vaiheessa todeta, että valinnat ovat subjektiivisia ja perustuvat kirjoittajien omaan kokemuspohjaan. Aihepiiriin perehtyvälle ohjeet ovat kokonaisuudessaan mielenkiintoista luettavaa. Ohjeiden laajuuden vuoksi niitä ei ole kuitenkaan mahdollista sisällyttää kokonaisuudessaan tähän kirjoitukseen.

## Ohjeiden ensimmäinen osa; yleiset standardit

### *Ensimmäinen standardi – yleisperiaate (General principle)*[50]

Ohjeiden osa 1/2 sisältää seitsemän yleistä standardia. Ensimmäiseen standardiin on sisällytetty ohjeiden perusperiaate. Sen mukaan

> "Every arbitrator shall be impartial and independent of the parties at the time of accepting an appointment to serve and shall remain so during the entire arbitration proceeding until the final award has been rendered or the proceeding has otherwise finally terminated."

Perusperiaate vastaa lähtökohdiltaan UNCITRALin mallilaissa ja välimiesmenettelysäännöissä (ja välimiesmenettelylaissa) omaksuttua lähestymistapaa. Välimiehen tulee olla puolueeton ja riippumaton koko menettelyn ajan.

---

[49] Ks. myös The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, artikkeli julkaisussa LCIA News, Volume 9, Issue 2 July 2004, s. 15, jossa on todettu tältä osin, että *"[t]his must, indeed, be the case if the lists are not to serve merely as a box-ticking test for independence and impartiality, in place of the present more flexible and reflective process, albeit there may currently be a lack of uniformity in standards".*

[50] Ohjeet s. 7.

### *Toinen standardi – eturistiriidat (Conflicts of Interest)*[51]

Ohjeiden toinen standardi säätää välimiehelle velvollisuuden kieltäytyä vastaanottamasta välimiehen tointa tai jatkamasta siinä, jos hänellä on vähäisintäkään epäilystä siitä, ettei hän kykene toimimaan asiassa puolueettomasti ja riippumattomasti (a). Sama periaate soveltuu, jos on olemassa, tai menettelyn kuluessa nousee esiin sellainen olosuhde tai seikka, joka synnyttää (asiaa objektiivisesti järkevän ja relevanteista tosiasiasioista tietoisen henkilön näkökulmasta arvioitaessa) perusteltuja epäilyksiä välimiehen puolueettomuuden ja riippumattomuuden suhteen (b). Standardin mukaan

> ”(C) Doubts are justifiable if a reasonable and informed third party would reach the conclusion that there was a likelihood that the arbitrator may be influenced by factors other than the merits of the case as presented by the parties in reaching his or her decision.”

> ”(D) Justifiable doubts necessarily exist as to the arbitrator’s impartiality or independence if there is an identity between a party and the arbitrator, if the arbitrator is a legal representative of a legal entity that is a party in the arbitration, or if the arbitrator has a significant economic or personal interest in the matter at stake.”

Sääntö, jonka mukaan välimiehen tulee kieltäytyä välimiestehtävästä, jos hän ei voi olla varma omasta puolueettomuudestaan ja riippumattomuudestaan, lienee itsestään selvä. Standardi asettaa esteellisyyden arvioinnille objektiivisen testin, jossa arviointia suoritetaan ns. järkevän kolmannen henkilön näkökulmasta (”reasonable third person test”). Standardissa esitetään lisäksi määrittely sille, mitä arviointia suorittavan ”perustelluilla epäilyillä” tarkoitetaan. Perussääntö, jonka mukaan kukaan ei voi toimia tuomarina omassa asiassaan, on niin ikään tullut sisällytetyksi ko. standardiin. Työryhmä on viitannut standardin selitteessä tältä osin lisäksi jäljempänä esiteltävän punaisen listan ehdottoman osan esimerkkeihin. Standardi soveltunee suuremmitta ongelmitta niihin esteellisyysarviointeihin, joita Suomessa käytävän välimiesmenettelyn osalta suoritetaan.

### *Kolmas standardi – välimiehen ilmoitusvelvollisuus (Disclosure by the Arbitrator)*[52]

Ohjeiden kolmannen standardin mukaan

> ”(a) If facts or circumstances exist that may, in the eyes of the parties, give rise to doubts as to the arbitrator’s impartiality or independence, the arbitrator shall disclose such facts or circumstances to the parties, the arbitration institution or other appointing authority (if any, and if so required by the applicable institutional rules) and to the co-arbitrators, if any, prior to accepting his or her appointment or, if thereafter, as soon as he or she learns about them.”

---

[51] Ohjeet s. 7–9.
[52] Ohjeet s. 9–11.

Tilanteissa, joissa on epäselvyyttä siitä, tulisiko välimiehen ilmoittaa tietystä olosuhteesta tai seikasta asianosaisille, tulisi tällaisesta standardin mukaan ilmoittaa (c).[53] Suorittaessaan harkintaa siitä, tuleeko jokin olosuhde tai seikka ilmoittaa asianosaisille, välimies ei saa standardin mukaan kiinnittää huomiota siihen, missä vaiheessa menettelyä asia on noussut esiin (d).[54, 55]

Ohjeiden toinen standardi asettaa esteellisyyden arvioinnille edellä todetuin tavoin objektiiviset kriteerit. Ilmoitusvelvollisuuden osalta työryhmä on päätynyt subjektiiviseen kriteeriin, jossa merkitystä annetaan asianosaisten näkökulmalle. UNCITRALin mallilaissa ja monissa kansallisissa laeissa asetetaan ilmoitusvelvollisuudellekin objektiiviset kriteerit. Työryhmä on kuitenkin selitteessä nimenomaisesti todennut huomioineensa standardissa asianosaisten intressin olla täysin informoituja kaikista sellaisista olosuhteista, joilla heidän mielestään saattaa olla merkitystä esteellisyyden arvioinnin kannalta. Työryhmä ilmoittaa antaneensa tässä suhteessa painoarvoa monien välitysinstituuttien näkemyksille, jotka peilaavat ilmoitusvelvollisuuden osalta juuri asianosaisten näkökulmaa[56].

Työryhmä ei ole kuitenkaan pitänyt subjektiivisuutta rajoituksettomana, vaan on viitannut jäljempänä esiteltävään vihreään listaan. Työryhmä onkin todennut, että *"[b]ecause some situations should never lead to disqualification under the objective test, such situations need not be disclosed, regardless of the parties' perspective"*.

Standardi näyttäisi menevän välimiesmenettelylakia pidemmälle harkinnan subjektiivisuuden osalta. Välimiesmenettelylain lakitekstin valossa harkinta näyttäisi UNCITRALin mallilain tavoin olevan objektiivista. Standardi näyttäisi kuitenkin olevan sopusoinnussa sen edellä viitatun hallituksen esityksen toteamuksen kanssa, jonka mukaan *"[m]yös sellaiset seikat, jotka eivät ehkä ole riittäviä välimiehen julistamiseksi esteelliseksi, on ilmoitettava, jos voidaan olettaa,*

---

[53] Harkinnan rajoja kuvatessaan työryhmä toteaa selitteessä, että *"[i]f the arbitrator feels that he or she should disclose but that professional secrecy rules or other rules of practice prevent such disclosure, he or she should not accepts the appointment or should resign"*.

[54] Standardin kohdassa (b) todetaan suomalaisesta näkökulmasta jokseenkin itsestään selvästi, että *"[i]t follows from General Standards 1 and 2(a) that an arbitrator who has made a disclosure considers himself or herself to be impartial and independent of the parties despite the disclosed facts and therefore capable of performing his or her duties as arbitrator. Otherwise, he or she would have declined the nomination or appointment at the outset or resigned"*. Sisällyttämällä tämän ohjeisiin työryhmä on selitteen mukaan pyrkinyt eliminoimaan *"the misunderstanding that disclosure demonstrates doubts sufficient to disqualify the arbitrator"*.

[55] Esiin nousevien esteellisyyskysymysten kielteisten vaikutusten suuruus riippuu usein siitä, missä vaiheessa esteellisyyden mahdollisesti synnyttävä seikka on tullut relevanttien tahojen tietoon. Suullisen käsittelyn jälkeen tehtävällä esteellisyyden toteavalla ratkaisulla saattaa olla asianosaisen kannalta merkittäviä negatiivisia vaikutuksia paitsi menetetyn ajan niin myös kasvavien kulujen johdosta. Ilmoitusvelvollisuuden kannalta tämän onkin joskus kansainvälisessä kirjallisuudessa nähty johtavan sellaiseen tulkintasuositukseen, että arvioinnin sen suhteen, minkälaiset seikat välimiehen tulee paljastaa asianosaisille, tulisi olla ankaraa menettelyä käynnistettäessä tai muuten sen alkuvaiheessa, kun taas menettelyn myöhemmässä vaiheessa korostuu tarve minimoida varmuuden vuoksi tehtävien ilmoitusten määrä. Tätä näkemystä ei ole kuitenkaan yleisesti hyväksytty, vaan on katsottu, että harkinnan tulisi menettelyn vaiheesta riippumatta aina olla samanlaista. Ohjeet peilaavat tässä suhteessa laajalti hyväksyttyä näkemystä.

[56] Selitteessä on viitattu ICC:n sääntöjen kohtaan 7(2), jonka mukaan *"[b]efore appointment or confirmation, a prospective arbitrator shall sign a statement of independence and disclose in writing to the Secretariat any facts or circumstances which might be of such a nature as to call into question the arbitrator´s independence* ***in the eyes of the parties*** *– –"* (korostus kirjoittajien). Esimerkkinä voidaan todeta, että AAA:n (International Arbitration Rules, Article 7.1) ja LCIA:n (Arbitration Rules, Article 5.3) säännöt näyttäisivät kuitenkin ilmentävän objektiivista harkintaa.

*että nämä seikat voivat aiheuttaa* ***asianosaiselle*** *epäilyä välimiehen puolueettomuudesta tai riippumattomuudesta*". Objektiivisuus–subjektiivisuus-näkemysero on joka tapauksessa syytä tiedostaa ohjeita sovellettaessa.

Kolmas standardi määrittelee, toisin kuin välimiesmenettelylaki, myös sen, että esteellisyysarvioinnin kannalta relevantista seikasta tai olosuhteesta tulee ilmoittaa paitsi kaikille asianosaisille myös kaikille välimiehille. Standardin määrittely tuntuu asianmukaiselta myös Suomessa käytävän välimiesmenettelyn näkökulmasta.

### *Neljäs standardi – asianosaistahdonvaltaisuus (Waiver by the Parties)*[57]

Ohjeiden neljännen standardin mukaan

> "(a) If, within 30 days after the receipt of any disclosure by the arbitrator or after a party learns of facts or circumstances that could constitute a potential conflict of interest for an arbitrator, a party does not raise an express objection with regard to that arbitrator, subject to paragraphs (b) and (c) of this General Standard, the party is deemed to have waived any potential conflict of interest by the arbitrator based on such facts or circumstances and may not raise any objection to such facts or circumstances at a later stage."

Kohdassa mainittua aikarajaa voi työryhmän mukaan soveltaa myös sellaiseen asianosaiseen, joka kieltäytyy kokonaisuudessaan osallistumasta välimiesmenettelyyn.[58] Standardi säätää myös siitä, että tiettyjen ehdottomien esteellisyysperusteiden osalta luopuminen on tehoton (b) (ks. jäljempänä selostettava ehdoton lista, "Non-Waivable Red List", ja standardi 2 (d)).[59] Standardin mielenkiintoisin osa liittyy kuitenkin sääntelyyn, joka koskee niin sanottua tahdonvaltaista punaista listaa ("Waivable Red List").

> "(c) A person should not serve as an arbitrator when a conflict of interest, such as those exemplified in the waivable Red List, exists. Nevertheless, such a person may accept appointment as arbitrator or continue to act as an arbitrator, if the following conditions are met:
> (i) All parties, all arbitrators and the arbitration institute or other appointing authority (if any) must have full knowledge of the conflict of interest; and
> (ii) All parties must expressly agree that such person may serve as arbitrator despite the conflict of interest."

Kyseinen lista sisältää jäljempänä selostettavin tavoin ehdottomia esteellisyysperusteita lähellä olevia tilanne-esimerkkejä. Standardi sisältää edellisten lisäksi toimintamallin niitä tilanteita varten, joissa välimies asianosaisten pyynnöstä avustaa näitä sovintopyrkimyksissä (d).

---

[57] Ohjeet s. 12–13.

[58] Välimiesmenettelylain lyhyempi reaktioaika (15 pv) tulisi ensisijaisesti sovellettavaksi Suomessa käytävän välimiesmenettelyn osalta, elleivät asianosaiset nimenomaisesti ole muuta sopineet.

[59] Lähinnä kyse on jäljempänä todettavin tavoin tilanteista, joissa henkilö toimisi tuomarina omassa asiassaan. Periaate on voimassa myös Suomessa käytävän välimiesmenettelyn osalta.

Välimiesmenettelylaki ei aseta nimenomaisia muotovelvoitteita sille, että asianosainen luopuu vetoamasta tietämäänsä esteellisyysperusteeseen. Asianosaisen katsotaan luopuneen esteellisyysperusteeseen vetoamisesta, jos väitettä ei tehdä ajoissa. Sinällään voidaan katsoa, että jos henkilöä pyydettäisiin toimimaan välimiehenä sellaisissa olosuhteissa, joita kuvataan myöhemmin tahdonvaltaisessa punaisessa listassa, standardin toimintaohjeiden noudattaminen olisi varmasti hyödyllistä. Tällaisissa tilanteissa on nimittäin aina vaarana että myöhemmin syntyy erimielisyyksiä sen suhteen mitkä olivat ne täsmälliset olosuhteet, joista relevantit tahot olivat tietoisia antaessaan suostumuksensa esteellisen henkilön toimimiseen välimiehenä.

### *Viides standardi – ohjeiden soveltuvuus (Scope)*[60]

Viidennen standardin mukaan ohjeet soveltuvat yhtäläisesti niin välitystuomioistuimen puheenjohtajiin, ainoisiin välimiehiin kuin osapuolten nimeämiin välimiehiinkin. Ohjeet eivät kuitenkaan sovellu niin sanottuihin ei-neutraaleihin välimiehiin, joilla ei ole velvollisuutta olla riippumattomia ja puolueettomia.[61] Standardi vastaa välimiesmenettelylain erottelemattomuuden perusperiaatetta.

### *Kuudes standardi – kytkökset (Relationsships)*[62]

Kuudennen standardin mukaan

> ”(a) When considering the relevance of facts or circumstances to determine whether a potential conflict of interest exists or whether disclosure should be made, the activities of an arbitrator’s law firm, if any, should be reasonably considered in each individual case. Therefore, the fact that the activities of the arbitrator’s firm involve one of the parties shall not automatically constitute a source of such conflict or a reason for disclosure.
>
> (b) Similarly, if one of the parties is a legal entity which is a member of a group with which the arbitrator’s firm has an involvement, such facts or circumstances should be reasonably considered in each individual case. Therefore, this fact alone shall not automatically constitute a source of a conflict of interest or a reason for disclosure.”

Standardi sisältää lisäksi säädöksen, jolla asianosaisena olevan oikeushenkilön johto ja muut kontrollitahot samastetaan kyseiseen oikeushenkilöön (c).[63]

Standardissa on huomionarvoista erottelu välimiehenä toimivan asianajajan ja hänen toimistonsa välillä. Lähestymistapa on mielenkiintoinen suhteessa tapaohjeiden 13 §:ään, jossa

---

[60] Ohjeet s. 14.

[61] Joissakin oikeusjärjestyksissä asianosaisen nimeämän välimiehen rooli lähenee asiamiehen roolia. Tällaiselle välimiehelle ei ole voitu katsoa asetettavan samanlaista puolueettomuuden ja riippumattomuuden vaatimusta kuin muille välimiehille. IBA:n ohjeet eivät siis sovellu tällaisiin välimiehiin.

[62] Ohjeet s. 14–15.

[63] Työryhmä toteaa standardin selitteessä, että ”*[t]here is a need to balance the interests of a party to use the arbitrator of its choice and the importance of maintaining confidence in the impartiality and independence of international arbitration*”.

asianajaja samastetaan toimistoonsa tiettyjen esteellisyysharkintojen osalta. Samastus on asianajajaoikeudellinen, eli se koskee asianajotoimeksiantojen yhteydessä suoritettuja esteellisyysharkintoja. Asianajajaliiton kurinpitolautakunta on edellä jaksossa 1 todetuin tavoin katsonut, etteivät tapaohjeiden varsinaiset esteellisyyssäännökset voi tulla sellaisinaan sovellettavaksi. Tapaohjeiden esteellisyyssäännökset eivät näin ollen näyttäisi muodostavan estettä standardin mukaiselle erottelulle. Rinnastusta välimiehenä toimivan asianajajan ja hänen toimistonsa välillä ei käsityksemme mukaan voi liioin johtaa suoraan välimiesmenettelylain esteellisyyssäännöksistä. Standardin sovellettavuutta harkittaessa on syytä kuitenkin huomioida se, että tapaohjeiden lähtökohtana on asianajajan ja hänen toimistonsa samastus ja että asianajajan tulee tapaohjeiden 2 §:n 2 momentin yleissäännöksen nojalla välittää sellaisten esteellisyysratkaisujen tekemistä, jotka saattavat alentaa asianajajakunnan arvoa ja vähentää luottamusta asianajajakuntaan.

Työryhmä ilmoittaa olleensa lähtökohtaisesti sitä mieltä, että välimies tulee samastaa toimistoonsa. Huomiota tulisi työryhmän mukaan kuitenkin kohtuudella kiinnittää siihen, minkälaisia toimiston relevantit toimet ovat olleet luonteeltaan ja laajuudeltaan sekä siihen, milloin toimia on suoritettu. Tähän kantaan voidaan käsityksemme mukaan yhtyä myös Suomessa käytävän välimiesmenettelyn osalta.

Standardin b-kohdan osalta työryhmä on viitannut yksittäisten yhtiörakenteiden monimuotoisuuteen ja todennut, ettei b-kohdassa kuvattuihin esteellisyysarviointeihin voi soveltaa automaattisia ratkaisusääntöjä. Yksittäisten tilanteiden erityiset olosuhteet tulee työryhmän mukaan ottaa huomioon.

### *Seitsemäs standardi – välimiehen ja asianosaisten velvollisuudet (Duty of Arbitrator and Parties)*[64]

Seitsemäs standardi asettaa asianosaiselle velvollisuuden ilmoittaa viipymättä välimiehelle, välimiesoikeudelle ja muille asianosaisille tiedossaan olevat kytkökset asianosaisen (ja samaan ryhmään kuuluvan yrityksen) ja välimiehen välillä. Standardissa asetetaan lisäksi sekä asianosaiselle että välimiehille kohtuulliseksi (reasonable) kuvattu selonottovelvollisuus[65] standardeissa tarkoitettujen olosuhteiden tai tosiseikkojen selville saamiseksi.

Välimiesmenettelylaki ei aseta nimenomaisesti standardin mukaista selonotto- ja ilmoitusvelvollisuutta asianosaiselle. Välimiesmenettelylain 11 §:n ”väitteentekovelvollisuuden” voidaan katsoa pitävän sisällään tietynlaisen selonotto- ja ilmoitusvelvollisuuden. Käytännössä voi kuitenkin ilmetä tilanteita, joissa asianosaisen intressissä ei ole tietyn kytköksen ilmaiseminen. Asianosainen saattaa esimerkiksi jättää tietyn kytköksen ilmoittamatta, jotta hänelle mieleinen välimies voi jatkaa tehtävässään. Välimiesmenettelylaki ei aseta asianosaiselle tällai-

---

[64] Ohjeet s. 15–16.

[65] Asianosaisen tulee ohjeiden mukaan tehdä *”a reasonable search of publicly available information”*. Välimiehen tulee ohjeiden mukaan *”make reasonable enquiries to investigate any potential conflict of interest, as well as any facts or circumstances that may cause his or her impartiality or independence to be questioned”*.

sen tilanteen kattavaa ilmoitusvelvollisuutta. Jättäessään ilmoittamatta esteellisyysperusteen asianosainen ottaa välimiesmenettelylain alaisessa välimiesmenettelyssä kuitenkin riskin siitä, että ilmoittamatta jätetty olosuhde tai seikka johtaa välimiehen jäävääämiseen menettelyn myöhäisemmässä vaiheessa. Tätä taustaa vastaan voidaan pitää hyvinkin suositeltavana, että kaikki asianosaiset pyrkivät aktiivisesti selvittämään kaikki kytkökset, jotka saattavat olla omiaan antamaan aiheen epäillä välimiehen riippumattomuutta tai puolueettomuutta.

## Ohjeiden toinen osa – soveltamistilanne-esimerkit[66]

Jotta edellä kuvatut yleiset standardit saavuttaisivat niille ajatellun tärkeän käytännön tason merkityksen, työryhmän jäsenet ovat analysoineet oikeuskäytäntöä ja kategorisoineet sen perusteella erilaisia käytännössä esiintyviä soveltamistilanteita kolmeen eri ryhmään. Näin muodostetut kolme listaa (Application lists) löytyvät ohjeiden toisesta osasta. Työryhmä ilmoittaa tehneensä parhaansa, jotta listat olisivat mahdollisimman kattavia. Listat eivät kuitenkaan ole tyhjentäviä.

Listat ovat kokonaisuudessaan mielenkiintoista luettavaa, mutta niiden tyhjentävä kommentointi ei ole mahdollista tämän kirjoituksen puitteissa. Tehdyissä poiminnoissa on pyritty kohtuulliseen edustavuuteen. Koska kirjoituksen tarkoituksena on antaa lukijalle yleiskuva ohjeiden sisällöstä, esimerkit on pyritty valitsemaan niin, että ne valaisisivat mahdollisimman kattavasti listojen ilmentämiä näkökulmia.

### *Punainen lista*[67]

Ensimmäisessä, niin sanotussa punaisessa listassa, on kaksi osaa: ehdoton lista (”non-waivable Red List”) ja tahdonvaltainen lista (”Waivable Red List”). Asianosaisten tahdonautonomia ulottuu vain tahdonvaltaisen listan esteellisyystilanteista disponoimiseen. Ehdottoman listan esteellisyystilanteita asianosaiset eivät voi keskinäisillä sopimuksillaan sivuuttaa. Työryhmä kuvaa näitä listoja seuraavasti:

> ”[t]hese lists are a non-exhaustive enumeration of specific situations which, depending on the facts of a given case, give rise to justifiable doubts as to the arbitrator’s impartiality and independence; i.e. in these circumstances an objective conflict of interest exists from the point of view of a reasonable third person having knowledge of the relevant facts.”

Ehdottoman listan neljästä esimerkkitilanteesta kolme on johdettavissa suoraan siitä periaatteesta, ettei kukaan voi toimia tuomarina omassa asiassaan. Neljännessä on kyse tilanteesta, jossa välimiehellä on taloudellisesti merkittävässä määrin säännöllisesti toistuvia toimeksi-

[66] Ohjeet s. 17.
[67] Ohjeet s. 17 ja 20–21.

antosuhteita asianosaiseen. Ehdottoman listan esimerkkitilanteiden tarkoituksena on tuoda johtoa yleisten standardien 2(c) ja 4(b) soveltamiseen.[68]

Tahdonvaltaisen listan esimerkkitilanteet ovat lähellä ehdottoman listan tilanteita, mutta ne ovat kuitenkin sellaisia, että asianosainen voi olosuhteesta tai seikasta tietoisena nimenomaisella tahdonilmauksellaan standardin 4(c) mukaisesti poistaa esteen vaikutuksen.

Tahdonvaltainen punainen lista on jaettu kolmeen osioon ja se sisältää 14 tilanne-esimerkkiä. Seuraavassa esitetään joitakin esimerkkejä listan sisällöstä.

> ”**2.1 Relationship of the arbitrator to the dispute**
> 2.1.1 The arbitrator has given legal advice or provided an expert opinion on the dispute to a party or an affiliate of one of the parties.
> **2.2. Arbitrator's direct or indirect interest in the dispute**
> 2.2.1 The arbitrator holds shares, either directly or indirectly, in one of the parties or an affiliate of one of the parties that is privately held.
> 2.2.2 A close family member of the arbitrator[69] has a significant financial interest in the outcome of the dispute.
> **2.3. Arbitrator's relationship with the parties or counsel**
> 2.3.1 The arbitrator currently represents or advises one of the parties or an affiliate of the parties.
> 2.3.2 The arbitrator currently represents the lawyer or law firm acting as counsel for one of the parties.
> 2.3.5 The arbitrator's law firm had a previous but terminated involvement in the case without the arbitrator being involved himself or herself.
> 2.3.6 The arbitrator's law firm currently has a significant commercial relationship with one of the parties or an affiliate of one of the parties.
> 2.3.7 The arbitrator regularly advises the appointing party or an affiliate of the appointing party, but neither the arbitrator nor his or her firm derives a substantial financial income therefrom.”

Kuten jo tarkasteltaessa kuudetta standardia todettiin, ohjeet tekevät eron välimiehenä toimivan asianajajan ja hänen toimistonsa välillä. Erottelu tarkoittaa käytännön tasolla sitä, että kytkökset voivat toimistolle olla jossain määrin läheisempiä kuin välimiehenä toimivalle asianajajalle. Pelkästään se seikka, että välimiehenä toimivan asianajajan toimistolla on kytköksiä jompaankumpaan asianosaiseen, ei ilman tarkempaa harkintaa saisi työryhmän mukaan automaattisesti johtaa välimiehen jäävääämiseen. Tähän periaatteeseen voitaneen suomalaisenkin asianajajan näkökulmasta varoen yhtyä. Esimerkkilistat peilaavat osaltaan tätä lähtökohtaa.

---

[68] Ehdoton lista sisältää neljä kohtaa: ”*1.1 There is an identity between a party and the arbitrator, or the arbitrator is a legal representative of an entity that is a party in the arbitration; 1.2 The arbitrator is a manager, director or member of the supervisory board, or has a similar controlling influence in one of the parties; 1.3. The arbitrator has a significant financial interest in one of the parties or the outcome of the case; 1.4. The arbitrator regularly advises the appointing party or an affiliate of the appointing party, and the arbitrator or his or her firm derives a significant financial income therefrom.*”

[69] Läheisellä perheenjäsenellä (close family member) tarkoitetaan säännöissä aviopuolisoa, sisarusta, lasta, vanhempaa tai elämänkumppania (life partner).

Esimerkkejä tarkasteltaessa voidaan havaita, että ne ovat pakostakin viime kädessä ohjeellisia, ja edellyttävät tilannekohtaista harkintaa. Jos Suomessa käytävän välimiesmenettelyn rajoja harkittaessa lähtökohtana pidetään sitä, että kukaan ei voi toimia omassa asiassaan tuomarina, mutta että tämän periaatteen ulkopuolella osapuolten tahdonautonomiaa ei toisaalta ole rajoitettu, sekä ehdottoman listan että sopimuksenvaraisen listan jaottelut ovat käyttökelpoisia lähtökohtia esteellisyysarvioinnille. Tilanne-esimerkkien asteikollisuus on kuitenkin hyvä panna merkille. Kohdan 2.2.1 esimerkkitilanne tuntuu selkeän dispositiiviselta tilanteessa, jossa välimiehen omistus asianosaisena olevassa yhtiössä on pieni. Omistuksen ollessa huomattavan suuri ollaan jo tilanteessa, jossa joudutaan pohtimaan sitä, toimiiko välimies tällöin tosiasiallisesti tuomarina omassa asiassaan. Täsmällisen rajan määrittäminen on yleisellä tasolla mahdotonta. Tilannekohtaisesti jää arvioitavaksi, ylittyykö raja vai ei.

Käytännön tasolla voidaan todeta, että kohtien 2.1.1 ja 2.3.5 kuvaamat tilanteet, joissa kyse on aiemmista kytköksistä välimiesmenettelyssä käsiteltävään asiaan, tuntuvat suomalaisesta näkökulmasta tarkasteltuna käytännön kannalta melko vierailta. Kohdista 2.2.2 ja 2.2.3 ilmenevin tavoin listoissa on otettu huomioon paitsi välimiehen omat kytkökset myös hänen läheisten perheenjäsentensä kytkökset. Niin ikään on huomioitu myös välimiehen suhde asianosaisten edustajiin (2.3.2). Kohta 2.3.7. muistuttaa vanhan välimiesmenettelylain 6 §:n 7. kohtaa, jonka mukaan välimies voitiin julistaa esteelliseksi, jos ”*hän virassaan tai toimessaan on jommankumman asianosaisen esimiehyyden alainen taikka saa häneltä palkkaa tai elatusta*”. Vanha laki oli tältä osin ainakin kielellisesti ehdoton, kun taas listan esimerkkitilanne asettaa saatavalle tulolle tietynlaisen olennaisuusvaatimuksen.

### *Oranssi lista*[70]

Toiseen ns. oranssiin listaan on kerätty esimerkkejä olosuhteista ja seikoista, jotka (kulloinkin käsillä olevan tapauksen olosuhteista riippuen) saattavat asianosaisten silmin katsottuna synnyttää perustellun epäilyn välimiehen puolueettomuuden tai riippumattomuuden suhteen.[71] Listan esimerkkitilanteet ovat näin ollen sellaisia, että välimies on 3(a)-standardin mukaan velvollinen ilmoittamaan tällaisesta olosuhteesta tai seikasta. Ilmoituksen tekeminen tarkoittaa kuitenkin implisiittisesti sitä, että välimies ei katso olevansa asiassa esteellinen. Muussa tapauksessa hän kieltäytyisi välimiestehtävästä. Asianosaisen katsotaan hyväksyneen välimiehen, jos asianosainen ei ole tehnyt esteellisyysväitettä ajoissa välimiehen ilmoituksen jälkeen 4(a)-standardin mukaisesti.

Oranssi lista jakautuu viiteen osaan ja yhteensä 23 tilanne-esimerkkiin. Seuraavassa on joitakin esimerkkejä listan sisällöstä.

---

[70] Ohjeet s. 18 ja 21–23.

[71] Työryhmän mukaan: ”*[t]he Orange List is a non-exhaustive enumeration of specific situations which (depending on the facts of a given case) in the eyes of the parties may give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence.*”

”**3.1 Previous services for one of the parties or other involvement in the case**

3.1.1 The arbitrator has within the past three years served as counsel for one of the parties or an affiliate of one of the parties or has previously advised or been consulted by the party or an affiliate of the party making the appointment in an unrelated matter, but the arbitrator and the party or the affiliate of the party have no ongoing relationship.

3.1.3 The arbitrator has within the past three years been appointed as arbitrator on two or more occasions by one of the parties or an affiliate of one of the parties.

3.1.4 The arbitrator's law firm has within the past three years acted for one of the parties or an affiliate of one of the parties in an unrelated matter without the involvement of the arbitrator.

3.1.5 The arbitrator currently serves, or has served within the past three years, as arbitrator in another arbitration on a related issue involving one of the parties or an affiliate of one of the parties.

**3.2 Current services for one of the parties**

3.2.2 A law firm that shares revenues or fees with the arbitrator's law firm renders service to one of the parties or an affiliate of one of the parties before the arbitral tribunal.

3.2.3 The arbitrator or his or her firm represents a party or an affiliate to the arbitration on a regular basis but is not involved in the current dispute.

**3.3 Relationship between an arbitrator and another arbitrator or counsel**

3.3.4 A lawyer in the arbitrator's law firm is an arbitrator in another dispute involving the same party or parties or an affiliate of one of the parties.

3.3.5 A close family member of the arbitrator is a partner or employee of the law firm representing one of the parties, but is not assisting with the dispute.

3.3.6 A close personal friendship exists between an arbitrator and a counsel of one party, as demonstrated by the fact that the arbitrator and the counsel regularly spend considerable time together unrelated to professional work commitments or the activities of professional associations or social organisations.

3.3.7 The arbitrator has within the past three years received more than three appointments by the same counsel or the same law firm.

**3.4 Relationship between arbitrator and party and others involved in the arbitration**

3.4.1 The arbitrator's law firm is currently acting adverse to one of the parties or an affiliate of one of the parties.

**3.5 Other circumstances**

3.5.1 The arbitrator holds shares, either directly or indirectly, which by reason of number or denomination constitute a material holding in one of the parties or an affiliate of one of the parties that is publicly listed.

3.5.2 The arbitrator has publicly advocated a specific position regarding the case that is being arbitrated, whether in a published paper or speech or otherwise.

3.5.3 The arbitrator holds a position in an arbitration institution with appointing authority over the dispute.”

Oranssin listan osalta voitaisiin toistaa monet edellä punaisen listan osalta esitetyt kommentit. Myös oranssin listan esimerkkitilanteet ovat ohjeellisia ja asteikollisia. Ohjeellisina voi pitää muun muassa esitettyjä kolmen vuoden aikarajoja. Ilmoitusvelvollisuus tuntuu esitettyjen esimerkkien osalta yleisesti ottaen melko selvältä.

Asteikollisuuden osalta voidaan todeta, että listojen osalta on mielenkiintoista seurata, kuinka samankaltaisia tilanteita kuvattaessa tietyt muuttujat määräävät sen, onko työryhmä sijoittanut tilanteen oranssiin listaan vai tahdonvaltaiseen punaiseen listaan (vaiko seuraavassa käsiteltävään vihreään listaan).[72] Kohtaa 3.5.1 voi esimerkiksi verrata tahdonvaltaisen punaisen listan kohtaan 2.2.1, jolloin voidaan havaita, että merkitystä on annettu erottelulle ”privately held – publicly listed”. Kohtaa 3.2.3 voi puolestaan peilata kohtiin 2.3.6 ja 1.4. Kohdan 3.5.1 osalta voidaan lisäksi Suomessa käytävään lakisääteiseen välimiesmenettelyyn liittyvänä erityispiirteenä todeta, että osakeyhtiölain (1978/734) 14:19:n mukaisissa lunastusriidoissa vähäinenkin välimiehen omistus saattaa olla hyvin ongelmallinen, koska käsiteltävänä on juuri lunastusoikeutta ja erityisesti osakkeen hintaa koskevat kysymykset. Kohdasta 3.3.6 ilmenevin tavoin ohjeissa annetaan perhesuhteiden ohella merkitystä myös läheisille ystävyyssuhteille. Kohdan 3.1.5 mukaisia tilanteita ei esiintyne Suomessa kovin usein.[73]

### *Vihreä lista*[74]

Viimeiseen, niin sanottuun vihreään listaan on koottu esimerkkejä olosuhteista ja seikoista, jotka objektiivisesti katsoen eivät työryhmän mielestä synnytä epäilyjä välimiehen puolueettomuuden ja riippumattomuuden suhteen.[75] Työryhmä onkin jo edellä todetuin tavoin katsonut, että kohtuus asettaa ilmoitusvelvollisuudelle rajat. Joissakin tilanteissa sovelletaan silloin objektiivista arviointia ohjeissa muuten omaksutun ”osapuolten silmin” tapahtuvan arvioinnin sijaan. Vihreän listan tilanne-esimerkit kuvaavat tilanteita, joiden osalta ilmoitusvelvollisuutta ei ole.

Vihreä lista jakautuu viiteen osaan ja se sisältää kahdeksan tilanne-esimerkkiä. Joitakin esimerkkejä on syytä tuoda tässä esiin.

> ”**4.1 Previously expressed legal opinions**
> 4.1.1 The arbitrator has previously published a general opinion (such as in a law review article or public lecture) concerning an issue which also arises in the arbitration (but this opinion is not focused on the case that is being arbitrated).
> **4.2 Previous services against one party**
> 4.2.1 The arbitrator's law firm has acted against one of the parties or an affiliate of one of the parties in an unrelated matter without the involvement of the arbitrator.

---

[72] Työryhmä toteaakin selitteessä, että ”*[t]he borderline between the situations indicated is often thin. It can be debated whether a certain situation should be on one List instead of another*”.

[73] Mieleen tulevat lähinnä erilaiset työehtosopimuksia koskevat riidat, joissa sopimuksen laatijat ovat asiantuntemuksensa puolesta sopivimpia välimiehiksi sopimusta koskevissa riidoissa. Ks. tästä *Kallio, Teuvo*, Välimiehen jäävistä työriidoissa, teoksessa Ylöstalo, M. et. al. (toim.), Asianajajan työkentältä 1994, s. 151–160.

[74] Ohjeet s. 18–19 ja 24–25.

[75] ”*The Green List contains a non-exhaustive enumeration of specific situations where no appearance of, and no actual, conflict of interest exists from the relevant objective point of view.*”

**4.3 Current services for one of the parties**

4.3.1 A firm in association or in alliance with the arbitrator's law firm, but which does not share fees or other revenues with the arbitrator's law firm, renders services to one of the parties or an affiliate of one of the parties in an unrelated matter.

**4.4 Contacts with another arbitrator or with counsel for one of the parties**

4.4.2 The arbitrator and counsel for one of the parties or another arbitrator have previously served together as arbitrators or as co-counsel.

**4.5 Contacts between the arbitrator and one of the parties**

4.5.3 The arbitrator and a manager, director or member of the supervisory board, or any person having a similar controlling influence, in one of the parties or an affiliate of one of the parties, have worked together as joint experts or in another professional capacity, including as arbitrators in the same case."

Kohtaa 4.1.1 voi peilata oranssin listan kohtaan 3.5.2 tai myös punaisen listan kohtaan 2.1.1, jotka kaikki käsittelevät samantyyppisiä asioita. Kohtia tarkastellessa havaitaan, että erottelu on tehty siltä pohjalta, miten läheinen kytkös aiemmin esitetyllä "kannanotolla" on käsillä olevaa riita-asiaan. Samoin voidaan verrata kohtaa 4.3.1 oranssin listan kohtaan 3.2.2, joissa muuttuvana tekijänä on toimistojen välisen yhteistyön taloudellinen luonne (voitonjako). Ilmoitusvelvollisuuden puuttumista kohdan 4.2.1 tilanteessa voitaisiin arvostella. Ilmoitusvelvollisuuden voi relevanteista tosiasioista riippuen hyvinkin katsoa olevan olemassa kuvatunlaisessa tilanteessa. Kohdan 4.3.1 osalta voidaan niin ikään todeta, että tilanteesta riippuen voi olla asianmukaista, että välimies ilmoittaa tietämästään kytköksestä asianosaisen ja kuvatunlaisen yhteistyötoimiston välillä.[76]

## Lopputoteamuksia

IBA:n työryhmä aikoo julkaista asiassa tekemiään tutkimuksia valottavan "Background and History" -selvityksen[77]. Selvitys tulee oletettavasti olemaan hyvin hyödyllinen apuväline ohjeiden tulkintaa silmällä pitäen. Yleisesti ottaen voidaan todeta, että ohjeita ei voi lukea pelkästään kirjaimellisesti ohjeiden sanamuotoja ja sanavalintoja korostaen. Huomiota tulee kiinnittää myös yksittäisten sanamuotojen taustalla vaikuttaviin yleisiin näkökohtiin.

Mielenkiintoisen tausta-aineiston uusille ohjeille muodostavat myös IBA:n aiemmin viitatut vuonna 1987 julkaistut IBA:n säännöt "Rules of Ethics for International Arbitrators" ("säännöt"). Ohjeet ovat aiemmin todetuin tavoin ensisijaisia sääntöihin nähden. Siltä osin kuin vuoden 1987 säännöt käsittelevät sellaisia aihepiirejä, joista uudet ohjeet eivät lausu mitään, vanhat säännöt ovat edelleen voimassa. Tämän mukaisesti jäävät voimaan ainakin sääntöjen 5. kohta, joka koskee kommunikointia asianosaisten kanssa. Säännöt sisältävät

[76] Relevantit salassapitosäännökset tulee tällöin luonnollisesti ottaa huomioon.
[77] Tämän artikkelin kirjoittajilla ei ole vielä ollut mahdollisuutta tutustua sen sisältöön.

lisäksi eräitä lähinnä prosessuaalisia menettelyn joutuisuutta ja luottamuksellisuutta koskevia säännöksiä, joista uudet ohjeet eivät lausu mitään.

Toisen mielenkiintoisen vertailukohdan muodostavat niin ikään aiemmin viitatut AAA – ABA:n ohjeet ”The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes” (1977 ja uudistettu 2004) (”AAA:n ohjeet”). IBA:n säännöt ovat rakenteeltaan ja sisällöltään hyvin samankaltaiset kuin AAA:n ohjeet. Eräitä huomion arvoisia erojakin on. AAA:n ohjeissa on perinteisesti nähty selkeä ero asianosaisen nimeämän välimiehen ja ns. neutraalien välimiesten riippumattomuus ja puolueettomuusvaatimusten osalta.[78] Tällaista erottelua ei ole IBA:n säännöissä tai uusissa ohjeissakaan. AAA:n ohjeiden tuoreessa versiossa näkökulma lähenee jossain määrin IBA:n näkökulmaa, koska AAA:n ohjeiden vuoden 2004 versio asettaa kaikille välimiehille perusolettamuksen neutraaliudesta, elleivät asianosaiset ole nimeämiensä välimiesten osalta nimenomaisesti toisin sopineet, tai soveltuvat säännöt tai laki toisin säädä.

Ohjeiden taustan osalta on helppo yhtyä siihen työryhmän näkemykseen, että esteellisyysarvioinnissa eteen tulevien tilanteiden määrä on kasvussa. Asianajotoimistojen koot ovat myös Suomessa kasvaneet huomattavasti viimeisen viidentoista vuoden aikana. Samalla asianajajan työkentästä on tullut yhä kansainvälisempi. Jos asiaa tarkastellaan hieman laajemmasta perspektiivistä, voidaan edelleen todeta, että myös asiakasyritysten fuusioilla[79] ja kansainvälistymisellä on ollut merkittävä vaikutus esteellisyyskentän monimutkaistumisessa. Lain ja sääntöjen tarjoamat ratkaisusäännöt ovat valitettavan yleisluonteisia, ja välimies joutuukin käyttämään asiassa laajaa harkintavaltaa. Tässä suhteessa IBA:n ohjeet muodostavat toistaiseksi ainutlaatuisen lähteen esteellisyystilanteiden harkinnan apuvälineeksi.

---

[78] Ks. tältä osin mielenkiintoinen artikkeli *Coulson, Robert*, An American Critique of the IBA's Ethics for International Arbitrators, Journal of International Arbitration, Vol. 4 No. 2 (1987), s. 103–110, jossa AAA:n silloinen johtaja (President) Coulson tuo esiin oman näkemyksensä tuoreista IBA:n säännöistä ja niiden soveltumisesta Yhdysvaltalaiseen välimieskulttuuriin.

[79] Kiusallinen esteellisyystilanne voi muodostua esimerkiksi siitä, että toinen asianosainen fuusioituu välimiesmenettelyn aikana välimiehenä toimivan asianajajan toimiston suuren asiakkaan kanssa.

Robert Mattson

# Om skiljemannens roll vid förlikning

## Inledning

Skiljeförfarandet har en växande betydelse som alternativ till domstolsprocess vid avgörandet av kommersiella tvister. Detta är speciellt framträdande då tvisterna har internationella inslag. Det är allmänt känt att parterna i internationella avtal i regel föredrar skiljeförfarande framom en domstolsprocess, vilken vanligen skulle ske vid någondera partens nationella forum. Bakgrunden för denna utveckling är den generella tillväxten inom industri och handel samt näringslivets fortgående globalisering.

Under de senaste 10 åren har även en snabb utveckling ägt rum beträffande lagstiftningen inom området för skiljeförfarande i många länder samt beträffande regelverket i de viktigaste skiljedomsinstitutionerna (ICC, AAA, LCIA, Stockholm Arbitration Institute, CIETAC m.fl.). En viktig bakgrund för detta arbete föreligger i form av Uncitral-modellagen samt Uncitrals regler för skiljeförfarande.

Parallellt med utvecklingen inom skiljeförfarandet har även utvecklingen av alternativa metoder för tvistlösning (ADR) varit påtaglig. Särskilt betydelsefulla har ADR-modellerna blivit i USA och i England. ADR-förfarandena har systematiserats och erhållit sina egna regelverk, ofta inom ramen för särskilda ADR-institutioner.

Förlikning som tvistlösning har alltid spelat en viktig roll inom vår rättskultur. Detta förfarande sker i regel *inter partes* utan inblandning av domstol eller externa medlare. Under senare år har förlikningsmodellen även fått en viktig roll inom domstolsprocessen i vårt land. I samband med reformerna av civilprocessen i början av 1990-talet intogs i rättegångsbalken särskilda stadganden om domarens skyldighet att befordra förlikning (RB 5:19 och 5:26 §).[1] I den pågående beredningen av ny lagstiftning angående förlikning i samband med civilprocesser ingår en ytterligare målsättning att underlätta och reglera förlikning mellan parterna[2]. Vår

1 Angående utvecklingen av medling i domstol i Finland se *Laukkanen*, Tuomioistuinsovittelu ja vaihtoehtoinen riidanratkaisu, i verket *Pohjonen* (red.): Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät (2001) s. 123–126; *Ervasti*, Käräjäoikeuksien sovintomenettely: empiirinen tutkimus sovinnon edistämisestä riitaprosessissa (2004) s. 217–265.

2 Se justitieministeriets domstolsförlikningsarbetsgrupps betänkande 2003:2. Regeringens proposition till riksdagen 114/2004.

inhemska utveckling reflekterar den ökade betydelsen som förlikning erhållit även inom andra länders rättsordningar[3].

Institutionell ADR har inte i Finland uppnått samma betydelse som i den anglosaksiska världen. Detsamma kan sägas om läget i de övriga skandinaviska länderna. Bakgrunden för detta ligger i det ovannämnda särdraget i vår rättskultur som innebär att parterna i regel strävar att förlika sina tvister genom interna förhandlingar, varvid en hänskjutning av avgörandet till domstol eller till skiljeförfarande gäller som undantag.

Finlands Advokatförbund utvecklade 1998 ett regelverk för frivillig förlikning av tvister[4]. Bland utländska institutioner som verkar för befordran av förlikning kan nämnas ICC, Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR) samt London Court of International Arbitration (LCIA). Även Stockholms Handelskammare har regler för förlikning. Den växande betydelsen av detta tvistlösningsförfarande framgår även att det faktum att Uncitral år 2002 fastställt en modellag för förlikning[5] samt av den s.k. gröna bok som antagits av Europakommissionen med tanke på alternativ tvistlösning[6].

Förlikning har otvivelaktigt många fördelar som system för tvistlösning i jämförelse med s.k. tvingande förfaranden dvs. domstols- eller skiljeförfarande. En procedur under fria former med möjlighet att beakta parternas kommersiella intressen förutom de juridiska aspekterna, till uppenbart lägre kostnad, framstår ur parternas synvinkel ofta som fördelaktig. Å andra sidan blir ett resultat alltid beroende av parternas goda vilja, och leder inte till ett sådant avgörande som kan verkställas mot en tredskande parts vilja. I sämsta fall uppnår man inga som helst fördelar, utan förlikningsprocessen fördröjer enbart det slutliga avgörandet med onödiga tilläggskostnader som påföljd.

Den ovan beskrivna utvecklingen har även givit bakgrund till diskussion inom rättsvetenskapen angående förhållandet mellan förlikning och skiljeförfarande samt angående skiljemannens roll och hans möjligheter att bistå parterna vid förlikning. Det förekommer rätt ofta att parterna rentav önskar att skiljemännen skall befordra ett tvisteavgörande genom medling. Det kan även förekomma att erfarna skiljemän inser – vilket kanske undgått parterna – att vardera partens intressen skulle befordras genom en förlikning. Å andra sidan medför kravet på neutralitet och oberoende för skiljemännens del en betydande begränsning av deras möjlighet att aktivt befordra en förlikning.

I det följande granskar jag närmare skiljemännens möjligheter att delta i förlikning av tvister samt de tillvägagångssätt som kan stå till buds i denna verksamhet.

---

[3] Om domstolsförlikning i vissa andra rättssystem se *Laukkanen* ibid. s. 131–135; *Ervasti* ibid. s. 197–215; Justitieministeriets domstolsförlikningsarbetsgrupps betänkande 2003:2 s. 18–30.

[4] Förlikning baserad på Finlands Advokatförbunds förlikningsförfaranderegler har inte vunnit större popularitet vid lösning av tvister mellan affärsföretag. Enligt uppgift från Advokatförbundet har det hittills i Finland endast ordnats 15 förlikningsförfaranden med förbundets regler som grund och av dessa har 14 slutat i förlikning (läget i april 2002). Se *Lahtinen*, Uusia työvälineitä sovintomenettelyyn, Advokaatti 2/2004 s. 11.

[5] UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002).

[6] European Commission's Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law (COM (2002) 196).

# Om förutsättningar för skiljemännens deltagande vid medling

## Skillnader mellan skiljeförfarande och medling

I rättslitteraturen har en sammankoppling av dessa tvistlösningsmetoder ofta ansetts vara problematisk. Man har ansett att skiljemannens och medlarens uppgifter, samt de arbetsmetoder som står dessa till buds, avviker från varandra i många väsentliga avseenden[7]. Professor *Klaus Peter Berger* har sammanfattat de centrala skillnaderna på följande sätt[8]:

– Skiljeförfarandet åsyftar en tvistelösning som är bindande för parterna och som kan verkställas utan varderas medverkan. Förlikningen däremot strävar till en frivillig uppgörelse genom ömsesidiga förhandlingar, som kan ledas eller befordras av en utomstående medlare;
– Skiljeförfarandet är till sin natur juridiskt; det är fråga om parternas juridiska rättigheter och förpliktelser. Inom ramen för medlingen betonas däremot övriga, främst kommersiella, intressen;
– Skiljemännens handlingsutrymme begränsas till juridiskt möjliga och tillåtna åtgärder. Till medlarens disposition står ett vidare utbud av medel, och vid förlikning kan beaktas t.ex. en fortsättning av parternas affärsförhållande eller olika kommersiella synpunkter inom ramen för ett utvecklat samarbete;
– I skiljeförfarandet måste skiljemännen beakta den för detta förfarande gällande lagen. För medling gäller däremot inte någon nationell processordning, utan parterna kan fritt överenskomma om de tillvägagångssätt som skall följas;
– I medling kan vardera parten ensidigt dra sig ur förfarandet när som helst utan direkta påföljder. I skiljeförfarande kan svaranden i regel inte ensidigt avsluta förfarandet, eller dra sig ur detsamma;
– Skiljemännens handlingsfrihet begränsas av förfarandets allmänna krav på *due process* – såsom kravet på ett likvärdigt bemötande av parterna och principen *audiatur et altera pars*. Inom medling behöver dessa grundprinciper inte tillämpas, utan det står medlaren fritt att söka även sådana handlingsalternativ som inte kan komma ifråga vid ett skiljeförfarande.

Det kan ytterligare vara skäl att belysa det speciella förfarande då skiljemannen verkar som s.k. *amiable compositeur* (jfr. 31 § lagen om skiljeförfarande samt artikel 17:3 i ICC-reglerna). Enligt dessa normer kan skiljemän fungera i denna egenskap endast ifall parterna uttryckligen givit ett sådant bemyndigande. Enligt doktrinen[9] innebär detta att skiljemännen inte är skyldiga

---

[7] Se *Collins*, Do International Arbitral Tribunals have any Obligation to Encourage Settlement of the Disputes Before Them?, Arbitration International 2003 s. 334; *Berger*, Integration of Mediation Elements into Arbitration 'Hybrid' Procedures and 'Intuitive' Mediation by International Arbitrators, Arbitration International 2003 s. 391–392.
[8] Se *Berger* ibid. s. 391.
[9] Se *W. Laurence Craig*, *William W. Park*, *Jan Paulsson* "International Chamber of Commerce Arbitration, III Edition, s. 110, 347.

att grunda sin dom direkt på gällande lag, utan dessa ges vidare möjligheter till skälighetsprövning. Skiljemännen kan emellertid inte åsidosätta centrala tvingande normer av typ *ordre public*. Det är dock skäl att notera att skiljemännen även som *amiable compositeur* fungerar som skiljeman med uppgift att uppgöra en sådan skiljedom som kan verkställas även mot en tredskande part. Inom den nordiska rättskulturen vinner skälighetssynpunkter allmänt tillämpning inom det normala skiljeförfarandet, varför användningen av skiljemän i rollen av *amiable compositeur* är relativt okänd.

De fundamentala skillnaderna i skiljemannens och medlarens roll gör att en förening av dessa medför stora utmaningar[10]. På grund av dessa grundskillnader kan man med fog ställa frågan huruvida skiljemän överhuvud har en roll som medlare, då tvivel kan uppstå angående deras neutralitet och oberoende, och då jävsinvändingar kan uppstå med påföljden att domens verkställighet ställs i fara. Som av det följande framgår har dessa frågor besvarats på avvikande sätt i olika rättssystem.

## Skiljemän som medlare

Inom den inhemska doktrinen har inställningen till skiljemännens roll som medlare präglats av förbehåll. Sålunda uttalade sig *Reino Erma* år 1987 på följande sätt:

> ”*En skiljeman kan inte samtidigt fungera såsom medlare mellan parterna. Ifall han engagerar sig som medlare förlorar han i praktiken sin ställning som skiljeman och hamnar i en situation där han inte kan anses vara neutral och oberoende. En skiljeman kan sålunda inte ta initiativ som medlare, men ifall parterna uppnår förlikning har skiljemannen rentav skyldighet att fastställa förlikningen, ifall så önskas.*”[11] (Fri översättning.)

Enligt gällande lag om skiljeförfarande (967/1992) kan skiljemännen på parternas begäran genom skiljedom fastställa en förlikning som uppnåtts mellan dessa (33 §). Däremot innehåller lagen inga stadganden angående skiljemäns funktion som medlare. Med utgångspunkt i principerna för partsautonomi och avtalsfrihet torde det dock vara klart att frågan om skiljemännens möjligheter att medla faller inom ramen för avtalsfriheten. Med parternas samtycke kan skiljemännen sålunda befordra förlikning och vid behov fungera som medlare vid sidan

---

[10] Se till exempel *Hoellering*, Comments on the Growing Inter-Action of Arbitration and Mediation, I verket *van den Berg* (red.): ICCA Congress Series No 8, International Dispute Resolution: Towards an International Arbitration Culture (1998) s. 124: ”*– – it continues to be conventional wisdom that arbitration and mediation operate best when employed as separate processes, since each has its own purpose and ultimate morality.*” Se även *Abramson*, Protocols for International Arbitrators Who Dare to Settle Cases, American Review of International Arbitration (1999) avsnitt VI, vari konstateras att: ”*settlement efforts inherently pose the risk that either the arbitrators will be disqualified or will act so cautiously as to undermine the effectiveness of settlement efforts.*”

[11] Se *Erma*, Välimiesmenettely ja hyvän tavan vaatimukset, Defensor Legis 1987 s. 241. Även *Mikkola* och *Puhakka* tycks förhålla sig kritiskt till skiljemäns roll som medlare i det att de påpekar att ”*välimiehellä on riidanratkaisijan – ei sovittelijan rooli – osapuolten kiistassa*”; se *Mikkola – Puhakka*, Välimiesmenettelyn etiikasta, Defensor Legis 2002 s. 88. Jämför *Möller*, Välimiesmenettelyn perusteet (1997) s. 59, i vilken parternas avtalsfrihet i detta fall ges en avgörande roll. Enligt *Möller* borde skiljemännen inte framlägga förslag om förlikning som lösning i ärendet ifall någondera parten motsätter sig det.

om det egentliga skiljeuppdraget. I denna verksamhet är skiljemännen dock skyldiga att tillse att deras roll som medlare inte påverkar deras neutralitet och oberoende med en ökad fara för klander av skiljedomen som följd, ifall medlingen av någon orsak inte leder till förlikning.

Skiljemännens möjligheter att fungera som medlare måste bedömas enligt rättsnormerna i den jurisdiktion, under vilken skiljeförfarandet äger rum. Härvid kan konstateras att inställningen till denna fråga varierar i betydande mån i olika rättskulturer. Traditionellt har sålunda inställningen i många *common law* -länder varit negativ.[12] En motsatt uppfattning har rått i vissa kontinentaleuropeiska länder såsom Tyskland, där såväl skiljemän som domare aktivt deltar i processen genom diskussioner med parterna om för avgörandet relevanta fakta, om tillämpliga rättsnormer, samt genom ställningstaganden till bevisningen redan under processens gång. Inom denna rättskultur har skiljemännens aktiva medlingsförsök t.o.m. ansetts vara att föredra.[13]

Inom nyare rättslitteratur kan man se tecken på ett närmande mellan de olika rättskulturerna i frågan om skiljemännens roll som medlare. Man har noterat att lagstiftningen ändrats i vissa *common law*-länder under 1990-talet sålunda att skiljemännen direkt ges möjlighet att fungera som medlare.[14] Vissa internationella skiljeinstitut och intresseorganisationer har under senare år antagit regler och rekommendationer, i vilka man betonat skiljemännens uppgift att befordra förlikning mellan parterna. Sålunda konstateras t.ex. i WIPO:s (World Intellectual Property Organization) regler att

> *"The Tribunal may suggest that the parties explore settlement at such times as the Tribunal may deem appropriate".*[15]

Vidare konstaterar IBA (International Bar Association) följande i sina etiska regler för skiljemän:

> *"Where the parties have so requested, or consented to a suggestion to this effect by the arbitral tribunal, the tribunal as a whole (or the presiding arbitrator where appropriate), may make*

---

[12] Se *Schneider*, Combining Arbitration with Conciliation, i verket *van den Berg* (red.): ICCA Congress Series No 8, International Dispute Resolution: Towards an International Arbitration Culture (1998) s. 78; *Plant*, ADR and Arbitration, i verket *Newman – Hill* (red.): The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration (2004) s. 251–252; *Berger* ibid. s. 398.

[13] I litteraturen har framförts att av länderna på den europeiska kontinenten förhåller man sig positivt till skiljemäns förlikningsverksamhet förutom i Tyskland åtminstone i Österrike, Schweiz och Holland; se *Raeschke-Kessler*, Making Arbitration More Efficient – Settlement Initiatives by the Arbitral Tribunal, International Business Lawyer (april 2002) s. 159; *Schneider* ibid. s. 61–65 och 78–80; *Plant* ibid. s. 252; *Berger* ibid. s. 398. Även i asiatiska kulturer godkänner man ett aktivt befrämjande av förlikning av skiljemännen. Till exempel enligt Hong Kongs och Singapores lagar om skiljemannaförfarande kan skiljemännen fungera som medlare utan att detta skulle ifrågasätta deras förmåga att fungera som skiljemän i samma ärende. Enligt *Collins: "These provisions reflect Asian, and particularly Chinese culture, where there is a strong preference for a negotiated solution over the confrontational, adversial approach which is favoured in the West."* Se *Collins* ibid. s. 335–336.

[14] Se *Schneider* ibid. s. 80–81 och *Berger* ibid. s. 398–399, vari hänvisas till bland andra Kanadas och Australiens lagar om skiljemannaförfarande.

[15] Se WIPO Arbitration Rules, artikel 65(a). Se även *Plant* ibid. s. 250; *Berger* ibid. s. 399.

*proposals for settlement to both parties simultaneously, and preferably in the presence of each other*".[16]

Vid ICCA's (International Council for Commencial Arbitration) 17. konferens i Beijing i maj 2004 diskuterades även skiljemännens roll som medlare. Vid diskussionerna kunde konstateras att medling traditionellt har en viktig funktion vid tvistlösning i de asiatiska rättskulturerna, och att denna tradition förblivit ett viktigt element också vid förnyelsen av reglerna för skiljeförfarande i denna del av världen. Den fortgående globaliseringen av handel och industri bidrar för sin del till att befordra ett närmande mellan de olika rättsliga kulturerna också på detta område.

Av det föregående framgår att det ur det internationella perspektivet sett pågår en utveckling mot en öppnare inställning beträffande skiljemännens roll som medlare i tvister. Betydande skillnader kvarstår dock ännu i frågan om vilken grad av aktivitet som kan anses vara godtagbar hos skiljemännen. I synnerhet i tvister av internationell karaktär, där skiljemän, parter och ombud kan representera olika rättskulturer, bör skiljemännen vara uppmärksamma på att frågan kan ses på olika sätt. Det kan härvid vara ändamålsenligt att redan i processens inledningsskede diskutera med parterna om önskemål beträffande processledningen och beredskapen för någon form av medling inom ramen för skiljeförfarandet.[17]

I det följande granskas de tillvägagångssätt som står skiljemännen till buds vid försök att bilägga tvisten genom förlikning (avsnitt "Hur kan skiljemännen befordra förlikning?") samt vissa praktiska synpunkter vid sådan medling (avsnitt "Vissa praktiska synpunkter gällande förlikning").

## Tillvägagångssätt vid medling

### Hur kan skiljemännen befordra förlikning?

#### *Frågor angående förlikningsmöjligheterna*

I sin enklaste form begränsas skiljemännens roll vid förlikning till en förfrågan till parterna – i ett lämpligt skede av förfarandet – om de har övervägt möjligheterna till förlikning och

[16] Se IBA Rules of Ethics for International Arbitrators, punkt 8. Även i American Arbitration Association (AAA):s etiska regler gällande skiljemän som trädde ikraft 1.3.2004 utgår man från att skiljemännen kan delta i befrämjandet av förlikning med parternas samtycke, men att skiljemännen skall undvika att pressa parterna till förlikning. Se AAA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes, regel IV.F: "*Although it is not improper for an arbitrator to suggest to the parties that they discuss the possibility of settlement or the use of mediation, or other dispute resolution processes, an arbitrator should not exert pressure on any party to settle or to utilize other dispute resolution processes. An arbitrator should not be present or otherwise participate in settlement discussions or act as a mediator unless requested to do so by all parties.*" Se även *Plant* ibid. s. 250–251; *Schneider* ibid. s. 81; *Raeschke-Kessler* ibid. s. 159.

[17] Se *Möller* ibid. s. 59; *Savola*, Muut ratkaisut kuin lopulliset välitystuomiot välimiesmenettelyssä, Defensor Legis 2003 s. 403.

huruvida skiljemännen på något sätt kan bistå vid ett sådant försök. Att fästa parternas uppmärksamhet vid möjligheten till en förlikning och en uttalad beredskap att medverka genom att befordra en sådan lösning, kan inte i regel skapa problem för skiljemännen. Grundade mistankar angående skiljemännens neutralitet och oberoende kan knappast uppstå på grund av en sådan förfrågan.[18]

En annan fråga är hur ändamålsenlig en sådan insats från skiljemännens sida i praktiken kan vara. I de flesta skiljeförfaranden har parterna redan före anhängiggörandet förhandlat och uttömt alla möjligheter till förlikning, med den påföljd att skiljemännens förfrågan om medling kanske endast förblir en formalitet. I rättslitteraturen har det dock framförts att vissa initiativ från skiljemännens sida även i ett sådant läge kan öppna en låst situation och tjäna som utgångspunkt för en förlikning. Med *Schneiders* ord:

> ”*– – parties are often reluctant to show willingness to settle because they may fear that this shows weakness. This is the case in particular before the arbitrator whom they want to impress by their confidence in the strength of the case. An initiative from the arbitral tribunal can be helpful to Ôbreak the ice' and may bring about a settlement attempt which one or all parties secretly may desire. Thus, there are good reasons to argue that the arbitral tribunal should take the initiative when it has reasons to believe that at least one of the parties seeks a settlement*”.[19]

Skiljemännen har dock skäl att komma ihåg att parterna uttryckligen utsett dem att avgöra tvisten i en *slutlig och verkställbar dom*, efter det att parterna själva misslyckats i att finna en lösning. För att undvika tvivel hos parterna om skiljemännens avsikt och förmåga att avgöra tvisten genom skiljedom, bör viss försiktighet iakttas gentemot en överbetoning av fördelarna vid förlikning, i synnerhet i processens inledande skeden. En viss försiktighet är även motiverad för att undvika en felaktig uppfattning hos parterna om att skiljemännen skulle antecipera att ingendera partens krav kommer att kunna godkännas i sin helhet. Med *Collins* ord:

> ”*– – parties (and especially their lawyers) tend closely to analyse everything an arbitrator says, in order to determine whether the omens are good or bad. A suggestion that the parties might consider settlement is often if not always going to be tantamount to an indication that neither will be completely successful if the dispute is fought to the bitter end. At times, a suggestion along these lines will be sensible; at other times it will not. Certainly, an arbitrator should always be mindful of the signals that he gives. He ought not to urge settlement on parties against their will. He also ought to be astute not to give the impression that he is keen to abdicate his role by urging upon the parties a solution that will relive him of the need to decide the case.*”[20]

---

[18] Se *Collins* ibid. s. 336; *Schneider* ibid. s. 72.

[19] Se *Schneider* ibid. s. 85. Se även *Schneider* ibid. s. 72 och *Berger* ibid. s. 399.

[20] Se *Collins* ibid. s. 334. Se även *Schneider* ibid. s. 85–86; och *Raeschke-Kessler* ibid. s. 161, vari konstateras att: ”*At various stage of the arbitration, the arbitral tribunal may ask whether the parties have tried to settle and whether it can be of assistance. In making this enquiry, the chairman of the tribunal should state that he asks this question in every arbitration and is not doing so because he thinks that the particular arbitration before him should be settled. The arbitral tribunal may never give rise to the suspicion that it hopes for a settlement in order to be relieved from the task of writing a reasoned award.*”

I utländsk litteratur har det även framförts att skiljemännen speciellt i internationella förfaranden rentav skulle ha en skyldighet att fråga parterna angående möjligheterna till förlikning och huruvida skiljemännen kan bistå parterna därvid. T.ex. *Brown-Marriot* har uttalat sig på följande sätt:

> *"Best modern practice recognises that arbitrators have an obligation to enquire of parties whether there is anything that the arbitrators can do by consent to assist the parties to achieve settlement."*[21]

Såhär långtgående skyldigheter kan skiljemännen knappast anses ha i våra nordiska rättssystem. Skiljemännens uppgift är att avgöra parternas tvist genom en rättskraftig skiljedom, som på ett slutligt sätt reglerar parternas rättigheter och skyldigheter i den tvist som är föremål för skiljeförfarandet. Man kan inte anse att skiljemännen gör sig skyldiga till försummelse ifall de trots parternas önskemål skulle underlåta att aktivt engagera sig för en medling av tvisten.[22]

### *Förslag till att engagera en utomstående medlare*

Skiljemännen har som andra alternativ även möjlighet att föreslå för parterna att skiljeförfarandet överförs till förlikningsförfarande lett av en utomstående medlare. Eftersom skiljemännen i det fallet inte själva deltar aktivt i förlikningsförfarandet kan ett sådant förslag inte vara problematiskt med tanke på skiljemännens neutralitet och oberoende.[23]

Ifall ärendet överförs till ett utomstående förlikningsförfarande kan man fråga sig huruvida det trots allt är skäl att fortsätta skiljemannaförfarandet eller om det kan avbrytas. Det torde vara klart att skiljeförfarandet kan avbrytas för den tid som förlikningsförfarandet varar ifall samtliga parter ger sitt samtycke härtill. Om någon av parterna motsätter sig att skiljeförfarandet avbryts torde det vara skiljemännens skyldighet att fortsätta behandlingen i syfte att avge en dom i normal ordning, även om det samtidigt skulle pågå ett förlikningsförfarande i samma ärende. Ett alltjämt fortsatt skiljeförfarande kan vara önskvärt även på den grunden att en klar tidsfrist för när förlikning måste åstadkommas kan underlätta framskridandet av förlikningsförhandlingarna. Samtidigt garanteras det i så fall att uppnåendet av en slutlig lösning i ärendet inte i onödan fördröjs även om förlikningsförfarandet skulle komma att misslyckas.[24]

Problemen i samband med skiljemännens föreslag till förlikning är desamma som vid en preliminär förfrågan om möjligheten till förlikning. Parterna kan tolka skiljemännens initiativ

---

[21] Se *Brown – Marriott*, ADR Principles and Practice (2nd edition, para. 4–142); lånat från artikel *Collins* ibid. s. 335.
[22] Så även *Collins* ibid. s. 343.
[23] Se *Collins* ibid. s. 337; *Schneider* ibid. s. 72–74. Se även AAA Commercial Arbitration Rules, punkt R-8 (Mediation): *"At any stage of the proceedings, the parties may agree to conduct a mediation conference under the Commercial Mediation Procedures in order to facilitate settlement. The mediator shall not be an arbitrator appointed to the case. Where the parties to a pending arbitration agree to mediate under the AAA's rules, no additional administrative fee is required to initiate the mediation."*
[24] Se *Schneider* ibid. s. 74; *Abramson* ibid. avsnitt IV, punkt 11. Jmf. *Collins* ibid. s. 337, enligt vilken det rekommenderas att skiljemannaförfarandet avbryts ifall motparten önskar förlikning. *Collins* tycks likväl anse att avbrottet inte borde vara långvarigt.

som ett ställningstagande i frågan om parternas chanser till framgång i själva skiljeförfarandet. Skiljemännen bör alltså undvika att utforma sitt förslag så att detta ge en antydan om att de skulle vara ovilliga eller oförmögna att avgöra den tvistefråga som hänskjutits till dem för avgörande.[25]

### *Identifiering av tvistefrågorna*

Skiljemännen kan befordra en förlikning även indirekt genom att fästa parternas uppmärksamhet vid sådana omständigheter som kan vara relevanta för tvistens avgörande. Detta kan ske på ett naturligt sätt inom ramen för den normala processledningen. Denna möjlighet för skiljemännen har noterats bl.a. i IBA:s regelverk angående bevisning i internationella skiljeförfaranden på följande sätt:

> *"Each Arbitral Tribunal is encouraged to identify to the Parties, as soon as it considers it to be appropriate, the issues that it may regard as relevant and material to the outcome of the case, including issues where a preliminary determination may be appropriate."*[26]

Man kan med goda skäl förmoda att skiljemännens neutralitet och oberoende inte kan ställas under tvivel, även om de i processen identifierar vissa för avgörandet relevanta frågor och bringar dessa till parternas kännedom.[27]

I internationell praxis har skiljemännen dock ofta gått längre än detta på så sätt att parterna delgivits preliminära synpunkter gällande tvistens substans och gällande bevisningen redan före domen.[28] Inom vissa rättssystem kan skiljemännen även i övrigt öppet diskutera de för avgörandet relevanta frågorna, såsom bevismaterialet och de tillämpliga rättsreglerna. Fördelarna med detta förfarande har betonats speciellt i den tyska doktrinen. T.ex. *Hafner* ger följande uttalande:

> *"The insight gained during the course of discussions on rights into the opinion being formed by the arbitrator is often good for encouraging the parties' willingness to settle. If they know how the person who will decide their dispute is thinking, the scope of their hopes and fears is reduced. The parties obtain an additional and important basis for estimating their chances in the procedure, which rarely leads to an agreement. Even where the discussion of rights does not lead to a settlement, the arbitrator can succeed in achieving agreement on individual issues which are either of secondary importance to the overall result of the process, or where the effort of conducting evidentiary proceedings would be disproportionately large."*[29]

---

[25] Se *Schneider* ibid. s. 85–86; *Collins* ibid. s. 334; *Raeschke-Kessler* ibid. s. 161.
[26] Se IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration (1999) preambeln, punkt 3.
[27] Se *Schneider* ibid. s. 75; *Raeschke-Kessler* ibid. s. 161.
[28] Se *Schneider* ibid. s. 74–76, 88–89; *Berger* ibid. s. 400–402.
[29] Se *Hafner*, Gespräche zwischen Schiedsgericht und Parteien (1998), citat och översättning från artikeln *Berger* ibid. s. 401 (fotnot 88). Se även *Schneider* ibid. s. 76: "*– – it is submitted that the most effective form for an arbitrator to promote settlement, short of engaging himself in a settlement attempt, is a discussion with the parties of their case, indicating to them the strength and weaknesses, subject of course to revision as the case proceeds.*"

I den internationella rättslitteraturen har man dock betonat problemen i samband med en evaluering av tvistens substans under pågående process. Förfarandet synes inte ha acceptans i flere centrala rättssystem.[30] Fastän skiljemännens aktivitet i denna form i vissa fall kan befordra förlikning på ett effektivt sätt, medför det samtidigt uppenbara olägenheter. Parternas förtroende till skiljemännens neutralitet och oberoende kan lätt rubbas genom ställningstaganden av dessa i sakfrågor, speciellt i situationer där alla betydelsefulla argument och bevis ännu inte framförts. Med *Collins* ord:

> ”*– – any indication by an arbitrator that he favours one party's case over that of the other, particularly in advance of hearing any evidence or argument on the points at issue, is likely to expose him to a challenge on the ground that he lacks impartiality. This may lead to his having to resign or (a worse alternative from the perspective of the ultimately successful party) to the losing party subsequently mounting a successful challenge to the award, or resisting its enforcement in its own jurisdiction.*”[31]

Enligt min mening kan en förtida evaluering av sakfrågor från skiljemännens sida medföra så pass betydande risker att skiljemännen i regel bör avstå från detta. Ifall parterna uttryckligen önskar sådana insatser från skiljemännen, bör dessa försöka gardera sig genom adekvata friskrivningsavtal mot senare påståenden om jäv. Skiljemännen bör kunna garantera att en slutlig och verkställbar skiljedom kan avges under alla förhållanden.[32]

### *Presentation av förlikningsförslag*

Skiljemännen har i princip rätt att framlägga konkreta förlikningsförslag om parterna så önskar. Denna möjlighet har beaktats bl.a. i IBA:s etiska regler för skiljemän.[33]

Olika uppfattningar har framförts i rättslitteraturen om skiljemännens möjligheter att framföra förlikningsförslag på eget initiativ. Många är av åsikten att detta endast kan ske på uttrycklig önskan från parternas sida, eller åtminstone med deras samtycke. Olika

---

[30] Se *Bühring-Uhle – Scherer – Kirchhof*, The Arbitrator as Mediator – Some Recent Empirical Insights, Journal of International Arbitration 20(1): 2003 s. 85–86, enligt vilken det i empirisk forskning har kommit fram att en klar majoritet av skiljemän från andra länder än Tyskland anser detta tankesätt vara opassande. Det är dessutom uttryckligen förbjudet i vissa skiljedomsinstituts regler. Se till exempel LCIA Rules, artikel 5(2): ”*– – No arbitrator, whether before or after the appointment, shall advise any party on the merits or outcome of the dispute*.”

[31] Se *Collins* ibid. s. 337. – Det att skiljemän evaluerat bedömer ärendets meriter för även med sig den risken att skiljemännen (medvetet eller omedvetet) kan överdriva svagheterna i parternas argumentation, varvid denna kan komma att samtycka till en för sin egen del ofördelaktig förlikning på grund av den felaktiga eller bristfälliga information denne fått av skiljemannen. Se *Schneider* ibid. s. 89, vari även påpekas att: ”*the arbitral tribunal must avoid any exaggerations, be it in the expected costs or duration of the arbitration, in the risk of a negative outcome or even with respect to an uncertainty of the outcome when in reality it has reached a clear view for or against a party on a certain issue*”.

[32] Angående tillvägagångssätt som står skiljemännen till buds se nedan i avsnitt ”Avtal om tillvägagångssätt” framförda synpunkter.

[33] Se IBA Rules of Ethics for International Arbitrators, punkt 8: ”*Where the parties have so requested, or consented to a suggestion to this effect by the arbitral tribunal, the tribunal as a whole (or the presiding arbitrator where appropriate), may make proposals for settlement to both parties simultaneously, and preferably in the presence of each other.*”

åsikter har även framförts angående ändamålsenligheten av sådana förslag från skiljemännens sida.[34]

Riskerna i samband med ett förlikningsförslag är uppenbara ifall medlingen inte leder till resultat och skiljeförfarandet fortsättes till en slutlig dom. Parternas förtroende för skiljemännen har kanske med goda skäl rubbats genom förlikningsförslagets innehåll. För en minimering av jävsrisken gör nog skiljemännen klokt i att avhålla sig från konkreta förlikningsförslag på eget initiativ.

Även i de fall då parterna uttryckligen önskar ett förlikningsförslag är det i regel motiverat att framlägga ett sådant först i det skedet av processen då alla relevanta argument och bevis presenterats. Endast i detta skede har skiljemännen möjlighet att skapa sig en välgrundad uppfattning om tvistens substans och dess sannolika utgång.[35]

Ifall skiljemännen framlägger ett förslag till förlikning, bör dess upplägg och konkreta innehåll överensstämma med det av parterna givna mandatet och med omständigheterna i övrigt. Sålunda kan förslaget vara detaljerat och innehålla en slutlig reglering av tvisten, vilken parterna kan godkänna eller förkasta; alternativt kan förlaget endast ange principiella riktlinjer som en grund för parternas interna förhandling om alla detaljer. Väsentligt är att förlikningsförslaget är tillräckligt motiverat så att parterna kan förstå och acceptera skiljemännens tankar.[36]

### *Separata förhandlingar med parterna (”caucusing”)*

Ett av de effektivaste redskap som står en extern medlare till förfogande, är möjligheten att bedriva separata och konfidentiella diskussioner med parterna angående ärendets meriter och förutsättningarna för en förlikning (”caucusing”). Som en fördel med detta förfarande har man sett möjligheterna att undvika konfrontationer på grund av motpartens närvaro samt möjligheten till öppna och förtroliga samtal om styrka och svagheter i parternas position.[37]

Diskussioner av denna typ rimmar dock sällsynt illa ihop med skiljeförfarandets natur. På grund av neutralitetskravet bör skiljemännen undvika enskilda diskussioner utan närvaro av alla parter. Förtroendet till skiljemännens neutralitet kan med fog rubbas ifall skiljemännen diskuterar för avgörandet relevanta frågor och utsikterna för förlikning utan närvaro av övriga parter.[38] Även i IBA:s etiska regler har uppmärksamhet fästs vid detta problem:

---

[34] Se *Schneider* ibid. s. 90; *Raeschke-Kessler* ibid. s. 161–162.

[35] Se även *Raeschke-Kessler* ibid. s. 161; *Plant* ibid. s. 256–257; *Berger* ibid. s. 401.

[36] Se *Schneider* ibid. s. 90; *Raeschke-Kessler* ibid. s. 161–162.

[37] Se *Schneider* ibid. s. 90–95; *Raeschke-Kessler* ibid. s. 162. – I institutionellt förlikningsförfarande är medlarens rätt att hålla separata förhandlingar med part utan att motparten är närvarande ofta inskriven i reglerna över förlikningsförfarande. Se exempelvis Finlands Advokatförbunds regler över förlikningsförfarande punkt 7 (Noudatettava menettely): ”*Ellei toisin ole sovittu, sovittelijalla on oikeus käydä luottamuksellisia keskusteluja kummankin asianosaisen kanssa erikseen ja vastaanottaa asianosaisilta aineistoa ehdoin, ettei sitä saateta vastapuolen tietoon.*”

[38] Se *Collins* ibid. s. 338; *Abramson* ibid. avsnitt IV, punkt 7. – Enligt empirisk forskning avböjer man huvudsakligen tanken på separata förhandlingar mellan skiljemän och parter även i internationellt skiljemannaförfarande. Se *Bühring-Uhle – Scherer –Kirchhof* ibid. s. 87.

> *”Although any procedure is possible with the agreement of the parties, the arbitral tribunal should point out to the parties that it is undesirable that any arbitrator should discuss settlement terms with a party in the absence of the other parties since this will normally have the result that any arbitrator involved in such discussions will become disqualified from any future participation in the arbitration.*”[39]

I rättslitteraturen har man även noterat att ”caucusing” inte inom skiljeförfarandet kan vara ett lika effektivt redskap som inom medling, eftersom parterna kan vara obenägna att diskutera sina svagheter med en sådan medlare som vid ett misslyckat medlingsförsök kommer att avgöra tvisten som skiljeman.

Fastän skiljemännen med parterna överenskommit att lämna konfidentiell information som emottagits vid ”caucusing” utan beaktande vid en eventuell skiljedom, kan parterna med goda grunder förmoda att ett förtroligt avslöjande av svagheter i partens ställning ändå kan få en negativ betydelse vid uppgörande av domen. Med *Collins* ord:

> *”– – if the parties confide in the person who, if their settlement efforts prove unsuccessful, is going to go on to decide their dispute, there is plainly a risk that he will be unable to put that information wholly out his mind when he comes to make his decision – – it is one thing not to base decision on inadmissible or confidential material; it is quite another thing not to be influenced by it, albeit perhaps only subconsciously. What, for example, if party A were to confide in the arbitrator, while he was in the role of a mediator, that it recognized that its case was weak, or that its witness was unreliable? When the argument is later presented, or the witness tendered to give evidence, is it not highly probable that the arbitrator will be influenced by the knowledge that the party putting the argument or evidence forward does not believe in its own case, or its own witness? Particularly where credibility is in issue, the task facing the arbitrator in deciding whose evidence to prefer is often not an easy one.*”[40]

På grund av de problem som lätt kan uppstå vid separata förhandlingar utan närvaro av alla parter, kan denna arbetsmetod inte rekommenderas i samband med skiljeförfarande. Detta trots de åsikter som framförts i internationell rättslitteratur, varvid fördelarna med av parterna önskad ”caucusing” betonats.[41] I avsikt att säkerställa ett sakligt skiljeförfarande i en situation då parternas förlikningsförsök strandat, talar goda skäl för att skiljemännen bör avhålla sig från separata överläggningar utan närvaro av alla berörda.[42]

---

[39] Se IBA Rules of Ethics for International Arbitrators, punkt 8.

[40] Se *Collins* ibid. s. 338–339.

[41] I litteraturen har exempelvis *Schneider* och *Raeschke-Kessler* förhållit sig försiktigt positiva till ”caucusing” *Schneider* ibid. s. 92–95 och *Raeschke-Kessler* ibid. s. 162. *Abramson* å sin sida utgår ifrån att huvudregeln är att man borde undvika att hålla separata förhandlingar, men ifall parterna trots allt önskar att de hålls borde skiljemännen se till att parterna är medvetna om de risker som hänför sig till förfarandet. *Abramson* påpekar även att risken med separata förhandlingar varierar beroende på tvistens natur: ”*Caucuses are less risky when the settlement effort is focused on forward-looking solutions such as a continuing business relationship instead of backward-looking issues of the type that typically arise in arbitration… If the settlement discussions can be separated in time or subject matter from the issues in the arbitration, the arbitrator is much less likely to be infected from the settlement discussions with off-the-record information or impressions that may affect the arbitrator's view of the merits of the issues being arbitrated on the record.*” Se *Abramson* ibid. avsnitt IV, punkt 7 och avsnitt V.

[42] Se även *Schneider* ibid. s. 95, som i sina slutsatser konstaterar att även om parterna kan avtala om enskilda förhandlingar så har skribenten själv ”*clear preference for conducting settlement discussions in the presence of all parties concerned*”.

## Vissa praktiska synpunkter gällande förlikning

### *Avtal om tillvägagångssätt*

När skiljemän på begäran eller med tillstånd av parterna medverkar till att förlikningen framskrider, är det viktigt att parterna och skiljemännen noggrant kommer överens om de förhållningsregler som skall iakttas under förlikningsförfarandet, med hjälp av vilka de risker som skiljeförfarandet utsätts för ifall förlikningssträvandena misslyckas minimeras.

Skiljemännens förlikningsverksamhet måste till samtliga delar grunda sig på parternas samtycke. Partena måste uttryckligen på förhand godkänna de förhållningsregler som skiljemännen har för avsikt att iaktta i sin medling. För att säkerställa att parternas samtycke är giltigt, är det viktigt att de frågor kring jäv som förlikningen kan aktualisera i förhållande till skiljemännen noggrant redogörs för för parterna, så att parternas samtycke grundar sig på full medvetenhet om eventuella problem i förlikningen.[43]

Ifall parterna avstår från att inlägga jäv mot skiljemännen på den grunden att skiljemännen som en följd av förlikningen skulle ha förlorat sin neutralitet och sitt oberoende, är det skäl att inhämta parternas uttryckliga förbindelse härtill innan förlikningsförfarandet inleds. Skiljeförfarandelagens regler om jäv har i Finland och i allmänhet även i andra länder ansetts som tvingande i den bemärkelsen, att parterna inte för sin egen del på ett bindande sätt kan avstå från att inlägga jäv mot skiljemännen innan de har blivit medvetna om omständigheter som ligger till grund för jävet. Trots detta har förlikning i rättslitteraturen ansetts tjäna ett så pass viktigt syfte att parterna har ansetts inneha rätten att på förhand avstå från att inlägga jäv mot skiljemännen på den grunden att dessa har deltagit i förlikningsförfarandet.[44] Min åsikt är att denna uppfattning med fog kan understödas.

Skiljemännen skall tillse att parternas förhandsavsägande av rätten att inlägga jäv mot skiljemännen sker bevisligen. Parternas avsägelseförbindelse kan endera avges i en separat handling, eller intas i protokollet över skiljedomstolens sammanträde som parterna bestyrker med sina underskrifter. Förhandsavsägelsen är formfri, men parternas viljeförklaring måste framgå tillräckligt entydigt ur den. I litteraturen har *Raeschke-Kessler* rekommenderat följande engelska formulering:

> ”*The Parties agree, that the Arbitral Tribunal may assist them in finding a settlement by participating in settlement negotiations and/or by making a settlement proposal. Any such assistance rendered shall not give reason to challenge the Arbitral Tribunal or an Arbitrator on grounds of lack of impartiality.*”[45]

Det rekommenderas att skiljemännen och parterna även kommer överens om att varken parterna eller skiljedomstolen, ifall försöket till förlikning misslyckas, har rätt att använda sig

---

[43] Se *Schneider* ibid. s. 8 och 87; *Collins* ibid. s. 341; *Abramson* ibid. Avsnitt IV, punkterna 10 och 12.
[44] Se. *Savola*, Recension av verket *Heuman*: Arbitration Law of Sweden: Practice and Procedure, Defensor Legis 2004 s. 129–130. Samma gällande svensk rätt *Heuman* ibid. s. 238.
[45] Se *Raeschke-Kessler* ibid. s. 160.

av de omständigheter, invändningar eller erbjudanden som i samband med förlikningsförfarandet framförts konfidentiellt i syfte att uppnå förlikning.[46] Ifall skiljemännen går med på parternas begäran att i förlikningssyfte separat förhandla konfidentiellt med dessa (”caucusing”), är det skäl för skiljemännen och parterna att sinsemellan detaljerat avtala om vilka förhållningsregler som skall iakttas vid sådana förhandlingar.[47]

Det kan även vara ändamålsenligt för skiljemännen och parterna att komma överens om en tidsfrist för förlikningsförfarandet. Genom att sätta ut en deadline för uppnående av förlikning minskas risken för att förlikningsförfarandet skulle användas med oärliga motiv i syfte att förlänga tvisten och obstruera skiljemannaförfarandet.[48] Särskilt viktigt är detta när det endera i skiljeavtalet eller i de institutsregler som tillämpas på förfarandet avsatts en viss tid för avgivande av skiljedom. Skiljemännen och parterna borde därtill avtala om det sätt på vilket skiljemännens arvode bestäms när de verkar som medlare i saken. Det är även motiverat att separat avtala om kostnadsfördelningen mellan parterna i det fall att förlikning uppnås eller misslyckas.[49]

### *Vilka skiljemän skall delta i förlikningen?*

När skiljedomstolen består av tre medlemmar är det vanligt att endera alla skiljemän eller enbart ordföranden deltar i förlikningsförfarandet. Denna utgångspunkt ingår till exempel i IBA:s etiska regler för skiljemän.[50] Skiljemännen och parterna kan även avtala om andra förhållningsregler ifall de anser det vara ändamålsenligt.

I litteraturen har det emellanåt rekommenderats ett alternativt tillvägagångssätt, enligt vilket skiljedomstolens ordförande avstår från att delta i förlikningsförfarandet och enligt vilket endast de av parterna utsedda skiljemännen medverkar till uppnående av förlikning. Fördelen med denna metod har ansetts vara att parterna kan komma överens om att skiljedomstolens ordförande ensam kan fortsätta skiljemannaförfarandet och avge skiljedom i ärendet, ifall försöken till förlikning misslyckas och skiljemännens neutralitet och oberoende på grund av detta möjligen har äventyrats. Risken med ett omvänt förfarande – vari endast skiljedomstolens ordförande deltar i förlikningsförfarandet – anses enligt detta tänkesätt vara att de av parterna utsedda skiljemännen inte förmår avge en skiljedom i ärendet ifall de är oeniga om dess innehåll efter att ordföranden som en följd av förlikningsförfarandet blivit jävig.[51]

---

[46] Se *Raeschke-Kessler* ibid. s. 162; *Collins* ibid. s. 341; *Abramson* ibid. avsnitt IV, punkterna 5 och 9. Så även *Plant* ibid. s. 260, enligt vilken på annat sätt kan avtalas ifall parterna så önskar.

[47] Se *Collins* ibid. s. 341; *Abramson* ibid. avsnitt IV, punkt 7 och 8; *Schneider* ibid. s. 87.

[48] Se *Collins* ibid. s. 341; *Abramson* ibid. avsnitt IV, punkt 11.

[49] Se *Plant* ibid. s. 261; och *Collins* ibid. s. 341 fotnot 13, vari konstateras: ”*One possibility is that the costs of the settlement process are simply treated as costs in the arbitration, which will either be catered for as part of the settlement (if there is one) or will subsequently be the subject of an award (if there is not).*”

[50] Se IBA Rules of Ethics for International Arbitrators, punkt 8: ”*– – the tribunal as a whole (or the presiding arbitrator where appropriate), may make proposals for settlement to both parties – –* ”

[51] Se *Collins* ibid. s. 342.

Ifall skiljemännen avger ett förlikningsförslag till parterna är det med tanke på dess godkännande väsentligt att samtliga skiljemän enhälligt står bakom förslaget. För att säkerställa att förslaget accepteras skall förslaget framläggas så opartiskt som möjligt för parterna och förslaget skall motiveras för dem på ett förståeligt sätt och tillräckligt ingående.[52] Det är oftast ändamålsenligt att anförtro skiljedomstolens ordförande att framlägga förlikningsförslaget, men vid behov kan även annorlunda avtalas angående detta. Till exempel *Raeschke-Kessler* anser att det i internationella skiljeförfaranden ibland av kulturella hänsyn kan vara förnuftigt att den skiljeman som parten själv har utsett och som åtnjuter partens förtroende skall framlägga förlikningsförslaget.[53]

Enligt min åsikt är det skäl att förhålla sig reserverat till senast nämnda rekommenderade tillvägagångssätt. I såväl finländsk som internationell skiljeförfarandepraxis är den förhärskande uppfattningen den, att de av parterna utsedda skiljemännen i all sin verksamhet skall vara lika opartiska och oberoende som skiljedomstolens ordförande.[54] Det tillvägagångssätt som *Raeschke-Kessler* rekommenderar är ägnat att kompromettera denna utgångspunkt och därmed snarare tillspetsa än lindra de problem kring jäv som skiljemännens förlikningsförfarande kan ge upphov till. För att kunna minimera problemen, är det enligt min åsikt bättre motiverat att endera skiljedomstolens ordförande ensam, eller alternativt samtliga medlemmar av skiljedomstolen, deltar i förlikningen.[55]

## *Tidpunkten för förlikning*

Med tanke på framgångsutsikterna vid medling är det viktigt att skiljemännen skrider till sina åtgärder för uppnående av förlikning vid rätt tidpunkt.

Skiljemännen kan göra parterna uppmärksamma på möjligheten till förlikning redan i början av förfarandet, till exempel vid ett konstituerande möte.[56] Det finns dock goda skäl för skiljemännen att avstå från aktiva förlikningsinitiativ redan i början av förfarandet, emedan skiljemännen vanligtvis inte har förutsättningar att trovärdigt befrämja förlikning innan de har mottagit parternas huvudsakliga argument samt bevisningen. När så har skett har skiljemännen mer sannolikt erhållit parternas förtroende, vilket med tanke på uppnående av förlikning är av betydelse. För att låna *Raeschke-Kesslers* ord:

---

[52] Se *Raeschke-Kessler* ibid. s. 161.

[53] Se *Raeschke-Kessler* ibid. s. 161. Likaså *Schneider* ibid. s. 87–88, som anser att detta förhandlingssätt är att föredra särskilt när parterna och skiljemännen har sin bakgrund i olika rättskulturer. I dylika fall är det möjligt att parten lättare kan kommunicera med den skiljeman han själv utnämnt och som företräder samma rättskultur.

[54] Se t.ex. *Redfern – Hunter*, Law and Practice of International Commercial Arbitration (3rd edition, 1999) s. 210; och för Finlands del *Mikkola – Puhakka* ibid. s. 84, vari även påpekas att den amerikanska skiljemannaförfarandepraxisen skiljer sig från den europeiska på denna punkt.

[55] Se även *Plant* ibid. s. 256, enligt vilken ”*If the Tribunal serves as settlement facilitator, it is normally best if all the members of the Tribunal participate, notwithstanding that the Chair may lead the discussions*”.

[56] Se *Plant* ibid. s. 256; *Raeschke-Kessler* ibid. s. 160; och det som framförts tidigare i avsnitt ”Frågor angående förlikningsmöjligheterna”.

> ”*The right time for a settlement initiative by the arbitral tribunal will differ according to the circumstances. In any case, it has to make sure that it has received and understood the main written submissions of the parties and has given them a full chance of presenting their case at hearing – – The arbitral tribunal may not rush into settlement efforts of its own without a clear knowledge of the facts and issues of the case. Any premature attempts are doomed to fail. The parties have turned to arbitration because they have not been able to reach a settlement prior to its commencement. They need a chance to present their case to the arbitral tribunal fully and to assess their chances of success in the proceedings – – Key to the success of any settlement efforts by the arbitral tribunal is the confidence of the parties that it has mastered the file and has a clear idea of the issues in question.*”[57]

Möjligheterna till ett positivt slutresultat genom förlikning förbättras när förutom parternas ombud även parternas företrädare, som är förtrogna med tvistefrågan, deltar i förlikningsförhandlingarna. Med tanke på förlikning är den lämpligaste tidpunkten ofta i samband med en muntlig förhandling då personer som företräder partsföretagen är närvarande. Dessa partsrepresentanter är ofta bättre informerade om ärendets kommersiella aspekter och har ofta befogenhet att lösa tvisten på ett bindande sätt för det bolag de representerar.[58] Skiljemännen borde sträva till att presentera sina förslag för befrämjande av förlikning vid en tidpunkt då förlikning kan uppnås via medverkan av sådana företrädare för parterna som har beslutanderätt.

## Avslutningsvis

Vissa empiriska forskningar under den senaste tiden har visat att nästan hälften av de undersökta internationella skiljeförfarandena har kunnat avslutas genom förlikning innan skiljedom avges.[59] Statistiken vid vissa internationella skiljedomsinstitut visar dock inte lika höga siffror. Säkerligen varierar sannolikheten för förlikning kraftigt beroende på skiljemännens person och den rättskultur i vilken skiljemännen och parterna har sin bakgrund.[60] I min kännedom

---

[57] Se *Raeschke-Kessler* ibid. s. 161. I samma riktning även *Schneider* ibid. s. 86; *Plant* ibid. s. 257; *Berger* ibid. s. 401 (särskilt fotnot 89). Enligt *Plant* kan sannolikheten för förlikning öka i takt med att kostnaderna ökar och som en följd av att ”*managements of one or more parties have grown weary (or wary)*”. *Berger* å sin sida påpekar att även parternas uppfattning om möjligheten att lyckas i sina krav har kunnat bli mer realistisk efter att bevisning framlagts, vilket å sin sida kan befrämja uppnående av förlikning i detta skede.

[58] Se *Plant* ibid. s. 256; *Abramson* ibid. avsnitt IV, punkt 4; och *Schneider* ibid. s. 88, enligt vilken: ”*– – it is frequently underlined principle of successful conciliation that the meetings should be attended by high ranking members of the parties' organization, with decision-making powers. Where the parties come from distant countries, there are some hesitations to engage the time and the travel costs for such meetings; but the personal appearance and direct contact of senior executives is often of critical importance and the advantages of their presence generally outweigh these costs. Care should be taken that those who were involved in the origin of the dispute do not create a negative impact on the process when their own responsibility or emotions are involved.*”

[59] Se *Bühring-Uhle – Scherer – Kirchhof* ibid. s. 83. *Berger* har framlagt en ännu högre uppskattning, enligt vilken hela 60 % av samtliga skiljemannaförfaranden skulle upphöra pga. att förlikning uppnåtts; se *Berger* ibid. s. 398.

[60] Se *Bühring-Uhle – Scherer – Kirchhof* ibid. s. 83–84, i vilken enligt framlagt undersökningsresultat närmare 70 % av de skiljemannaförfaranden där skiljemännen och/eller parterna är tyska har slutat i förlikning. Däremot var motsvarande siffra endast drygt 30 % i skiljemannaförfaranden där skiljemännen och/parterna var amerikaner.

finns inga undersökningar över förlikningarnas andel av finländska skiljeförfaranden, men erfarenheten säger att förlikningar inte heller är ovanliga i inhemska processer.

Förlikning är därmed en viktig del av skiljeförfarandet och skickliga skiljemän kan om de så önskar befrämja chanserna för uppnående av förlikning. Skiljemännen måste ändå i all sin medlingsverksamhet komma ihåg sin främsta förpliktelse, nämligen att avge ett verkställbart avgörande i parternas tvistemål inom skälig tid och till skäliga kostnader. Skiljemännen skall värna om sin neutralitet och sitt oberoende samt om skiljedomens giltighet och slutliga natur. För att uppnå denna målsättning är det nyttigt för skiljemännen att i sin verksamhet bekanta sig med de tillvägagångssätt som beskrivits ovan i denna artikel.

Enligt rådande uppfattning har skiljemännen på parternas begäran rätt, men ingalunda någon absolut skyldighet, att befrämja dessas strävanden till förlikning. En skiljeman har vanligen skäl att vidta aktiva åtgärder för att befrämja förlikning endast om skiljeförfarandets samtliga parter så önskar. Även i detta fall bör skiljemännen enligt min åsikt överväga huruvida tvisten till sin natur är sådan att möjligheterna till förlikning kan anses vara realistiska. I andra fall kan förlikningsförsök vara oändamålsenliga och endast leda till ett uppskov med den slutliga lösningen på tvisten och en onödig ökning av kostnaderna för processen.

Det är viktigt att skiljemännen inte obefogat försöker undvika befrämjande av förlikning genom att förhålla sig onödigt negativt till detta. Om parterna önskar medling och skiljemännen anser att möjligheterna till förlikning är realistiska, borde skiljemännen ha färdigheten befrämja ett förlikningsförfarande i enlighet med parternas önskemål. När omständigheterna för förlikningsförhandlingar är goda, kan en skiljeman som åtnjuter parternas förtroende och respekt vid rätt tidpunkt och med riktiga åtgärder på ett betydande sätt befrämja en förlikning. Trenderna i vår omvärld pekar mot en positivare syn på dessa möjligheter.

En genomgång av gällande regler och nyare rättslitteratur ger mig bakgrund till följande rekommendationer:

– skiljemännen bör förhålla sig positivt till möjligheterna till en förlikning av tvister
– skiljemännen kan föreslå en utomstående medlare ifall parterna så önskar
– skiljemännen kan medverka vid förlikningsförhandlingarna endast då samtliga parter så önskar
– skiljemännen bör medverka vid förlikningsförsök endast då samtliga parter är representerade
– det är att föredra att samtliga skiljemän deltar vid förlikningsförsöken
– skiljemännen bör avhålla sig från att ge preliminära utlåtanden angående substansfrågor, i alla fall före bevisningen är slutförd
– skiljemännen bör inte ge förhandsbesked om tvistens utgång
– skiljemännen har skäl att på lämpligt sätt dokumentera att medlingen inte ger anledning till jävsinvändningar från parternas sida
– skiljemännen bör medverka vid förlikningsförsök endast då realistiska möjligheter till framgång kan antags föreligga, och då onödig försening och kostnadsökning kan undvikas.

Lea Mäntyniemi

# Vakuutusalan yhteistakuujärjestelmät

*Kysymys vakuutusyhtiöiden velvollisuudesta osallistua maksukyvyttömän kilpailijan asiakkaiden saatavien turvaamiseen*

## Taustaa

Vakuutusasiakkaiden etujen turvaaminen on vakuutusyhtiölainsäädännön ja -valvonnan keskeisin tavoite. Tämä tavoite on useimpien vakuutusyhtiölain säännösten taustalla ja ilmenee muun muassa seuraavista lain periaatteista: 1) vakuutustoiminnan harjoittaminen edellyttää toimilupaa, 2) vakuutusyhtiöt eivät voi harjoittaa muuta liiketoimintaa, 3) vakuutusyhtiöiden vakavaraisuudelle ja sijoitustoiminnalle on asetettu monia vaatimuksia, 4) valvontaa varten on erityinen viranomainen, joka valvoo vakuutusyhtiöiden talouden lisäksi esimerkiksi vakuutusyhtiöiden johdon sopivuutta ja luotettavuutta, vakuutusyhtiön omistajavaihdoksia sekä yritysjärjestelyjä.

Vakuutusyhtiölainsäädännön ensisijainen tavoite turvata vakuutusasiakkaiden edut ei tarkoita sitä, että valvonnan päätarkoituksena olisi vakuutusyhtiöiden toiminnan jatkuvuuden varmistaminen kaikissa tilanteissa vaan sitä, että yhtiön vakavaraisuuden heiketessä tilanteeseen puututaan mahdollisimman ajoissa, jotta asiakkaiden saatavat voidaan vakuutuskannan siirroilla, fuusioilla tai muilla toimin turvata. Tämä ei kuitenkaan ole aina onnistunut. Vakuutusyhtiöiden konkursseja on tapahtunut niin Suomessa kuin monissa muissakin valtioissa.

Nämä konkurssit ovat aina johtaneet pohdintaan muiden vakuutusyhtiöiden velvollisuudesta osallistua konkurssiyhtiön asiakkaiden saatavien maksamiseen. Suomessa asia oli ajankohtainen 90-luvulla Henkivakuutusyhtiö Apollon ja Kansa-ryhmään kuuluneiden vakuutusyhtiöiden konkurssien vuoksi. Tanskassa ja Saksassa asia nousi esille vuonna 2002, Tanskassa vahinkovakuutusyhtiö Plus Forsikringin konkurssin ja Saksassa henkivakuutusyhtiö Mannheimerin ongelmien vuoksi.

Niitä tilanteita varten, jolloin vakuutusyhtiön varat eivät riitä kattamaan sen vakuutussopimuksiin perustuvia vastuita, voidaan asiakkaiden taloudellisten menetysten suojaamiseksi luoda erilaisia järjestelmiä, joita vakuutusalalla kutsutaan takuujärjestelmiksi tai yhteistakuujärjestelmiksi (englannin kielessä käytetään termejä policyholder protection funds tai guarantee schemes). Tässä artikkelissa käytetään käsitettä *yhteistakuujärjestelmä*. Usein puhutaan myös vakuutusyhtiöiden yhteisvastuusta, koska järjestelmät rahoitetaan muilta vakuutus-

yhtiöiltä perittävillä maksuilla. Tosin taloudellisessa mielessä tällöin on viime kädessä kysymys vakuutuksenottajien keskinäisestä vastuusta, koska ainakin pidemmällä aikavälillä tarkasteluna vakuutusyhtiöt luonnollisesti pyrkivät siirtämään järjestelmästä aiheutuvan maksurasituksen vakuutusten hintoihin. Takuujärjestelmän rahoitus voi perustua myös valtion ja sitä kautta veronmaksajien vastuuseen, mutta näin ei vakuutusyhtiöiden osalta ole Suomessa eikä muissakaan OECD-maissa toimittu. Sen sijaan pankkien talletussuojajärjestelmän rahoituksessa myös valtiot ovat olleet mukana kuten Suomessa tapahtui 90-luvulla pankkikriisin aikana.

Markkinataloudessa järjestely, jossa kilpailijat asetetaan vastuuseen kilpailussa huonosti menestyneen ja konkurssiin ajautuneen yrityksen velvoitteista, on jo lähtökohtaisesti erikoinen. Jäljempänä jaksossa Yhteistakuujärjestelmien etuja ja haittoja kerrotaan, miksi vakuutusalalle – jopa kilpailun nimissä – halutaan luoda tällaisia järjestelmiä, mutta toisaalta esitetään myös painavia argumentteja yhteistakuujärjestelmiä vastaan. Jaksossa Suomen yhteistakuujärjestelmät selostetaan Henkivakuutusyhtiö Apollon ja Kansa-ryhmään kuuluneiden vakuutusyhtiöiden konkurssien johdosta asiasta Suomessa käytyä keskustelua sekä voimassa olevia yhteistakuujärjestelmiä. Jaksossa Tilanne EU:ssa ja muissa OECD-maissa on katsaus muiden maiden tilanteeseen, minkä jälkeen jaksossa Komissio pohtii yhteistakuujärjestelmiä koskevaa direktiiviehdotusta kerrotaan EU:n komission käynnistämästä selvitystyöstä, jonka tavoitteena on harmonisoida jäsenvaltioiden yhteistakuujärjestelmiä koskeva lainsäädäntö. Artikkelin lopussa on yhteenveto.

## Yhteistakuujärjestelmien etuja ja haittoja

### Yhteistakuujärjestelmiä puoltavia näkökohtia

Yhteistakuujärjestelmät voivat olla vakuutusyhtiöiden perustamia vapaaehtoisia järjestelyjä tai ne voivat perustua lainsäädäntöön, joka pakottaa kaikki markkinoilla toimivat vakuutusyhtiöt osallistumaan niihin. Molempia järjestelyjä esiintyy, vaikkakin lakisääteiset yhteistakuujärjestelmät ovat yleisempiä. Useimmiten vapaaehtoiset järjestelyt ovat syntyneet julkisuuden ja poliittisen paineen johdosta tilanteessa, jolloin yhden vakuutusyhtiön konkurssi on pakottanut muut yhtiöt keskinäisin sopimusjärjestelyin turvaamaan konkurssiyhtiön vakuutusasiakkaiden saatavat säilyttääkseen yleisen luottamuksen vakuutusalaan.

*Luottamuksen säilyttäminen* onkin yksi keskeisimpiä yhteistakuujärjestelmiä puoltavia seikkoja. Tämä perustelu koskee erityisesti kuluttajia ja pienyrityksiä, joilla ei ole edellytyksiä arvioida vakuutusyhtiön taloudellista tilannetta. Lisäksi on otettava huomioon, että eräissä tilanteissa vakuutuksenottajalla ei ole mahdollisuutta irtisanoa vakuutustaan, vaikka hän ei enää luottaisi vakuutusyhtiönsä kykyyn vastata sitoumuksistaan. Kun asiakkaat kärsivät vakuutusyhtiön konkurssissa taloudellisia menetyksiä, tämä voi heijastua koko vakuutusalan toimintaan, jos kansalaiset ja yritykset menettävät luottamuksensa myös muiden vakuutusyhtiöiden kykyyn vastata sitoumuksistaan eivätkä sen vuoksi enää ota vakuutuksia tai irtisanovat vakuutuksiaan.

Pankkisektorilla tämä ns. tartuntariski on vakuutusalaa merkittävämpi, ja siellä talletussuojajärjestelmän perustavoite on edistää pankkijärjestelmän vakautta pienentämällä riskiä, että yksittäisen pankin tai koko pankkijärjestelmän tilapäiset ongelmat johtaisivat laajamittaiseen talletusten nostoon pankkijärjestelmästä.[1] Vakuutusalalla vastaava ongelma koskee lähinnä henkivakuutusyhtiöitä, mutta lievempänä johtuen vakuutussopimusten pitkäaikaisuudesta. Sopimusten irtisanominen kesken kauden ei yleensä ole asiakkaalle taloudellisesti järkevää eikä aina edes mahdollista.

Yhteistakuujärjestelmiä kannattavat tahot esittävät yhtenä järjestelmien hyvänä puolena myös sen, että ne *edistävät markkinoiden toimivuutta ja dynamiikkaa*, kun kilpailussa huonosti menestyvät vakuutusyhtiöt poistuvat markkinoilta ilman, että asiakkaille aiheutuu tästä menetyksiä. Valvontaviranomaisella ei siten ole tarvetta pitää pystyssä taloudellisissa vaikeuksissa olevaa vakuutusyhtiötä kilpailua mahdollisesti jopa vääristävin keinoin. Tätä perustelua on käytetty usein kuvaamaan tilannetta, jolloin merkittävässä markkina-asemassa olevan vakuutusyhtiön vakavaraisuus on vakavasti heikentynyt, mutta sitä ei muun muassa poliittisista ja kansantaloudellisista syistä voida päästää konkurssiin (too big to fail).

Vakuutusyhtiöt ja pankit kilpailevat osittain keskenään. Selkeimmin tämä ilmenee henkivakuutusyhtiöiden ja pankkien kilpailuna kansalaisten säästövaroista. Koska asiakkaiden pankkitalletukset on turvattu talletussuojajärjestelmällä (Suomessa 25 000 euroa tallettajaa ja talletuspankkia kohden) on pankkien ja henkivakuutusyhtiöiden välisen *kilpailuneutraliteetin* turvaamisen katsottu edellyttävän yhteistakuujärjestelmien luomista vakuutusalalle.

## Yhteistakuujärjestelmiin liittyviä epäkohtia

Yksi markkinatalouden peruslähtökohtia on, että konkurssin mahdollisuus on osa kilpailua. Hyvin johdetut ja kilpailussa menestyvät yritykset eivät ole vastuussa konkurssiin asetetun kilpailijansa velvoitteista eikä sitoumuksista. Näin tulisi luonnollisesti olla myös vakuutusalalla, koska yhteistakuujärjestelmät saattavat johtaa siihen, että riskinsä hallitsevat ja hyvin johdetut vakuutusyhtiöt ensin kilpailevat esimerkiksi tuotteensa alihinnoittelevan vakuutusyhtiönsä kanssa ja lopuksi kantavat taloudelliset seuraukset kilpailijansa konkurssista. Näin siitä huolimatta, että niillä ei ole mahdollisuutta puuttua kilpailijansa toimintaan, vaikka jo etukäteen olisikin nähtävissä, mihin lopputulokseen kilpailijan toimenpiteet johtavat. Tällaisessa tilanteessa yhteistakuujärjestelmä *vääristää terveen ja toimivan kilpailun edellytyksiä.*

Toinen merkittävä yhteistakuujärjestelmien epäkohta ovat niiden *moral hazard -vaikutukset*. Tällä tarkoitetaan riskeistä piittaamatonta käyttäytymistä. Yhteistakuujärjestelmissä moral hazard saattaa vaikuttaa epäterveellä tavalla sekä vakuutusyrityksen johdon, asiakkaiden että viranomaisten käyttäytymiseen.

Vakuutusyhtiön johdon riskinotto esimerkiksi sijoitustoiminnassa voi lisääntyä ja moraali-

[1] Talletussuojatyöryhmän muistio VM 1996:15, s. 1.

nen vastuu heiketä erityisesti tilanteessa, jolloin yhtiöllä on taloudellisia ongelmia. Tyypillistä kriisiyhtiön johdon käyttäytymistä on tällöin se, että taloudellista tilannetta pyritään parantamaan lisäämällä riskipitoisia sijoituksia varoilla, joita saadaan houkuttelemalla lisää asiakkaita esimerkiksi halvoilla hinnoilla tai lupauksilla hyvistä tuotoista.[2] Tilanteen pelastamiseksi voidaan ottaa yhteisvastuun kustannuksella huomattaviakin riskejä. Taloudellisissa vaikeuksissa oleva vakuutusyhtiö saattaa jopa käyttää yhteistakuujärjestelmää hyväkseen markkinoinnissaan. Tästä hyvä esimerkki oli Henkivakuutusyhtiö Apollon toiminta 90-luvun alussa (ks. jäljempänä s. 241).

Asiakkaiden ja heidän edustajinaan vakuutusmarkkinoilla toimivien vakuutusmeklareiden käyttäytymisessä moral hazard voi ilmetä siten, että mielenkiinto vakuutusyhtiön vakavaraisuutta ja sen johdon toimintaa kohtaan vähenee. Kilpailutilanne vääristyy esimerkiksi siten, että vaikeuksissa oleva vakuutusyhtiö myy vakuutuksia huomattavan halvalla houkutellakseen asiakkaita, joiden ei tarvitse pelätä etujensa menetyksiä. Näitä epäkohtia tosin voidaan osittain vähentää, jos yhteistakuujärjestelmä ei turvaa asiakkaiden saatavia täysimääräisesti.

Viranomaisten toiminnassa yhteistakuujärjestelmien moral hazard -vaikutukset voivat tulla esille kahdella tavalla. Ensinnäkin ne saattavat johtaa siihen, ettei valvontaviranomainen puutu riittävän aikaisessa vaiheessa tai riittävin toimenpitein ongelmissa olevan yhtiön toimintaan. Toiseksi vakuutuslainsäädännöstä vastuussa olevien viranomaisten aktiivinen velvollisuus huolehtia lainsäädännön ajan tasalla pitämisestä ja valvontaviranomaisen valvontakeinojen riittävyydestä voi heikentyä, jos vaaraa asiakkaiden taloudellisten menetysten aiheuttamasta poliittisesta vastuusta ei samassa määrin ole kuin ilman yhteistakuujärjestelyjä.

Yhteistakuujärjestelmän *rahoitus* on ongelma erityisesti silloin, jos vakuutusmarkkinat ovat keskittyneet ja jos maksukyvytön yhtiö on jokin markkinoiden suurimmista vakuutusyhtiöistä. Suomen vakuutusmarkkinat ovat hyvä esimerkki keskittynen markkinan ongelmista. Esimerkiksi jo 10 %:n vajaus suurimman henkivakuutusyhtiön varoissa olisi vuonna 2003 ollut 714 miljoonaa euroa, mikä oli noin 25 % henkivakuutusyhtiöiden kyseisen vuoden yhteenlasketusta maksutulosta (2,9 miljardia euroa). Jos muut vakuutusyhtiöt joutuisivat maksamaan tämän vajauksen ja siirtämään siitä aiheutuvan maksurasituksen vakuutuksenottajille, on mahdollista, että asiakkaat irtisanoisivat vakuutuksensa ja siirtäisivät rahansa muihin säästömuotoihin. Tällainen tilanne voisi vaarantaa muidenkin henkivakuutusyhtiöiden olemassaolon. Näin erityisesti, jos konkurssi tapahtuisi talouden laskukauden aikana, jolloin vakuutusyhtiöiden sijoitusomaisuuden arvot ja tuotot ovat laskeneet.

Usein onkin todettu, että yhteistakuujärjestelmä voidaan rahoittaa vakuutusyhtiöiden yhteisvastuulla vain suurilla ja hajautetuilla markkinoilla, joilla on paljon toimijoita ja joilla yhdenkään yksittäisen yhtiön markkinaosuus ei ole merkittävä kuten USA:ssa ja Britanniassa. Tällöin yhden yhtiön konkurssi ei aiheuta kohtuutonta kustannusrasitetta muille vakuutusyhtiöille.[3]

---

[2] OECD:n vakuutuskomitean raportti: Policyholder Protection Funds DAFFE/AS/SOL/WD(2000)4, s. 8.
[3] Vakuutusturvan takuujärjestelmätyöryhmän loppumuistio, STM 1996, s. 37.

## Suomen yhteistakuujärjestelmät

Suomessa lakiin perustuva yhteistakuujärjestelmä on lakisääteisissä vakuutuksissa sekä vahinkovakuutusta harjoittavilla paikallisilla vakuutusyhdistyksillä.

### Työeläkevakuutuksen yhteistakuujärjestelmä

Lakisääteiseen yhteisvastuuseen perustuva yhteistakuujärjestelmä on lakisääteisistä vakuutuksista ollut ensimmäisenä voimassa lakisääteisessä eläkevakuutuksessa.[4] Eläkkeensaajat saavat siten heille kuuluvat eläkkeet täysimääräisenä eläkelaitoksen konkurssista huolimatta. Yhteistakuujärjestelmästä aiheutuvat kustannukset sisällytetään vakuutusmaksuun. Näin tehtiin Eläkevakuutusosakeyhtiö Kansan vuonna 1994 tapahtuneen konkurssin johdosta. Yhteisvastuusta aiheutuvat kustannukset, Eläketurvakeskuksen arvion mukaan yhteensä n. 270 miljoonaa euroa, on kerätty vuosien 1997–2003 aikana työeläkevakuutusmaksuissa.

### Keskinäisten vakuutusyhdistysten yhteistakuujärjestelmä

Vakuutusyhdistykset ovat paikallisia, vakuutuksenottajien keskinäiseen vastuuseen perustuvia vakuutuslaitoksia, joiden toimintaa sääntelee vakuutusyhdistyslaki (1250/1987). Yhdistysten toimialue on rajattu sekä maantieteellisesti (enintään 40 kunnan yhtenäisellä alueella) että harjoitettavien vakuutuslajien osalta (vain vapaaehtoiset vahinkovakuutukset). Vuonna 2004 Suomessa toimi 96 vakuutusyhdistystä.

Vakuutusyhdistysten osalta vakuutusasiakkaiden saatavat on turvattu yhdistyksen maksukyvyttömyyden aiheuttamilta menetyksiltä kahdella tavalla. Ensinnäkin vakuutuksenottajilta voidaan periä eräissä tilanteissa niin sanottua lisämaksua, jotta taloudellisissa vaikeuksissa oleva vakuutusyhdistys voisi hoitaa sitoumuksensa. Vakuutuksenottajien vastuu on kuitenkin rajattu yhden vuoden vakuutusmaksujen määrään. Osakkaiden lisämaksuvelvollisuus on toteutettava, jos yhdistyksen toimintapääoma tai oma pääoma ei enää täytä laissa asetettuja vaatimuksia tai jos konkurssissa olevan yhdistyksen omaisuus ei riitä velkojen maksamiseen. Vastaava lisämaksuvelvollisuus voi olla myös keskinäisillä vahinkovakuutusyhtiöillä.[5]

Jos yhdistyksen varat eivät sen asiakkaiden lisämaksuvelvollisuuden toteuttamisen jälkeenkään riitä vakuutusasiakkaiden saatavien täysimääräiseen turvaamiseen, ovat muut vakuutusyhdistykset yhteisvastuussa yhdistyksen saatavista puuttuvilta osin. Yhdistysten kesken vastuu jakautuu viimeksi vahvistettujen tilinpäätösten mukaisten vakuutusmaksutulojen suhteessa.

---

[4] Työntekijäin eläkelain 395/61 12§:n 4 momentti.
[5] Lehtipuro, K. – Luukkonen, I. - Mäntyniemi, L., Vakuutuslainsäädäntö, s. 34. 3. painos, Helsinki 2004.

## Ns. herrasmiessuositus ja sen soveltaminen Apollon konkurssin yhteydessä

Kysymys yhteistakuujärjestelmän luomisesta vahinko- ja henkivakuutusyhtiöille nousi Suomessa esille ensimmäistä kertaa 1970-luvun alussa Vakuutusosakeyhtiö Louhen ongelmien yhteydessä ja uudelleen 1980-luvun lopulla, kun sosiaali- ja terveysministeriö (STM) esitti Suomen Vakuutusyhtiöiden Keskusliitolle (SVK) yhteistakuujärjestelmän luomista vakuutusyhtiön maksukyvyttömyystilanteen varalta.[6] STM:n ja SVK:n välillä käytyjen neuvottelujen perusteella SVK suositti lokakuussa 1988 jäsenyhtiöilleen, ”että ne, jonkin suomalaisen vakuutusyhtiön jouduttua selvitystilaan, vakuutuskannan siirrolla ja sitä täydentävillä yhtiöiden välisillä järjestelyillä pyrkivät huolehtimaan suoritustilaan joutuneen yhtiön niistä vastuista, jotka perustuvat kotimaisiin ensivakuutussopimuksiin ja ainakin erityisen selvityspesän piiriin kuuluvista vastuista ja velvollisuuksista ottaen myös huomioon vakuutusyhtiölain 15 luvun 10 §:ssä olevan etuoikeusjärjestyksen.”[7] Tähän myöhemmin ns. herrasmiessuositukseksi kutsuttuun suositukseen päädyttiin lähinnä kahdesta syystä: Ensinnäkin koska lakisääteistä yhteistakuujärjestelmää ei haluttu ja toisaalta koska käytännössä suosituksessa mainituilla tavoilla oli toimittu aiemminkin.

Suosituksen toimivuus jouduttiin käytännössä testaamaan Henkivakuutusosakeyhtiö Apollon konkurssin yhteydessä 1990-luvun alussa. Suosituksen soveltamisesta Apollon tapaukseen käytiin vaikeat neuvottelut SVK:n ja STM:n välillä loppuvuodesta 1994. Neuvottelujen kuluessa maan hallitus ilmoitti vakuutusyhtiöille jopa harkitsevansa takautuvaa lainsäädäntöä sen jälkeen kun vakuutusyhtiöiden herrasmiessuositukseen perustuva tarjous 35 miljoonan markan panostuksesta ns. tavallisten vakuutuksenottajien (90 % asiakkaista) säästöjen turvaamisesta 90 prosenttiin saakka ei tyydyttänyt maan hallituksen talouspoliittista ministerivaliokuntaa.[8] Yhteiseen näkemykseen kuitenkin päädyttiin alkuvuodesta 1995 henkivakuutusyhtiöiden korotettua tarjoustaan noin 38 miljoonaan markkaan, minkä lisäksi vakuutusyhtiöt ottivat riskin yhtiön tuolloin 112 miljoonan markan arvoiseksi tuolloin arvioidun omaisuuden todellisesta arvosta. Neuvottelut teki vaikeaksi vakuutusyhtiöiden kannalta muun muassa se, että Apollon toiminnassa epäiltiin väärinkäytöksiä, jotka epäilyt sittemmin osoittautuivat paikkansa pitäviksi. Yhtiö oli myös myynyt vakuutuksiaan kustannuksiinsa nähden liian alhaisella hinnalla ja ottanut sijoitustoiminnassaan huomattavia riskejä. Lisäksi yhtiö toimintansa loppuvaiheessa SVK:n vastustuksesta huolimatta käytti herrasmiessuositusta markkinoinnissaan hyväkseen, vaikka se ei missään toimintansa vaiheessa edes ollut SVK:n jäsen.

Apollon konkurssipesän loppukokous pidettiin 14.4.2004, jolloin Apollon vakuutussopimuksiin perustuvaksi alijäämäksi vahvistettiin 26,6 miljoonaa euroa. Muiden henkivakuutusyhtiöiden taloudellisen tuen määrä Apollon asiakkaille on vuoden 2003 lopussa arvioitu 21 miljoonaksi euroksi. Vakuutusyhtiöiden herrasmiessuosituksen soveltaminen tarkoitti siis

[6] Suomen Vakuutustarkastus 100 vuotta 1892–1992, s. 136–137 ja 156–158.
[7] SVK:n hallituksen ptk 6/1988, 4 §.
[8] STM:n tiedote 232/94, 29.12.1994.

käytännössä sitä, että suurin osa asiakkaista sai noin 90 % saatavistaan. Ilman muiden vakuutusyhtiöiden taloudellista tukea he olisivat saanet arviolta vain noin puolet saatavistaan.

Yhtenä edellytyksenä Apollon ratkaisun syntymiselle oli se, että vakuutusyhtiölakiin lisättiin säännös[9], jonka mukaan vakuutusyhtiö voi Vakuutusvalvontaviraston suostumuksella ja yleisen edun niin vaatiessa osallistua selvitystilaan tai konkurssiin joutuneen vakuutusyhtiön vakuutusasiakkaiden korvausten ja vakuutussäästöjen turvaamiseen. Näin sen vuoksi, että vakuutusyhtiöt halusivat varmistaa, ettei niiden johtoa ja hallintoa myöhemmin syytettäisi yhtiön varojen laittomasta ja yhtiön toiminnalle vieraasta käytöstä.

## STM:n takuujärjestelmätyöryhmän (1994–1996) ehdotukset ja niiden toteutuminen

Apollon ja vuonna 1994 tapahtunut Henkivakuutusosakeyhtiö Kansan konkurssi käynnistivät uudelleen keskustelun lakisääteisen yhteistakuujärjestelmän tarpeellisuudesta. STM asetti vuonna 1994 työryhmän, jonka tehtäväksi annettiin valmistella ehdotus lakisääteisiä vahinkovakuutuksia koskevaksi yhteistakuujärjestelmäksi sekä selvittää tarve ja mahdollisuudet vastaavan järjestelmän toteuttamiseen henkivakuutuksessa ja vapaaehtoisissa vahinkovakuutuksissa. Työryhmässä olivat edustettuna STM:n, vakuutusyhtiöiden ja Kuluttajien vakuutustoimiston edustajat.

### *Yhteistakuujärjestelmä luotiin lakisääteisiin vahinkovakuutuksiin*

Työryhmä laati toimeksiantonsa mukaisesti ehdotuksen lakisääteisiä vahinkovakuutuksia eli liikennevakuutusta, lakisääteistä tapaturmavakuutusta sekä potilasvakuutusta koskevaksi yhteistakuujärjestelmäksi. Sen ehdotukset tulivat voimaan 1997, kun kyseisiä vakuutuksia koskeviin lakeihin lisättiin tarvittavat säännökset (lait 1084–1086/1996). Lakisääteisten vakuutusten korvaukset on siten turvattu täysimääräisesti. Yhteistakuujärjestelmä rahoitetaan perimällä korvausten maksamiseen tarvittava määrä muilta vakuutusyhtiöltä yhteistakuumaksuna.

Koska yhteistakuujärjestelmän tuoma turva saattaa vähentää vakuutuksenottajien mielenkiintoa yhtiön vakavaraisuutta ja sen johdon toimintaa kohtaan vaikuttaen epäterveellä tavalla vakuutusyhtiöiden väliseen kilpailuun, pohti STM:n työryhmä mietinnössään monelta kannalta ehdottamansa järjestelmän kattavuutta ja sisältöä. Haitoista huolimatta työryhmä piti tärkeänä, että lakisääteisissä vakuutuksissa vakuutetut voivat luottaa siihen, että he saavat laissa säädetyt korvaukset kaikissa tilanteissa. Näin erityisesti sen vuoksi, että lakisääteisissä vakuutuksissa, joissa maksetaan ansionmenetyskorvauksia ja sairaanhoitokuluja vaikeissa vammoissa jopa vuosikymmeniä, korvausten katkeaminen tai saamatta jääminen vaarantaisi korvauksen saajan toimeentulon. Lisäksi työryhmä kiinnitti huomiota siihen, että lakisääteisissä

[9] VakYL 12 luku 7 §.

vakuutuksissa vakuutusyhtiön valitsee usein muu taho (tapaturmavakuutuksessa työnantaja, liikennevakuutuksessa ajoneuvon omistaja/haltija ja potilasvakuutuksessa kunta tai yksityinen sairaanhoitotoimintaa harjoittava taho) kuin korvausta saava vahinkoa kärsinyt, joka ei voi vaikuttaa vakuutusyhtiön valintaan.[10]

Jotta vakavaraisuudella olisi edelleen merkitystä vakuutusyhtiön valinnassa ja vakuutusyhtiön johdon toiminnassa, ei vakuutuksenottajien maksamia vakuutusmaksuja turvata lakisääteisiä vakuutuksia koskevalla yhteistakuujärjestelmällä. Siirtäessään vakuutuksensa uuteen yhtiöön vakuutuksenottaja joutuu maksamaan vakuutusmaksun myös ajalta, jolta hän jo on ehtinyt sitä maksaa selvitystilaan tai konkurssiin ajautuneeseen vakuutusyhtiöön.

Yhteistakuujärjestelmän väärinkäyttöä on pyritty torjumaan nimenomaisin säännöksin. Konkurssiyhtiön vakuutuksenottajat ovat voineet saada vakuutuksensa huomattavan halvalla verrattuna yleiseen maksutasoon ja vakuutuksista aiheutuviin kustannuksiin. Erityisesti silloin, kun vakuutusyhtiön omistus tai vakuutukset ovat keskittyneet vain muutamille tahoille, saattaa syntyä tilanne, jossa vakuutuksenottajat ovat hyötyneet esimerkiksi sijoitustoimintaa koskevien säännösten rikkomisesta. Näitä tilanteita varten sisällytettiin lakisääteisiä vakuutuksia koskeviin lakeihin säännökset,[11] joiden perusteella voidaan yhteistakuutakuujärjestelmän kustannuksia vähentää kohdistamalla maksurasitusta konkurssiin menneen vakuutusyhtiön vakuutuksenottajille erityisen lisämaksuvelvollisuuden muodossa.

Yhteistakuujärjestelmien haittoja voidaan pyrkiä vähentämään edelleen siten, että järjestelmä perustuu etukäteisrahoitukseen. Tällöin myös ongelmayhtiö ja sen vakuutuksenottajat osallistuvat rahoitukseen. Samoin on pidetty parempana, että yhteistakuujärjestelmästä tulevaisuudessa mahdollisesti aiheutuviin vastuisiin varaudutaan ennakolta, koska siitä mahdollisesti aiheutuvat lisävastuut saattavat realisoitua ajankohtana, jolloin vakuutusyhtiöiden ja vakuutuksenottajien kantokyky on talouden suhdanteista johtuen muutoinkin huono.

Ennakkovarautuminen voi tapahtua joko perustamalla erillinen rahasto (vrt. pankkien talletussuojarahasto) tai edellyttämällä, että vakuutusyhtiöt tekevät tilinpäätöksessään erityisen varauksen. Lakisääteisten tapaturmavakuutuksen ja liikennevakuutuksen osalta Suomessa päädyttiin rahoituksessa takuujärjestelmätyöryhmän ehdottamaan yhteistakuuerän käyttöön. Suomalaisten vakuutusyhtiöiden on varauduttava ennakolta yhteistakuusta mahdollisesti myöhemmin aiheutuvaan maksurasitukseen siten, että yhtiöiden taseeseen on varattava näitä kahta vakuutuslajia koskeva yhteistakuuerä, joka on 3 prosenttia yhtiön liikenne- ja tapaturmavakuutuksen bruttovastuuvelasta. Ennakkovarautumiseen taseissa tehtävin varauksen päädyttiin, koska vakuutusyhtiöiden sijoitustoiminnasta irrallisen rahaston hallinnointi olisi aiheuttanut lisäkustannuksia tukematta yhtiöiden vakavaraisuutta. Ulkomaisilta ETA-vakuutusyhtiöiltä tätä taseessa tehtävää yhteistakuuerää ei voida EY:n vakuutusdirektiiveistä johtuen vaatia, mutta ne voidaan velvoittaa osallistumaan järjestelmän kustannuksiin jälkikäteen.[12]

---

[10] Vakuutustuvan takuujärjestelmätyöryhmän välimuistio, STM 1995:21, s. 8–9.
[11] Tapaturmavakuutuslaki 38 b §, liikennevakuutuslaki 19 c §, potilasvahinkolaki 5 b §.
[12] Kolmannen vahinkovakuutusdirektiivin 92/49/ETY 45 artikla.

Vuoden 2003 lopussa vahinkovakuutusyhtiöiden liikenne- ja tapaturmavakuutuksen yhteistakuuerät olivat yhteensä 98 miljoonaa euroa, josta tapaturmavakuutuksen osuus oli 63 miljoonaa euroa.

### *Vapaaehtoisissa vakuutuksissa ei ole yhteistakuujärjestelmää*

STM:n yhteistakuujärjestelmätyöryhmä pohti toimeksiantonsa mukaisesti yhteistakuujärjestelmän luomista myös vapaaehtoisiin vahinko- ja henkivakuutuksiin, mutta päätyi siihen, ettei tällaista järjestelmää tulisi luoda.[13] Kantaansa työryhmä perusteli järjestelmien kilpailua vääristävillä ja moral hazard -vaikutuksilla sekä Suomen vakuutusmarkkinoiden keskittyneisyydellä. Erityisesti henkivakuutuksessa suurimpien henkivakuutusyhtiöiden huomattava vastuuvelan katteen vajaus aiheuttaisi työryhmän selvityksen mukaan muille henkivakuutusyhtiöille liian suuren maksurasituksen (ks. edellä kohta s. 239).

Vahinkovakuutusten osalta työryhmä ehdotti luotavaksi järjestelmän, joka perustuisi maksukyvyttömäksi joutuneen vakuutusyhtiön kuluttaja-asiakkaiden keskinäiseen yhteisvastuuseen. Konkurssiin menneen vakuutusyhtiön vakuutuksenottajilta ehdotettiin perittäväksi lisämaksu, jolla turvattaisiin kuluttaja-asemassa olevien korvauksensaajien sekä asunto-osakeyhtiöiden edut. Ehdotus muistutti vakuutusyhdistysten lisämaksujärjestelmää (ks. edellä s. 240), mutta sitä ei mm. kielteisen lausuntopalautteen vuoksi toteutettu.

## Vakuutusyhtiölain etuoikeusjärjestyksen muutos

Vakuutusyritysten tervehdyttämisestä ja likvidaatiosta annetun EY:n direktiivin (2001/17/EY) täytäntöönpanon yhteydessä tehtiin vakuutusyhtiölakiin 1.5 2004 voimaan tulleella lailla (330/2004) muutos, joka paransi kuluttaja-asemassa olevien vakuutuksenottajien ja korvauksensaajien asemaa suomalaisen *vahinkovakuutusyhtiön* maksukyvyttömyystilanteessa.

Vakuutussaatavien etuoikeusjärjestystä muutettiin siten, vahinkovakuutusyhtiön selvitystilassa ja konkurssissa on kuluttajien ja asunto-osakeyhtiön tai pääosin asumistarkoitukseen perustetun kiinteistöyhtiön *vahinkoon perustuvilla saatavilla* etuoikeus muihin vakuutussaataviin nähden, jos vakuutusyhtiön omaisuus ei riitä kaikkien vakuutussaatavien maksamiseen.[14] Muutoinhan kaikilla vakuutussaatavilla on aina sekä henki- että vahinkovakuutusyhtiössä yhtäläinen etuoikeus vakuutusyhtiön kaikkiin varoihin ennen muita saatavia. Tämän edelle menevät vain esineoikeuden alaisia varoja koskevat saatavat sekä selvitys- ja konkurssimenettelystä johtuvat saatavat.

Vahinkovakuutusyhtiöiden etuoikeusjärjestyksessä päädyttiin erityissääntelyyn, jotta varmistetaan, että esimerkiksi kotinsa palossa menettänyt perhe saa palovakuutuskorvauksen täysimääräisenä. Voidaankin sanoa, että kuluttajien vahinkoihin perustuvat saatavat on käy-

---

[13] STM:n vakuutusturvan takuujärjestelmätyöryhmän loppumuistio 1996:9, Vapaaehtoiset vakuutukset.
[14] Vakuutusyhtiölain 15 luku 36 §.

tännössä aina turvattu vahinkovakuutusyhtiön konkurssissa ja että tältä osin tarvetta yhteistakuujärjestelmään ei suomalaisten vahinkovakuutusyhtiöiden kuluttaja-asiakkaiden aseman turvaamiseksi ole.

## Tilanne EU:ssa ja muissa OECD-maissa

Monissa OECD:n jäsenvaltioissa on yhteistakuujärjestelmiä. Ne ovat yleensä kattavuudeltaan rajattuja ja koskevat vain tiettyjä vakuutuslajeja, useimmiten pakollisia vakuutuksia kuten liikennevakuutusta. Euroopan unionin jäsenvaltioista kaikilla muilla valtioilla paitsi Ruotsilla ja Unkarilla on liikennevakuutukset kattava yhteistakuujärjestelmä. Monilla EU-valtioilla (Belgia, Italia, Portugali, Ranska, Saksa ja Suomi) on järjestelmiä myös muita pakollisia vakuutuksia varten.

Niin liikennevakuutusta kuin muitakin pakollisia vakuutuksia koskevat eri valtioiden järjestelmät ovat kattavuudeltaan ja rahoitus- ja muiden järjestelyjen osalta hyvin erilaisia. Jotkut järjestelmät korvaavat esimerkiksi vain henkilövahingot, toiset korvaavat kaikki vahingot mutta vain tiettyyn rahamäärään asti jne. Pakollisia vakuutuksia koskevat järjestelmät ovat usein rajattuja myös siten, että ne eivät kata kaikkia kyseisen valtion pakollisia vakuutuksia vaan vain osan.

OECD-valtioista USA:ssa, Isossa-Britanniassa, Kanadassa, Koreassa, Espanjassa ja Maltalla on yleinen yhteistakuujärjestelmä, joka kattaa sekä vahinko- että henkivakuutukset. Järjestelmän piirissä ovat yleensä kuluttaja-asemassa olevien asiakkaiden saatavat siten, että vain osa saatavasta on turvattu (esim. Isossa-Britanniassa 90 %), tai saatavat tiettyyn rahamäärään asti (esim. USA:ssa 100 000 USD tai 300 000 USD vakuutuksesta riippuen). Joissakin valtioissa on luotu henkivakuutuksia koskeva järjestelmä (Ranska ja Saksa), kun taas eräillä muilla järjestelmä kattaa kaikki vahinkovakuutukset (Irlanti, Tanska ja Norja ) mutta ei lainkaan henkivakuutuksia.

Myös niiden tilanteiden määrä, jolloin yhteistakuujärjestelmää on jouduttu käyttämään on vaihdellut. EU:n komission vuonna 2003 tekemän selvityksen[15] mukaan silloisissa jäsenvaltioissa oli vuoden 1994 jälkeen ollut vakuutusyhtiön konkursseja viidessä jäsenvaltiossa: Espanja (18), Iso-Britannia (25), Tanska (2) , Saksa (1) ja Ranska (1). Luvut ovat mielenkiintoisia sikäli, että konkurssien määrä on ollut suurin Iso-Britanniassa, jossa on yleinen sekä vahinko- että henkivakuutukset kattava järjestelmä ja jossa yhteistakuujärjestelmää pidetään yleisesti sekä viranomaisten että vakuutusyhtiöiden piirissä yhtenä keinona huolehtia markkinoiden dynamiikan toimivuudesta.

[15] European Commission Working Paper on Insurance Guarantee Schemes MARKT/2501/04, s. 15 ja 27.

## Komissio pohtii yhteistakuujärjestelmiä koskevaa direktiiviehdotusta

EU:n piirissä keskustelu yhteistakuujärjestelmien tarpeellisuudesta käynnistyi vuonna 2001 Irlannin vakuutusvalvojan aloitteesta. Irlannissakin toiminut englantilainen vahinkovakuutusyhtiö Independent oli asetettu konkurssiin, jolloin yhtiön irlantilaiset asiakkaat olivat kärsineet konkurssin johdosta taloudellisia menetyksiä, vaikka molemmissa maissa on vahinkovakuutukset kattava yhteistakuujärjestelmä. Ongelmat aiheutuivat siitä, että Ison-Britannian yhteistakuujärjestelmä kattaa vain Isossa-Britanniassa sijaitsevat riskit ja Irlannin järjestelmä puolestaan vain Irlannin vakuutusvalvonnan piirissä olevat irlantilaiset vakuutusyhtiöt. Irlanti otti asian esille jäsenvaltioiden edustajista koostuvassa EU:n vakuutuskomiteassa ja katsoi, että vastaavat tilanteet tulisi estää EU-tason sääntelyllä.

Komissio pitää direktiivin aikaansaamista tärkeänä, koska vain muutamassa jäsenvaltioissa on kattava järjestelmä sekä vahinko- että henkivakuutuksia varten. Harmonisoimattomat säännökset johtavat komission mielestä lisäksi aukkoihin ja päällekkäisyyksiin järjestelmien antamassa turvassa sekä kilpailuneutraliteettiongelmiin paitsi eri jäsenvaltioiden vakuutusyhtiöiden kesken niin myös eri finanssisektorin yritysten kesken. Pankki- ja sijoituspalvelusektoreilla on EU-tason sääntelyä yhteistakuurahastoista.[16] Jäsenvaltioiden enemmistö on suhtautunut myönteisesti asian selvittämiseen. Komissio on lähettänyt jäsenvaltioille useita kyselyjä jäsenvaltioiden voimassa olevista järjestelmistä, niiden kattavuudesta ja rahoituksesta sekä laatinut keskustelumuistioita vakuutuskomiteaa varten.[17]

Eräät jäsenvaltiot ja erityisesti Euroopan vakuutusalan keskusjärjestö CEA (Comité Européen des Assurances) ovat epäilleet direktiivin tarpeellisuutta ja katsoneet, että asia tulee jättää kansallisella tasolla ratkaistavaksi. Päätöksiä jatkovalmistelun aikataulusta ja sisällöstä ei vielä tämän artikkelin kirjoittamisvaiheessa ollut tehty, mutta mahdollista on, että direktiivivalmistelu käynnistyy vuoden 2005 aikana.

## Yhteenveto

Vaikka eri valtioiden yhteistakuujärjestelmissä on merkittäviä eroja, on niitä yhdistävä tekijä se, että järjestelmien piirissä ovat yleensä vain kuluttaja-asemassa olevat asiakkaat (vakuutuksenottajat, vakuutetut ja muut korvauksensaajat). Yritysasiakkaiden saatavia ei ole turvattu, koska yritysten halutaan kantavan vastuun vakuutusyhtiönsä valinnasta. Sen vuoksi on todennäköistä, että mahdollinen EU-tason lainvalmistelu koskisi vain kuluttaja-asiakkaita. Tämä huomioon ottaen yhteistakuujärjestelmiä koskevan direktiivin tarpeellisuus on kyseenalainen

[16] Direktiivit 94/19/EY ja 97/9/EY

[17] Komission yhteistakuurahastoja koskeva aineisto on saatavilla osoitteesta: http://europa.eu.int/comm/internal_market/insurance/guarantee_en.htm.

nykyisessä tilanteessa, jolloin EU:n vakuutusmarkkinat ovat kuluttajavakuutuksissa vielä täysin kansalliset. Selvää myös on, ettei yhteistakuujärjestelmän olemassaolo vaikuta vakuutuspalveluiden sisämarkkinoiden toimivuuteen eikä lisää rajat ylittävää kauppaa. Asiakkaiden halu ottaa vakuutuksia ulkomaisista vakuutusyhtiöistä riippuu yhtiöiden tarjoamista tuotteista, palvelusta ja hinnasta ei yhteistakuujärjestelmän olemassaolosta tai sen puuttumisesta.

Kilpailuneutraliteettikysymykset pankkisektoriin nähden eivät nekään saisi olla syy ryhtyä direktiivivalmisteluun varsinkaan, kun väitetystä kilpailuneutraliteettiongelmasta kärsivät vakuutusyhtiöt itse eivät tätä direktiivihankkeelle esitettyä perustelua hyväksy. Kysymys yhteistakuujärjestelmistä onkin monitahoinen ja vaikea sekä siihen liittyvien periaatteellisten syiden (kuten moral hazard ongelmien) että käytännön näkökohtien vuoksi, joista viimeksi mainituista keskeisin on – erityisesti Suomen kaltaisilla keskittyneillä markkinoilla – järjestelmän rahoituksen vaikeus. Näitä taloudellisia realiteetteja ei tule lainsäädäntötyössä sivuuttaa.

Eri valtiot ovat luoneet omat yhteistakuujärjestelmänsä ottaen huomioon kansallisten vakuutusmarkkinoidensa erityispiirteet kuten pakollisten vakuutusten määrän ja merkityksen sekä suhteen kansalliseen sosiaaliturvaan. Näin on tehty myös Suomessa, jossa järjestelmän piirissä ovat vain lakisääteiset vakuutukset. Saadakseen jäsenvaltiot puoltamaan direktiivin tarpeellisuutta komissio on esittänyt yhtenä vaihtoehtona, että direktiivi voisi koskea vain pakollisia vakuutuksia. Tämä olisi kuitenkin harmonisointityön aloittamista väärästä päästä. Pakollisten vakuutusten lukumäärä vaihtelee merkittävästi jäsenvaltioittain. Esimerkiksi Irlannissa on yksi ja Portugalissa 126 pakollista vakuutusta. On vaikea ymmärtää, miksi pakollisia vakuutuksia koskeva harmonisointityö tulisi aloittaa sääntelemällä turvan tasoa vakuutuksia myyneen yhtiön maksukyvyttömyystilanteissa puuttumatta lainkaan siihen, mitkä vakuutukset ylipäänsä ovat pakollisia, mitä ne korvaavat jne.

Yhteistakuujärjestelmistä keskusteltaessa on lopuksi muistettava se, että ensisijainen tapa turvata asiakkaiden saatavat on aina vakuutusyhtiöitä koskeva lainsäädäntö asianmukaisine vakavaraisuusvaatimuksineen sekä tehokas valvonta, jolla on sekä riittävät keinot että asiantuntemus puuttua ongelmissa olevan yhtiön toimintaan riittävän ajoissa. Lisäksi on huomattava, että yhteistakuujärjestelmät eivät ole ainoa keino turvata kuluttaja-asemassa olevien asiakkaiden saatavia vakuutusyhtiön maksukyvyttömyystilanteessa. Eri vakuutusvelkojien keskinäistä etuoikeusjärjestystä koskevalla sääntelyllä voidaan vahinkovakuutusyhtiön konkurssitilanteessa turvata se, että kuluttaja-asemassa olevien vakuutuksenottajien vahinkoihin perustuvat saatavat on käytännössä turvattu täysimääräisesti, kuten nyt viimeisimpien lainmuutosten jälkeen Suomessa on tilanne. Unohtaa ei myöskään sovi asiakkaiden vastuuta vakuutusyhtiön valinnassa. Asiakkaiden tulisi eri yhtiöiden hintoja vertaillessaan kiinnittää huomiota myös vakuutusyhtiön taloudelliseen asemaan.

Gustaf Möller

# Todistelusta välimiesmenettelyssä

## Johdanto

Välimiesoikeudessa tapahtuvaa menettelyä ei ole laissa yksityiskohtaisesti säännelty. Vielä muutama vuosikymmen sitten sellainen käsitys ei ollut kovinkaan harvinainen, että välimiesmenettelyssä olisi pääsäännön mukaan noudatettava riita-asian oikeudenkäyntiä koskevia säännöksiä, jollei ollut toisin säädetty Niinpä ei ollut mitenkään poikkeuksellista, että asian käsittely useamman kerran lykättiin istunnosta toiseen eikä suullista todistelua aina edes pyritty ottamaan keskitetysti vastaan yhdessä ja samassa istunnossa. Tämä johti siihen, että suullinen todistelu usein pöytäkirjattiin samaan tapaan kuin yleisissä alioikeuksissa tai, silloin kun suullinen todistelu äänitettiin, että äänitetty lausuma saatettiin kirjalliseen muotoon. Kun näin syntynyt asiakirja oli toimitettu asianosaisten asiamiehille, nämä laativat kirjallisen loppulausuntonsa ja toimittivat sen välimiehille. Menettely muistutti näin ollen paljolti eräissä suurissa raastuvanoikeuksissa riita-asiain käsittelyssä noudatettua menettelyä.

Nykyisin lienee kuitenkin kaikille välimiehinä ja välimiesmenettelyssä asiamiehinä toimiville selvää, etteivät oikeudenkäymiskaaren säännökset riita-asian oikeudenkäynnistä koske välimiesmenettelyä. Eräänä välimiesmenettelyn etuna verrattuna oikeudenkäyntiin valtion tuomioistuimessa onkin pidetty juuri sitä, että välimiesmenettelyn järjestämisessä voidaan ottaa huomioon sekä asian erityislaatu että asianosaisten menettelyä koskevat toivomukset paremmin kuin valtion tuomioistuimissa. Niistä harvoista menettelyä koskevista säännöksistä, jotka sisältyvät VML:iin, suurin osa on tahdonvaltaisia. Niitä noudatetaan siis vain siinä tapauksessa, etteivät asianosaiset ole toisin sopineet.

Välimiesten on kuitenkin kaikissa tapauksissa noudatettava ns. *kontradiktorista periaatetta (audiatur et altera pars)*. Lakiin sisältyy nimenomainen pakottava säännös, jonka mukaan välimiesten on varattava asianosaisille tarpeellinen tilaisuus ajaa asiaansa (VML 22 §) uhalla, että välitystuomio muussa tapauksessa voidaan asianosaisen kanteesta kumota (VML 41,1 §:n 4 kohta). Tämä tarkoittaa muun muassa sitä, että asianosaisille on suotava mahdollisuus esittää omat vaatimuksensa, niiden perusteet ja todisteet sekä lausua mielensä vastapuolen vaatimuksista, niiden perusteista ja todisteista. Säännöksestä seuraa myös, etteivät välimiehet saa tuomita muuta tai enempää kuin asianosainen on vaatinut ja ettei välitystuomiota saa perustaa seikkaan, johon asianosainen ei ole vaatimuksensa tai vastustamisensa tueksi vedon-

nut (vrt. OK 24:3). Säännöksestä seuraa myös, että välimiesten on kohdeltava asianosaisia tasapuolisesti. Säännöstä saatetaan ainakin joissakin tapauksissa katsoa rikotun myös silloin, kun välitystuomio on perustettu sellaiseen oikeudelliseen näkökohtaan, joka ei menettelyn aikana ole ollut esillä. Asianosaiselle ei näet voida katsoa varatun tarpeellista tilaisuutta ajaa asiaansa, jos hänelle ei ole varattu tilaisuutta esittää asian ratkaisemisen kannalta merkityksellisiä oikeudellisia argumentteja. Näin siitä huolimatta, että suomalaisessa välimiesmenettelyssäkin ainakin pääsäännön mukaan vallitsee *iura novit curia* -periaate.

Muutoin asianosaisilla on valta sopia asian käsittelyssä noudatettavasta menettelystä. Tämä onkin luonnollista, kun ottaa huomioon, että asianosaiset vastaavat kaikista välimiesmenettelyn kustannuksista. Silloin kun asianosaiset sopivat asian käsittelyssä noudatettavasta menettelystä, tämä tapahtuu usein siten, että asianosaiset ottavat välityssopimukseen määräyksen, jonka mukaan menettelyssä on noudatettava tiettyjä, esimerkiksi Keskuskauppakamarin tai UNCITRAL:in välimiesmenettelysääntöjä. Vaikka asianosaiset eivät olisi välityssopimuksessa sopineet mitään asian käsittelyssä noudatettavasta menettelystä, he voivat sen tehdä myöhemminkin, esimeriksi riidan jo synnyttyä tai jopa asian käsittelyn alkamisen jälkeenkin. Asianosaisten välinen sopimus noudatettavasta menettelystä voidaan pätevästi tehdä myös suullisesti tai jopa hiljaisesti.[1] VML 3 §:n säännös, jonka mukaan välityssopimus on tehtävä kirjallisesti, ei siis koske näitä sopimuksia.

Sen varalta, etteivät asianosaiset ole sopineet asian käsittelyssä noudatettavasta menettelystä, välimiehillä on oikeus VML:n säännöksiä noudattaen ja ottaen huomioon tasapuolisuuden ja joutuisuuden vaatimukset päättää asian käsittelyssä noudatettavasta menettelystä (VML 23 §). Kun välimiesten tulee VML 27,1 §:n mukaan edistää riidan asianmukaista ja joutuisaa selvittämistä, ei kuitenkaan voida pitää selvänä, että välimiehet olisivat velvollisia noudattamaan mitä tahansa asianosaisten menettelyä koskevaa sopimusta. Näin varsinkin siinä tapauksessa, että asianosaiset ovat tehneet tällaisen sopimuksen vasta välimiesten tultua nimetyiksi tai välimiehet eivät ole tienneet eikä heidän olisi pitänytkään tietää tällaisesta sopimuksesta ennen kuin he ottivat tehtävän vastaan.

Miten välimiesten tulisi menetellä esimerkiksi silloin, kun asianosaiset ilmoittavat sopineensa todistelun esittämisestä sellaisesta seikasta, jolla ei välimiesten mielestä ole asian ratkaisemisen kannalta merkitystä, sellaisen todistajan kuulustelusta, jonka kuulustelua välimiehet eivät pidä tarpeellisena, sellaisen teknisen asiantuntijalausunnon hankkimisesta, jota välimiehet pitävät tarpeettomana, tai sellaisesta asian käsittelyn lykkäämisestä taikka määräajasta kirjallisten loppulausuntojen antamista varten, jota välimiehet pitävät kohtuuttoman pitkänä? Tällaisissa ja eräissä muissakin tapauksissa, joissa asianosaisten sopima menettely voi tehdä VML 27.1:ssä säädetyn joutuisuuden vaatimuksen noudattamisen mahdottomaksi, välimiehet saattavat olla oikeutettuja luopumaan tehtävästään. Sitä vastoin on epäselvää, voivatko välimiehet jatkaa tehtävässään, mutta jättää noudattamatta asianosaisen menettelyä koskevaa

[1] Ks. tästä esim. *Mustill-Boyd*, The Law and Practice of Commercial Abitration in England 2e Edition (London and Edinburgh 1989) s. 283.

sopimusta, jos sopimuksen ei voida katsoa ottavan riittävästi huomioon menettelyn tasapuolisuuden tai joutuisuuden vaatimuksia.[2]

Itsestään selvänä tuskin voidaan pitää, että asianosaisten menettelyä koskevan sopimuksen noudattamatta jättäminen tällaisessa tapauksessa aina merkitsisi sitä, että välimiesten olisi katsottava menneen toimivaltaansa ulommaksi ja että välitystuomio tämän vuoksi voitaisiin VML 41,1 §:n 1 kohdan nojalla kumota, jollei asianosaisten voida katsoa hyväksyneen välimiesten menettelyä. Jos välitystuomion tunnustamista tai täytäntöönpanoa joudutaan pyytämään vieraassa valtiossa eikä asianosaisten voida katsoa hyväksyneen välimiesten menettelyä, on kuitenkin olemassa vaara, että välitystuomion tunnustaminen tai täytäntöönpano evätään siellä ulkomaisten tuomioiden tunnustamista ja täytäntöönpanoa koskevan New Yorkissa vuonna 1958 tehdyn yleissopimuksen (207/1962) V,1 d kohdan nojalla sillä perusteella, ettei välimiesmenettely ole ollut asianosaisten välisen sopimuksen mukainen.

## VML:n säännökset todistelusta

Välimiesten prosessinjohto todisteiden hankinnassa määräytyy sen mukaan, mitä asianosaiset ovat tästä sopineet. Niinpä asianosaiset voivat periaatteessa pätevästi sopia, ettei välimiesmenettelyssä saa käyttää tiettyä todistuskeinoa.[3] Asianosaiset voivat myös sopia esimerkiksi siitä, etteivät välimiehet saa omasta aloitteestaan päättää todistajan kuulustelemisesta tai asiantuntijalausunnon hankkimisesta. Toisinaan sovitaan jopa siitä, että välimiesten on ratkaistava asia ilman suullista käsittelyä välimiehille annetun asiakirja-aineiston perusteella. Tällainen rajoitus voi kuitenkin, ja varsinkin jos siitä on sovittu ennen riidan syntymistä, olla arveluttava ja saattaa yksittäistapauksessa jopa merkitä, että asiassa annettavan välitystuomion pätevyys on kyseenalainen sen johdosta, ettei asianosaiselle katsota varatun VML 22 §:ssä tarkoitettua tilaisuutta asiansa ajamiseen.

Jollei asianosaisten välisestä sopimuksesta muuta johdu, on noudatettava, mitä VML:ssä on säädetty prosessinjohdosta näytön hankinnassa. Välimiesten prosessinjohtovelvollisuuksista ja -oikeuksista asian selvittämisessä ja erityisesti näytön hankinnasta säädetään VML 27 §:ssä. Pykälän 1 momentissa on välimiehille annettu yleisluontoinen velvollisuus edistää riidan asianmukaista ja joutuisaa selvittämistä. Välimiesten aloiteoikeus asiaan vaikuttavien seikkojen todisteluun nähden ei ole samalla tavoin rajoitettu kuin mitä dispositiivisissa riita-asioissa on asianlaita OK 17:8:n mukaan. Välimiehet saavat näet VML 27,1 §:ään otetun nimenomaisen säännöksen mukaan kehottaa sekä asianosaista että muuta henkilöä saapumaan todistelu-

---

[2] Ks. tästä kysymyksestä *Kaufmann-Kohler* teoksessa Liber Amicorum Claude Reymond ”Autour de l’arbitrage” (Paris 2004) 153 ss. Ruotsin vuodelta 1999 olevan välimiesmenettelylain (lag om skiljeförfarande) 21 §:n mukaan välimiesten on noudatettava, mitä asianosaiset ovat menettelystä sopineet, ”om det inte finns något hinder mot det”. Säännös oikeuttanee välimiehiä poikkeamaan asianosaisen menettelyä koskevasta sopimuksesta vain silloin, kun sopimus on lainvastainen tai sen noudattaminen on käytännöllisesti katsoen mahdotonta. Ks. *Heuman*, Skiljemannarätt (Stockholm 1999) s. 269 ss.

[3] Näin myös vuoden 1928 VML:n mukaan *Tirkkonen*, Välimiesmenettely (Vammala 1943) s. 237.

tarkoituksessa kuulusteltavaksi tai esittämään hallussaan olevan asiakirjan tai esineen, jolla voi olla merkitystä todisteena.

Vaikka välimiehillä on tuomioistuinta laajempi oikeus päättää todisteiden hankkimisesta, heillä ei ole oikeutta asettaa uhkasakkoa eikä antaa määräyksiä muista pakkokeinoista (VML 27,2 § 1 virke). Näin on asianlaita riippumatta siitä, mitä asianosaiset ovat asiasta sopineet tai mitä menettelyyn sovellettavissa välimiesmenettelysäännöissä määrätään. Välimiehillä ei myöskään ole oikeutta ottaa vastaan valaa tai vakuutusta eikä totuusvakuutusta (VML 27,2 § 2 virke).

VML 29,1 §:n mukaan voidaan asianosaisen pyynnöstä tietyin edellytyksin oikeusaputeitse kuulustella tuomioistuimessa todistajaa tai asiantuntijaa taikka asianosaista totuusvakuutuksen nojalla. Saman lainkohdan mukaan tuomioistuin voi tietyin edellytyksin lisäksi velvoittaa asianosaisen tai kolmannen henkilön esittämään asiakirjan tai esineen, jolla voi olla merkitystä asiassa. Tuomioistuimen on VML 29,3 §:n mukaan noudattaen, mitä OK 17 luvussa säädetään todistelusta riita-asioissa, suoritettava hakemuksessa tarkoitettu toimenpide, jollei siihen ole estettä.

Käytännössä lienee kuitenkin vain harvoin tarvetta turvautua tällä tavoin tuomioistuimen apuun.[4] Välimiesmenettelyn joustavat järjestelymahdollisuudet tarjoavat välimiehille tosiasioiden selvittämiseksi muita keinoja, jotka osin korvaavat valan, vakuutuksen ja muut pakkokeinot. Sen vuoksi ei jäljempänä juuri käsitellä valtion tuomioistuimen myötävaikutusta välimiesmenettelyä varten tapahtuvaan todisteluun.

## Mitä sääntöjä on noudatettava välimiesoikeudessa tapahtuvassa todistelussa?

Vaikka käräjäoikeuden on VML 29,3 mukaan noudatettava OK 17 luvun säännöksiä silloin, kun se oikeusaputeitse myötävaikuttaa välimiesmenettelyssä tapahtuvaan todisteluun, tästä ei tietenkään seuraa, että noita säännöksiä myös muutoin olisi noudatettava välimiesmenettelyssä tapahtuvassa todistelussa. Eri asia on, että nämä todistelua tuomioistuimessa koskevat säännökset ja meillä tuomioistuimissa noudatettu käytäntö yleensä tosiasiallisesti vaikuttavat todisteluun välimiesmenettelyssä, varsinkin silloin kun kaikki välimiehet ja asianosaiset ovat Suomesta. Todistelussa on siis ensisijaisesti noudatettava, mitä asianosaiset ovat siitä sopineet, esimerkiksi sellaisten välimiesmenettelysääntöjen soveltamisesta, jotka sisältävät tarkempia määräyksiä todistelusta. Kun välimiesmenettelysääntöihin ei yleensä sisälly tällaisia määräyksiä eivätkä asianosaiset varsinkaan kotimaisissa menettelyissä sovi erikseen todistelusta, välimiesten asiana on yleensä päättää siitä.[5] Missä määrin välimiesten tulisi tällöin vastaavasti noudattaa, mitä OK 17 luvussa on säädetty todistelusta tuomioistuimessa?

---

[4] Näin myös esimerkiksi *Kaufmann-Kohler/Bärtsch*, SchidsVZ 2004 s. 21.

[5] Asianosaiset saattavat kuitenkin esimerkiksi sopia siitä, että todistelussa on noudatettava IBA:n todisteiden vastaanottamista koskevia sääntöjä (IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration) vuodelta 1999, jäljempänä IBA:n todistelusäännöt. Näitä sääntöjä voidaan muutoinkin kokonaan tai osittain soveltaa siinäkin tapauksessa, ettei asianosaisten voida katsoa sopineen mitään todistelusta. Näin on asianlaita varsinkin silloin, kun

Selvänä voidaan ensinnäkin pitää, ettei mikään estä henkilötodistelun järjestämistä siten, että asianosaista, todistajaa tai asiantuntijaa kuulustellaan puhelimitse tai videota käyttäen siinäkin tapauksessa, ettei toinen asianosainen suostu siihen. Mikään ei myöskään estä käyttämästä todisteena yksityisluontoista kertomusta, jonka joku on vireille pannun tai alkavan välimiesmenettelyn varalta kirjallisesti antanut, tai OK 17:1,1:n 2 kohdassa tarkoitettua esitutkintapöytäkirjaan tai muulle asiakirjalle merkittyä tai muulla tavalla tallennettua asiakirjaa. OK 17:18:n todistajan esteellisyyttä, sen enempää kuin todistajan kieltäytymis- tai vaitiolooikeutta koskevilla säännöksillä ei ole välimiesoikeudessa tapahtuvassa todistelussa samaa merkitystä kuin tuomioistuimessa tapahtuvassa todistelussa, koska välimiehet eivät voi pakkokeinoja käyttäen velvoittaa ketään todistamaan eivätkä ottaa vastaan valaa tai vakuutusta. Niinpä asianosaista tai asianosaisen edustajaa, jota kuullaan todistelutarkoituksessa, kohdellaan välimiesmenettelyssä usein samalla tavalla kuin todistajaa ja häneen sovelletaan näin ollen yleensä varsin pitkälle samoja sääntöjä kuin varsinaiseen todistajaan.[6] Mahdollisia rajoituksia todistajan oikeuteen olla läsnä asian käsittelyssä enemmän kuin hänen kuulustelemisensa vaatii sovelletaan näin ollen joskus myös asianosaiseen tai tämän edustajaan ainakin silloin, kun jompi kumpi asianosainen sitä vaatii. Toisinaan asianosaiset sopivatkin, että näin on meneteltävä.

OK 17 luvun asiakirjan editiovelvollisuutta koskevien säännösten on katsottu edellyttävän, että editiota vaativan asianosaisen on yksilöitävä se asiakirja, jota hänen vaatimuksensa koskee, niin tarkoin, että asiakirjan esittämistä koskeva määräys voidaan sanktioida uhkasakolla ja viime kädessä panna täytäntöön ulosottomiehen toimesta.[7] Tämä asiakirjan yksilöintiä koskeva vaatimus ei kuitenkaan ainakaan sellaisenaan koske välimiesmenettelyä. Niinpä lainsäädäntömme ei ole esteenä sille, että välimiehet velvoittavat asianosaisen hänen vastapuolensa vaatimuksesta tai jopa omasta aloitteestaan toimittamaan välimiesoikeudelle periaatteessa kaiken merkityksellisen todistusaineiston, joka on hänen saatavillaan. Näin on asianlaita varsinkin siinä tapauksessa, että niiden todistelua koskevien säännösten, jotka on sovittu noudatettavaksi, on katsottava sallivan tämän. Asianosaisen olisi tässä tapauksessa toimitettava välimiesoikeudelle muun muassa myös hänelle epäedullinen todistusaineisto, jollei se ole luonteeltaan sellainen, että asianosaisella voidaan sovellettavien oikeusohjeiden mukaan katsoa olevan oikeus olla toimittamatta sitä välimiehelle. Tällainen Amerikan Yhdysvaltojen oikeuden tuntema ”Pre-Trial Discovery -menettelyä”[8] muistuttava menettely ei kuitenkaan ole suositeltavaa,

---

toinen asianosainen on ns. common law -valtiosta ja toinen ns. civil law -valtiosta, mutta myös puhtaasti kotimaisissa menettelyissä voidaan säännöistä saada johtoa päätettäessä todistelusta.

[6] Ks. *Redfern/Hunter*, Law and Practice of International Commercial Arbitration, Third edition (London 1999) s. 336, *Heuman* (alav. 2) s. 444 ss. ja *Fouchard/Gaillard/Goldman*, On International Commercial Arbitration (Kluwer Law International 1999) s. 699 ss.

[7] Ks. tästä lähemmin *Lappalainen*, Siviiliprosessioikeus II (Jyväskylä 2001) s. 194 ss. Yksilöintivaatimuksen osalta ks. myös *Heuman* JT 1989–1990 s. 3 ss.

[8] Ks. Redfern/Hunter (alav. 6) s. 316 alav. 47, jossa todetaan seuraavaa.: ”Discovery is an ambiguous term: to a civil lawyer it means nothing; to a US lawyer it encompasses production of documents and depositions of potential witnesses: to an English Lawyer it refers only to the production of documents”. – Englannin oikeuden tuntema ”Pre-trial discovery of documents”, sellaisena kuin se oli ennen vuonna 1999 voimaan tullutta lainmuutosta, poikkesi

elleivät välimiehet ja asianosaisten asiamiehet ole tottuneet tällaiseen menettelyyn. Näin lienee vain harvoin asianlaita, jolleivät asianosaiset ja ainakin yksi välimies tule sellaisesta valtiosta, jossa tämäntapaista menettelyä noudatetaan myös tuomioistuimessa tapahtuvassa oikeudenkäynnissä.

## Miten todistelu olisi järjestettävä?

Asianosaiset voivat tietenkin sopia, että todistelun on tapahduttava pääsäännön mukaan samalla tavalla kuin se tapahtui ainakin useimmissa alioikeuksissa ennen vuonna 1992 voimaan tullutta alioikeusuudistusta noudattaen tuolloin voimassa olleita oikeudenkäymiskaaren säännöksiä. Tämä tarkoittaa sitä, että suullista todistelua otetaan vastaan useassa erillisessä istunnossa, että äänitetty suullinen todistelu saatetaan kirjalliseen muotoon ja että se toimitetaan asianosaisille kirjallisen loppulausunnon antamista varten. Jos asianosaiset ovat näin sopineet, on tällaista sopimusta tietenkin noudatettava, jolleivät asianosaiset sittemmin sovi muusta. Tiettävästi eräät välimiehinä tai asianosaisen asiamiehinä toimivat lakimiehet pitävät tällaista menettelyä ainakin joissakin tapauksissa kaikkein tarkoituksenmukaisimpana. Tähän viittaa jo se, että välimiesten palkkion määrää eräissä melko tavanomaisissa jutuissa edelleen perustellaan sillä, että asiassa on pidetty lukuisia istuntoja.

Mikään ei myöskään estä asianosaisia sopimasta, että todistelussa on noudatettava ainakin pääasiallisesti samoja sääntöjä kuin käräjäoikeudessa tapahtuvassa riita-asiain oikeudenkäynnissä. Tämä ei kuitenkaan aina ole tarkoituksenmukaisin tapa järjestää todistelu välimiesmenettelyssä. Välimiehet eivät siten voi ilman muuta lähteä siitä, että asianosaiset ovat sopineet tällaisesta menettelystä. Näin ollen välimiesten tulisi, jolleivät asianosaiset ole sopineet tai jollei heidän voida katsoa sopineen todistelussa noudatettavasta menettelystä, itse harkita, miten todistelu olisi tarkoituksenmukaisimmin järjestettävä, ja sen jälkeen päättää todistelusta.

Välimiesten tulisi yleensä kuulla asianosaisia ennen kuin he päättävät todistelusta. Tämä tapahtuu usein parhaiten erillisessä istunnossa, jossa käsitellään menettelyä koskevia ja mahdollisesti myös muita asian valmisteluun liittyviä kysymyksiä. Usein päästäänkin välimiesten tekemän ehdotuksen pohjalta asianosaisten asiamiesten kanssa sopimukseen välimiesmenettelyssä tapahtuvasta todistelusta.

Silloin kun välimiehet ja asianosaisten asiamiehet ovat samasta maasta tai maista, joissa todistelua koskevat säännökset ja todistelussa noudatettu käytäntö eivät oleellisesti poikkea

---

Yhdysvaltojen oikeuden tuntemasta ”Discoverysta” paitsi siinä, ettei se koskenut mahdollisten todistajien kertomuksia (”depositions”), myös siten, ettei sen mukaan ”discovery” ollut ainakaan samassa laajuudessa kuin Yhdysvalloissa sallittua sen selvittämiseksi, oliko jonkun hallussa asiakirjoja, joilla saattoi olla merkitystä todisteina asiassa (”Fishing expeditions”, ”Ausforschungsbeweis”). Tämä ilmenee muun muassa Yhdistyneen Kuningaskunnan vuoden 1970 Haagin sopimukseen todisteiden vastaanottamisesta ulkomailla siviili- ja kauppaoikeudellisissa asioissa (37/1976) ratifioinnin yhteydessä tekemästä varaumasta. Vuoden 1999 Englannissa voimaan tulleen siviiliprosessiuudistuksen jälkeen ”pre-trial discovery of documents” – menettelyn korvannut ”disclosure of documents” on rajoittanut aikaisemman lain mukaista velvollisuutta esittää asiakirjoja. Ks. tästä *ibidem*. alav. 48.

toisistaan, kuten esimerkiksi Pohjoismaista, sopimukseen pääseminen todistelusta ei yleensä ole vaikeaa. Toisin saattaa sitä vastoin olla asianlaita varsinkin silloin, kun vain toisen asianosaisen asiamies tulee ns. common law -valtiosta. Silloin kun asianosaiset tai toinen heistä tulee valtiosta, jossa todistelua koskevat säännöt oleellisesti poikkeavat täällä yleensä noudatetusta käytännössä, tulee välimiesten ottaa tämä huomioon päättäessään todistelusta. Edellä mainittua Amerikan Yhdysvaltojen oikeuden tuntemaa ”Discoverya” muistuttavaa menettelyä ei tulisi täällä tapahtuvassa välimiesmenettelyssä käyttää, jolleivät asianosaiset ole sopineet tällaisesta menettelystä, esimerkiksi ottamalla välityslausekkeeseen määräyksen, jonka mukaan ”American Rules of Evidence shall be applied” tai jollei heidän voida katsoa sopineen tällaisesta menettelystä, esimerkiksi valitsemalla asiamiehensä ja välimiehet sellaisista valtioista, joissa tämäntapainen menettely tunnetaan.[9]

Jäljempänä lähdetään, jollei muuta ilmene, siitä, että kummankin asianosaisen asiamiehet ovat joko Suomesta tai sellaisesta maasta, jonka todistelua koskevat säännökset ja todistelussa noudatettu käytäntö on samankaltainen kuin meillä, ettei menettely ole asianosaisten sopimuksen vastainen ja ettei noudatettu menettely jossakin yksittäistapauksissa merkitse sitä, ettei asianosasia ole kohdeltu tasapuolisesti.

Kun välimiehet päättävät asian käsittelyssä noudatettavasta menettelystä, heidän tulisi ottaa huomioon heidän ratkaistavakseen jätetyn riidan erityispiirteet sekä se, mistä valtiosta asianosaiset ovat. Tämä koskee myös todistelua. Nämä seikat saattavat edellyttää toisenlaista menettelyä kuin jäljempänä suositellaan.

Tässä lyhyehkössä kirjoituksessa ei ole mahdollista käsitellä kaikkia todistuskeinoja, jotka saattavat välimiesmenettelyssä tulla kysymykseen, vaan esitys rajoitetaan koskemaan kirjallisia todisteita ja todistajia. Niinpä katselmusta ja asiantuntijatodistelua ei tässä käsitellä lainkaan. Se, mitä jäljempänä esitetään asiakirjatodistelusta, soveltuu kyllä suurelta osalta *mutatis mutandis* katselmukseen ja se, mitä jäljempänä esitetään todistajista, soveltuu myös osittain asiantuntijoihin. Jäljempänä ei myöskään käsitellä todistelua sovellettavasta laista tai kokemussäännöistä, vaan esitys rajoitetaan tosiseikkoja koskevaan todisteluun.

## Kirjalliset todisteet

Jo siinä vaiheessa, kun välimiehet kehottavat kantajaa toimittamaan kannekirjelmänsä, on yleensä aiheellista kehottaa kantajaa liittämään siihen ne kirjalliset todisteet, joiden esittämisen hän jo tuolloin melko varmasti tietää olevan tarpeellista asiansa ajamista varten. Vastaavasti on yleensä aiheellista kehottaa vastaajaa liittämään tällaiset kirjalliset todisteet häneltä kannekirjelmän johdosta pyydettyyn vastineeseen. Tärkeintä on kuitenkin, että välimiehet asianosaisten kirjelmien vaihdon ja mahdollisesti pidetyn valmistavan istunnon jälkeen määräävät,

[9] Eri asia on, että jonkin asteisen ”discoveryn” salliminen saattaa olla paikallaan varsinkin silloin, kun ainakin toinen asianosainen tulee common law -valtiosta. Ks. tästä tarkemmin *Kaufmann-Kohler,* Vanderbilt Journal of Transnational Law 2003 s. 1325 ss.

että asianosaisten on esitettävät kaikki ne kirjalliset todisteet, joita he pitävät tarpeellisina asiassa, hyvissä ajoin ennen kuin välimiesten ratkaistavaksi jätettyä riitakysymystä ruvetaan käsittelemään välimiesoikeuden istunnossa. Tämä tapahtuu usein parhaiten siten, että välimiehet määräävät tietyn päivämäärän, johon mennessä kummankin asianosaisen on toimitettava välimiehille kaikki ne kirjalliset todisteet, jotka he kanteensa tai vastineensa tueksi haluavat esittää. Välimiesten on kuitenkin tällaisessa tapauksessa määrättävä vielä toinen päivämäärä, johon mennessä asianosaisille varataan tilaisuus vastatodisteluna esittää sellaisia uusia kirjallisia todisteita, joihin vastapuolen esittämät todisteet antavat aiheen.[10]

Asiakirja, johon asianosainen haluaa nojautua todisteena, saattaa olla toisen asianosaisen tai kolmannen hallussa. Välimiehet voivat VML 27 §:n mukaisesti kehottaa asiakirjan haltijaa esittämään välimiehille asiakirjan, jos he katsovat, että sillä voi olla merkitystä todisteena.[11] Jos tämä ei kuitenkaan suostu esittämään asiakirjaa, välimiehet eivät voi velvoittaa asiakirjan haltijaa sakon uhalla esittämän asiakirjaa eivätkä myöskään antaa määräyksiä muista pakkokeinoista. Jos välimiehet pitävät tarpeellisena asiakirjan haltijan velvoittamista esittämään asiakirjan, jolla voi olla merkitystä todisteena asiassa, asianosainen voi, niin kuin edellä on mainittu, VML 29 §:n nojalla esittää tätä koskevan hakemuksen sille käräjäoikeudelle, jonka alueella asiakirjan haltija oleskelee. Käräjäoikeus voi saman pykälän 3 momentin nojalla tarvittaessa pakkokeinoja käyttäen velvoittaa asiakirjan haltijan esittämään asiakirjan.

Jos asiakirjan haltija ei oleskele Suomessa, ei VML 29 §:n säännöksistä kuitenkaan ole apua. Todisteiden vastaanottamisesta ulkomailla siviili- tai kauppaoikeudellisissa asioissa Haagissa vuonna 1970 tehty yleissopimus ei sovellu välimiesmenettelyyn.[12] Eräissä valtioissa tuomioistuimet voivat tosin kansallisen lainsäädännön nojalla antaa oikeusapua todisteiden vastaanottamisessa vieraassa valtiossa tapahtuvaa välimiesmenettelyä varten[13], mutta useimpien valtioiden, muun muassa Suomen, lainsäädännössä ei ole säännöksiä, joiden mukaan tuomioistuimet voisivat antaa tällaista oikeusapua. Näin ollen välimiesten ei yleensä kannata pyytää tai varata asianosaisille tilaisuutta pyytää tällaista oikeusapua vieraan valtion tuomioistuimelta. Oikeusavun saaminen vieraan valtion tuomioistuimelta ei myöskään liene mahdollista ”epäsuorasti” siten, että asianosainen ensin pyytää VML 29 §:n nojalla oikeusapua joltakin käräjäoikeudelta, joka sitten edellä mainitun yleissopimuksen nojalla esittää oikeusapupyynnön

---

[10] Vastatodistelusta voi olla kyse todistelusta, jossa esitetään näyttöä päätodistusteeman vastakohdasta tai todistelusta, jossa tuodaan esiin päätodistelulla estettyjen todisteiden näyttöarvoa heikentäviä seikkoja. Ks. *Lappalainen* (alav. 7) s. 133 s.

[11] Tämä ja jäljempänä asiakirjan esittämisvelvollisuudesta esitetty koskee myös sellaisia käytännössä harvinaisia tapauksia, joissa asianosainen, vaikka nojautuu hallussaan olevaan asiakirjan, ei jostakin syystä halua esittää itse asiakirjaa. Ks. myös *Lappalainen* (alav. 7) s. 189. Toisin kuin Suomessa useassa Manner-Euroopan maissa ei oikeudenkäyntimenettelyssä voitane velvoittaa asianosaista esittämään asiakirjaa, jonka sisältö on hänelle vastainen. Saksassa tämä tuli mahdolliseksi vasta vuonna 2002 voimaan tulleen lain muutoksen johdosta, jolla § 142 ZPO muutettiin. Ks. esimerkiksi *Kaufmann-Kohler/Bärtsch* (alav. 4) s. 16 s.

[12] Näin myös esimerkiksi, *Redfern/Hunter* (alav. 6) s. 322 ja *Kaufmann-Kohler/Bärtsch* (alav. 4) s. 21. Ks. myös *Heuman* (alav. 2) s. 469.

[13] Näin esimerkiksi Saksassa. Ks. ZPO § 1025 II ja § 1050 sekä *Schwab-Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit. Kommentar. 6., neubearbeitete Auflage (München 2000) s. 188.

vieraan valtion tuomioistuimelle. Ensinnäkin VML 29,2 §:n mukaan saman pykälän 1 momentissa tarkoitettu hakemus tehdään sille käräjäoikeudelle, jonka alueella asiakirjan haltija oleskelee. Jos tämä ei oleskele Suomessa, ei siis ole toimivaltaista tuomioistuinta, jolle hakemus voitaisiin tehdä. Toiseksi ilmenee Haagin yleissopimuksen 1 artiklan 2 kappaleen englanninkielisestä alkuperäistekstistä, että todisteiden vastaanottamista voidaan pyytää ainoastaan todisteiden hankkimiseksi vireillä olevaa tai vireille pantavaa tuomioistuimessa tapahtuvaa oikeudenkäyntiä (*judicial proceedings*) varten.

Silloin, kun asiakirja on asianosaisen hallussa, ei sillä seikalla, voidaanko asiakirjan haltija pakkokeinoja käyttäen velvoittaa esittämään asiakirja, liene ainakaan kovin suurta merkitystä. Jos asianosainen on kieltäytynyt noudattamasta välimiesten kehotusta esittää halussaan oleva asiakirja, ei yleensä niissäkään tapauksissa, joissa tämä asianosainen oleskelee Suomessa, pyydetä oikeusapua VML 29 §:n nojalla käräjäoikeudelta. Asianosaisillahan ei ole oikeutta ilman välimiesten suostumusta esittää tällaista oikeusapupyyntöä käräjäoikeudelle. Se, että välimiehet ovat kehottaneet asiakirjan haltijaa esittämään asiakirjan, ei vielä merkitse sitä, että he pitävät henkilön velvoittamista esittämään asiakirja VML 29 §:ssä tarkoitetulla tavalla tarpeellisena. Voivathan välimiehet yleensä silloin, kun asianosainen ei ole noudattanut heidän kehotustaan esittää asiakirja, samalla tavalla kuin tuomioistuin OK 17:5 §:n nojalla, harkita, mikä vaikutus asianosaisen laiminlyönnillä on todisteena.

Viimeksi mainittu voi merkitä muun muassa sitä, että välimiehet voivat asianosaisen laiminlyönnistä noudattaa välimiesten kehotusta esittää asiakirja päätellä, että asiakirjan sisältö on asianosaisen edun vastainen ja katsoa, että ne seikat, jotka asianosaisen vastapuoli on halunnut asiakirjalla todistaa, asianosaisen laiminlyönnin johdosta ovat tulleet näytetyiksi. Tällainen menettely on kansainvälisestikin yleisesti hyväksytty ja sisältyy myös edellä alaviitteessä 5 mainittuihin IBA:n todistelusääntöihin.[14]

Aina ei kuitenkaan voida katsoa, että asianosaisen laiminlyönnin noudattaa välimiesten hänelle antamaa kehotusta esittää asiakirja oikeuttaa näin pitkälle meneviin päätelmiin. Näin voi olla asianlaita esimerkiksi silloin, kun asianosainen ei ilman niitä asiakirjoja, jotka hän väittää olevan vastapuolensa hallussa, voi näyttää toteen vaatimustaan tai väitettään eikä hän ole näiden tueksi esittänyt mitään muuta selvitystä. Tällaisessakin tapauksessa asianosaisen laiminlyönti saattaa kuitenkin vaikuttaa hänen kannaltaan haitallisesti siihen, miten välimiehet arvioivat sen, minkä hän on asiassa muutoin esittänyt.

Asianosaisen laiminlyönti noudattaa välimiesten kehotusta esittää asiakirja voi myös johtaa siihen, että todistustaakka sellaisesta seikasta, joka hänen vastapuolensa asiana alun perin on ollut näyttää toteen, ”siirtyy” hänelle.[15]

---

[14] Ks. IBA:n todistelusäännöt 9 artikla 4 kappale, joka kuuluu: ”If a party fails without satisfactory explanation to produce any document requested in a Request to produce to which it has not objected in due time or fails to produce any document ordered to be produced by the Arbitral Tribunal, the Arbitral Tribunal may infer that such a document would be adverse to the interests of that party.”

[15] Näin myös esimerkiksi *Kaufmann-Kohler/Bärtsch* (alav. 4) s. 21.

Siinä tapauksessa, että asiakirja on kolmannen hallussa ja tämä jättää noudattamatta välimiesten kehotusta esittää asiakirja, eivät välimiehet tietenkään pääsäännön mukaan voi tämän johdosta tehdä mitään asiakirjan esittämistä vaatineen asianosaisen vastapuolen kannalta epäedullisia päätelmiä. Toisin voi kuitenkin olla asianlaita silloin, kun asiakirjan ei ehkä voida katsoa olevan asianosaisen hallussa, mutta asiakirja on sellaisen kolmannen hallussa, jonka asianosainen voi velvoittaa esittämään asiakirjan. Näin saattaa usein olla asianlaita, jos asiakirja on asianosaisena olevan yhtiön tytäryhtiön hallussa.[16]

Asiakirjan esittämistä vaativan asianosaisen on tietenkin nimettävä todistusteema, jonka toteennäyttämiseksi asiakirja halutaan esitettäväksi. Jotta vaatimukseen voidaan suostua, välimiesten on katsottava, että todistusteemalla on merkitystä jutun ratkaisemisen kannalta ja että asiakirjalla saattaa olla merkitystä näyttönä siitä, mitä sillä halutaan todistaa eli todistusteemasta.[17]

Lisäksi asianosaisen pitää osoittaa, että asiakirja on sen henkilön hallussa, johon vaatimus kohdistetaan. Tämä ei kuitenkaan tarkoita, että asiakirjan on oltava fyysisesti tämän hallussa, vaan riittävänä on pidettävä, että asiakirja on tämän saatavilla. Sen vuoksi asianosaisen, joka vaatii asiakirjan esittämistä, olisi mainittava ne tosiseikat, joihin hän nojautuu väittäessään, että asiakirja on hänen vastapuolensa hallussa. Jos tämä kuitenkin väittää, ettei kysymyksessä olevaa asiakirjaa ole olemassa tai ettei asiakirja ainakaan ole hänen hallussaan, välimiesten asiana on arvioida tällaisen väitteen uskottavuutta. Tällaisen väitteen uskottavuuden arvioimiseksi voidaan tietenkin kuulustella asianosaisia suullisesti esimerkiksi menettelykysymyksiä varten järjestetyssä välimiesten istunnossa ja ottaa vastaan muuta näyttöä. Mikäli välimiehet eivät pidä väitettä uskottavana, he voivat tehdä samanlaisia päätelmiä asianosaisen käyttäytymisestä kuin niissä tapauksissa, joissa asianosainen ei ole noudattanut välimiesten kehotusta esittää asiakirja tai ainakin joissakin tapauksissa katsoa todistustaakan siirtyvän hänelle sellaisesta seikasta, jonka todistaminen on hänen vastapuolensa asiana.

Olisiko välimiesmenettelyssä syytä asettaa yhtä ankara asiakirjan yksilöintivaatimus kuin tuomioistuimessa tapahtuvassa oikeudenkäynnissä siinä tapauksessa, etteivät asianosaiset ole toisin sopineet? Tällaista yksilöintivaatimusta ei ole, niin kuin edellä olevasta ilmenee, esimerkiksi Amerikan Yhdysvaltojen, eikä myöskään tiettävästi muidenkaan ns. common law -maiden siviiliprosessioikeudessa. Koska välimiehet eivät voi velvoittaa asiakirjan haltijaa sakon uhalla esittämän asiakirjaa eivätkä myöskään määrätä, että heidän antamansa asiakirjan esittämistä koskeva määräys on pantava täytäntöön ulosottomiehen toimesta, voitaisiin hyvin ajatella, ettei välimiesmenettelyssä vaadittaisi yhtä tarkkaa asiakirjan yksilöintiä kuin tuomio-

---

[16] Vrt. esimerkiksi LCIA välimiesmenettelysääntöjen 22.1. artiklaa, jossa esittämisvelvollisuus koskee asiakirjoja, jotka asianosaisella on ”in possession, custody or power”.

[17] Ks. myös edellä mainitut IBA todistelusääntöjen 3.3. (b) artikla, jonka mukaan asiakirjan esittämistä koskevan vaatimuksen tulee sisältää ”a description of how the documents requested are relevant and material to the outcome of the case”. Jotta asiakirja olisi ”relevant” sen tulee todennäköisesti näyttää toteen sellainen seikka, josta voidaan tehdä oikeudellisia päätelmiä. Asiakirja on vuorostaan ”material”, jos se on tarpeen välimiehille esitettyjen oikeudellisten kysymysten täydellistä arviointia varten. Ks. *Kaufmann-Kohler/Bärtsh* (alav. 4) s. 18.

istuinprosessissa. Tältä osin on kuitenkin otettava huomioon, että IBA:n edellä mainittujen todistelusääntöjen 3.3 (a) artiklan mukaan asiakirjan esittämistä koskevan vaatimuksen tulee sisältää ”a description of a requested document sufficient to identify it”. Tämä asiakirjan yksilöintiä koskeva vaatimus vastannee ainakin suurin piirtein meillä tuomioistuinprosessissa edellytettyä asiakirjan yksilöintiä. Saman kohdan mukaan yksilöintivaatimus kuitenkin täyttyy, jos asiakirjan esittämistä koskeva vaatimus sisältää ”a description in sufficient detail (including subject matter) of a narrow and specific requested category of documents, that are reasonably believed to exist”. Esimerkkinä tällaisesta yksilöinnistä voidaan mainita seuraava tapaus:

> Välimiesmenettelyssä, jossa on kysymys siitä, että toinen asianosainen on purkanut yhteistoimintasopimuksen, toinen asianosainen tietää, että ilmoitus sopimuksen purkamisesta on annettu tiettynä päivänä, että toisen asianosaisen päättävän elimen on täytynyt tehdä sopimuksen purkamista koskeva päätös vähän ennen tuota ilmoitusta, että päätöksen on täytynyt perustua tiettyihin sitä ennen laadittuihin asian valmistelua tarkoittaviin asiakirjoihin ja että muistiinpanoja ilmeisesti on tehty tuosta päätöksestä. Asiakirjojen esittämistä pyytävä asianosainen ei osaa mainita päivämääriä, jolloin tällaiset asiakirjat on laadittu, eikä myöskään asiakirjojen laatijaa tai laatijoita, mutta voi kuitenkin tietyllä tarkkuudella mainita minkä tyyppisistä asiakirjoista on kysymys ja minkä ajanjakson sisällä asiakirjat on laadittu.[18]

Siinäkin tapauksessa, ettei tällainen yksilöinti olisi riittävä suomalaisessa tuomioistuinprosessissa, sitä on perusteltua pitää riittävänä välimiesmenettelyssä, vaikka asianosaisten ei voitaisikaan katsoa sopineen IBA:n todistelusääntöjen soveltamisesta.[19]

Myös välimiesmenettelyssä on lähdettävä siitä, että asianosaisen velvollisuus esittää asiakirja ei voi ulottua laajemmalle kuin hänen velvollisuutensa antaa välimiesmenettelyssä lausuntoja asiakirjan sisältämistä seikoista.[20] Näin ollen välimiehet eivät voi yleensä asianosaisen laiminlyönnistä noudattaa heidän kehotustaan esittää asiakirja tehdä hänen kannaltaan epäedullisia päätelmiä, jos asiakirja sisältää sellaisia seikkoja, josta asianosainen on oikeutettu tai velvollinen vaikenemaan, eikä asiakirjaa voida esittää paljastamatta tällaisia seikkoja. Jäljempänä seuraavassa alajaksossa käsitellään asianosaisen velvollisuutta ja oikeutta olla ilmaisematta tiettyä seikkaa, johon kuuluu myös asianosaisen oikeus olla suostumatta siihen, että kolmas ilmaisee tällaisen seikan.

---

[18] Tämän esimerkin esikuvana on käytetty IBA:n todistelusääntöjä valmistelleen työryhmän kommentaarissa olevaa lähes samanlaista esimerkkiä. Ks. Commentary on the New IBA Rules of Evidence by the IBA Working Party s. 5.

[19] Kotimaisessa kirjallisuudessa on katsottu, että riittäväksi katsottava yksilöinti vaatii muun muassa asiakirjatyypin ja laatimisajankohdan ilmoittamista. Ks. esim. *Lappalainen* (alav. 7) s. 194 ja siellä mainittu kirjallisuus. Lappalainen, joka toteaa asiakirjan hallinnan selvittelyn ja yksilöinnin olevan hankala ongelma, suosittelee kuitenkin ”pikemmin liberaalia ja joustavaa tulkintaa, jottei relevantin asiakirjamateriaalin saaminen oikeudenkäyntiin kaatuisi kohtuuttomiin yksilöintivaatimuksiin.” Ks. *ibid.* s. 196. Ks. myös *Heuman* (alav. 2) s. 461, jossa muun muassa esitetään: ”*Skiljemännen bör acceptera yrkanden där en part begär att grupper eller typer av dokument skall utges avseende en viss tidsperiod*. Handlingarna kan identifieras dels genom hänvisning till viss typ av affärstransaktion eller varugrupp, dels genom bevistemat.”

[20] Luottamuksellisten asiakirjojen aiheuttamasta ongelmasta ks. *Heuman* (alav. 2) s. 463 s. ja *Fouchard/Gaillard/Goldman* (alav. 6) s. 693.

Silloin kun on kysymys asiakirjan esittämisvelvollisuudesta, on usein käytännössä vaikeata ratkaista, sisältävätkö asiakirjat todella sellaista, jota vaitiolovelvollisuus tai oikeus koskee. Tätä ongelmaa ei ole mahdollista tässä kirjoituksessa tarkemmin käsitellä.[21]

## Todistajat

Silloin kun välimiehet kehottavat kantajaa toimittamaan kannekirjelmänsä, on yleensä aiheellista kehottaa tätä ilmoittamaan myös ne henkilöt, joiden todistajankertomuksiin[22] hän tietää jo siinä vaiheessa melkoisella varmuudella tulevansa nojautumaan. Vastaavasti on yleensä aiheellista kehottaa vastaajaa kannekirjelmän johdosta pyydetyssä vastineessaan ilmoittamaan tällaiset henkilöt. Jo tässä vaiheessa saattaa joskus olla tarkoituksenmukaista, että asianosaiselle ainakin huomautetaan mahdollisuudesta liittää todistelutarkoituksessa kuultavien henkilöiden kirjalliset kertomukset kannekirjelmään tai vastineeseen.

Yleensä lienee kuitenkin tarkoituksenmukaisinta kehottaa asianosaisia toimittamaan tällaiset kertomukset vasta sen jälkeen, kun asian käsittely on edennyt niin pitkälle, että asianosaiset voivat arvioida keiden henkilöiden kertomuksiin he haluavat nojautua, ja välimiehet voivat arvioida, onko sillä seikalla, joka kertomuksilla halutaan näyttää toteen, merkitystä asian ratkaisemisen kannalta, ja onko kertomuksella merkitystä näyttönä siitä, mitä sillä halutaan näyttää toteen. Näin on toisinaan asianlaita jo heti sen jälkeen, kun kannekirjelmä ja sen johdosta annettu vastine on toimitettu välimiehille ja toiselle asianosaiselle, mutta usein vasta sen jälkeen, kun kumpikin asianosainen on toimittanut kaksi kirjelmää. Tällainen kehotus on usein tarkoituksenmukaisinta antaa menettelykysymysten käsittelyä varten järjestetyssä erillisessä istunnossa, jossa samalla sovitaan tai päätetään muun muassa muusta todistelusta ja, jollei sitä ole aikaisemmin tehty, koko välimiesmenettelyn kattavasta aikataulusta. Välimiehet määräävät silloin asianosaisia kuultuaan päivämäärän, johon mennessä kummankin asianosaisen on toimitettava välimiehille ja vastapuolelleen kaikkien niiden henkilöiden kertomukset, joihin he haluavat vedota.[23] Yleensä on tarkoituksenmukaista määrätä, että asianosaisten on toimitettava muutkin todisteet, joihin he haluavat nojautua, tuohon päivämäärään mennessä. Välimiesten on kuitenkin tällaisessa tapauksessa määrättävä vielä toinen päivämäärä, johon mennessä kummallakin asianosaiselle varataan tilaisuus vastatodisteluna toimittaa täydennettyjä tai uusia todistajankertomuksia. Näiden uusien kirjallisten todistajankertomusten tulee kuitenkin olla vain sellaisia, joihin vastapuolen esittämät todistajankertomukset ja muut

---

[21] Ks. IBA:n todistelusäännöt 3.7 artikla, jonka mukaan välimiehet voivat poikkeustapauksessa nimetä puolueettoman asiantuntijan arvioimaan, sisältääkö asiakirja sellaisia seikkoja, jota vaitiolovelvollisuus tai -oikeus koskee.

[22] Todistajankertomuksella tarkoitetaan tässä myös asianosaisten ja heidän edustajiensa todistelutarkoituksessa antamia kertomuksia. Vastaavasti tarkoitetaan todistajalla jäljempänä, jollei muuta ilmene, myös asianosaisia ja heidän edustajia eikä siis vain asianosaispiirin ulkopuolisia henkilöitä.

[23] Asianosaisten tasapuolinen kohtelu puhuu vahvasti sen puolesta, että asianosaisia kehotetaan toimittamaan kirjalliset todistajankertomukset samaan päivämäärään mennessä. Jos toinen asianosainen ei ole toimittanut näitä kertomuksia määräajassa, välimiesten ei tulisi antaa tälle hänen vastapuoleltaan saamiaan kertomuksia ennen kuin hän itse toimittaa nimeämiensä todistajien kirjalliset kertomukset. Näin myös *Heuman* (alav. 2) s. 450 s.

todisteet ovat antaneet aiheen eli toisin sanoen ”vastauksia” asianosaisen vastapuolen toimittamissa todistajankertomuksissa tai muissa todisteissa esitettyyn tai näistä todisteista ilmeneviin uusiin seikkoihin.

Edellä mainitut samoin kuin muutkin määräajat välimiesmenettelyn aikataulussa, tulisi asettaa siten, että ne ovat riittäviä, mutteivät sen pitempiä. Välimiesmenettelyn aikatauluun sisältyviä määräaikoja tulisi voida pidentää vain äärimmäisissä poikkeustapauksissa, koska tietyn määräajan pidentäminen aiheuttaa usein sen, ettei muitakaan koko välimiesmenettelyn kattavaan aikatauluun sisältyviä määräaikoja voida noudattaa.[24] Lisäksi olisi asianosaisille ilmoitettava, ettei muita todistajia kuulla suullisesti välimiesoikeuden istunnossa kuin niitä, jotka määräaikaan mennessä ovat antaneet kirjallisen kertomuksen.

Todistelutarkoituksessa kuultavien henkilöiden kertomusten toimittaminen näin kirjallisina on omiaan huomattavasti lyhentämään asian suullisen käsittelyn kestoa. Kun asianosaiset ja välimiehet ovat hyvissä ajoin ennen asian suullista käsittelyä istunnossa voineet tutustua näihin kertomuksiin, kumpikin asianosainen voi päättää ja ilmoittaa välimiehille, keitä hänen ja hänen vastapuolen nimeämistä henkilöistä on tarpeen kuulustella suullisesti istunnossa. Myös välimiehet voivat itse ilmoittaa asianosaisille, keiden he haluavat saapuvan henkilökohtaisesti kuulusteltaviksi. Lienee kuitenkin sangen harvinaista, että välimiehet vaativat jonkun henkilön saapumista kuulusteltavaksi, jos kumpikaan asianosainen ei sitä halua. Jos kumpikin asianosainen katsoo, ettei todistajaksi nimetyn henkilön tarvitse saapua henkilökohtaisesti kuulusteltavaksi, ei tästä kuitenkaan sinänsä voida päätellä, että asianosaiset ovat yhtä mieltä siitä, että kirjallisessa kertomuksessa esitetty pitää paikkansa.[25] Mikä merkitys todistajan kirjalliselle kertomukselle on annettava tällaisessa tapauksessa, on harkittava erikseen kussakin yksittäistapauksessa, ottaen huomioon muu asiassa esitetty näyttö.

Siinäkin tapauksessa, että todistajaa halutaan kuulla suullisesti välimiesoikeuden istunnossa, voi hänen etukäteen toimittamansa kirjallinen kertomus huomattavasti lyhentää asian suullisen käsittelyn kestoa. Kirjallinen kertomus korvaa näet ainakin suurimman osan pääkuulustelusta eikä todistajan nimenneen asianosaisen tule sallia ennen vastakuulustelua esittää kuin muutama kirjallista todistajankertomusta selventävä tai täydentävä kysymys.[26] Sitä vastoin todistajan nimenneen asianosaisen vastapuolella on tietenkin oikeus täydelliseen vastakuulusteluun, minkä jälkeen todistajan nimenneellä henkilöllä on oikeus uudelleenkuulusteluun, jossa pyritään selvittämään, onko todistajalla aihetta vielä muuttaa tai täydentää antamiaan lausumia. Kuitenkin myös vastakuulustelu saattaa kirjallisen kertomuksen johdosta sujua selvästi nopeammin, kun todistajan nimenneen asianosaisen vastapuoli hyvissä ajoin on saanut tietoonsa todistajan kertomuksen. Myös välimiehille on yleensä helpompaa esittää

[24] Ks. aikataulusta ja määräajoista tarkemmin *Kaufmann-Kohler*, The Journal of World Investment & Trade 2004 s. 70 s.
[25] Ks. myös IBA:n todistelusäännöt 4.9 artikla.
[26] Termeistä pääkuulustelu, vastakuulustelu (cross examination) ja uudelleenkuulustelu ks. esim. *Lappalainen* (alav. 7) s. 249 ss. Uudelleenkuulustelu ei saa koskea uusia seikkoja, jolleivät välimiehet erityisestä syystä toisin määrää. Ks. tästä esim. *Heuman* (alav. 2) s. 450 alav. 380.

todistajalle tarpeellisiksi katsomiaan kysymyksiä, kun he ovat etukäteen voineet perehtyä todistajan antamaan kirjalliseen kertomukseen.

Miten välimiesten tulisi menetellä, jos kirjallisen kertomuksen antanut todistaja ei voi saapua tai ei suostu saapumaan henkilökohtaisesti kuulusteltavaksi? Jos asianosaiset sopivat, että kertomus todistajan poissaolosta huolimatta saadaan asiaa ratkaistaessa ottaa huomioon todisteena, välimiesten on tietenkin näin meneteltävä. Heidän asiansa on kuitenkin harkita, minkä todistusarvon he kertomukselle antavat. Sen varalta, etteivät asianosaiset sovi siitä, että kertomus todistajan poissaolosta huolimatta saadaan ottaa tällä tavalla huomioon, välimiesten tulisi kuitenkin jo asettaessaan määräpäivän kirjallisten todistajankertomusten toimittamista varten ilmoittaa, mitä seuraa siitä, ettei todistaja saavu kuulusteltavaksi suullisesti välimiesten istuntoon, vaikka jompikumpi asianosainen sitä vaatii. Välimiehet voivat esimerkiksi ilmoittaa, että kirjallinen todistajankertomus otetaan asiaa ratkaistaessa todisteena huomioon vain siinä tapauksessa, että kertomuksen antaja saapuu välimiesten istuntoon henkilökohtaisesti kuulusteltavaksi, jolleivät asianosaiset sovi toisin.

Niissä tapauksissa, joissa todistajalla on laillinen este saapua henkilökohtaisesti kuulusteltavaksi, saattaa kuitenkin olla kohtuutonta jättää hänen antamansa kirjallinen todistajankertomus kokonaan huomioon ottamatta. Lähinnä tällaisten tapausten varalta on ehkä syytä edellä mainitussa ilmoituksessa vielä mainita, että myös välimiehet voivat erityisestä syystä päättää, että todistajan kirjallinen kertomus otetaan huomioon hänen poissaolostaan huolimatta.[27] Lievempi vaihto on ilmoittaa asianosaisille, että todistajan poisjääminen vaikuttaa haitallisesti kirjallisen kertomuksen todistusarvoon ja saattaa jopa johtaa siihen, ettei todistajankertomusta oteta lainkaan huomioon.[28] Yleensähän voidaan lähteä siitä, ettei kirjallisella kertomuksella ole samanlaista todistusarvoa kuin suullisesti annetulla kertomuksella silloin, kun todistaja ei ole ollut henkilökohtaisesti kuulusteltavana välimiesoikeuden istunnossa.

Silloin kun todistajankertomuksilla on tarkoitus näyttää toteen useampi seikka, saattaa joissakin tapauksissa olla tarkoituksenmukaisempaa jaksottaa todistajainkuulustelu teemoittain. Tällöin todistajainkuulustelu rajoitetaan koskemaan tiettyä teemaa kerrallaan eikä todistajia siis kuulustella vuorollaan kaikesta siitä, mistä heitä on kutsuttu todistamaan. Mahdollista on myös toimittaa todistajainkuulustelu teemoittain ns. todistajainkonferenssin muodossa eli siten, että kaikki tietyn seikan selvittämistä varten nimetyt todistajat yhtä aikaa saapuvilla ollen kuulustellaan vuorollaan. Näin on tiettävästi joskus meneteltykin.[29]

Jos todistelutarkoituksessa kuulusteltava kieltäytyy vastaamasta esitettyyn kysymykseen, jolla voidaan katsoa olevan asiassa merkitystä, välimiehet voivat tehdä päätelmiä, jotka ovat epäedullisia hänet todistajaksi nimenneelle asianosaiselle. Näin on varsinkin silloin, kun todistajaksi nimetty on asianosaisen, asianosaisen edustaja tai muuten asianosaiselle läheinen taikka todistajalla muuten on henkilökohtainen intressi asiassa. Tällaisen todistajan kertomuksella

---

[27] Ks. myös IBA:n todistelusäännöt 4.8 artikla.
[28] Näin LCIA: välimiesmenettelysäännöt. 20.4 artikla.
[29] Ks. tästä *Kaufmann-Kohler* (alav. 24 ) s. 71.

on tosin yleensä jo muutenkin heikompi todistusarvo kuin täysin ulkopuolisen todistajan kertomuksella. Muissakin tapauksissa saattaa todistajan kieltäytyminen vastaamasta todistajan nimenneen asianosaisen vastapuolen tai välimiehen kysymyksen oikeuttaa välimiehet tekemään tästä päätelmiä, jotka ovat todistajan nimenneelle asianosaiselle epäedullisia.

Jos todistajalla kuitenkin sovellettavien oikeusohjeiden mukaan on katsottava olevan kysymyksessä olevaa seikkaa koskeva vaitiolovelvollisuus tai -oikeus, ei todistajan kieltäytymisestä saa tehdä asianosaisen kannalta epäedullista päätelmää. Näin on asianlaita siinäkin tapauksessa, että asianosaisen suostumus poistaisi vaitiolovelvollisuuden. Silloin kun todistaja on Suomesta, on täällä tapahtuvassa välimiesmenettelyssä kysymys hänen vaitiolovelvollisuudestaan ja -oikeudestaan ratkaistava samalla tavalla kuin oikeudenkäynnissä OK 17:23:n ja OK 17:24:n mukaan. Jos sitä vastoin todistaja tulee vieraasta valtiosta ja itse menettelyä esimerkiksi asianosaisen kotipaikan tai muun seikan perusteella voidaan pitää kansainvälisenä, ei kuitenkaan näytä itsestään selvältä, että todistajan vaitiolovelvollisuutta tai -oikeutta tulisi arvioida yksinomaan Suomen lain mukaan, vaikka näin ilmeisesti olisi tehtävä siinä todistajankuulustelussa, joka toimitetaan käräjäoikeudessa VML 29 §:n nojalla. Tällaisessa tapauksessa näyttäisi kohtuulliselta, että todistaja voisi vedota myös sen valtion vastaaviin säännöksiin, jossa hänellä on kotipaikka. Tämäkään ratkaisu ei aina ole tyydyttävä, koska se saattaa johtaa siihen, ettei asianosaisia voida katsoa kohdellun tasapuolisesti välimiesmenettelyssä. Näin ollen välimiesten tulisi kussakin yksittäistapauksessa harkita, estääkö vieraan valtion laissa säädetty vaitiolovelvollisuus tai vaitiolo-oikeus välimiehiä tekemästä todistajan kieltäytymisestä asianosaisen kannalta epäedullisia päätelmiä.

## Loppusanat

Edellä on ollut mahdollista käsitellä vain eräitä välimiesmenettelyssä tapahtuvaan todisteluun liittyviä kysymyksiä. Tarkoituksena on muun muassa ollut korostaa sitä, että todistelu välimiesmenettelyssä voidaan järjestää oleellisilta kohdin eri tavoin kuin valtion tuomioistuimessa. Sitä vastoin se, mitä edellä on esitetty, ei suinkaan kaikilta osin ole tarkoituksenmukaista jokaisessa Suomessa tapahtuvassa välimiesmenettelyssä. Todistelusta, niin kuin menettelystä yleensä, päätettäessä on otettava huomioon jutun erityispiirteet, asianosaisten toivomukset ja perustellut odotukset sekä asianosaisille aiheutuvat kustannukset. Todistelun järjestäminen mahdollisimman tarkoituksenmukaisella tavalla edellyttää ennen kaikkea, että sekä välimiehillä että asianosaisten asiamiehillä on hyvät teoreettiset tiedot ja riittävä käytännön kokemus. Tällaiset tiedot ja tällainen kokemus on Suomessa varsinkin sillä henkilöllä, jolle tämä kirja on omistettu.

Jaana Norio-Timonen

# Pankki vakuutusten jakelukanavana

Korkeimman oikeuden ratkaisu 2004:40 koskee edunsaajamääräystä pankin kautta sijoitustarkoitukseen otetussa vakuutuksessa. Kanteen mukaan vakuutuksenottajan ensisijaisena tarkoituksena oli sijoittaa rahat, ei ottaa vakuutusta; hän ei ehkä ollut edes mieltänyt ottaneensa vakuutusta. Yhtenä kysymyksenä oli se, mitä hänelle oli tai ei ollut kerrottu vakuutuksesta. Tapaus antaa osaltaan esimakua siitä, millaisia ongelmia on luvassa, kun asiakas voi samalta luukulta ostaa erilaisia sijoitustuotteita, esimerkiksi talletuksia, vakuutuksia ja erilaisia arvopapereita. Pankin toimimiseen vakuutusasiamiehenä liittyy tietysti myös muita kiinnostavia ongelmia.

## Pankin oikeus toimia vakuutusyhtiön asiamiehenä

Vakuutuksia on perinteisesti myyty vakuutusyhtiöiden konttorien lisäksi asiamiesten kautta. Asiamiehinä ovat toimineet niin yritykset kuin yksityishenkilötkin, esimerkiksi pankinjohtajat ja pankkitoimihenkilöt.[1]

Pankkilainsäädännössä ei ole eikä ole ollut varsinaista normia siitä, että vakuutusasiamiehenä toimiminen kuuluisi pankkien liiketoimintaan. Vuonna 1988 rahoitustarkastuksen edeltäjä pankkitarkastusvirasto muutti aikaisempaa kantaansa, jonka mukaan pankki ei voinut toimia vakuutusasiamiehenä eikä ottaa vakuutusten välittämisestä provisiota vaan ainoastaan tilillepanomaksun.[2] Uusi kanta vastasi pankkilakityöryhmän mietinnössä omaksuttua näkemystä, jonka mukaan pankeilla tulisi olla mahdollisuus suorittaa asiakaspalveluunsa läheisesti liittyviä tehtäviä ja siten pankki voisi hoitaa vakuutusten ottamiseen liittyviä toimintoja, kuten vakuutusvaihtoehtojen esittelyä, vakioehtoisten vakuutusten tarjontaa ja maksuliikettä. Mietinnössä todettiin vielä nimenomaisesti, että pankki toimisi tältä osin rajoitetusti muun elin-

[1] Seuraavassa tarkastellaan nimenomaan niitä tilanteita, joissa asiamiehenä toimii pankki eikä yksittäinen pankin työntekijä, esimerkiksi pankinjohtaja. Vakuutusyritysten osalta tarkastelu rajoitetaan vakuutusyhtiöihin, ja tarkastelun kohteena ovat vapaaehtoiset vakuutukset.

[2] Lahikainen Pekka, Pankit ja vakuutusyhtiöt, Alustus Vakuutusalan kuluttajaneuvottelukunnan kokouksessa 18.3.1987, s. 1, Lyhennelmä Vakuutusalan kuluttajaneuvottelukunnan pöytäkirjan 2/1987 liitteenä 1; Helsingin Sanomat 9.11.1988 s. 39: Ptv antoi pankeille luvan markkinoida vakuutuksia.

keinon harjoittajan asiamiehenä ja voisi periä palkkiota tällaisesta toiminnasta.[3] Vuodesta 1989 alkaen pankit ovatkin toimineet vakuutusyhtiöiden asiamiehinä.[4] Talletuspankkien toiminnasta annettua lakia (1268/1990, voimaan 1.1.1991) koskevassa hallituksen esityksessä asiamiestoiminnan sallittavuutta koskeva muotoilu oli hieman pankkilakityöryhmässä omaksuttua peitellympi: ”Pankkitoiminnan ja muiden elinkeinojen, kuten esimerkiksi vakuutustoiminnan, välistä suhdetta määritettäessä tulee pankeille antaa mahdollisuus suorittaa niiden asiakaspalveluun läheisesti liittyviä tehtäviä. Siten pankki voi hoitaa esimerkiksi maksuliikenteeseen liittyen vakioehtoisten vakuutusten, esimerkiksi matkavakuutusten, esittelyä ja tarjontaa.”[5]

Nykyisin talletuspankkien liiketoiminnasta säädetään luottolaitostoiminnasta annetun lain (1607/1993) 2 b §:ssä (69/2003)[6], jonka 2 momentissa on 14-kohtainen luettelo talletuspankin liiketoimintaan kuuluvista toiminnoista. Tässäkään luettelossa vakuutusasiamiestoimintaa ei ole mainittu, joten tällaisen toiminnan sallittavuus perustuu luettelon kohdista viimeiseen: ”muu 1–13 kohdassa tarkoitettuun toimintaan verrattava toiminta”.[7] Näitä 1–13 kohdassa tarkoitettuja toimintoja ovat selkeästi pankin ydintoimintaan kuuluvien toimintojen lisäksi muun muassa notariaattitoiminta sekä arvopaperikauppa ja muu arvopaperitoiminta. Säännöksessä ei millään tavoin esimerkiksi määrällisesti rajoiteta tällaista ”muuta verrattavaa toimintaa”.[8]

Vakuutusten myynti pankkien kautta on lähtenyt varsin vaatimattomasta alusta: matkavakuutusta koskevien pankkisiirtolomakkeiden ja vakuutusesitteiden esilläpidosta. Nykyisin pankista voi ostaa kaikenlaisia vakuutuksia, joista sijoitustarkoitukseen sopivat tuotteet jopa kilpailevat pankin omien sijoitustarkoitukseen sopivien tuotteiden eli talletusten sekä myös pankin kautta hankittavissa olevien arvopaperien kanssa. Vakuutus voi myös enemmän tai vähemmän kiinteästi liittyä pankkituotteeseen, kuten henkivakuutus pankkilainaan. Vakuutusyhtiö, jonka tuotteita pankki markkinoi, voi olla pankin perustama, kuulua pankin kanssa samaan konserniin tai muulla tavalla samaan ryhmittymään tai olla pankista täysin irrallinen.

---

[3] Pankkilakityöryhmän mietintö, Komiteanmietintö 1987:41, s. 16 ja 42.

[4] Lahikainen Pekka, Vakuuttaminen taloudellisena toimintana, 4. uudistettu ja laajennettu painos, Vammala 1989, s. 13.

[5] Hallituksen esitys Eduskunnalle talletuspankkeja koskevaksi lainsäädännöksi 242/1989 s. 29.

[6] Säännös on lähes identtinen luottolaitoslain alkuperäisen 20.2 §:n kanssa, joka lailla 69/2003 siirrettiin 2 b §:ksi. Mainittua 20 §:ää koskeneessa hallituksen esityksessä ei otettu kantaa vakuutustoimintaan. Luottolaitokselle sallitusta liiketoiminnasta todettiin säädettävän pitkälti voimassa olevan lain mukaisesti. Luottolaitoksen todettiin voivan säännöksen 1 momentin mukaan harjoittaa myös 2 momentin luettelon liiketoimintaan liittyvää toimintaa. Tällaista toimintaa ei määritelty sen täsmällisemmin kuin toteamalla, että sen on liityttävä oleellisena osana luottolaitoksen harjoittamaan varsinaiseen toimintaan. (Hallituksen esitys Eduskunnalle luotto- ja rahoituslaitoksia ja niiden toimintaa koskevaksi lainsäädännöksi 295/1992 s. 29–30)

[7] Muissakin EU-maissa pankit yleensä saavat tarjota vakuutustuotteita, tietenkin sillä edellytyksellä, että ne eivät vastaa tarjoamiinsa vakuutuksiin liittyvästä vakuutusriskistä (Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi vakuutusyhtiölain muuttamisesta ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi 206/2000 s. 14).

[8] Myös vakuutusyhtiö saa nykyisin vakuutusyhtiölain 1:3a:n (362/2001) mukaan harjoittaa pääasiallisen toimintansa ohella liitännäistoimintaa toimimalla esimerkiksi luottolaitoksen edustajana. Lisäedellytyksenä kuitenkin on, että tämä toiminta on yhtiön harjoittaman vakuutustoiminnan luonteeseen sopivaa eikä ole laajuudeltaan vakuutustoimintaan nähden olennaisessa asemassa. Liitännäistoiminta ei myöskään saa vaarantaa yhtiön vakavaraisuutta eikä vakuutusten käsittämiä etuja.

## Pankkitoimihenkilön monet roolit

Pankkikorttiaan pankkitoimihenkilöltä noutava ei välttämättä tule ajatelleeksi, että kun tämä toimihenkilö ryhtyy keskustelemaan asiakkaansa eläkevakuutusturvasta, hän onkin siirtynyt vakuutusyhtiön asiamiehen rooliin. Vielä vaikeammin hahmotettavia ovat pankin toimihenkilön roolit silloin, kun keskustelua käydään erilaisista sijoitusvaihtoehdoista. Silloin samassa virkkeessäkin voivat puhua vuoroin pankkitoimihenkilö, vakuutusasiamies ja arvopaperinvälittäjä. Asiakkaan oikeudellisen aseman kannalta on kuitenkin olennaista, mistä tuotteesta on kyse ja mikä tuotteen markkinoijan asema on.

Luottolaitoslaissa ei ole säännöksiä siitä, että pankin tai sen toimihenkilön tulisi ilmoittaa, missä roolissa se kulloinkin toimii. Rahoitustarkastus on kuitenkin kiinnittänyt asiaan huomiota luottolaitosten markkinointia koskevassa kannanotossaan, jonka mukaan pankin on aina huolehdittava siitä, että asiakas tietää, kenen tuotteesta on kyse.[9]

Vakuutusyhtiölain (1062/1979) 14a luvun 9 §:n (362/2001) 1 momentin nojalla vakuutusyhtiön asiamiehen on toiminnassaan selkeästi ilmoitettava asiakkaalle toimivansa nimenomaan asiamiehenä. Säännös on tarkoitettu estämään juuri muun muassa sellaiset – käytännössäkin esiintyneet – tilanteet, joissa pankki markkinoi vakuutuksia omissa nimissään ilmoittamatta, minkä vakuutusyrityksen vakuutuksesta on kyse.[10] Näin ollen vakuutusasiamiehenä toimivan pankin toimihenkilön on aina tässä roolissa toimiessaan ilmoitettava asiakkaalle olevansa vakuutusasiamies. Vakuutusvalvontaviraston kannanoton mukaan ilmaisu ”vakuutuksen tuottaa vakuutusyhtiö x” ei anna oikeaa kuvaa siitä, että vakuutusyhtiöstä tulee vakuutuksesta vastaava sopimuskumppani ja että pankki toimii vakuutusyhtiön asiamiehenä.[11]

Vakuutusyhtiölain 14a luvun 9 §:n 2 momentin mukaan asiamiehen on yksittäistä vakuutusta markkinoidessaan ilmoitettava, minkä vakuutusyhtiön tuotteesta on kysymys. Ilmoitusvelvollisuuden on tarkoitettu koskevan kaikkia sellaisia tilanteita, joissa yritys markkinoi tiettyjä vakuutuksia eikä vain yleisluonteisesti ilmoita, että vakuutukset kuuluvat sen kautta hankittavissa olevaan tuotevalikoimaan.[12] Vakuutusasiamiehenä toimivan pankin toimihenkilön on siten aina tässä roolissa toimiessaan ilmoitettava asiakkaalle, minkä yhtiön asiamies pankki on.

Silloin, kun pankin asiakkaana on kuluttaja, myös kuluttajansuojalaki (38/1978) tulee sovellettavaksi. Sen 2 luvun 1 a §:n (460/2002) mukaan markkinoinnista on käytävä selkeästi ilmi, kenen lukuun markkinointi toteutetaan. Tämän säännöksen pitäisi siis periaatteessa turvata se, että kuluttaja-asiakas olisi koko ajan selvillä siitä, missä roolissa pankki ja sen toimihenkilö kulloinkin toimivat. Kuluttaja-asiamies on jo ennen kyseisen kuluttajansuojalain säännöksen

---

[9] Rahoitustarkastuksen kannanotto K/25/99/LLO, Dnro 9/510/99 (15.9.1999): Luottolaitosten harjoittama markkinointi s. 2.
[10] HE 206/2000 s. 25.
[11] Vakuutusvalvontaviraston kannanotto Dnro 5/002/2002 (24.4.2002): Vakuutusyhtiön vastuu asiamiehen markkinointitoimista s. 1–2.
[12] HE 206/2000 s. 26.

säätämistä kiinnittänyt asiaan huomiota yksilöllisten eläkevakuutusten markkinointia koskevassa ohjeessaan, joka on edelleen voimassa. Ohjeessa mainitaan muun muassa siitä, että jos eläkevakuutuksen markkinoijana on pankkisidonnainen vakuutusyhtiö, joka käyttää pankin kanssa samaa logoa, markkinoinnista on erityisen selkeästi käytävä ilmi tuotteiden, tuotteiden myyjien ja sovellettavien lakien erilaisuus.[13]

Kun pankki toimii vakuutusyhtiön asiamiehenä, herää kysymys siitä, missä määrin se voi käyttää vakuutusasiamiestoiminnassaan hyväksi niitä tietoja, jotka se on pankkitoiminnassaan saanut. Tällaisia tietoja ovat pankilla olevat monenlaiset tiedot asiakkaansa rahavaroista ja taloudellisesta tilanteesta sekä esimerkiksi vapautumassa olevista määräaikaistalletuksista. Näistä tiedoista olisi luonnollisesti hyötyä vakuutusten markkinoinnin kohdentamisessa. Saako siis pankki käyttää pankkitoiminnassaan saamiaan ja periaatteessa pankkisalaisuuden piiriin kuuluvia tietoja hyväksi toimiessaan vakuutusasiamiehenä?

Lähtökohtana luottolaitoslain 94.1 §:n (45/2002) mukaan on, että luottolaitoksella on asiakkaansa taloudellista asemaa koskeva salassapitovelvollisuus. Säännöksen 3 momentin (75/2003) mukaan luottolaitoksella on kuitenkin oikeus antaa tällaisia tietoja samaan konserniin, konsolidointiryhmään tai rahoitus- ja vakuutusryhmittymien valvonnasta annetussa laissa tarkoitettuun rahoitus- ja vakuutusryhmittymään kuuluvalle yhteisölle asiakaspalvelua ja muuta asiakassuhteen hoitamista ja markkinointia varten, jos tietojen vastaanottajaa koskee tässä laissa säädetty tai vastaava salassapitovelvollisuus. Vakuutusyhtiöitä koskee vastaava salassapitovelvollisuus vakuutusyhtiölain 18 luvun 6 b §:n mukaan, joten pankin asiakkaan taloudellista asemaa koskevien tietojen luovuttaminen on mahdollista. Kaikissa tilanteissa pankki-asiakkaiden taloudellisten tietojen luovuttaminen ei tämän säännöksen nojalla tule kysymykseen, sillä vakuutusyhtiö, jonka tuotteita pankki asiamiehen ominaisuudessa myy, ei välttämättä kuulu pankin konserniin, konsolidointiryhmään eikä rahoitus- ja vakuutusryhmittymään.

Luottolaitos voi kuitenkin luottolaitoslain 94 §:n 4 momentin (45/2002) mukaan luovuttaa asiakasrekisterissään olevia markkinointia sekä asiakaspalvelua ja muuta asiakassuhteen hoitamista varten tarpeellisia tietoja sellaiselle yhteisölle, joka kuuluu luottolaitoksen kanssa samaan taloudelliseen yhteenliittymään, jos tietojen vastaanottajaa koskee tässä laissa säädetty tai sitä vastaava salassapitovelvollisuus. Hallituksen esityksen mukaan taloudellista yhteenliittymää ei voida määritellä täsmällisesti laissa vaan säännöstä on sovellettava tapauskohtaisesti. Esityksen mukaan taloudellisen yhteenliittymän tunnusmerkistöön kuuluu aina pysyvyys ja vakiintuneisuus, joten tilapäistä yhteenliittymistä tai yhteistyösuhdetta ei voida pitää tällaisena taloudellisena yhteenliittymänä. Vakiintunutta toimintatapaa kuvataan seuraavasti: ”Vakiintuneena toimintatapana voitaisiin pitää ainakin sitä, jos yhteenliittymään kuuluvilla yrityksillä on yhteinen liiketoimintaidea, ne esiintyvät yhtenäisesti markkinoilla yhteisellä nimellä tai saman liikemerkin alaisuudessa ja käyttäisivät yhteisiä jakelukanavia tuotteidensa tai palvelu-

[13] Kuluttaja-asiamiehen ohjeita: Yksilöllisten eläkevakuutusten markkinointi 1997, tarkistettu 2000, s. 3–4.

jensa myynnissä. Yrityksillä voisi olla myös yhteistä asiakaskuntaa ja ne voivat myös toimia toistensa edustajina sekä myydä ja markkinoida muiden liittymään kuuluvien yritysten lukuun niiden tarjoamia tuotteita tai palveluja asiakkaille."[14] Tämän säännöksen nojalla mahdollisuus luovuttaa pankkiasiakkaan taloudellista asemaa koskevia tietoja vakuutusyhtiölle, jonka asiamiehenä pankki toimii, näyttäisi usein, joskaan ei välttämättä aina, olevan olemassa. Kaiken kaikkiaan vakuutusasiamiehenä toimiva pankki voi siis useimmiten käyttää asiamiestoiminnassaan hyväkseen pankkitoiminnassaan saamiaan tietoja asiakkaittensa taloudellisesta asemasta. Tämä tarjoaa kilpailuedun niin pankkiasiamiehelle kuin vakuutusyhtiöllekin. Kilpailun edistäminen sekä järkevän ja tarkoituksenmukaisen taloudellisen yhteistyön harjoittaminen olivatkin tietojen luovuttamisen sallivien säännösten tarkoituksena.[15]

Pankki voi saada vakuutusasiamiestoimintansa kannalta relevanttia tietoa asiakkaansa vakuutusasioista myös siten, että asiakas maksaa pankin kautta vakuutusmaksun sellaiselle vakuutusyhtiölle, jonka asiamiehenä pankki ei toimi. Tällöin pankilla on mahdollisuus pyrkiä vaikuttamaan siihen, että asiakas ottaisikin jonkin toisen, kyseisestä pankista saatavissa olevan vakuutuksen. Tähän ongelmaan on kiinnitetty huomiota vakuutusvalvontaviraston koti- ja ulkomaisille vakuutusyhtiöille antamassa kannanotossa, joka koskee vakuutusyhtiön vastuuta asiamiehen markkinointitoimista.[16] Kannanoton antamisen kimmokkeena ovat olleet juuri tapaukset, joissa vakuutusyhtiöiden asiamiehinä toimivat pankit ovat markkinoineet pankkia lähellä olevan vakuutusyhtiön tuotteita asiakkaalle, joka on toimittanut muusta vakuutusyhtiöstä ottamaansa vakuutusta koskevan vakuutusmaksun pankkiin maksettavaksi. Ongelma ei kannanottoa annettaessa ollut uusi, vaan tällaista menettelyä on esiintynyt jo ainakin vuodesta 1999 alkaen ja siitä huolimatta, että rahoitustarkastus oli kiinnittänyt valvottaviensa huomiota tällaisen toiminnan epäasianmukaisuuteen.[17]

Kannanotossaan vakuutusvalvontavirasto toteaa pitävänsä hyvän vakuutustavan vastaisena sellaista menettelyä, jossa vakuutusyhtiön asiamies tai tämän toimihenkilö käyttää maksutoimeksiannon suorittamista varten saamaansa tietoa hyväkseen markkinoidessaan kilpailevaa vakuutustuotetta ilman asiakkaan omaa aloitetta.[18] Tällainen tilanne onkin mielestäni selkeä esimerkki markkinoinnista, joka ei täytä vakuutusyhtiölain 14a luvun 7 §:n (362/2001) 2 momentissa vakuutusyhtiön markkinoinnille asetettuja sopivuuden ja hyvän tavan mukaisuuden vaatimuksia.

---

[14] Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi rahoitus- ja vakuutusryhmittymien valvonnasta sekä laeiksi eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta 165/2001 s. 54.
[15] Ks. HE 165/2001 s. 25–26.
[16] Vakuutusvalvontaviraston kannanotto Dnro 5/002/2002.
[17] Vakuutusvalvontaviraston kannanotto Dnro 5/002/2002 s. 1.
[18] Vakuutusvalvontaviraston kannanotto Dnro 5/002/2002 s. 1.

## Pankin tiedonantovelvollisuus

Perussäännökset vakuutuksia koskevasta tiedonantovelvollisuudesta ovat vakuutussopimuslain (543/1994) 5 §:ssä. Sen 1 momentin mukaan vakuutuksenantajan on ennen vakuutussopimuksen päättämistä annettava vakuutuksen hakijalle vakuutustarpeen arvioimiseksi ja vakuutuksen valitsemiseksi tarpeelliset tiedot, kuten tietoja vakuutusmuodoistaan, vakuutusmaksuistaan ja vakuutusehdoistaan. Tietoja annettaessa tulee kiinnittää huomiota myös vakuutusturvan olennaisiin rajoituksiin. Tässä säännöksessä puhutaan vain vakuutuksenantajasta, mutta lain 9 §:n mukaan, joka koskee vastuuta puutteellisista tai virheellisistä tiedoista, vakuutuksenantaja vastaa markkinointivastuun periaatteen mukaisesti sekä omista että edustajansa antamista tai antamatta jättämistä tiedoista.[19] Näin ollen 5 §:ssä tarkoitettu tiedonantovelvollisuus koskee myös vakuutusyrityksen asiamiehenä toimivaa pankkia. Säännöksen mukaan asiamiehen on siis esiteltävä sitä tuotevalikoimaansa, joka soveltuu vakuutuksenottajan tarpeisiin. Vakuutussopimuslaissa asetettu tiedonantovelvollisuus ei tietenkään ulotu muihin tuotteisiin kuin vakuutuksiin, joten sen nojalla vakuutusasiamiehenä toimivan pankin ei tarvitse esitellä muuntyyppisiä sen kautta tarjolla olevia, sinänsä asiakkaan tarpeisiin soveltuvia tuotteita, esimerkiksi määräaikaistalletuksia.

Vakuutussopimuslain mukainen tiedonantovelvollisuus on luonnollisesti sisällöltään samanlainen siitä riippumatta, asioiko vakuutuksenottaja vakuutusasiamiehen vai suoraan vakuutusyhtiön kanssa.[20] Nimenomaan vakuutusasiamiehenä toimivan pankin tiedonantovelvollisuuteen kuuluu ensinnäkin sen korostaminen, että kyse on juuri vakuutuksesta, ei esimerkiksi talletuksesta tai lainasopimuksen osasta. Tämä tiedonantovelvollisuus perustuu tosin ehkä enemmänkin vakuutusasiamiehen velvollisuuteen kertoa asiamiesroolistaan ja edustamastaan vakuutusyhtiöstä kuin vakuutussopimuslakiin, jossa lähtökohtana on, että asiakas tietää olevansa hankkimassa nimenomaan vakuutusta.[21] Pankkituotteisiin liittyvissä vakuutuksissa olennaisia kerrottavia seikkoja ovat esimerkiksi se, millä tavoin lainan maksamisen turvaksi otetusta lainaturvavakuutuksesta maksettavan vakuutuskorvauksen määrä riippuu lainan määrän muutoksista, ja se, mikä on vakuutuskorvauksen verotuskohtelu eli milloin nettokorvaus on riittävän suuri kattamaan lainan määrän kokonaan tai vakuutuksenottajan

[19] Ks. vakuutuksenantajan tiedonantovelvollisuudesta esim. Norio-Timonen Jaana, Kuluttajavakuutusten vertailtavuus ja sääntely, Helsinki 1997, s. 107–151 sekä Hoppu Esko, Vakuutusyhtiön tiedonantovelvollisuudesta vakuutussopimusta solmittaessa, teoksessa Sisula-Tulokas Lena – Luukkonen Irene – Saario Marja (toim.), Kuluttajien vakuutustoimisto ja Vakuutuslautakunta 30 vuotta, Helsinki 2001, s. 104–119.

[20] Ks. tiedonantovelvollisuuden sisällöstä Norio-Timonen 1997 s. 113–134.

[21] Sillä, että kyseessä on juuri vakuutus, on monenlaisia seurauksia asiakkaan kannalta. Vakuutukseen sovelletaan vakuutussopimuslakia, jonka säännöksillä (esim. tiedonantovelvollisuussäännökset, edunsaajaa koskevat säännökset) saattaa olla tärkeä merkitys sopimuksen tavoitteiden toteutumisen ja sisällön muotoutumisen kannalta. Vakuutuksella ja pankkitalletuksella on se ainakin periaatteellisesti olennainen ero, että talletuksilla on talletussuojarahastosuoja, kun taas vakuutuksenottajien varojen turvaksi ei ole vastaavaa järjestelyä. Vakuutuksenottaja voi saattaa vakuutusta koskevat riidat Kuluttajien vakuutustoimiston yhteydessä toimivan vakuutuslautakunnan käsiteltäväksi, kun taas vastaavan pankkialan lautakuntaa ei ole.

tarkoittamassa määrin.[22] Sijoitussidonnaisissa vakuutuksissa on ylipäänsä keskeistä sen korostaminen, ettei vakuutuksenantaja takaa vakuutukselle tuottoa ja että myös pääoman määrä voi alentua.[23] Pankin myydessä tällaista vakuutusta on syytä erityisesti painottaa, ettei kyseessä ole talletus tai talletuksen kaltainen tuote.[24]

Myös vakuutusyhtiölaissa on markkinointisäännöksiä. Ne koskevat luonnollisesti lähtökohtaisesti vain vakuutusyhtiöitä, mutta kun vakuutusyhtiön asiamiehet toimivat yhtiön vastuulla, myös asiamiehet ovat velvollisia noudattamaan näitä säännöksiä. Vakuutusyhtiölain 14a luvun 7 § (362/2001) koskee vakuutusyhtiön markkinointia. Säännöksen on ajateltu koskevan nimenomaan ns. anonyymiä eli yleisölle suunnattua markkinointia.[25] Säännöksen 1 momentin mukaan vakuutusyhtiön on markkinoinnissaan annettava asiakkaalle markkinoitavasta hyödykkeestä kaikki ne tiedot, joilla saattaa olla merkitystä asiakkaan tehdessä hyödykettä koskevia ratkaisuja. Säännöksen kirjaimellinen noudattaminen on vaikeaa ottaen huomioon, että hyvin monenlaisilla tiedoilla saattaa olla merkitystä asiakkaalle. Säännöksen perusteluista ei ilmene, miten näin laajaa tiedonantovelvollisuutta on tarkoitettu noudatettavan, eikä myöskään se, miksi tämä anonyymiä markkinointia koskeva tiedonantovelvollisuus on ainakin sanamuotonsa perusteella laajempi kuin vakuutussopimuslain 5 §:ssä säädetty tiedonantovelvollisuus, joka koskee vain tarpeellisia tietoja. Kuitenkin ensiksi mainittu säännös koskee lähinnä mainontaa, jonka avulla pyritään saamaan potentiaalisia asiakkaita, kun taas jälkimmäisen nojalla saaduin tiedoin tehdään konkreettisia sopimuksia. Luontevampaa olisi, että nimenomaan jälkimäisessä tapauksessa tiedonantovelvollisuus olisi laajempi.

Vakuutusyhtiölain 14a luvun 7 §:n 2 momentin mukaan vakuutusyhtiö ei saa markkinoinnissaan antaa totuudenvastaisia tai harhaanjohtavia tietoja eikä käyttää muutoinkaan asiakkaan kannalta sopimatonta tai hyvän tavan vastaista menettelyä.[26] Säännöksen 3 momentin mukaan markkinointia, joka ei sisällä asiakkaan taloudellisen turvallisuuden kannalta tarpeellisia tietoja, on aina pidettävä sopimattomana. Valitut sanamuodot vastaavat kuluttajansuojalain 2 luvun 1 §:n sanamuotoja. Säännösten soveltamisalat kuitenkin eroavat toisistaan, sillä puheena olevia vakuutusyhtiölain säännöksiä ei ole rajoitettu koskemaan vain kuluttajia, joten

---

[22] Ks. esim. vakuutuslautakunnan lausunto VKL 194/02, jossa vakuutuksenottaja väitti ymmärtäneensä, että pankkilainaan liittyvään henkivakuutukseen sisältynyt kuukausikorvaus työkyvyttömyyden varalta oli nettosumma, joka kattaisi lainan koko kuukausiannuiteetin mukaisen hoitokulun. Tässä tapauksessa lautakunta katsoi vakuutuksen tuoteselosteen antaneen asianmukaiset tiedot vakuutuskorvauksen veronalaisuudesta.

[23] Ks. esim. VKL 719/02, jossa pankin katsottiin täyttäneen tiedonantovelvollisuutensa eivätkä vakuutuksenottajat olleet saamansa informaation perusteella voineet tulla perustellusti siihen käsitykseen, että vakuutussäästöt oli sijoitettu ns. takuusäästöihin eikä osakerahastoihin. Ks. myös VKL 678/02, jossa lautakunta katsoi, ettei vakuutuksen tuoteseloste antanut oikeaa kuvaa vakuutuksen sijoitussidonnaisen osan luonteesta ja riskeistä. Vakuutuksenottajan ja pankin sijoitusneuvojan kertomukset siitä, mitä vakuutussopimuksen solmimisen yhteydessä oli keskusteltu, olivat kuitenkin siinä määrin ristiriitaisia, ettei lautakunta voinut lausua asiasta enempää.

[24] Asiakkaalle ei välttämättä ole selvää, ettei vakuutusyhtiö voi vastaanottaa talletuksia. VKL 378/02 koski vakuutuksenottajan muun asiamiehen kuin pankin kautta ottamaa sijoitussidonnaista henkivakuutusta. Vakuutuksenottaja väitti, että koska hän ei ollut aikaisemmin sijoittanut omaisuuttaan muutoin kuin pankkitilille, hän oletti, että kyseessä on pankkitalletusta vastaava sijoitustili.

[25] HE 206/2000 s. 24.

[26] Edellä on jo havaittu, että säännöksellä voi olla merkitystä tarkasteltaessa vakuutusyhtiön tai sen asiamiehen markkinointitoimia muusta kuin annettavien tietojen näkökulmasta.

ne koskevat kaikille kohderyhmille suunnattua markkinointia. Sanamuotonsa mukaan säännökset asettavat suppeamman tiedonantovelvollisuuden kuin vakuutussopimuslain 5 §. Ne eivät myöskään vakuutussopimuslaista poiketen aseta vakuutuksenantajalle ja sen asiamiehille velvollisuutta vertailla erilaisia asiakkaansa tarpeisiin sopivia tuotteita. Näin ollen säännökset eivät aseta vakuutusyhtiön asiamiehille sellaista tiedonantovelvollisuutta, jota niillä ei jo vakuutussopimuslain 5 §:n nojalla olisi.

Selvyyden vuoksi vakuutusyhtiölain 14a luvun 7 §:n 4 momentissa vielä mainitaan, että niistä tiedoista, jotka vakuutusyhtiön on annettava vakuutuksen hakijalle ennen vakuutussopimuksen päättämistä, säädetään erikseen. Tällä viittauksella tarkoitetaan vakuutussopimuslain 5 §:n mukaista tiedonantovelvollisuutta.[27] Viittaus myös osoittaa sen, että 7 § on tarkoitettu sovellettavaksi nimenomaan anonyymiin markkinointiin.

Hallituksen esityksen mukaan tarkoituksena on, että vakuutusyhtiölain 14a:7:n säännösten rikkominen ei johtaisi sopimusoikeudelliseen vastuuseen, jos markkinoinnissa olleet virheelliset tai puutteelliset tiedot oikaistaan viimeistään sopimusneuvotteluissa. Sen sijaan hallinnolliset sanktiot virheellisen markkinoinnin oikaisemiseksi ja joissakin tapauksissa myös vahingonkorvaus saattaisivat tulla kyseeseen.[28] Jos tietoja ei oikaista ja sopimus syntyy, vakuutussopimuslain 9 §:n soveltaminen tulee yleensä kyseeseen.

Myös luottolaitostoiminnasta annetussa laissa on omat markkinointisäännökset. Niiden soveltamisalaa ei ole mitenkään rajoitettu, joten ne tulevat sovellettaviksi myös silloin, kun pankki toimii vakuutusasiamiehenä. Lain 82 §:ssä säädetään markkinoinnista. Sen 1 momentin mukaan luottolaitoksen on markkinoinnissaan annettava asiakkaalle markkinoitavasta hyödykkeestä kaikki ne tiedot, joilla saattaa olla merkitystä asiakkaan tehdessä hyödykettä koskevia ratkaisuja. Säännöksen 2 momentin mukaan luottolaitos ei saa markkinoinnissaan antaa totuudenvastaisia tai harhaanjohtavia tietoja eikä käyttää muutoinkaan asiakkaan kannalta sopimatonta tai hyvän tavan vastaista menettelyä. Säännöksen 3 momentin mukaan markkinointia, joka ei sisällä asiakkaan taloudellisen turvallisuuden kannalta tarpeellisia tietoja, on aina pidettävä sopimattomana.

Vakuutusyhtiölain ja luottolaitoslain edellä kuvatut markkinointisäännökset ovat siis sanamuodoltaan identtiset. Tämä selittyy sillä, että vakuutusyhtiölain markkinointia koskevien säännösten esikuvana on soveltuvin osin käytetty luottolaitoslain markkinointisäännöksiä.[29] Markkinoinnin käsite – ja sitä kautta myös säännösten sisältö – näyttäisi kuitenkin olevan näissä säännöksissä erilainen: vakuutusyhtiölaissa tarkoitetaan anonyymiä markkinointia, kun taas luottolaitoslakia koskevan hallituksen esityksen mukaan markkinoinnilla tarkoitetaan tässä ”kuluttajansuojalain 2 luvussa tarkoitettua varsin laajaa käsitettä, joka sisältää hyödykkeiden mainonnan ohella myös muun kulutushyödykkeen kysyntään ja kulutukseen vaikuttami-

[27] HE 206/2000 s. 25.
[28] HE 206/2000 s. 25. Mahdollisuudesta saada vahingonkorvausta ks. Hoppu Esko, Suomen vakuutusoikeus, Helsinki 1997, s. 51–53 sekä Norio-Timonen 1997 s. 167–178, jotka on kirjoitettu ennen markkinointisäännösten ottamista vakuutusyhtiölakiin mutta jossa esitetty soveltuu myös nyt tarkasteltavana oleviin tilanteisiin.
[29] HE 206/2000 s. 24.

sen ja sen yhteydessä annettavan tiedon". Lisäksi mainitaan, ettei kaikkia asiakkaan päätöksensä tueksi tarvitsemia tietoja ole välttämättä kerrottava yleisölle suunnatussa markkinoinnissa, mutta luottolaitoksen on huolehdittava siitä, että tiedot annetaan asiakkaalle jossakin vaiheessa ennen sopimuksen päättämistä.[30]

Vakuutusyhtiölain ja luottolaitoslain samansisältöisten säännösten tarkoitetussa soveltamisalassa oleva ero selittynee sillä, ettei luottolaitospuolella ole vakuutussopimuslain tiedonantovelvollisuutta vastaavia säännöksiä. Tällä erolla ei ole merkitystä silloin, kun tarkastellaan vain vakuutusasiamiehenä toimivan pankin velvollisuutta antaa tietoja markkinoimistaan vakuutuksista. Silloinkin, kun pankki markkinoi yksittäiselle asiakkaalle samaan tarkoitukseen sekä vakuutusta että jotakin muuta tuotetta, esimerkiksi talletusta, yksittäistä tuotetta koskeva tiedonantovelvollisuus näyttäisi luottolaitoslain 82 §:n nojalla olevan jokseenkin yhtä laaja kuin vakuutusten osalta vakuutussopimuslain nojalla. Eroina ovat kuitenkin sekä se, etteivät luottolaitoslain säännökset edellytä pankin esittelevän koko asiakkaan käsillä olevaan tarpeeseen sopivaa tuotevalikoimaansa, että se, ettei säännöstä pankin vastuusta virheellisistä tai puutteellisista tiedoista ole.

Yksi luottolaitoslain ja vakuutusyhtiölain markkinointisäännösten välinen ero, joka ei ilmene säännösten sanamuodosta, on siinä, että luottolaitoslakia koskevan hallituksen esityksen mukaan sopimattomana pidetään myös ns. huonon neuvon antamista.[31] Kun luottolaitoslain markkinointisäännöksiä sovelletaan myös selkeästi spekulatiivisten tuotteiden markkinointiin, tällaisella soveltamisella voi olla huomattava merkitys. Mielestäni näin pitkälle menevä kanta ilman selkeää lainsäännöksen tukea on vähintäänkin ongelmallinen. Erityisesti niissä tilanteissa, jossa pankki markkinoi yksittäiselle asiakkaalle samanaikaisesti erilaisia sijoitustarkoituksiin soveltuvia tuotteita, tällä tulkinnalla on tärkeä merkitys. Vakuutussopimuslain 9 §:n mukainen markkinointivastuu koskee vain vakuutussopimuslain mukaista tiedonantovelvollisuutta, joten pankin vakuutusasiamiehen ominaisuudessa antama huono neuvo ei aiheuta markkinointivastuuta tämän säännöksen nojalla. Jos sen sijaan markkinointivastuuta pidetään yleisenä oikeusperiaatteena tai jos siitä tulee sellainen, silloin huonolla neuvolla voi olla sopimusoikeudellisiakin seuraamuksia.[32]

Jos kyse on kuluttajavakuutusten myynnistä, pankin on noudatettava edellä mainittujen säännösten lisäksi myös kuluttajansuojalain markkinointisäännöksiä. Lain 2 luvun 1 §:n mukaan markkinoinnissa ei saa käyttää hyvän tavan vastaista tai muutoin kuluttajien kannalta sopimatonta menettelyä, ja 2 momentin mukaan markkinointia, joka ei sisällä kuluttajien terveyden tai taloudellisen turvallisuuden kannalta tarpeellisia tietoja, on aina pidettävä sopimattomana. Nämä säännökset eivät lisää vakuutusasiamiehen tiedonantovelvollisuutta siitä, mikä se edellä tarkasteltujen säännösten mukaan jo muutoinkin on.[33]

---

[30] HE 295/1992 s. 55.
[31] HE 295/1992 s. 55.
[32] Ks. markkinointivastuusta esim. Norio-Timonen 1997 s. 102–107 lähteineen sekä Hemmo Mika, Sopimusoikeus I, Toinen, uudistettu painos, Helsinki 2003, s. 298–300.
[33] Ks. vakuutussopimuslain 5 §:n ja kuluttajansuojalain 2:1:n sisältöjen suhteesta Norio-Timonen 1997 s. 152–154.

Edellä on jo mainittu siitä, että vakuutusyritys vastaa vakuutussopimuslain 9 §:n mukaan markkinointivastuun periaatteen mukaisesti myös niistä virheellisistä tai puutteellisista tiedoista, jotka sen asiamies on antanut. Vakuutus on siis voimassa sen sisältöisenä kuin vakuutuksenottajalla oli saamiensa tietojen perusteella ollut aihetta käsittää. Kun pankki toimii vakuutusasiamiehenä vakuutusyrityksen vastuulla, vakuutusyrityksen tehtävänä on huolehtia siitä, että asiamies on esimerkiksi riittävän koulutettu suoriutuakseen asianmukaisesti vakuutusten markkinointiin liittyvistä tehtävistä.

Vakuutusten markkinointiin pankkien kautta voi liittyä aivan samoja ongelmia kuin muuhunkin vakuutusten markkinointiin. Erityisesti juuri pankkien vakuutusasiamiestoimintaan liittyviä pulmia saattaa aiheutua niissä tilanteissa, joissa asiakkaan tarkoituksena on varojen sijoittaminen, ei nimenomaan juuri vakuutuksen ottaminen. Tällöin keskeisimpiä asiakkaan kiinnostuksen kohteita ovat usein sijoituksen riskipitoisuus ja tuotto-odotus, ei niinkään sijoituksen juridinen muoto.

Vakuutusten käyttäminen säästötarkoitukseen ei ole uusi ilmiö. Aikaisemmin tähän tarkoitukseen sopiville vakuutuksille oli tyypillistä, että vakuutuksen tuotto-odotus saattoi perustua arvioon, mutta varmaa oli, ettei sijoitettu pääoma (vakuutusyritykselle menevillä kuluilla vähennettynä) voinut alentua. Tällaiset tuotteet rinnastuvat siis tässä mielessä pankkitalletuksiin.[34] Nykyisin on tarjolla myös ns. sijoitussidonnaisia vakuutuksia, joissa vakuutuksen tuotto on kokonaan tai osaksi sidottu joidenkin sijoitusrahastojen arvon kehitykseen.[35] Tällaisessa vakuutuksessa siis myös sijoitettu pääoma voi alentua. Nämä tuotteet rinnastuvat tässä mielessä arvopaperisijoituksiin.

Kun samalta pankkitoimihenkilöltä on mahdollisuus hankkia erityyppisiä sijoitustuotteita, saattaa asiakkaalle, joka ei pidä sijoitustuotteen juridista muotoa sijoituspäätöksensä kannalta olennaisena, jäädä epäselväksi sekin, että kyseessä on vakuutus. Mahdollisissa riitatilanteissa asiakas voi väittää, ettei hän ole ymmärtänyt ottaneensa vakuutusta, joten hänen sijoitukseensa ei tulisi soveltaa vakuutusta koskevia säännöksiä.[36]

Tällaisissa tapauksissa herää kysymys siitä, miten markkinointivastuun sisältävää vakuutussopimuslain 9 §:ää tulee soveltaa. Säännöksessä tai sen perusteluissa ei ole ennakoitu sellaista tilannetta, että vakuutuksenottaja ei ole ymmärtänyt edes sitä, että hänen hankkimansa tuote on luonteeltaan vakuutus. Kun säännös ja koko laki koskee vain vakuutuksia, ei liene mahdollista, että 9 §:ssä tarkoitettu markkinointivastuu voisi tarkoittaa sitä, että tehty sopimus olisi voimassa jonkin muun tyyppisenä sopimuksena kuin vakuutuksena. Tilanne on tietysti toi-

[34] Ks. esim. Antila Veli-Aunus – Erwe Ossi – Lohi Ilkka – Salminen Jaakko, Vapaaehtoinen henkilövakuutus, 3., uudistettu painos, Helsinki 2003, s. 105–109.

[35] Ks. sijoitussidonnaisista vakuutuksista esim. Antila Veli-Aunus – Erwe Ossi – Lohi Ilkka – Salminen Jaakko 2003 s. 109–116 sekä perinteisen säästövakuutuksen ja sijoitussidonnaisen vakuutuksen eroista s. 116–118.

[36] Tällainen väite esitettiin tapauksessa, jota koski alussa mainittu KKO 2004:40. Tapauksessa oli kysymys siitä, kenelle vakuutuskorvaus vakuutuksenottajan kuoleman jälkeen kuului. Jos kyseessä olisi vakuutuksen sijaan ollut talletus, se olisi kuulunut kuolinpesään ja mennyt yleistestamentin saajalle. Kun sijoitus oli tehty vakuutuksen muodossa, ongelmaksi muodostui vakuutussopimuslain säännösten ja testamentin välinen suhde.

nen, jos lähdetään siitä, että markkinointivastuu on voimassa yleisenä oikeusperiaatteena. Tällöinkään sopimus ei voi olla voimassa muun kuin talletuksen tyyppisenä, sillä pankin kautta myytävistä sijoitustuotteista vain vakuutuksissa ja talletuksissa tuotteena on sopimus. Toinen markkinointivastuun kannalta erityisen kiinnostava tilanne on se, että asiakas kyllä ymmärtää ottaneensa vakuutuksen mutta väittää, että on käsittänyt vakuutuksen ”vanhanmuotoiseksi” vakuutukseksi tai että ei ole ymmärtänyt joko tuottoa koskevien lausumien arvioluonnetta tai mahdollisuutta menettää myös sijoituksensa pääomaa. Tällainen väärinkäsitysmahdollisuus ei sinänsä liity vain niihin tapauksiin, joissa vakuutus otetaan pankista. Voidaan kuitenkin ajatella, että otettaessa sijoitusvakuutusta pankista eri tuotteiden ominaispiirteiden eroista voi olla tavallista hankalampi saada selvää, jos asiakkaalle esitellään samanaikaisesti hyvin erilaisia tuotteita. Vakuutussopimuslain 5 ja 9 §:n valossa ei ole perusteita asettaa tällaisia tilanteita eri asemaan muiden vakuutuksenottajan virhekäsitysten kanssa. Koska sijoitussidonnaisissa vakuutuksissa tuotteen ajatuksena on juuri se, että vakuutuksenottaja kantaa riskin osittain tai jopa kokonaan itse, vakuutuksenantajan on syytä huolehtia asiamiehensä asiantuntemuksesta ja tiedonantovelvollisuuden täyttämisestä erityisesti tällaisissa tilanteissa.

## Kuka valvoo vakuutusasiamiehenä toimivaa pankkia?

Pankin toimintaa valvoo rahoitustarkastus ja vakuutusyhtiön toimintaa vakuutusvalvontavirasto. Lisäksi markkinoinnin valvonnasta huolehtii osaltaan kuluttaja-asiamies. Kenelle siis kuuluu valvontavastuu pankin toiminnasta vakuutusyrityksen asiamiehenä?

Vakuutusasiamies – myös pankki – on tässä toiminnassaan osa vakuutusyrityksen organisaatiota. Vakuutusvalvontaviraston valvontavalta kattaa siis myös asiamiehen toiminnan näiltä osin, mutta valvonta toteutetaan ottamalla yhteyttä vakuutusyritykseen eikä suoraan asiamieheen.[37] Vakuutusyhtiölain 14a luvun 11 §:n (362/2001) mukaan vakuutusvalvontavirasto voi, jos se on asiakkaansuojan kannalta tarpeellista, kieltää vakuutusyhtiötä jatkamasta lain vastaista markkinointia tai uudistamasta sellaista tai siihen rinnastettavaa markkinointia. Tämä kielto kohdistuu siis aina vakuutusyritykseen eikä sen asiamieheen, joten jos kielto aiheutuu yrityksen asiamiehen toimista, vakuutusyrityksen omana tehtävänä on huolehtia siitä, että asiamies oikaisee menettelynsä. Sama koskee tilanteita, joissa asiamiehen toiminta johtaa siihen, että vakuutusvalvontavirasto käyttää vakuutusyhtiölain 14:5:ssä mainittuja valtuuksiaan puuttua eri tavoin sellaisen vakuutusyhtiön toimintaan, joka ei noudata lakia, toimilupaansa, yhtiöjärjestystään tai sosiaali- ja terveysministeriön tai vakuutusvalvontaviraston antamia säännöksiä tai joka ei noudata hyvää vakuutustapaa tai jonka toiminnassa on ilmennyt väärinkäytöksiä. Vakuutusvalvontavirasto voi tietenkin pyytää rahoitustarkastusta puuttu-

[37] HE 206/2000 s. 5.

maan suoraan vakuutusasiamiestoiminnassaan virheellisesti menetelleen pankin toimintaan, ja näin on myös käytännössä menetelty.[38]

Jos rahoitustarkastus puolestaan havaitsee pankin menettelevän virheellisesti toimiessaan vakuutusasiamiehenä, se voi suoraan puuttua tällaiseen menettelyyn samalla tavalla kuin muuhunkin virheellisenä pitämäänsä pankin menettelyyn. Tämä olisi erityisen tarpeellista silloin, kun pankki toimii ulkomaisen ETA-vakuutusyhtiön asiamiehenä. Tällaisessa tilanteessa rahoitustarkastus voi suoraan puuttua valvonnassaan olevan pankin toimintaan, kun taas vakuutusvalvontaviraston olisi ETA-maiden vakuutusvalvojien välisen valvontapöytäkirjan mukaisesti asioitava kyseisen vakuutusyhtiön kotimaan pääkonttorin ja valvontaviranomaisen sekä mahdollisen Suomessa sijaitsevan edustuston kanssa.[39]

Myös kuluttaja-asiamies valvoo vakuutusasiamiehenä toimivan pankin toimintaa markkinoinnin osalta. Koska hän on kuluttaja-asioita valvova yleisviranomainen, hän voi puuttua niin pankin kuin vakuutusyrityksenkin toimintaan.

Mikään valvontaviranomaisista ei tietenkään voi puuttua jo tehtyjen sopimusten sisältöön, eivätkä valvontaviranomaisten kannanotot ja toimenpiteet vaikuta niiden sopimusten pätevyyteen tai sisältöön, jotka on tehty valvontaviranomaisen lainvastaisena tai muutoin moitittavana pitämällä tavalla. Riitatilanteessa vakuutusasiakkaan on vietävä asiansa tuomioistuimen, vakuutuslautakunnan tai kuluttajavalituslautakunnan[40] käsiteltäväksi. Tällaisessa tapauksessa valvontaviranomaisen kannalla voi tietysti olla merkitystä, esimerkiksi arvioitaessa mahdollisuuksia syntyneen vakuutussopimuksen sovitteluun.

## Lopuksi

Asioidessaan vakuutusasiamiehenä toimivan pankin kanssa vakuutuksenottaja on periaatteessa samassa asemassa kuin asioidessaan suoraan vakuutusyhtiön konttorissa. Asiamiehellä on sama tiedonantovelvollisuus kuin vakuutusyhtiöllä itsellään, ja vakuutusyhtiö vastaa asiamiehen antamista virheellisistä tai puutteellisista tiedoista samoin kuin itse antamistaan tiedoista. Säädösten valossa vakuutusasiakkaan asema on myös siinä mielessä turvattu, että pankki on velvollinen ilmoittamaan sekä siitä, että se ylipäänsä toimii asiamiehen ominaisuudessa, että siitä, minkä vakuutusyhtiön asiamiehenä se jotakin vakuutusta myy. Asiakkaan pitäisi siis olla selvillä siitä, minkä vakuutusyrityksen kanssa sopimus tehdään.

---

[38] Vakuutus- ja rahoitusvalvonnan kehittämistyöryhmän muistio, Valtiovarainministeriön työryhmämuistioita 9/99, s. 42.

[39] HE 206/2000 s. 5.

[40] Kuluttajavalituslautakunta katsoo, ettei sillä ole toimivaltaa käsitellä sellaista vakuutusta koskevia asioita, jonka pääasiallinen sisältö on sijoittaminen arvopapereihin voiton saavuttamiseksi, koska tällaiset sopimukset ovat verrattavissa kuluttajavalituslautakunnasta annetun lain (42/1978) 1 §:n (20/1994) 2 momentin 3 kohdassa lueteltuihin arvopapeririitoihin, joita lautakunnalla ei ole toimivaltaa käsitellä, ks. 2.10.2001 annetut ratkaisut KVL 01/38/986, KVL 01/38/1048, KVL 01/38/1402 ja KVL 01/38/1813.

Käytännössä tilanne ei ole näin ongelmaton sen vuoksi, että monissa tilanteissa asiakas ei ole nimenomaisesti ottamassa juuri vakuutusta, vaan vakuutus joko liittyy asiakkaan varsinaisesti haluamaan pankkituotteeseen tai on yksi sijoitusvaihtoehto muiden joukossa. Ensiksi mainituissa tilanteissa, esimerkiksi tarjottaessa vakuutusta pankkilainan ottamisen yhteydessä, asiamiehen on sinänsä helppo täyttää tiedonantovelvollisuutensa. Informaation selkeydelle asetetaan kuitenkin suuria vaatimuksia, jotta asiakas varmasti ymmärtää, että kyseessä on pankkituotteesta erillinen tuote ja sopijapuolena joku muu kuin pankki.

Kasvava ongelma ovat ne tapaukset, joissa asiakas tulee pankkiin tarkoituksenaan tehdä sijoitus. Mitä useammanlaisia tuotteita asiakkaalle esitellään, sitä vaikeammaksi käy erityyppisiin tuotteisiin liittyvien tiedonantovelvollisuuksien täyttäminen asianmukaisella ja asiakkaan ymmärrettävällä tavalla. Alussa mainittu korkeimman oikeuden ratkaisu tuskin jää ainoaksi ylimmän oikeusasteen ratkaisuksi, jossa joudutaan ottamaan kantaa siihen, millaisen tuotteen vakuutuksenottaja on vakuutusasiamiehenä toimivalta pankilta ostanut eli millaisen sopimuksen ja kenen kanssa vakuutuksenottaja on saamiensa tietojen nojalla perustellusti voinut käsittää tehneensä.

Risto Nuolimaa

# Keskuskauppakamarin tilintarkastuslautakunta (TILA) hyväksyttyjen tilintarkastajien valvojana

1. Tilintarkastuslakia (936/1994, seuraavassa TTL) sovelletaan lain 1 §:n 1 momentin mukaan, jollei muualla laissa toisin säädetä
   1) kirjanpitolain mukaan kirjanpitovelvollisen yhteisön ja säätiön (kirjanpitovelvollinen) tilintarkastukseen ja
   2) muuhun toimintaan, joka laissa tai asetuksessa säädetään tilintarkastajan tehtäväksi 1 kohdassa tarkoitetussa yhteisössä tai säätiössä.

TTL 1 §:n 2 momentin mukaan hyväksytyn tilintarkastajan tässä ominaisuudessa harjoittamaan muuhun kuin 1 momentissa tarkoitettuun toimintaan sovelletaan tiettyjä, kyseisessä momentissa lueteltuja TTL:n pykäliä. Ne koskevat hyvän tilintarkastustavan velvoittavuutta (16 §), tilintarkastajan salassapitovelvollisuutta (25 §), tilintarkastustoimen ohjausta, kehittämistä ja valvontaa (28–40 §) ja muutoksenhakua TTL:ssa säädettyjen valvontaviranomaisten päätöksiin (41–42 §).

Tässä kirjoituksessa tarkastelen Keskuskauppakamarin tilintarkastuslautakunnan (TILA)[1] suorittamaa hyväksyttyjen tilintarkastajien valvontaa. Keskeistä valvonnassa on edellä mainitun TTL 16 §:n 1 momentti, joka kuuluu: ”*Hyvän tilintarkastustavan velvoittavuus.* Tilintarkastajan on noudatettava hyvää tilintarkastustapaa 1 §:ssä mainittuja tehtäviä suorittaessaan.”[2]

---

[1] TILAn koostumuksesta säädetään TTL 31 §:ssä. TILAssa on puheenjohtajan ja varapuheenjohtajan lisäksi 12 jäsentä ja näillä henkilökohtaiset varajäsenet. Puheenjohtajan, varapuheenjohtajan ja yhdeksän jäsentä sekä näiden henkilökohtaiset varajäsenet valitsee keskuskauppakamarin valtuuskunta määräajaksi. Näistä jäsenistä kolmen tulee edustaa tilintarkastusalan tutkimus- ja opetustoimintaa sekä alan oikeudellista asiantuntemusta, kolmen elinkeinoelämää ja kolmen hyväksyttyjä tilintarkastajia. Viimeksi mainituista kolmesta jäsenestä kaksi edustaa Keskuskauppakamarin hyväksymiä tilintarkastajia ja yksi kauppakamarin hyväksymiä tilintarkastajia. Muut kolme jäsentä nimittää kauppa- ja teollisuusministeriö.

[2] Hyvästä tilintarkastustavasta ks. esim. Tuomas Aho – Hannu Vänskä, Tilintarkastuslaki ja hyvä tilintarkastustapa, Jyväskylä 1995, s. 81–96 ja 102–104. Hyvän tilintarkastustavan ohella puhutaan hyvästä tilintarkastajatavasta, ks. Aho – Vänskä s. 96–102 ja Pasi Horsmanheimo – Maj-Lis Steiner, Tilintarkastus. Asiakkaan opas, Vantaa 2002 s. 121–124. Näistä hyvistä tavoista ks. myös Tilintarkastusalan suositukset 2002, Jyväskylä 2002. Yhdistyksen suositusten lähtökohtana ovat olleet Kansainvälisen tilintarkastajaliiton eli IFACin (International Federation of Accountants) ISA-standardit, ks. mts. 5. Suositukset muodostuvat johdanto-luvun lisäksi seuraavista suosituksista: Velvollisuudet, Suunnittelu, Sisäinen kontrolli, Tilintarkastusevidenssi, Toisen tekemän työn hyväksikäyttäminen, Johtopäätökset ja raportointi sekä Tilintarkastuksen liitännäispalvelut. Lisäksi koekäytössä on eräitä suosituksia. Hyvästä tilintarkastustavasta Ruotsissa ks. Krister Moberg, Bolagsrevisorn. Oberoende. Ansvar. Sekretess, 2. uppl. Stockholm 2003 s. 33–37 ja hyvästä tilintarkastajatavasta s. 38–39.

Hallituksen esityksessä tilintarkastuslaiksi[3] todetaan, että ”Hyvän tilintarkastustavan velvoittavuudella tarkoitetaan velvollisuutta toimia tilintarkastustehtävissä huolellisen ammattihenkilön yleisesti noudattaman tilintarkastuskäytännön mukaisesti.” Esityksen mukaan tilintarkastajan tulee tilintarkastuksen suunnittelussa, toteutuksessa ja raportoinnissa käyttää menetelmiä, joita huolelliset ammattihenkilöt yleisesti käyttävät.

2. Osakeyhtiölain (734/1978, OYL) 10 luvun 1 §:n 2 mom:n mukaan osakeyhtiöllä tulee olla tilintarkastaja. Asunto-osakeyhtiölain (809/1991, AsOYL) 63 §:n 2 momentin mukaan myös asunto-osakeyhtiöllä tulee olla tilintarkastaja. Avoimesta yhtiöstä ja kommandiittiyhtiöstä annetun lain (389/1988) 10 luvun 1 §:n 2 mom:n mukaan yhtiöllä tulee olla tilintarkastaja. Tilintarkastuspakko[4] koskee myös osuuskuntaa (1488/2001, OKL 7 luvun 2 §:n 1 mom.) ja aatteellista yhdistystä (laki 503/1989, 38 §:n 2 mom.) sekä säätiötä (laki 109/1930, 12 §:n 2 mom.).

TTL:ssa tilintarkastajat jaetaan kahteen ryhmään, hyväksyttyihin eli auktorisoituihin tilintarkastajiin ja ns. maallikkotilintarkastajiin. Jokaisen tilintarkastajan tulee täyttää TTL 10 §:ssä säädetty. Hänellä tulee tämän mukaan olla ”sellainen laskentatoimen, taloudellisten ja oikeudellisten asioiden sekä tilintarkastuksen tuntemus ja kokemus kuin yhteisön tai säätiön toiminnan laatuun ja laajuuteen katsoen on tarpeen tehtävän hoitamiseksi.” Tilintarkastaja ei saa olla vajaavaltainen, konkurssissa eikä liiketoimintakiellossa. Hyväksytyllä tilintarkastajalla tarkoitetaan Keskuskauppakamarin hyväksymää tilintarkastajaa eli KHT-tilintarkastajaa ja kauppakamarin hyväksymää tilintarkastajaa eli HTM-tilintarkastajaa.[5]

TTL 11 §:ssä on yleissäännös siitä, milloin tilintarkastuskohteen, siis esim. osakeyhtiön, tulee valita ainakin yhdeksi tilintarkastajaksi hyväksytty tilintarkastaja ja toisaalta siitä, milloin tilintarkastajaksi voidaan valita vain hyväksytty tilintarkastaja. Velvollisuus valita vähintään yhdeksi tilintarkastajaksi hyväksytty tilintarkastaja eli siis joko KHT- tai HTM-tilintarkastaja samoin kuin velvollisuus käyttää vain hyväksyttyä tilintarkastajaa riippuu kolmesta tunnusluvusta, nimittäin taseen loppusummasta, liikevaihdosta ja henkilöstömäärästä. Tarkoitettu velvollisuus syntyy, kun kahden tunnusluvun raja kolmesta ylittyy.[6] Arvopaperimarkkinalain alaisissa ja mainituilta tunnusluvuiltaan kaikkein suurimmissa yhtiöissä tulee olla vähintään yksi KHT-tilintarkastaja. KHT- ja HTM-tilintarkastajan sijasta tilintarkastajaksi voidaan valita KHT- ja vastaavasti HTM-yhteisö.[7] Tilastokeskuksen tilintarkastuslakityöryhmälle 9.6.2003

---

[3] Hallituksen esitys Eduskunnalle tilintarkastuslaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi, HE 295/1993 vp. s. 29.

[4] Osakeyhtiölakityöryhmän mietinnössä (Oikeusministeriö. Työryhmämietintö 2003:4 s. 51–53) ehdotetaan tilintarkastuspakosta luopumista pienimmissä osakeyhtiöissä. Tilintarkastuslakityöryhmän raportissa (Kauppa- ja teollisuusministeriön työryhmä- ja toimikuntaraportteja 12/2003 s. 70–104) puolestaan ehdotetaan, että tilintarkastajapakosta luopuminen ulotettaisiin eräisiin muihinkin yhteisöihin kuin osakeyhtiöihin. Kummassakin ehdotuksessa esitetään samalla luopumista ns. maallikkotilintarkastuksesta. Näin ollen tilintarkastajiksi tulisi valita hyväksytty tilintarkastaja. Ks. niistä jäljempänä alaviitteen 5 kohdalla esitettyä.

[5] Kelpoisuusedellytyksistä ks. TTL 4 § ja 6 §.

[6] Rajat määritellään TTL 11 §:ssä. Mainittakoon esimerkkinä, että vain hyväksytty tilintarkastaja kelpaa tilintarkastajaksi, kun kaksi seuraavista kolmesta rajasta ylittyy: taseen loppusumma 2 100 000 euroa, liikevaihto 4 200 000 euroa ja henkilöstömäärä 50 henkilöä.

[7] Näistä yhteisöistä ks. TTL 5 ja 6 §:t.

tekemän tilaston mukaan Suomessa oli kesäkuun alussa 2003 (asunto-osakeyhtiöiden, säätiöiden ja yhdistysten) lisäksi noin 21 400 sellaista yritystä, joissa tulee olla hyväksytty tilintarkastaja.[8]

3. TTL 6 luvussa eli lain 28–40 §:issä säädetään tilintarkastustoimen ohjauksesta, kehittämisestä ja valvonnasta. Valvontajärjestelmä on pääpiirteissään seuraava. Paikallisen kauppakamarin[9] tilintarkastusvaliokunnan (TIVA) tehtävänä on valvoa sen toiminta-alueella HTM-tilintarkastajia ja HTM-yhteisöjä.[10] TTL 34 §:n 1 momentin mukaan Keskuskauppakamarin tilintarkastuslautakunta (TILA) ”valvoo ja ryhtyy tarpeellisiin toimenpiteisiin, jotta sen hyväksymät tilintarkastajat ja tilintarkastusyhteisöt – – toimivat tämän lain ja sen nojalla annettujen säännösten mukaisesti.” TIVAn ja TILAn tulee antaa valvottavalle varoitus tai huomautus, jos TTL 39 §:ssä säädetyt edellytykset täyttyvät.

Viimeksi mainitun säännöksen, siis TTL 39 §:n, mukaan TILAn tai TIVAn tulee antaa hyväksytylle tilintarkastajalle varoitus, jos jäljempänä selostettava eli TTL 38 §:n 1 momentin 1 tai 2 kohdassa tarkoitettu menettely on johtunut huolimattomuudesta tai varomattomuudesta[11] tai jos tilintarkastaja on perusteettomasti menetellyt tavalla, joka on omiaan alentamaan julkiseen hyväksymiseen perustuvan tilintarkastuksen luotettavuutta tai arvoa. Jos tilintarkastajan menettelyyn liittyy lieventäviä seikkoja, tilintarkastajalle tulee antaa huomautus.[12]

Viitattu säännös eli TTL 38 § koskee hyväksymisen lopullista tai määräaikaista, enintään kaksi vuotta kestävää peruuttamista. Sen mukaan kolmannen valvontaorgaanin eli valtion tilintarkastuslautakunnan (VALA) tulee peruuttaa tilintarkastajan hyväksyminen, jos tilintarkastaja:

1) on tahallaan tai törkeästä huolimattomuudesta menetellyt TTL:n tai sen nojalla annettujen säännösten vastaisesti;
2) on annetusta varoituksesta huolimatta toistuvasti rikkonut velvollisuuksiaan hyväksyttynä tilintarkastajana tai
3) ei enää ole ammattitaitoinen tai ei täytä muita hyväksymisen edellytyksiä.

TIVA tekee TILAlle esityksen HTM-tilintarkastajan hyväksymisen peruuttamisesta. Jos TILA katsoo peruuttamisedellytysten täyttyvän, sen on tehtävä esitys hyväksymisen peruuttamisesta VALAlle.

Mainitut kolme valvontaelintä ovat hierarkisia toisiinsa nähden siten, että TIVAn päätökseen saa hakea muutosta TILAlta ja TILAn päätökseen vastaavasti VALAlta. VALAn TTL:n tai tilintarkastusasetuksen (1379/1994) nojalla tekemään päätökseen haetaan muutosta valittamalla korkeimpaan hallinto-oikeuteen.

---

[8] Tilintarkastuslakityöryhmän raportti s. 8.
[9] Kauppakamarilaitoksesta ks. kauppakamarilaki (858/2002). Kauppakamareita on 21 kappaletta.
[10] TTL 34 §:n 3 mom.
[11] Hallituksen esityksestä Eduskunnalle tilintarkastuslaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi, HE 295/1993 vp ei ilmene, kuinka varomattomuus ja huolimattomuus eroavat toisistaan, ks. erit. lakiesityksen 39 §:n perusteluja s. 46.
[12] Lieventävistä seikoista ks. HE 295/1993 vp. 46.

Muutoksenhakuoikeutta on kuitenkin rajoitettu TTL 42 §:llä. Oikaisuvaatimuksen tai valituksen valvonta-asioissa[13] saa TTL 42 §:n 1 mom:n mukaan tehdä se, jolle on annettu varoitus tai huomautus ja se, jonka hyväksyminen on peruutettu. Muutosta ei TTL 42 §:n 2 mom:n mukaan kuitenkaan saa hakea VALAn antamaan varoitukseen tai huomautuksen. Juuri sanottu tarkoittaa siis sitä, että jos TIVA katsoo, ettei ole aihetta tehdä hyväksymisen peruuttamisesitystä TILAlle eikä syytä antaa varoitusta eikä huomautusta, asian käsittely päättyy. Ja asian käsittely päättyy vastaavasti, jos TILA katsoo, ettei ole aihetta tehdä hyväksymisen peruuttamisesitystä TILAlle eikä syytä antaa varoitusta eikä huomautusta. Näin ollen esimerkiksi virheelliseksi väittämästään tilintarkastuskertomuksesta TIVAlle/TILAlle kannellut henkilö ei ole oikeutettu hakemaan muutosta mainitun valvontaelimen päätökseen, kun tilintarkastajan hyväksymistä ei esitetä peruutettavaksi eikä tilintarkastajalle ole annettu varoitusta eikä huomautusta.

4. Keskuskauppakamari on vahvistanut TILAn säännöt vuonna 1994.[14] Kuten sääntöjen 6 §:stä ilmenee, KHT-tilintarkastajaan ja KHT-yhteisöön kohdistunut kurinpitoasia tulee TILAssa vireille joko kanteluna tai TILAn oma-aloitteisena valvonta-asiana. HTM-tilintarkastajiin ja HTM-yhteisöihin kohdistunut kurinpitoasia tulee TILAssa yleensä esille TIVAn päätöksestä tehtynä oikaisuvaatimuksena. Jos HTM-tilintarkastajaan tai HTM-yhteisöön kohdistuvalla valvonta-asialla on välitön asiayhteys TILAn käsiteltävänä olevaan KHT-tilintarkastajan tai KHT-yhteisön toimintaa koskevaan valvonta-asiaan, TILA voi ottaa asian käsiteltäväkseen muutoin kuin oikaisuvaatimuksena.

Vuoden 2004 alussa hyväksyttyjen tilintarkastajien rekisteriin oli merkitty 660 KHT-tilintarkastajaa ja 829 HTM-tilintarkastajaa.[15] Näistä tilintarkastajista valtaosa kuuluu omaan ammatilliseen järjestöönsä eli joko KHT-yhdistys ry:een tai HTM-yhdistys ry:een.

5. TILAn edellä mainittujen sääntöjen 9 §:n mukaan merkittävien päätösten sisällöstä voidaan julkaista nimettömiä selostuksia ja saattaa ne yleiseen tietoon hyvän tilintarkastustavan tuntemisen ja noudattamisen edistämiseksi. Seuraavista taulukoista ilmenee TILAn ratkaisemat asiat vuosina 1991–2003[16]:

---

[13] Muutoksenhakuoikeus on TTL 42 §:n 1 mom:n mukaan lisäksi sillä, jonka hakemus tilintarkastajan ammattitutkintoon on hylätty, sillä, joka on hylätty ammattitutkinnossa sekä sillä, jonka hakemus tilintarkastajaksi tai tilintarkastusyhteisöksi hyväksymisestä on hylätty.

[14] Sääntöjä on muutettu 11.12.1996. Muun muassa TILAn säännöt ja TILAn ratkaisut on luettavissa (26.2.2004) osoitteessa www.keskuskauppakamari.fi

[15] KHT-yhteisöjä 28 ja HTM-yhetisöjä 22, ks. alav. 14 main. lähde.

[16] TILA:n valvonta-asioiden ratkaisuja 2002 ja VALA:n muutoksenhakuratkaisut. Keskuskauppakamari, joka on myös alav. 14 mainitussa www-osoitteessa.

# TILASTO KESKUSKAUPPAKAMARIN TILINTARKASTUSLAUTAKUNNAN VUOSINA 1991–2003 PÄÄTTÄMISTÄ ERITYISISTÄ VALVONTA-ASIOISTA

## Valvonta-asioiden päätökset Keskuskauppakamarin tilintarkastuslautakunnassa

| | KESKUSKAUPPAKAMARIN TILINTARKASTUSLAUTAKUNNAN (TILA) VUOSINA 1991–2003 PÄÄTTÄMÄT KHT-TILINTARKASTAJIEN JA -YHTEISÖJEN TOIMINTAAN KOHDISTUVAT ERITYISET VALVONTA-ASIAT | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | Valvonnan peruste | | | Sanktiot[1] | | |
| | Kantelu | Muu | Yhteensä | Hyväksymisen[2] peruuttaminen tai peruuttamisesitys | Varoitus | Huomautus[3] |
| 1991 | 10 | – | 10 | – | – | 3 |
| 1992 | 15 | 10 | 25 | 1 | 3 | 10 |
| 1993 | 9 | 2 | 11 | – | 1 | 5 |
| 1994 | 14 | 2 | 16 | – | 5 | 2 |
| 1995 | 17 | – | 17 | – | 4 | 4 |
| 1996 | 16 | 13[4] | 29 | 10 | 10 | 2 |
| 1997 | 15 | 3[5] | 18 | 1 | 1 | 6 |
| 1998 | 17 | 1 | 18 | – | – | 3 |
| 1999 | 13 | 2 | 15 | – | 4 | – |
| 2000 | 7 | 3 | 10 | – | 3 | 5 |
| 2001 | 8 | 1 | 9 | – | 1 | – |
| 2002 | 10 | 1 | 11 | – | 1 | – |
| 2003 | 7 | 1 | 8 | 1 | 2 | 3 |

| | KESKUSKAUPPAKAMARIN TILINTARKASTUSLAUTAKUNNAN (TILA) VUOSINA 1991–2003 PÄÄTTÄMÄT HTM-TILINTARKASTAJIEN JA -YHTEISÖJEN TOIMINTAAN KOHDISTUVAT ERITYISET VALVONTA-ASIAT | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | Vireilletuloperuste | | Lopputulos[1] | | | | |
| | Hyväksymisen peruuttamis-esitys[2] | Oikaisu-vaatimus | Hyväksymisen[2] peruuttaminen tai peruuttamisesitys | Sanktion lievennys | Sanktion poista-minen | Sanktion pysyttä-minen | Pysytetty päätös olla antamatta sanktiota[6] |
| 1991 | – | 6 | – | – | – | 2 | 2 |
| 1992 | – | 4 | – | – | – | – | 4 |
| 1993 | – | 4 | – | – | – | 1 | 1 |
| 1994 | – | 9 | – | – | 2 | – | 7 |
| 1995 | 3 | 2 | 3 | – | – | 2 | – |
| 1996 | 34 | – | 28 | – | – | – | – |
| 1997 | 5 | 1 | 4 | – | – | 1 | – |
| 1998 | 3 | 2 | 2 | – | 1 | 1 | – |
| 1999 | – | – | – | – | – | – | – |
| 2000 | 5 | – | 2 | – | – | – | – |
| 2001 | 1 | – | 1 | – | – | – | – |
| 2002 | 4 | 3 | 4 | – | 1 | 2 | – |
| 2003 | 2 | 1 | 2 | – | – | 1 | – |

[1] Samassa valvonta-asiassa on voitu antaa useita sanktioita. Vuonna 1991 TILA palautti yhden asian ja vuonna 1993 kaksi asiaa TIVOille käsiteltäväksi uudelleen.
[2] Vuodesta 1995 lähtien TIVA tekee TILAlle esityksen tilintarkastajan hyväksymisen peruuttamiseksi. TILA tekee VALAlle esityksen tilintarkastajan hyväksymisen peruuttamiseksi. Tilintarkastuslain mukaan hyväksymisen peruuttamisesta päättää VALA.
[3] Huomautus-sanktioiden lukumääriin sisältyvät vuosina 1991–1992 annetut muistutus sanktiot, yhteensä 7 kpl. Muistutus-sanktio poistettiin Keskuskauppakamarin 13.12.1990 vahvistamilla tilintarkastajasäännöillä. Sen tilalle tulivat nykyisistä sanktioista varoitus ja huomautus. Muistutus-sanktiota on sovellettu, jos sääntöjen vastainen toiminta on tapahtunut ennen 1.1.1991.
[4] Lukuun sisältyy 10 TILAn tekemää esitystä KHT-tilintarkastajan hyväksymisen peruuttamiseksi.
[5] Lukuun sisältyy yksi TILAn tekemä esitys KHT-tilintarkastajan hyväksymisen peruuttamiseksi.
[6] Vuosina 1991–1995 TILAssa oli mahdollista muuttaa tilintarkastusvaliokunnan päätöstä myös antamalla sanktio. Vuonna 1995 voimaan tullut lainmuutos poisti nämä mahdollisuudet.

Taulukoista havaitaan, että TILA käsittelee vuosittain noin 15 KHT-valvonta-asiaa ja alle 10 HTM-valvonta-asiaa.[17] Yhteensä 21 TIVAssa on puolestaan ollut vuosina 1990–2001 vuosittain 7–17 valvonta-asiaa.[18] Lukumäärät eivät ole kovin suuria. Toisaalta on muistettava, että alioikeuksissa käsitellään erään tiedon mukaan vuosittain vain 200–300 yhtiöoikeudellista riita-asiaa.[19] Ja erään toisen tiedon mukaan hovioikeuksissa vuosina 1993–2000 ratkaistujen osakeyhtiöoikeudellisten riita-asioiden yhteen laskettu määrä ei ole kovin paljon enemmän kuin 230.[20] Kun valtaosa TILAn – ja sitä kautta VALAn – ratkaisuista koskee tilintarkastustoimintaa osakeyhtiöissä, voidaan sanoa, että osakeyhtiöoikeudellista oikeuskäytäntöä tutkittaessa TILAn ja VALAn toiminta ei ole vaille merkitystä.[21]

Erityisesti lakimiesten on syytä muistaa, että tilintarkastuksen kohteeksi on TTL 17 §:ssä määritelty tilikauden kirjanpidon ja tilinpäätöksen ohella hallinnon tarkastus. Sitä kuvataan Hallituksen esityksessä[22] näin:

> ”Hallintotarkastuksessa tilintarkastajan tehtävänä on huolehtia lähinnä johdon toiminnan laillisuuden valvomisesta, eikä niinkään liiketaloudellisten näkökohtien selvittämisestä. Tämän on katsottu sisältävän velvollisuuden selvittää esimerkiksi sellaisia seikkoja kuin organisaation puutteet ja riskilähteet, onko päätökset ja lakisääteiset velvoitteet pantu asianmukaisesti täytäntöön, vakuutusten kattavuus, arvopapereiden panttaaminen ja säilyttäminen sekä veroilmoituksen puutteet ja virheellisyydet. Yhteisön ulkopuolisen tahon kannalta on tärkeää, että tilintarkastaja tutkii, onko toiminnan jatkamiselle olemassa edellytyksiä.”

Tämä tarkoittaa, että tilintarkastajien tulee tuntea hyvin myös kyseinen yhteisölaki, siis esimerkiksi OYL.

TILAn ratkaisuja voidaan luokitella eri tavoin. Yksi luokitteluperuste voisi olla tarkastuskohteen mukaan määräytyvä peruste. Tässä jaottelussa huomio kiinnittyy siihen, että asuntoosakeyhtiö on tilintarkastajalle riskialtis tarkastuskohde. Tätäkin suuremman vaaran joutua kantelun kohteeksi näyttää tuottavan konkurssipesän erikoistarkastus. Tällainen jaottelu ei kuitenkaan herättäne juurikaan mielenkiintoa. Tärkeämpää onkin katsoa, millaisiin tekoihin tai laiminlyönteihin tilintarkastajan epäillään valvonta-asioissa syyllistyneen.

---

[17] HTM-valvonta-asioiden korkea luku (34) vuonna 1996 selittyy sillä, että HTM-tilintarkastajan kelpoisuusehtojen kiristymisen siirtymäaika päättyi tuolloin. Hyväksyminen peruutettiin niiltä, jotka eivät täyttäneet uusia kelpoisuusvaatimuksia.

[18] Alav. 14 mainittu lähde s. 8. Lukuun ei ole tällöin otettu alav. 15 sanotusta syystä vuotta 1996.

[19] Osakeyhtiölain uudistaminen – Tavoitteena kilpailukykyisempi yhtiöoikeus. Oikeusministeriö. Luovutuskirje allekirjoitettu 7.7.2000, s. 33.

[20] Osakeyhtiölakityöryhmän mietintö. Oikeusministeriö työryhmämietintö 2003:4 s.32.

[21] Ks. TILAn ratkaisuista myös KTT Janne Viitasen väitöskirja Auditors’ professional ethics and factors associated with disciplinary cases against auditors. Svenska handelshögskolan. Ekonomi och samhälle, Helsingfors 2000. Väittelijä on tutkinut Keskuskauppakamarin (nykyisen) TILAn ratkaisukäytäntöä vuosina 1980 –1997 ja pyrkinyt selvittämään, mitkä tietyt tilintarkastajaa, tilintarkastusasiakasta ja ympäristöä (environmental characteristics) koskevat tekijät vaikuttavat yhtäältä tilintarkastajan riskiin joutua kurinpitomenettelyn kohteeksi sen lopputuloksesta riippumatta ja toisaalta, miten samat tekijät vaikuttavat kurinpitomenettelyn lopputulokseen.

[22] HE 295/1993 vp. s. 31.

Kantelun syynä on usein epäily tilintarkastajan riippumattomuuden tai esteettömyyden loukkaamisesta. Tämä on ymmärrettävääkin. Riippumattomuus on tilintarkastusjärjestelmän peruspilari. Riippumattomuuden tarkoituksena on varmistaa tarkastuksen puolueettomuus ja objektiivisuus.[23] Tilintarkastaja arvioi riippumattomuutensa itse. Mutta tämä ei tietenkään riitä. Riippumattomuutta tulee arvioida myös ulkoapäin. Ratkaisevaa on tosiasiassa se, millaisena järkevä, tosiasiat tietävä ja normaalit luonteenominaisuudet omaava henkilö tilanteen näkee ja kokee.[24] TTL 23 §:ssä säädetään, että tilintarkastajalla on oltava edellytykset riippumattoman tilintarkastuksen suorittamiseen. Jos edellytykset riippumattomaan tarkastukseen puuttuvat, tilintarkastajan on kieltäydyttävä tehtävästä tai luovuttava siitä. Lain 24 §:n otsikko on ”Tilintarkastajan esteellisyys”, ja siinä säädetään tapauksia, joissa lain 23 §:ssä säädetty riippuvuussuhde ainakin on olemassa. Luettelo on siis esimerkkiluettelo.[25] Jo tästä syystä – siis siksi, että luettelo on esimerkkiluettelo – on ymmärrettävää, että riippumattomuusepäilyt johtavat kanteluihin. Esitän seuraavassa lyhyesti kaksi TILAn ratkaisua. Ensimmäinen on ratkaisu TILA 22/1995. Siinä oli kysymys KHT-tilintarkastaja A:n riippumattomuuden vaarantumisesta sillä perusteella, että hän omisti tarkastuskohteen eli X Oy:n kirjanpidon hoitaneen U Oy:n osakkeista 40 prosenttia[26] ja oli U Oy:n hallituksen jäsen. TTL 24 §:n esimerkkiluettelossa ei omistusta kirjanpidon suorittaneessa yhteisössä mainita esteellisyysperusteena. TILA antoi KHT A:lle varoituksen, eikä VALA muuttanut TILAn päätöstä. TILA totesi muun muassa, ettei asiassa saadun selvityksen perusteella voida päätellä, että A olisi kyseisenä tilikautena osallistunut U Oy:ssä X Oy:n kirjanpidon tai varojen hoitoon tai hoidon valvontaan. TILA jatkoi, että tilintarkastajan riippumattomuus voi vaarantua olosuhteissa, joissa tilintarkastaja omistaa osuuden tai hän hoitaa jotakin tehtävää siinä yhteisössä, joka kokonaan tai osaksi tekee tarkastuskohteen kirjanpidon ja/tai tilinpäätöksen. TILA katsoi, ettei KHT A X Oy:n tilintarkastajana ole ottanut huomioon edellytyksiä riippumattoman tilintarkastuksen toimittamiseen eikä hänen menettelyään voida siten pitää TTL:n, KHT-sääntöjen eikä hyvän tilintarkastustavan mukaisena. TILA katsoi A:n menettelyn johtuneen varomattomuudesta.

Toinen ratkaisu on TILA 4/1994. Siinä oli kysymys tilintarkastajan osallistumisesta tilintarkastuskohteen operatiiviseen toimintaan. Tällainen toiminta johtaa helposti ns. oman toiminnan tarkastamiseen eli siis siihen, että tilintarkastaja tosiasiassa tarkastaa omia tekemisiään.

---

[23] Ks. Tilintarkastuslakityöryhmän raportti s. 29.

[24] Näin Tilintarkastuslakityöryhmän raportti s. 29 viittauksin kirjallisuuteen.

[25] Tilintarkastuslakityöryhmän keskeisin tehtävä oli ehdotusten tekeminen riippumattomuussääntelystä. Sysäyksen työryhmälle antoi Euroopan yhteisöjen komission 16.5.2002 antama suositus tilintarkastajan riippumattomuuden perusperiaatteista EU:ssa, 2002/590/EY ns. Työryhmän raportissa ehdotetaan säädettäväksi esimerkkiluettelo siitä, milloin tilintarkastuksen riippumattomuus vaarantuu ja määräys, että tällöin täytyy ryhtyä varotoimiin, ellei uhkaa riippumattomuuden vaarantumisesta ole pidettävä merkityksettömänä (ehdotuksen 23 §). Sen sijaan esteellisyyssäännöksen (ehdotuksen 24 §) tapausluettelo on tyhjentävä, ja tällöin tilintarkastajan tulee joko kieltäytyä tehtävästä tai luopua siitä.

[26] KHT A:n vaimo omisti osakkeista 10 prosenttia.

Asiasta ei ole säännöstä TTL:ssa.[27] B:n kantelun mukaan KHT A oli X Oy:n tilintarkastajana hyväksynyt yhtiön tilinpäätöksen sekä osallistunut yhtiön ja B:n välisiin rahoitusneuvotteluihin ja -sopimuksen toteuttamiseen. TILA katsoi, että KHT A:n toiminta rahoitusneuvotteluissa B:n ja X Oy:n välillä elokuun ja joulukuun 1992 välisenä aikana oli ollut aktiivista. Se, että rahoitusneuvottelut olivat johtaneet B:n ja X Oy:n väliseen rahoitussopimukseen, oli johtunut suuressa määrin KHT A:n aktiivisesta osuudesta. Toiminnallaan KHT A oli osallistunut X Oy:n operatiiviseen toimintaan, johon osakeyhtiön yhtiökokouksen valitsema tilintarkastaja ei voinut osallistua menettämättä riippumattomuuttaan. KHT A oli toiminut tavalla, joka oli ollut omiaan vaarantamaan tilintarkastajan riippumattomuuden ja tilintarkastuksen suorittamisen. TILA katsoi, että tilintarkastajan toiminta oli hyvän tilintarkastustavan vastaista ja antoi tilintarkastajalle varoituksen. Päätökseen ei haettu muutosta VALAlta.[28]

Kuten edellä totesin, TTL 1 §:n 3 mom:n mukaan hyväksytyn tilintarkastajan ns. muuhun toimintaan[29] sovelletaan vain eräitä TTL:n normeja. Niihin eivät kuulu lain 23 ja 24 §:t. Mutta niihin kuuluu lain 16 § eli hyvää tilintarkastustapaa koskeva säännös. Tämä tarkoittaa samalla sitä, että hyväksytyn tilintarkastajan tulee myös TTL 1 §:n 3 mom:ssa tarkoitetussa toiminnassa noudattaa objektiivisuutta. Tämä ilmenee TILAn ratkaisusta 21/1995:

> HTM A haki muutosta kauppakamarin TIVA:n päätökseen. Kauppakamarin TIVA oli päätöksessään todennut, että HTM A oli X Ky:n erikoistilintarkastusmuistiossaan esittänyt lääninverovirastolle toimenpidesuosituksen perintätoimesta. HTM A oli esittänyt muitakin toimenpidesuosituksia. HTM A oli myös esittänyt rikosoikeudellisen arvion yhtiössä tapahtuneen yksityisnoston luonteesta. Kauppakamarin TIVA oli päätöksessään todennut, ettei tilintarkastajan asiana ole suorittaa rikosoikeudellisia arviointeja eikä esittää veroviranomaisille tai velkojille toimenpidesuosituksia. Tilintarkastajan tehtävänä on raportoida ainoastaan suorittamassaan tarkastuksessa havaitsemansa asiat. TIVA oli katsonut, että HTM-tilintarkastajan tulee noudattaa kaikessa tilintarkastustoiminnassaan myös objektiivisuuden vaatimuksia. TIVA oli katsonut HTM A:n varomattomuudesta menetelleen hyvän tilintarkastustavan vastaisesti. HTM A:n toimintaan liittyvänä lieventävänä seikkana TIVA oli ottanut huomioon sen, että erikoistilintarkastuksesta laadittu muistio oli annettu konkurssipesän velkojien omaan käyttöön eikä sitä ollut tarkoitettu julkisuuteen tulevaksi asiakirjaksi.
>
> HTM A vaati kauppakamarin TIVA:n päätöksen muuttamista siten, että hänelle annettu huomautus poistetaan. HTM A:n mielestä kauppakamarin TIVA oli jättänyt huomioimatta päätöksessään sen, että hän oli suorittanut erikoistilintarkastuksen velkojan

---

[27] Tilintarkastuslakityöryhmä sen sijaan ehdottaa mietinnössään (23 §:n 3 mom:n 1 kohta), että tilintarkastajan on ryhdyttävä riippumattomuutensa turvaaviin varotoimiin on ainakin silloin, kun tarkastettavana on hänen aikaisempi toimintansa. Perusteluissa (s. 152) käsitellään erityisesti tilintarkastajan asiakkaalleen eli tilintarkastuskohteelle suorittamaa neuvontatoimintaa. Mietinnössä todetaan, että uhkaa arvioitaessa tulee kiinnittää huomiota siihen, missä määrin neuvonta on (yksinomaan) tosiseikkoja selvittävää ja missä määrin päätöksenteollisia valintoja ohjaavaa. Mitä ohjaavampaa neuvonta on, sitä enemmän se lähestyy päätöksentekoon osallistumista ja vaarantaa täten riippumattomuuden.

[28] Samantapaisesta menettelystä oli kysymys ratkaisussa TILA 9/1999, jossa tilintarkastajan tilintarkastuskohteen myyjiä yrityskaupassa avustava toiminta oli TILAn mielestä liian pitkälle menevää osallistumista liiketoimintaan.

[29] Muuta toimintaa on se toiminta, joka ei ole yhtäältä lakisääteistä tilintarkastusta eikä toisaalta muuta laissa tai asetuksessa tilintarkastajan tehtäväksi säädettyä toimintaa.

edustajana, konkurssisäännön velkojalle suomin oikeuksin. HTM A:n mukaan tapaukseen ei voida soveltaa normaaleja tilintarkastustoimintaa koskevia raportointisäännöksiä.

TILA tutki muutoksenhaun ja päätti yksimielisesti olla muuttamatta kauppakamarin TIVA:n päätöstä.

HTM A haki TILA:n päätökseen valittamalla muutosta VALA:lta, joka päätti olla muuttamatta TILA:n päätöstä.[30]

6. Tilintarkastaja raportoi havainnoistaan eri tavoilla. Tärkein raportti on tilintarkastuskertomus (TTL 19 §). Valvontatoimien syynä ovat usein väitetyt raportointivirheet. Mainitsen esimerkkinä ratkaisun TILA 16/2000.

TILA päätti KHT A:n hyväksymisedellytysten säilymistä käsitellessään ottaa oma-aloitteisesti käsiteltäväkseen KHT B:n toiminnan Tilintarkastustoimisto A Oy:n tilintarkastuksessa. KHT B:tä pyydettiin selvittämään, miten hän oli tarkastanut Tilintarkastustoimisto A Oy:n lähipiirilainat ja niiden vakuudet sekä näitä koskevat tiedot yhtiön tilinpäätöksessä. TILA oli antanut KHT A:lle varoituksen laittomista lähipiirilainoista omistamassaan Tilintarkastustoimisto A Oy:ssä (TILA 15/2000).

KHT B totesi selityksessään TILA:lle keskittyneensä Tilintarkastustoimisto A Oy:n tilintarkastuksessa vain oleellisiin kysymyksiin. Tilintarkastuskertomuksessa esitettiin KHT B:n mukaan osakeyhtiölain mukaisesti kaikki lähipiirilainat yhteensä. Vakuusarvioinnin vaikeuden takia KHT B ei ottanut vastuukysymykseen kantaa tilintarkastuskertomuksessa. KHT B myönsi, että lähipiirilainojen osalta tilintarkastuskertomuksessa olisi pitänyt mainita vakuusvajauksesta.

TILA totesi, että KHT B:n tarkastamassa Tilintarkastustoimisto A Oy:n tilikauden 1.7.1998–30.6.1999 taseessa tai sen liitteenä ei ollut osakeyhtiölain edellyttämällä tavalla annettu lähipiirilainojen vakuuksia eikä lainan ehtoja koskevia tietoja. TILA katsoi, että KHT B oli huolimattomuudesta ja varomattomuudesta menetellyt hyvän tilintarkastustavan vastaisesti Tilintarkastustoimisto A Oy:n tilintarkastuksessa siten, että hän ei ollut muistuttanut tilintarkastuskertomuksessa lähipiirilainoja koskevien tietojen puutteesta, hän oli laiminlyönyt lähipiirilainojen vakuuksien tarkastamisen ja jättänyt muistuttamatta tilintarkastuskertomuksessa lähipiirilainojen vakuuksien puuttumisesta. Lisäksi KHT B:n työpaperit eivät vastanneet hyvän tilintarkastustavan vaatimuksia. TILA antoi KHT B:lle varoituksen. KHT B ei hakenut valittamalla muutosta.

7. Tilintarkastuslautakunnan sääntöjen 1 §:n 3 kohdan mukaan TILA huolehtii tilintarkastajien hyväksymiseen ja hyväksyttyjen tilintarkastajien toiminnan valvontaan liittyvästä ohjauksesta ja kehittämisestä antamalla ohjeita[31] ja hyvää tilintarkastustapaa koskevia kannanottoja. TILA on antanut kahdeksan kannanottoa. Ne koskevat hyväksyttyjen tilintarkastajien palvelujen markkinointia ja tiedottamista (1991), hyväksyttyjen tilintarkastajien riippumattomuutta (1992), ammattikielen sanontojen ja termien käyttämistä hyväksyttyjen tilintarkastajien lau-

[30] Ratkaisu on selostettu Horsmanheimo – Steiner s. 204–205 ja TILAn sihteerin, VT Pasi Horsmanheimon Turun kauppakorkeakoulussa 19.2.2004 pitämän tilintarkastusoikeuskurssin luentomonisteessa.

[31] TILA on antanut neljä ohjetta. Kaksi koskee tilintarkastajien velvollisuutta antaa tietoja valvontaa varten, yksi hyväksymisen lakkaamisen lykkäyshakemusta ja neljäs hyväksymisen lakkauttamista ja hyväksymisen saattamista uudelleen voimaan.

sunnoissa (1992), tilintarkastajan raportointia (1994), KHT- ja HTM-yhteisön aputoiminimen käyttämistä tilintarkastustoiminnassa (1996), tilintarkastustoiminnan ja tilitoimistotoiminnan yhteensopivuutta riippumattomuuden kannalta (1999), tilintarkastajan läsnäolovelvollisuutta julkisesti noteeratun yhtiön yhtiökokouksessa (2001) ja tilintarkastajan toimimista riippumattomana asiantuntijana osakeyhtiön sulautumisessa ja jakautumisessa (2001).[32]

TILAn kannanotot ovat lyhyitä, yleensä vain yhden sivun mittaisia.[33] Ne sisältävät usein asianomaisen yhteisölain tulkintaa. Päätösten perusteluissa käytännön tarpeille (ns. reaalisille argumenteille) on annettu huomattava asema.

8. Erilaisten lautakunta-tyyppisten elinten merkitys voimassa olevaa oikeutta luovina eliminä on lisääntynyt. Tällaisten lautakuntien ratkaisuja ei tietenkään voi rinnastaa ylimpien tuomioistuinten päätöksiin. Mutta tällaisten lautakuntaratkaisujen tosiasiallinen merkitys on suuri. Tilintarkastajalle kysymys on pahimmillaan ammatista. Vaikka hyväksymisen peruuttamisesta päättää VALA eikä siis TIVA eikä TILA, jotka vain tekevät esityksen peruuttamisesta VALAlle ja vaikka VALAn päätöksestä voi hakea muutosta korkeimmalta hallinto-oikeudelta, tilintarkastajan elantoon voi lievemmilläkin sanktioilla eli huomautuksella ja varoituksella olla suuri vaikutus. Kysymys on ammattimaineesta.[34] Mutta kysymys ei ole vain valvonnan kohteeksi joutuneen hyväksytyn tilintarkastajan asemasta. Tilintarkastus rakentuu suuressa määrin hyvän tilintarkastustavan varaan, ja TILAn ja VALAn ratkaisut luovat tätä tapaa.

---

[32] Ks. alav. 14 mainittu www-osoite.

[33] Vuoden 1999 kannanotto tilintarkastustoiminnan ja tilitoimistotoiminnan yhteensopivuudesta on kuitenkin 7-sivuinen.

[34] Hyväksyttyjen tilintarkastajien vakavan suhtautumisen valvonta-asiaan huomaa heidän vastineistaan. Ne ovat perinpohjaisia. Joskus tuntuu siltä, että mitättömänkin tuntuiseen kanteluun annettuun vastineeseen on käytetty aikaa ja muita voimavaroja enemmän kuin koko kyseisen tilintarkastuksen suorittamiseen.

Rainer Oesch

# Lisenssisopimusriidan ratkaiseminen välimiesmenettelyssä

## Välimiesmenettelyn edut ja haitat immateriaalioikeusriidoissa

Sitä mukaa kun immateriaalioikeuksien merkitys yritystoiminnassa on kasvanut, on niitä koskevien sopimustenkin merkitys syventynyt ja laajentunut. Erityisesti tämä koskee aineettomiin eli immateriaalisiin yksinoikeuksiin kohdistuvia käyttöoikeusluovutuksia. Niillä oikeudenhaltija, lisenssinantaja, luovuttaa yleensä määräajaksi toiselle, lisenssinsaajalle sopimuksessa lähemmin määritellyin käyttöoikeuden tai -oikeuksia. Kun juhlakirjan kohde, professori Esko Hoppu, on Suomen johtavia yksityisoikeuden ja välimiesoikeuden asiantuntijoita, niin aihe liittyy hyvin hänen monipuolisten toimintojensa alueisiin. Seuraavassa tarkastellaan joitakin sellaisia kysymyksiä, joita lisenssisopimusriitoja ajatellen nimenomaan ennakoivassa mielessä olisi otettava huomioon yksityisten osapuolten välillä, kun laaditaan mahdollista välityslauseketta.[1] Mitä näkökohtia ja kysymyksiä tällöin herää sekä miten niitä oikeudellisesti arvioidaan? Normipohja on välimiesmenettelystä annetussa laissa (laki 967/1992 muutoksineen) (lyh. VML) sekä immateriaalioikeuden yksinoikeuslaeissa yleensä sekä erityisesti luovutuksia koskevissa niukahkoissa säännöksissä ja periaatteissa.

Immateriaalioikeuslisenssien riitojen ratkaisemista välimiesmenettelyssä on käsitelty vähän kirjallisuudessamme. Pekka Puhakka on laatinut asiasta artikkelin.[2] Pohjoismaissa ovat asiaa pohtineet Gunnar Karnell lähinnä kansainvälisten lisenssien pääkysymysten osalta ja erityisesti patenttilisensseihin liittyen Bengt Domeij.[3] Meillä on Seppo Kemppinen joissakin esityksissään kosketellut näitä kysymyksiä.[4] Muutoin tietenkin yleinen välimiesmenettelyä koskeva kirjalli-

[1] On täysin mahdollista, että immateriaalioikeudellinen riitakysymys esiintyy myös muiden kuin yksityisten tahojen välillä kuten valtioiden tai valtioliittymien kesken. Tästä on esimerkkejä esimerkiksi WTO:n erityisessä riitojen ratkaisumenettelyssä, joka noudattaa TRIPS-sopimusta. Ks. lähemmin esim. Olsson, Henry, En ny aktör på den internationella immaterialrättsliga arenan. Världshandelsorganisationens paneler. NIR 2002, s. 265–271. Ks. erityisesti tapaus "Fairness in Music Licensing Act", jossa tehtiin WTOn riitojen ratkaisusääntöjen mukainen välitystuomio (s. 267–269) ja jossa osapuolina olivat Yhdysvallat ja Euroopan yhteisöt.

[2] Puhakka, Pekka, Immateriaalioikeudellisten riitojen ratkaisu välimiesmenettelyssä. DL 1999, s. 1055–1059.

[3] Karnell, Gunnar, Patent och skiljedom, giltighets- och intrångsfrågor. Teoksessa Festskrift till Sveriges Advokatsamfund 1887–1987, s. 285–312. Domeij, Bengt, Patentavtalsrätt. Stockholm 2003, s. 202–203.

[4] Kemppinen, Seppo, Patenttioikeudenkäynnit. Patentti – teollisuus – tekniikka -kurssin julkaisut 1990:1. Espoo 1990, s. 3–5.

suus on sovelias lähteistö. Meillä lähinnä Gustaf Möller on jossakin määrin ottanut asiaan kantaa myös patentti- ja tavaramerkkiriitojen osalta. Myös Tuomas Ojanen on käsitellyt välimiesmenettelyä kiinnostavasta näkökulmasta, EY:n oikeuden kannalta.[5] Kansainvälinen teollisoikeuden alan yhdistys eli AIPPI on julkaissut raportin Tokiossa vuonna 1992 pidetyn kongressin pohjalta, missä yhteydessä mielenkiintoisella tavalla tarkasteltiin välimiesmenettelykelpoisuutta sellaisten teollisoikeusriitojen kohdalla, joita voi syntyä yksityisten osapuolten (huom. ei valtioiden) välillä. Myös maailman henkisen omaisuuden järjestö WIPO on ollut asiassa hyvin aktiivinen.[6]

Lisenssisopimusten välityslauseketta laadittaessa joudutaan klassista kaavaa käyttäen osapuolten tahoilta miettimään paitsi välimiesmenettelyyn liittyviä yleisiä etuja ja haittoja myös soveltamaan asian eri puolia immateriaalioikeuden erikoislaatuiseen näkökulmaan. Tässä joudutaan vielä rajoittumaan immateriaalioikeuksien hyväksikäyttöön, tässä tapauksessa lisensiointiin.

Lisenssisopimuksessahan immateriaalioikeuden haltija (lisenssinantaja) luovuttaa toiselle (lisenssinsaajalle) sopimuksessa lähemmin määritellyn käyttöoikeuden yleensä määräajaksi. Immateriaalioikeuksista tekijänoikeus syntyy automaattisesti ilman rekisteröintiä, kun taas teollisoikeudet yleensä vaativat julkisen vallan (viranomaisen) toimenpiteitä. Lisenssinantajan luopuminen tapahtuu yleensä korvausta vastaan. Luopuminen suhteessa lisenssinsaajaan ei ole aina totaalista (ns. rinnakkaislisenssit). Lisenssisopimuksista on yksinoikeuslaeissamme vain joitakin hajanaisia perussäännöksiä. Lisenssisopimuksia tulkitaan yleisten sopimusoikeudellisten periaatteiden mukaisesti. Yksinoikeuden luovutuksia koskee ns. ahdas tulkinta.

Välimiesmenettelyn etuina on tavallisesti pidetty joutuisuutta, luottamuksellisuutta (ei-julkisuutta) ja asiantuntevuutta. Myös välitystuomioiden melko laaja täytäntöönpanokelpoisuus on luettu etuihin, seikka, mikä osaltaan vaikuttaa joutuisuuteen riidan ratkaisun saamisessa. Tämä koskee erityisesti kansainvälisiä sopimussuhteita.[7] Kansainvälisillä sopimussuhteilla tarkoitetaan tässä sellaisia yksityisoikeudellisia lisenssisopimussuhteita, joissa osapuolet tulevat eri maista tai joilla on kytkentä eri valtioihin.[8]

---

[5] Möller, Gustaf, The Arbitration Agreement. Art. teoksessa Law and Practice of Arbitration in Finland. (Suomen välimiesoikeusyhdistys ry:n julkaisuja). Toim. Savola, Mika. Helsinki 2004, s. 8. Möller, Gustaf, Välimiesmenettelyn perusteet. Helsinki 1997, s. 16. Ojanen, Tuomas, EY:n oikeus ja välimiesmenettely. Teoksessa Yritys eurooppalaisessa oikeusyhteisössä. Toim. Helander, Petri – Lavapuro, Juha – Mylly, Tuomas. Turku 2002, s. 49–76.

[6] AIPPI Annuaire 1991/VI. XXXVe Congres Tokyo 1992. Rapports des Groupes Q 106. Possibilite de l arbitrage en matiere de litiges concernant la propriété intellectuelle entre personnes de droit privé. WIPOn osalta ks. http://arbiter.wipo.int ja julkaisu Worldwide Forum on the Arbitration of Intellectual Property Disputes. Geneva 1994.

[7] Möller (1997), s. 7–8.

[8] Kansainvälisyys on tässä yhteydessä monimerkityksinen asia. Tässä ei tarkoiteta valtioiden välisiä riitoja, jotka sinänsä ovat myös kansainvälisiä ja voivat tulla joskus välimiesmenettelyssä ratkaistaviksi. Varsinainen (yksityisoikeudellisen) välitysmenettelyn tuloksen, välitystuomion, tulee perustua kansalliseen lakiin, joka tosin nykyisin ei käsitteenä ole ahtaasti kansallisen viranomaisen antamiin normeihin rajoittuva vaan myös kansainväliset normit huomioon ottava. Ks. välimiesmenettelystä annetun lain (967/1992)(VML) 31 ja 40 §. Kuten Tuomas Ojanen on aiheellisesti huomauttanut, kun välitystuomio ei saa olla ristiriidassa Suomen oikeusjärjestyksen perusteiden kanssa, on huomioon otettava muutkin normit kuin suoranaisesti kansallisten viranomaisten antamat eli myös valtionsisäisesti voimaansaatetut kansainväliset sopimukset. Myös EY:n oikeudella voi olla vaikutuksia. Tässä mielessä välitystuomio ei välttämättä pohjaudu ahtaasti kansalliseen lakiin. Ks. Ojanen emt. s. 49–76, erit. s. 50.

Välimiesmenettelyn haittoina taas on pidetty menettelyn kalleutta ja sitä, että välimiesmenettelyssä asioita ei tarvitse aina ratkaista lain mukaan vaan myös ns. kohtuuden mukaan. Tämä tosin edellyttää asianosaisten sopimusta tästä kysymyksestä *(ex aequo et bono)* (VML 31 §:n 3 momentti).[9] Mikä kulloinkin on lisenssisopimuksen osapuolten intressissä, vaihtelee epäilemättä tapauksittain eli ratkaisutien valinta perustuneekin käytännössä osapuolten tapauskohtaiseen erittelyyn ja harkintaan. Kaikissa tapauksissa lopulliseen välitystuomioon ei voida hakea muutosta normaalein muutoksenhakukeinoin.

Erityisesti immateriaalioikeuksiin liittyen hankalana voidaan pitää sitä seikkaa, että kaikissa tapauksissa ei ole helppoa hahmottaa, milloin on kyse dispositiivisesta eli sovittavissa olevasta riitakysymyksestä (ks. lähemmin seuraavassa alaluvussa). Etenkin rekisteröityyn immateriaalioikeuteen eli lähinnä teollisoikeuksiin liittyvä sopimustulkintakysymys voi koskettaa julkisen vallan käyttöä siinä laajuudessa, että ei enää voitaisi puhua dispositiivisesta riidan kohteesta. Sellainen ei voi tulla välimiesmenettelyssä ratkaistavaksi. Kysymys pakottavasta lainsäädännöstä on asia erikseen, eikä siitä seikasta sinänsä, että jokin instituutio on järjestetty pakottavin normein, voida päätellä suoraa vastausta asian välimiesmenettelykelpoisuuteen.[10]

Toinen seikka, mitä voidaan pitää immateriaalioikeuksista johtuvana erityispiirteenä, on niiden territoriaalisuus ja näistä johtuvat rajoitukset mahdollisessa lisenssisopimusriidassa kokoontuvalle välimiesoikeudelle. Se voi ottaa huomioon vain tietyn luovutuksen kohteena olevan tavaramerkin tietyn maan oikeudet, esimerkiksi McDonald's -tunnuksen Suomen oikeudet, jos kyse olisi esimerkiksi yhdysvaltalaisen lisenssinantajan ja suomalaisen lisenssinsaajan väliseen sopimukseen perustuvasta riidasta. Tosin yhteisön tavaramerkki aiheuttaa suojan saatavuuden suhteen omia erityispiirteitään, jotka liittyvät juuri yhteisön suojamekanismien ja kansallisten mekanismien yhteensovittamisesta ja joihin ei tässä voida syventyä lähemmin.[11] Myöskään territoriaalisuutta ei tässä käsitellä enempää, mutta on syytä tiedostaa siitä johtuvat alueelliset rajat sopimuksen kohteena olevalle immateriaalioikeudelle. Tämä rajoittuneisuus vaikuttaa taustalla riidan kohteeseenkin. Tärkeätähän tulkintaerimielisyyden noustessa olisi määrittää riidan varsinainen kohde eli se oikeuskysymys, josta varsinaisesti on kiistaa osapuolten välillä. Onko se puhtaasti sopimusvelvoitteen sisältö (esimerkiksi suorituksen laiminlyönti) vai immateriaalioikeusloukkaus tai jokin muu asia, vaikuttaa välimiesoikeuden kompetenssiin ratkaista po. oikeuskysymys.

---

[9] Ratkaisun perustamista voimassaolevaan oikeuteen on perusteltu yleensä ennustettavuuden tärkeydellä. Kuitenkin osapuolet voivat sopimuksessaan osoittaa sen valtion lain, jota tapaukseen tulee soveltaa. Useissa maissa ja UNCITRALin mallilaissa on mahdollisuus kohtuuden käyttämiseen tuomion perusteena kuitenkin mahdollistettu. Ks. HE 202/91 vp. s. 22, Möller (1997) s. 71–75 ja 82.

[10] Möller (1997) s. 15–16, jossa todetaan näin: "Se, että riidan ratkaisemiseen joudutaan soveltamaan ns. pakottavia säännöksiä, ei sinänsä merkitse, ettei sovinto asiassa voisi olla sallittu. Ainoastaan, jos kanteessa vaaditaan jotakin sellaista, jota ei voida saada aikaan laillisesti asianosaisten välisin sopimuksin ilman viranomaisen myötävaikutusta, on kyseessä sellainen sovinnontekomahdollisuuden ulkopuolelle jäävä asia, jota ei voida ratkaista välimiesmenettelyssä."

[11] Ks. esimerkiksi Oesch, Rainer, Yhteisön tavaramerkki – jaettu oikeus. Teoksessa Luovuus, oikeus ja muuttuvat markkinat. Juhlajulkaisu Keijo Heinonen 1923–2003. Toim. Mansala, Marja-Leena. Helsinki 2003, s. 187–200.

## Mikä on dispositiivinen riita immateriaalioikeusasioissa?

Välityslauseke tulisi lisenssisopimuksissakin laatia niin, että yleiset edellytykset välimiesmenettelyssä tapahtuvalle tutkimiselle ja ratkaisemiselle voivat toteutua. Eli kyseessä tulee olla luonteeltaan yksityisoikeudellinen riitakysymys, josta voidaan tehdä sovinto (VML 2 §). Samalla tavoin ratkaistavaksi voidaan määrätä myös sopimuksessa ilmaistusta oikeussuhteesta vastaisuudessa aiheutuvat mainitunlaiset riitakysymykset, jollei laissa ole toisin säädetty. Dispositiivisuuden käsite tässä yhteydessä on lähemmin ilmaistu meillä oikeuskäytännössä ja kirjallisuudessa seuraavanlaisesti: ”Asialla, josta voidaan tehdä sovinto, tarkoitetaan sitä, että kanteessa vaaditaan jotakin sellaista, mikä voidaan laillisesti saada aikaan asianosaisten välisin sopimuksin ilman tuomioistuimen tai muun viranomaisen myötävaikutusta.”[12]

Siteeratun perusteella voidaan siis todeta, että immateriaalioikeuslisenssien sellaiset elementit, jotka ovat tulleet kiistan kohteeksi ja jotka ovat luonteeltaan mainituin tavoin dispositiivisia, voidaan ratkaista välimiesmenettelyssä.

Immateriaalioikeudet ja niiden hyväksikäyttö sisältävät sekä julkisen vallan toimenpiteitä (julkisen vallan käyttöä) että puhtaasti yksityisoikeudellisia toimia, joiden kohdalla dispositiivisuuskriteeri helposti täyttyy. Ulkopuolelle jäävät sellaiset toimenpiteet, jotka koskevat rekisteröintiä, oikeuden pätevyyttä sekä rangaistuksen määräämistä rikoksesta, esimerkiksi teollistai tekijänoikeusrikoksesta. Sanottuun on tosin tehtävä se varaus, jonka mukaan ao. immateriaalioikeus voidaan joskus katsoa välimiesmenettelyssä päteväksi rajoitetussa suhteessa eli asianosaisten kesken (*inter partes*) (ks. alempana).[13]

Lisenssisopimukseen voidaan kirjata siis välimiesmenettelyä koskeva lauseke. Sen sisältö voi tietenkin vaihdella, mutta pääajatuksena useimmiten lienee se, että kyseisestä sopimuksesta johtuvat riitaisuudet ratkaistaan välimiesmenettelyssä. Tilanteesta seuraa kaksi lisäongelmaa: mikä riita on syy-yhteydessä sopimukseen eli minkälainen kiista voidaan katsoa sopimuksesta johtuvaksi riitaisuudeksi. Tämän kytkennän selvittäminen voi olla vaikeata, eikä usein selviäkään muulla keinolla kuin sopimusta yleiseen tapaan tulkitsemalla. Kansainvälinen tendenssi lienee menossa siihen suuntaan, että välimiesten toimivaltaa tulkitaan yhä avarammin ja vapaamielisemmin, eli että välimiehillä olisi mahdollisuus tutkia myös sellaisia vaatimuksia, jotka eivät suoranaisesti perustu pääsopimukseen, mutta joilla kuitenkin on yhteys tähän.[14]

Toinen osapuoli voi kieltäytyä vastaamasta kanteeseen yleisessä tuomioistuimessa, jos osapuolten välillä on sitovaksi väitetty välityslauseke lisenssisopimuksessa.[15] Tähän hänellä on ns.

---

[12] KKO 2003:45, Möller (1997) s. 16. HE 202/1991 vp. s. 11 on mainittuja lähteitä suppeammin muotoiltu.

[13] Tällöin esikysymykseen nähden todettu kannanotto on voimassa vain asianosaisten välillä. Möller viitannee tähän mahdollisuuteen (1997) s. 16–17 toteamalla: ”Sitä paitsi välimiehet saattavat, esimerkiksi teollisuusoikeuden loukkaamista koskevassa asiassa, esikysymyksenä joutua ottamaan kantaa tuon oikeuden pätevyyteen.” Ks. myös Kemppinen, em. art. s. 5. jossa ollaan sitä mieltä, että sekä patentinloukkaus että pakkolisenssiriita voidaan käsitellä välimiesoikeudessa, mutta että kaikissa näissä tapauksissa ratkaisu jää asianosaisten väliseksi.

[14] Runesson em. art. s. 679.

[15] Laki välimiesmenettelystä (VML) 5 §. Ks. myös HE 202/91 s. 12.

väitedoktriinin mukainen mahdollisuus.[16] Toisaalta tietynlaisissa riidoissa, kuten eräissä tekijänoikeusriidoissa, on mahdollistettu yleinen tuomioistuintie välimiesmenettelyn sijasta lähinnä ihmisoikeussyistä.[17]

Tällöin oikea tapa olisi ensin ratkaista sopimusriita välimiesoikeudessa, josta saataisiin tuomio siitä, onko sopimusvelvoitteita rikottu.[18] Riitatilanteessa on pystyttävä edellä todetun mukaisesti erittelemään riidan lähempi kohde, onko kyseessä puhdas sopimusloukkaus vai loukkaus luovutuksen kohteena olevaan immateriaalioikeuteen. Nämä loukkaukset voivat tietenkin esiintyä myös samanaikaisesti (kumulaatio).

Jos on kyse esimerkiksi patenttilisensseistä, tulisi selvittää onko kyseessä patenttilisenssin velvoitteisiin kohdistunut loukkaus vai luovutuksen kohteena olevaan keksintöön liittyvän patentin loukkaus. Ne voivat toteutua myös samanaikaisesti: esimerkiksi jos on ylitetty lisenssin asialliset ja määrälliset rajat ja jos lisäksi on tehty jotakin johdannaista tuotetta, jossa ao. oikeudella suojattu tuote voidaan identifioida aiemman oikeuden suojaamaksi (immateriaalioikeusloukkaus). Käytännössä loukkaajana tällaisissa tapauksissa tulisi kysymykseen lähinnä lisenssinsaaja.[19] Myös lisenssinantaja voi loukata tekemäänsä sopimusta ja kohdistaa toimenpiteensä myös luovuttamaansa immateriaalioikeuteen, jolloin kyseessä voi olla kumulatiivinen loukkaustilanne.

Siten patenttilisenssien osalta sekä sopimusloukkauksen että patentinloukkauksen samanaikainen toteutuminen on mahdollista. Eri asia sitten on, missä laajuudessa tai miltä osin patentinloukkaus voisi tulla lopullisesti välimiesmenettelyn kohteeksi. Kysymys ei ole helpoimpia vastata. Selvää lienee kuitenkin, että lisenssisopimusta koskevan tulkintariita voi tulla välimiesmenettelyssä ratkaistavaksi. Rajoituksia aiheutuu juuri julkisen vallan käytöstä ja tätä kautta luonteeltaan pakottavista järjestelyistä. Siten esimerkiksi teollisoikeuden myöntämisen pätevyyttä tai kumoamista koskevia riitoja *erga omnes* ei voida käsitellä välimiesoikeudessa vaan yleisessä tuomioistuimessa asianomaisten toimivaltasääntöjen mukaan. Samaa mieltä voidaan olla joskus loukkaamista koskevissa asioissa, jos ne liittyvät esikysymyksenä oikeuden pätevyyteen.[20] Kuitenkin voidaan ajatella sitäkin mahdollisuutta, että loukkauskysymys, jos kyse on samalla sekä sopimusloukkauksesta että luovutettuun oikeuteen kohdistuvasta loukkauksesta, voidaan ratkaista esikysymyksenä välimiesoikeudessa. Tämän jälkeen täytyy mennä yleiseen tuomioistuimeen oikeuden yleisen pätevyyden (*erga omnes*) ratkaisemiseksi. Välitys-

---

[16] KKO 2003:45: Vastaaja oli tehnyt väitteen välityslausekkeen perusteella asian käsittelyn siirtämiseksi välimiesmenettelyyn käyttäen asiassa ensimmäisen kerran puhevaltaa. Kannetta ei voitu tutkia yleisessä tuomioistuimessa.

[17] TekijäL 54 §:n välimiesmenettelytilanteet voidaan jakaa kolmeen ryhmään: pakolliseen, sopimuksenvaraiseen ja kieltäytymistilanteisiin. Viimeksi mainituista, joiden perimmäinen syy lakiin ottamisessa oli Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan 1 kappale, ovat säännökset TekijäL 54 §:n 4 momentissa. Haarmann, Pirkko-Liisa, Tekijänoikeus ja lähioikeudet. Helsinki 1999, s. 159.

[18] Domeij mts. 80–82, 202–203.

[19] Mahdotonta ei ole sekään, että lisenssinantaja loukkaa sopimusta ja/tai luovutettua oikeutta. Esimerkiksi työsuhteessa tehdyn tietokoneohjelman ohjelmoinut henkilö on voinut sekä käyttää (aikaansaamansa) koodia luvattomasti että samanaikaisesti mahdollisesti rikkoa sopimustaan työnantajansa kanssa. Ks. myös tapaus ”Huoneiston valokuvat” (Helsingin HO 25.11.1978/268), jossa on kumulatiivinen tilanne valokuvaajan kohdalla ja joka on aikaisemman lain ajalta.

[20] Möller (1997) s. 16.

tuomio lopputuloksena sitoo kuitenkin aina vain riidan ja välityssopimuksen osapuolia. Kirjallisuudessa esitettyjen kantojen perusteella on välimiesoikeudessa mahdollista tutkia kanne teollisoikeuden kuten patentin tai tavaramerkin pätevyydestä, jolloin tämän päätöksen vaikutus ulottuisi vain asianosaisina olleiden parttien väliseen suhteeseen, ei *erga omnes.*[21]

Immateriaalioikeuksia suojataan sekä rikosoikeudellisten että yksityisoikeudellisten seuraamusten avulla. Rangaistus kuuluu edellisiin, vahingonkorvaus jälkimmäisiin. Kielto ja sen tehostaminen uhkasakolla kuuluvat yleensä yleisen tuomioistuimen toimivaltaan, eli virallissanktiot jäävät kokonaan välimiesmenettelyn ulkopuolelle. Niihin kuuluvat myös ns. väliaikaisen suojan tietyt toimenpiteet, kuten takavarikko yleisen turvaamistoimisäännöksen mukaan (OK 7:3).[22]

Edellä sanotusta ilmenee, että välimiesmenettelykelpoisuuden kannalta ongelmia voivat tuottaa teollisoikeudelliset loukkaus- ja mitättömyyskanteet, koska näihin voi liittyä ns. julkisen vallan käyttöä kuten rangaistuksen määräämistä tai rekisteröinnin kumoamista. Siksi välityslausekkeita laadittaessa tulisi ottaa näihin liittyvät rajoitukset huomioon. Tosin käytännössä välityslausekkeita tuskin laaditaan kuitenkaan kovin yksityiskohtaisesti ottaen huomioon yksityiskohtaisesti riitaisuuksien erilainen luonne. Kuitenkin laatijoiden olisi syytä tiedostaa esimerkiksi patenttilisenssiin liittyvät hyvin vaihtelevat suojan toteuttamisen vaihtoehdot.

## Vaihtoehdot: institutionalisoidut tiet ja ad hoc -keinot, väliaikaisen suojan toimenpiteet

Myös immateriaalioikeusasioissa voidaan erottaa kahdenlaista välimiesmenettelyä: erilaisten organisaatioiden taholta järjestettyä ns. institutionaalista (kansainvälinen kauppakamari, WIPO jne.) sekä tapauskohtaista ad hoc -menettelyä. Kumpi tie valitaan riippuu asiasta, kustannuksista, menettelyn paikasta, prosessisäännöistä ja sovellettavasta materiaalisesta laista. Domain-tunnuksia koskevissa riitaisuuksissa WIPOn menettely on osoittautunut varsin käytetyksi maailmanlaajuiseksi keinoksi, ilmeisesti kustannustensa, nopeutensa ja asiallisten standardiensa takia. Nämä eivät ole kuitenkaan tyypillisesti lisenssisopimusriitoja, sillä domain-tunnusten kaappaajiksi väitetyillä tahoilla tuskin on monestikaan sopimussuhdetta erittäin tunnettujen merkkien haltijoihin.

Eteneminen tapahtunee nykyisessä lisenssikäytännössä tietynlaista rakennekaavaa käyttäen. Silloin, kun lisenssisopimuksen toteuttamisessa ilmaantuu häiriötilanne jommankumman

---

[21] Ks. Karnellin perusteellinen esitys, jossa hän oikeutetusti mm. seuraavan: ”– – Det förtjänar – understrykas att *ogiltigförklaring* av patent så att därigenom forlorar sin giltighet *erga omnes* är en sak, medan fastställande med verkan endast parter emellan eller prejudiciellt konstaterande av ogiltighet i relationen parter emellan och då inte minst I intrångsprocess framstår som en annan. Att handläggning vid svensk domstol – – skall leda till en ogilgförklaring – –. Giltighetsfrågan är *res iudicata* och kan sedan inte avgöras av skiljemän.” Karnell em. art. s. 293–294.

[22] Lähemmin Norrgård, Marcus, Interemistiska förbud i immaterialrätten. Helsingfors 2002.

osapuolen suorituksissa, voi toinen esittää ensin neuvotteluja asiantilan korjaamiseksi. Toinen vaihe on ulkopuoliseen riidan ratkaisuelimeen turvautuminen. Jos ne eivät johda tulokseen, voi asia edetä kysymyksen selvittämiseksi ratkaisemalla erimielisyys jossakin ulkopuolisessa elimessä, jolla on toimivalta ratkaista riita. Tosin välin voi myös mahtua erityinen ulkopuolisen avustuksella toimeenpantu välitysmenettely, jonka tarkoituksena niin ikään olisi aikaansaada sovinto asianosaisten välillä.

Immateriaalioikeuden loukkaustilanteissa on tarve väliaikaista suojaa merkitseviin toimenpiteisiin usein olennaisesti esillä. Turvaamistoimipyyntöä ei voi kohdistaa kuin yleiseen tuomioistuimeen. Onhan kieltopäätös turvaamistoimiasiassa luonteeltaan julkisen vallan käyttöä. Vaikka riita olisikin välimiesmenettelyyn kuuluva, niin yleinen tuomioistuin voi antaa myös asian ollessa välimiesten käsiteltävänä tai sitä ennen antaa sellaisia väliaikaisia määräyksiä ja kieltoja, joiden antaminen lain mukaan kuuluu viranomaisen toimivaltaan.

## Välityslausekkeen sisällöstä

Välityslauseke voidaan laatia monella tavalla. Tulkintaepäselvyyksien välttämiseksi pyritään varsinkin luonteeltaan kansainvälisissä sopimuksissa viittaus välimiesmenettelyyn laatimaan niin että välimiesmenettelyyn menisivät kaikki sellaiset riidat, joilla on jonkinlainen – vaikka väljäkin – kytkentä lisenssisopimukseen. Välityslausekkeeseen liittyen tavallisesti pyritään antamaan myös määräyksiä välimiesmenettelyn paikasta ja materiaaliseen riitaan sovellettavasta laista.

Keskuskauppakamarin välityslautakunnan sääntöjen mukaan on annettu joitakin malleja. Yksi kuuluu seuraavasti:

> ”Tästä sopimuksesta aiheutuvat riidat ratkaistaan lopullisesti välimiesmenettelyssä Keskuskauppakamarin välityslautakunnan sääntöjen mukaisesti.”
>
> ”Any dispute, controversy or claim arising out of or relating to this contract, or the breach, termination or invalidity thereof, shall be finally settled by arbitration in accordance with the Arbitration Rules of the Finnish Central Chamber of Commerce.”

Joissakin ulkomaisissa malleissa näkyy usein hieman nyansoidumpi suhtautuminen erityisesti immateriaalioikeuksien suojakysymysten erilaisten elementtien käsittelyyn riitojen ratkaisujen kohteina. Yleensähän riitojen ratkaisulauseke sijoitetaan lähelle tai suorastaan kiinteään yhteyteen sovellettavaa lakia koskevan lausekkeen kanssa. Tällainen lauseke tietyn valtion lain soveltamisesta on katsottu vanhastaan päteväksi (ks. VML 31 §:n 2 momentti).[23] Esimerkkinä voidaan mainita seuraava:

[23] Möller (1997) s. 72. Jos osapuolet eivät ole sopineet mitään määrättyä lakia sovellettavaksi, sovelletaan yleisiä lainvalintasääntöjä ’oikean’ valtion (=lähimmän liittymän valtion) sovellettavan lain löytämiseksi. Tämä kysymys voidaan joutua ratkaisemaan myös muunkin kuin esimerkiksi Suomen lain mukaan. Ks. HE 202/91 vp. s. 22.

”– – (2) Any dispute, controversy or claim arising under, out of or relating to this Agreement (including its formation, validity, binding effect, interpretation, performance, breach or termination as well as non-contractual claims) shall be submitted to mediation in accordance with the WIPO Mediation Rules. The place of arbitration shall be – –. The language to be used in the arbitral proceedings shall be English. – – ”[24]

– – (3) If, and to the extent that, any such dispute, controversy or claim has not been settled pursuant to the mediation within three months of the commencement of the mediation, it shall, upon the filing or a request for arbitration by either party, be referred to and finally determined by arbitration in accordance with the WIPO Arbitration Rules. The arbitral tribunal shall consist of three arbitrators. The place of the arbitration shall be – –. The language to be used in the arbitral proceedings shall be English.”

Siteeratussa kohdassa on ensisijaisena keinona käytetty välitysmenettelyä (mediation) riitojen ensisijaisena keinona, minkä jälkeen vasta siirrytään välimiesmenettelyn (arbitration) käyttämiseen.

Välityslausekkeessa (3) voi olla määräyksiä paitsi paikasta myös käytettävästä kielestä, minkä lisäksi menettelyn alaisuuteen on kytketty sopimukseen liitännäiset ei-sopimuspohjaiset vaatimukset. Tulkintatilanteissa jälkimmäisten mainitsemisella voi olla tärkeäkin merkitys. Kyse on institutionaalisen kansainvälisen välimiesmenettelyn, maailman henkisen omaisuuden järjestön eli WIPOn, menettelyn käyttämisestä. WIPOn menettelystä on tullut yhä käytetympi immateriaalioikeusriidoissa, vaikka todennäköisesti ei kuitenkaan sellaista menestystarinaa, jota 1990-luvulla suunniteltiin ja toivottiin. [25] Erityisenä järjestelynä on WIPOn piirissä UDRP-menettely (Uniform Dispute Resolution Policy), jossa ratkaistaan domain-tunnusten ja tavaramerkkien kesken esiintyviä konflikteja.[26] Tämä menettely on muodostunut suosituksi riitojen ratkaisutieksi. Esimerkkinä mainittakoon tapaus NOKIA v. Nokiagirls.com a.k.a. IBCC (Nr. D2000-1197).[27]

## Välityslausekkeen kohtuullistamisesta

Lisenssisopimukseen sisältyvää välityslauseketta koskevat yleiset sopimusoikeuden säännöt ja periaatteet. Tästä seuraa mm. se, että myös varsinaista välityslauseketta voidaan ns. kohtuullistaa jälkikäteen.

---

[24] Pfaff, Dieter, Lizenzverträge. Formularkommentar. München 1999, s. 381 tavaramerkkilisenssin osalta.

[25] Ks. www.arbiter.wipo.int/domains , mitä kautta saa tietoja domain tunnusten sekoitettavuustapausten arvioinnista tämän välimiesmenettelyn kautta. Tämä koskee mm. ns. top level domain -tunnuksia (gTLDs ja niistä mm. compäätteisiä).

[26] Ks. Sund-Norrgård, Petra, Domännamnstvister och ond tro. En rättslig analys av UDRP, särskilt med tanke på begreppet ond tro I artikel 4.A.III. Helsingfors 2002 ja S:a, Ond tro och UDRP-förfarandet. NIR 2002 s. 509–522 sekä Pakarinen, Mia, Tavaramerkin oikeudellinen suoja-ala ja käyttö verkkotunnuksessa. Lisensiaatintyö. Helsingin yliopisto 2004.

[27] Sund-Norrgård emt. ks. tapausluettelo s. 103–119.

Esimerkiksi tietyissä olosuhteissa välimiesmenettelyyn meneminen voi aiheuttaa tuntuvia kustannuksia osapuolelle jopa siinä määrin, että välimiesmenettelyyn velvoittavaa lauseketta voidaan pitää ns. kohtuuttomana esimerkiksi ns. pienyrittäjän kannalta. Tällöin lauseke voidaan kokonaan syrjäyttää eli jättää huomioon ottamatta OikTL 36 §:n sovittelusäännöksen nojalla.

Kustannuksethan koostuvat välimiesten palkkioista ja muista menettelystä aiheutuneista kustannuksista, jotka voivat olla osapuolten taloudelliseen asemaan ja myös riidan intressiin nähden korkeat.

Tapauksessa KKO 2003:60 kantaja vaati sijoituspalvelusopimukseen sisältyvää välityslausekkeen huomiotta jättämistä, koska hänellä ei ollut suhteessa sijoitusyhtiöön taloudellisia mahdollisuuksia saada asiaansa välimiesmenettelyssä tutkittavaksi. KKO katsoi henkilön erityisiin olosuhteisiin viitaten (ei varoja eikä ansiotuloja), ettei hän olisi pystynyt suoriutumaan sen paremmin ennakoista kuin vakuuksista. Tämän vuoksi korkein oikeus jätti välityslausekkeen huomioon ottamatta. Aikaisemmin esiintyneessä tapauksessa KKO 1996:27 taas katsottiin, että välityslausekkeen soveltamatta jättämiselle ei ollut perusteita. Jälkimmäisessä tapauksessa taas katsottiin, että franchising-pohjaisen kioskitoiminnan harjoittaminen tässä yksittäistapauksessa johtanut välityslausekkeen syrjäyttämiseen. Osapuolten yhteistoimintasopimus oli luonteeltaan kaupallinen sopimus, jossa välityslauseketta ei pidetty epätavallisena tai yllätyksellisenä ehtona. Hän oli voinut tutustua ehtoihin viikon ajan ennen sopimuksen allekirjoitusta ja hänellä oli ollut oikeudellista asiantuntemusta käytettävissään. KKO:n perustelujen valossa lauseketta olisi voitu kenties arvioida toisin, jos heikommassa asemassa oleva osapuoli olisi verrattavissa kuluttajaan tai työntekijään. Lisäksi lauseketta olisi voitu pitää kohtuuttomana muun muassa silloin, kun riitakysymys on selvä ja yksinkertainen ja taloudellinen arvo vähäinen, jolloin myös osapuolen kustannukset sopimussuhde kokonaisuudessaan huomioon ottaen olisivat kohtuuttomat.

Osapuoli, jolle välitystuomion sisältö ei ole ollut edullinen, voi ryhtyä kokeilemaan sovittelusäännöksen sisältöä. Tapauksessa, joka kuuluu asiallisen toimivallan raja-alueelle, hän voi ryhtyä lisäksi testaamaan valmiin välitystuomion sisältöä pyrkimällä vetoamaan välitystuomion mitättömyyteen eli esimerkiksi siihen, että välimiehet ovat ratkaisseet sellaisen kysymyksen, jota Suomen lain mukaan ei voida ratkaista välimiesmenettelyssä taikka siltä osin kuin välitystuomion on katsottava olevan ristiriidassa Suomen oikeusjärjestyksen perusteiden kanssa (VML 40 §:n 1 ja 2 kohdat).

Immateriaalioikeudelliset lisenssisopimukset ovat yleensä liikesopimuksia, eli kahden elinkeinonharjoittajan kesken laadittuja ja voimassa olevia sopimuksia. Tällaisten sopimusten kohdalla välityssopimuksen kohtuullistaminen lienee kuitenkin harvinaista ja vain ääritapauksissa esiin tuleva ilmiö. Silti kohtuullisuusperiaatetta voidaan pitää näissäkin tapauksissa kaiken läpi kulkevana normina, mistä seuraa, että minkään sopimuslausekkeen pysyvyys ei ole varmaa. Se on aina konkreettisista olosuhteista ja niiden kehityksestä riippuvainen.[28]

[28] Ks. lähemmin esim. Möller (1997) s. 34–36; Wilhelmsson, Thomas, Vakiosopimus. Tampere 1995, s. 148–149.

## Immateriaalioikeuden erityisalueista ja tarpeista välimiesmenettelyyn

Tässä yhteydessä ei ole ollut mahdollisuuksia paneutua eri immateriaalioikeuden osa-alueiden mahdollisiin erityispiirteisiin, jotka liittyvät lisenssisopimusten välityslausekkeisiin ja niihin liittyen oikeussuojan saamiseen välimiesmenettelyssä. Tekijänoikeuksien kohdalla suojan tarpeet ovat monesti toisenlaisia ja perustuvat eri näkökohtiin kuin teollisoikeuksien puolella.

Sanotusta huolimatta joitakin hyvin pääpiirteittäisiä havaintoja voidaan esittää. Paljon vakioehtoja sisältävillä liiketoiminnan alueilla sovelletaan luonnollisesti niitä sopimusoikeuden yleisiä tulkintaperiaatteita, jotka koskevat vakioehtoja.

Esimerkiksi liiketoimintamalleja toisen käyttöön myöntävissä ns. franchising-sopimuksissa lienevät välityslausekkeet yleisiä. Lisenssinantaja eli myyjä lienee vakioehtoineen näissä tilanteissa avainasemassa sopimusehtojen laatimisessa. Lisenssinsaajalla ei liene käytännössä juurikaan mahdollisuuksia vaikuttaa lisenssin sisältöön lähemmin.[29] Tässäkin yhteydessä on todettava, että patentti- ja tavaramerkkilisenssien osalta mitättömyysasiat ja virallissanktiot muodostavat esteitä välimiesmenettelykelpoisuudelle.

Tekijänoikeuslisensseihin liittyy välimiesmenettelyä koskevia erityispiirteitä. Useimmat tekijänoikeuden alaan kuuluvat kysymykset ovat sellaisia, joista voidaan sopia (lukuun ottamatta TekijäL 3 §:n mukaisia moraalisia oikeuksia).

Välimiesmenettelyn osalta voidaan erottaa kolme erilaista asiaryhmää, joiden kohdalla on periaatteessa toisistaan poikkeava menettely (TekijäL 54 §). Osa näistä ryhmistä liittyy pakkolisenssitilanteisiin ja niissä suoritettaviin korvauksiin, osa taas ns. sopimuslisenssiin ja näitä koskeviin kysymyksiin. Varsinainen yksilöllinen tekijänoikeuslisenssi voi luonnollisesti sisältää oman välityslausekkeensa. Tämä on tyypiltään kokonaan sopimuksenvarainen välimiesmenettely.

Patenttiasioissa välityslausekkeissa tuskin sovitaan erikseen loukkaus- ja mitättömyysasioiden poissulkemisesta. Eli vaikka patenttilisenssien välityslausekkeilta voitaisiin toivoa mahdollisimman suurta yksityiskohtaisuutta dispositiivisten riita-asioiden täsmentämiseksi, tämä ei kuitenkaan ole helppoa etukäteen, eikä aina ilmeisesti tarpeen sanelemaa lauseketta laadittaessa. Sen sijaan dispositiivisuuden rajoja patenttiasioissa on aiheellista pohtia välityslauseketta laadittaessa. Välityslausekkeen sisältö on joka tapauksessa selvitettävä sopimukseen liittyvän erimielisyyden ilmaannuttua, mikä puoltaa siis dispositiivisuuden rajojen tiedostamista aina kaikissa tilanteissa.

Kukaan ei kuitenkaan kiistäne siitä, että monilla immateriaalioikeuden osa-aluilla, joissa lisenssit ovat käytössä, tarve välimiesmenettelyyn on hyväksytty tosiasia. Tosin etu- ja haittavertailu täytyy toteuttaa jokaisessa yksittäistapauksessa erikseen. Kyse ei ole mustavalkoisesta kysymyksestä, johon voidaan vastata ehdottomasti joko kyllä tai ei. Välimiesmenettelyllä on etunsa, mutta myös haittansa. Jälkimmäisissä kustannukset tuodaan toistuvasti esiin.

[29] Ks. lähemmin esim. Wilhelmsson emt. s. 130 ja mainitut lähteet.

Varsinainen välimiesoikeus ei voi antaa väliaikaisen suojan alaan kuuluvia toimenpiteitä, mikä kompensoituu osittain sillä, että yleinen tuomioistuin voi näin tehdä samalla, kun riita on välimiesoikeudessa vireillä. Loukkaus- ja pätemättömyyskysymystä ei yleensä voida kumuloida puhtaaseen sopimusvastuukysymykseen, jota käsitellään välimiesoikeudessa (kaikkia sitovin vaikutuksin). Kuitenkin edut painavat sen verran, että patenttilisenssienkin kohdalla arvostetaan nopeata, 'salaista' ja asiantuntevaa ratkaisutietä varsinkin kansainvälisissä sopimussuhteissa.

Teollisoikeuksien kansainvälinen järjestö AIPPI on eksekutiivikomiteansa *Tokion* kokouksen (5.–11.4.2002) päätöslauselmassa vuodelta *1992* koskien välimiesmenettelykelpoisuutta yksityisten välisissä immateriaalioikeudellisissa riidoissa tähdentänyt seuraavia (Q106) tekijöitä:

– välimiehet voidaan valita juuri esillä olevaan asiaan soveltuvien erityistaitojen ja -tietämyksen perusteella,
– luottamuksellisuus ja sen säilyttäminen,
– välimiesmenettely mahdollistaa käsittelyn puolueettomassa paikassa puolueettoman välimiehen toimesta,
– välimiesistuntojen epämuodollisuus, joustavuus ja luottamuksellisuus suosivat myös sovinnollisen ratkaisun hakemista ja aikaansaamista osapuolten välillä, ratkaisun, joka perustuu ns. terveeseen järkeen ja molemminpuolisiin kaupallisiin intresseihin,
– välimiesmenettelyä voidaan käyttää määrittämään suuntaviivoja saman asian ratkaisemiseksi eri maissa, esimerkiksi saman patentin loukkaukset eri maissa; tämä voi edistää osapuolten samanaikaista kaikkien kiistakysymysten ratkaisemista.

Erityisesti AIPPIn päätöslauselmassa korostetaan sitä, että välimiehillä tulisi olla toimivalta riippuen mahdollisista sopimusmääräyksistä (*inter alia, subject to contrary agreement*)

a) päättää immateriaalioikeuksien suojan täytäntöönpanokelpoisuudesta (*enforceability*) ja loukkaamisesta,
b) päättää vahingonkorvauksista, liikevaihdon sekä voittojen määristä,
c) päättää kielloista (mukaan lukien väliaikaiset kiellot) mutta ei kuitenkaan oikeutta päättää määräyksistä, joiden tarkoittamat toimenpiteet voidaan suorittaa osapuolta kuulematta (*but excluding ex parte orders*),
d) päättää loukkaavien tavaroiden levittämisen estämisestä tai hävittämisestä,
e) toimia välittäjinä jotta saataisiin aikaan sopimus osapuolten välillä.

Tämän Tokion kokouksen päätöslauselman jälkeen on kysymykseen palattu kerran *Kööpenhaminan* kokouksessa *1994,* jolloin pantiin merkille WIPOn arbitraatiokeskuksen menestys ja toimenpiteet immateriaalioikeusriitojen ratkaisemisen edistämisessä. Samalla päätettiin pitää asia esillä sekä ryhtyä toimenpiteisiin vertailevan tutkimuksen tekemiseksi välimiesmenettelyn käytettävyydestä immateriaalioikeusriitaisuuksissa.

Ajateltaessa Suomen lakia ja sellaisia lisenssisopimuksia, joita voidaan arvioida Suomen lain mukaan, voidaan todeta, että välimiesmenettely on hyvin kilpailukykyinen ja kannatettava vaihtoehto. Erityisenä syynä on se, että normaali oikeudenkäyntitie on kallistunut monista syistä. Jutut käsitellään ikään kuin kahteen kertaan valmistelussa ja pääkäsittelyssä. Välimies-

menettelyn kuluessa ja tämän estämättä voidaan väliaikaista suojaa hakea ja saada kuitenkin yleisestä tuomioistuimesta. Välimiesmenettely on käytettävissä myös yksinoikeuslakien ulkopuolisissa luonteeltaan aineetonta omaisuutta koskevissa asioissa, kuten liikesalaisuus-asioissa (esimerkiksi ns. know how -lisenssit, joissa on sekä yksinoikeuksilla suojattua että niiden ulkopuolelle jäävää teknologiaa). Tosin markkinaoikeudella on yksinomainen toimivalta käsitellä tietyt liikesalaisuussuojan sanktioita koskevat seikat, kuten kiellot ja uhkasakot. Välimiesmenettely puolestaan on käyttökelpoinen asiantuntemuksensa takia esim. vahingonkorvauksen ja lisenssikorvauksen kohdalla.

Edellä ei ole voitu paneutua immateriaalioikeuksien välimiesmenettelyn kysymyksiin kovin yksityiskohtaisesti, vaan on tyydytty valottamaan ongelmia ennakoivaa näkökulmaa varten.

Tältäkin kannalta voitaisiin puuttua vielä moniin muihinkin kysymyksiin kuten välitystuomion täytäntöönpanokelpoisuutta koskeviin kysymyksiin. Asioiden käsittelyä välimiesmenettelyssä helpottaa ja puoltaa välitystuomioiden laaja täytäntöönpanokelpoisuus. Rajoituksia voi johtua siitä, että riita ei ole alun perin ollutkaan luonteeltaan sellainen, että se olisi voitu alistaa välimiesmenettelyyn (esim. ei-dispositiivinen). Tällöin täytäntöönpanomaan viranomainen voi kieltäytyä välitystuomion täytäntöönpanemisesta. Kuitenkin yleinen pyrkimys kaikkialla on kohti yhä vapaamielisempää toimivaltaa välimiesmenettelyn hyväksi.[30] Tämä trendi voi lisätä välimiesmenettelyn käyttökelpoisuutta myös immateriaalioikeuksiin liittyviä lisenssisopimusriitoja ratkottaessa.

[30] Puhakka em. art. s. 1056.

Jukka Peltonen

# Pakottavista oikeusohjeista välimiesmenettelyssä

Aiheenani on pakottavien oikeusohjeiden merkitys välimiesmenettelyssä pyrkimyksin huomioida sekä aineellisoikeudelliset että menettelyä koskevat säännökset. Rajoitan tarkasteluni koskemaan vain välimiesmenettelylain mukaista sopimukseen perustuvaa välimiesmenettelyä. Siten sivuutan tässä muun muassa legaaliset, institutionaaliset ja kansainväliset välimiesmenettelyt.

## Johdannoksi

Oikeuskirjallisuudessa välimiesmenettelyn on katsottu olevan ns. yksityistä lainkäyttöä ja kuuluvan siviiliprosessiin sen laajassa merkityksessä. Se on myös sijoitettu valtion tuomioistuinten ulkopuolisena konfliktinratkaisukeinona vaihtoehtoisten riidanratkaisumenettelyjen piiriin.[1]

Välimiesmenettelyn perustana on sopimusvapauden periaate. Kun henkilöillä on lain mukaisen tahdonautonomiansa puitteissa oikeus tehdä yksityisoikeudellisista oikeuksistaan ja velvollisuuksistaan sitovia sopimuksia, on heillä myös oikeus sopia välistensä yksityisoikeudellisten riitojen ratkaisemisesta parhaaksi katsomallaan tavalla sekä siitä, millaisessa menettelyssä ja keiden toimesta heidän riitansa ratkaistaan.

Välimiesmenettelyn tarkoituksena on asianosaisia sitovan ja täytäntöönpanokelpoisen ratkaisun saaminen heidän väliseensä riitakysymykseen. Näiden tarkoitusperien toteutuminen edellyttää, että valtio lainsäädäntöelintensä toimesta säätää tarpeelliset lait, jotka mahdollistavat näiden tarkoitusperien toteutumisen sekä sopeuttavat tämän yksityisen lainkäyttömenettelyn valtion tuomioistuinten ja viranomaisten toimesta tapahtuviin menettelyihin sekä niille kuuluvan julkisen vallan käyttämisen ja asianmukaisten oikeusturvavaatimusten täyttymisen varmistamisen puitteisiin. Suomessa välimiesmenettelyä koskevat säännökset sisältyvät välimiesmenettelystä annettuun lakiin (967/1992) ja ulosottolain 3 luvun 16 §:ään. Tämän lisäksi

[1] Teoksessa Lappalainen, Juha – Frände, Dan – Koulu, Risto – Niemi-Kiesiläinen, Johanna – Rautio, Jaakko – Sihto, Juha – Virolainen, Jyrki, Prosessioikeus, Helsinki 2003, Virolainen s. 54 sekä Lappalainen, Koulu ja Rautio s. 1030. Ks. myös Virolainen, Jyrki, Lainkäyttö. Oikeudenkäynnin perusteet ja lainkäyttöelimet siviili- ja rikosprosessissa, Helsinki 1995 s. 76–79; Lappalainen, Juha, Siviiliprosessioikeus I, Helsinki 1995 s. 21–22; ja Jokela, Antti, Tuomioistuimet ja välimiesmenettely, LM 1980 s. 510–524.

eräissä erityislaeissa on muun muassa välimiesmenettelyn käyttöalaa supistavia[2] ja laajentavia[3] säännöksiä.

Välimiesmenettelyn perustuminen sopimusvapauden periaatteeseen merkitsee, että sen kohteena voivat olla vain yksityisoikeudelliset riitakysymykset, joista asianosaiset voivat tehdä sovinnon (VML 2 §), että menettely perustuu osapuolten tekemään sopimukseen (VML 3 ja 4 §) sekä että osapuolet määräävät välimiesten lukumäärästä ja valitsemisesta (VML 7–20 §) ja ensisijaisesti myös asian käsittelyssä noudatettavasta menettelystä (VML 21–30 §). Asianosaisten tekemä välityssopimus muodostaa perustan ja kehykset välimiesten riidan ratkaisemista koskevalle toimivallalle (VML 41.1 §:n 1 kohta).

Välimiesmenettelylain mukaisessa välimiesmenettelyssä välimiehet ratkaisevat ratkaistavaksi saatetun riitakysymyksen lopullisesti (VML 2 §) ilman asianosaisten oikeutta hakea välitystuomioon muutosta yleisessä tuomioistuimessa.[4] Yleisillä tuomioistuimilla on välimiesmenettelyä ja siinä annettua välitystuomiota koskeva toimivalta vain siltä osin kuin laki nimenomaan antaa siihen toimivaltaperusteen.

Yleisen edun[5] menettelylle asettamat edellytykset on huomioitu säätämällä välimiesmenettelyn kohde koskemaan vain asianosaisten sopimusvapauden piiriin kuuluvia yksityisoikeudellisia riitakysymyksiä sekä sisällyttämällä lakiin riidan osapuolina olevien oikeusturvan toteutumisen takaavat menettelyä ja välitystuomiota (VML 31–39 §) sekä sen mitättömyyttä (VML 40 §) ja kumoamista (VML 41 §) koskevat säännökset.

Välitystuomion mitättömyys voi perustua yleisen edun tai asianosaisten oikeusturvan kannalta erittäin tärkeisiin syihin. Mitättömyysperusteet voivat koskea sekä aineellisoikeudellisen ratkaisun että menettelyn raskaita virheellisyyksiä, jotka on tyhjentävästi lueteltu VML 40 §:ssä. Mitättömyys on luonteeltaan suoraan lakiin *ipso jure* perustuvaa alkuperäistä mitättömyyttä *ex tunc* -vaikutuksin.[6] Mitättömyyttä ei tarvitse, mutta se voidaan ja on yleensä myös aiheellista vahvistuttaa yleisessä tuomioistuimessa toista asianosaista vastaan ajettavalla kanteella, jonka nostamista ei ole sidottu määräaikaan. Menettelyltä edellytettävät asianosaisten oikeusturvan takeet on pyritty tyhjentävästi huomioimaan välimiesmenettelylain menettelyä koskevissa säännöksissä. VML 41 §:ssä tyhjentävästi luetellut välitystuomion kumoamisperus-

---

[2] Kuluttajansuojalain (38/1978) 12 luvun 1 d § (1162/1997 ja 16/1994), asuntokauppalain (843/1994) 7 luvun 3 §, takauksesta ja vierasvelkapanttauksesta annetun lain (361/1999) 37 § ja ilmakuljetussopimuslain (45/1977) 39 §.

[3] Ks. esimerkiksi osakeyhtiölain (734/1978) 16 luvun 5 § (145/1997), osuuskuntalain (1488/2001) 23 luvun 4 § ja tekijänoikeuslain (404/1961) 54 § (446/1995) ja tekijänoikeusasetus (574/1995) 14–17 §. Ks. myös kuntalain (365/1995) 87 §. Sen mukaan kunnat voivat sopia välistään yhteistoimintasopimusta koskevan julkisoikeudellisen riitakysymyksen ratkaisemisesta välimiesmenettelyssä, vaikka se muutoin ratkaistaisiin hallintoriita-asiana hallintolainkäyttömenettelyssä. Ks. Hannus, Aarno – Hallberg, Pekka, Kuntalaki 2000 s. 559–560 ja Harjula, Heikki – Prättälä, Kari, Kuntalaki. Tausta ja tulkinnat, Helsinki 2004 s. 605–606.

[4] Välitystuomio saa oikeusvoiman eikä sitä voida poistaa tai purkaa OK 31 luvun ylimääräistä muutoksenhakua koskevien säännösten nojalla. Ks. Möller, Gustaf, Välimiesmenettelyn perusteet, Helsinki 1999 s. 77–78 sekä Lappalainen, Juha, Siviiliprosessioikeus II, Helsinki 2001 s. 415–416 ja KKO 1964 II 78.

[5] Kolmansien henkilöiden etu tulee välitystuomion oikeusvaikutusten osalta lähtökohtaisesti turvatuksi jo sillä, että välitystuomion oikeusvoima ulottuu vain riidan asianosaisiin *inter partes* eikä milloinkaan *inter omnes*.

[6] Mitätön välitystuomio ei liioin saa oikeusvoimaa eikä sitä voida panna täytäntöön. Ks. Lappalainen, Siviiliprosessi II s. 418–419.

teet, jotka antavat asianosaiselle oikeuden vaatia välitystuomion kumoamista 3 kuukauden määräajassa yleisessä tuomioistuimessa toista asianosaista vastaan nostamallaan kanteella, koskevat vain menettelysäännösten rikkomuksia, jotka ovat luonteeltaan vähäisempiä kuin lain 40 §:n mitättömyysperusteiden puitteisiin mahtuvat menettelyrikkomukset. Asianosaisilla ei ole oikeutta vaatia välitystuomion kumoamista aineellisoikeudellisen ratkaisun virheellisyyden perusteella, jota voi koskea vain jokin VML 40 §:n mitättömyysperuste.

Siinä yhteiskuntakehityksen vaiheessa, jossa nykyinen välimiesmenettelylaki säädettiin, oltiin vasta siirtymässä säännöstelytaloudesta vapaaseen markkinatalouteen ja kilpailuun. Meneillään oli silloin nopea ja voimakas lainsäädännön muutostyö, joka on jatkunut tähän asti ja jatkuu edelleenkin. Muutosten trendeinä ovat muun muassa heikompaa osapuolta koskevien suojasäännösten lisääntyminen yksityisoikeudellisissa oikeussuhteissa sekä sellaisia julkisoikeudellisia velvollisuuksia koskevien säännösten voimakas lisääntyminen, jotka ulottavat vaikutuksensa yksityisoikeudellisiin oikeussuhteisiin. Lisäksi Suomen liittyminen Euroopan unioniin on merkinnyt Euroopan yhteisön lukuisien julkisoikeudellisten säännösten ulottumista suomalaisiin elinkeinonharjoittajiin. Myös näillä etenkin kilpailuoikeudellisilla säännöksillä on laaja yksityisoikeudellisiin oikeussuhteisiin ulottuva vaikutus. Joudumme toteamaan yksityisoikeuden julkisoikeudellistumisen sekä kiinnittämään yksityis- ja julkisoikeuden rajapintaan erityistä huomiota.

*Yksityisen suojaamiseksi* annetut säädökset rajoittavat merkittävästi kuluttajan ja elinkeinonharjoittajan välistä sopimusvapautta ja ovat siinä suhteessa pakottavia. Niiden merkitys välimiesmenettelyyn on ilmennyt muun muassa välimiesmenettelyn käyttöalaa koskevina rajoituksina.[7] Näiden suojasäännösten antamasta suojasta kuluttaja ei voi etukäteen tehokkaasti luopua niiden piiriin kuuluvaa sopimusta tehdessään.

*Yleisen edun* nimissä annetut säädökset ovat luonteeltaan julkisoikeudellisia ja sen myötä pakottavia. Merkittävä osa niistä sisältää elinkeinonharjoittajien toiminta- ja sopimusvapautta rajoittavia julkis- ja yksityisoikeudellisin seuraamuksin sanktioituja kieltoja, käskyjä ja velvollisuuksia. Tällaisia säädöksiä on toki ollut aikaisemminkin[8], mutta vasta 1990-luvulla niiden merkitys on lisääntynyt ja kasvanut uusiin mittoihin. Keskeinen ja tässä parhaiten esimerkiksi sopiva on kilpailuoikeus, jonka osalta Suomessa joudutaan soveltamaan kilpailunrajoituslain (480/1992) lisäksi kauppakriteerin täyttyessä välittömästi myös Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklan säännöksiä.[9]

---

[7] Kuluttaja- ja liikesopimusten erosta ks. Hemmo, Mika, Sopimusoikeus I, 2. painos, Helsinki 2003 s. 31–33. Kuluttajansuojan sisällöstä ks. Ämmälä, Tuula, Uudistunut kuluttajansuoja, Jyväskylä 1996. Kuluttajasuojalain 12:1d:n ja asuntokauppalain 7:3:n mukaan ennen riidan syntymistä kuluttajan kanssa tehtyyn sopimukseen sisällytetty välityslauseke ei sido kuluttajaa.

[8] Esimerkkinä pitkään voimassa olleet määräaikaiset lait indeksiehdon käytön rajoittamisesta ja niistä viimeisin laki 1195/2000, jonka voimassaoloaika on pidennetty (1037/2003) 31.12.2006 asti. Lain 1 §:ssä kielletään eräin nimenomaisin poikkeuksin indeksiehdon käyttäminen ja 5 §:ssä määrätään, että kiellon vastainen ehto on mitätön. Ks. myös aravarajoituslain (1190/1993) 9 (ylihinnan menetys) ja 14 § (luovutuksen mitättömyys) sekä muiden ja aikaisempien asuntotuotantolakien samankaltaiset säännökset.

[9] 1.5.2004 voimaan tullut kilpailunrajoituslain muutos (318/2004) perustui osin EY:n kilpailusääntöjä muuttaneeseen EY:n asetukseen N:o 1/2003. Muutoksen jälkeen kilpailunrajoituslain säännökset vastaavat EY:n perustamis-

Kilpailunrajoituslain voimaantulo 1.9.1992 merkitsi samalla lain kieltojen noudattamista koskevan julkisoikeudellisen velvollisuuden ja kilpailuviraston valvonnan ulottumista koskemaan erittäin laajasti elinkeinonharjoittajien välisiä oikeussuhteita. Elinkeinonharjoittajien toiminta- ja sopimusvapauden rajoitusten kannalta on oleellista, että lain kieltoja rikkova menettely on sanktioitu sekä julkisoikeudellisin (kilpailunrikkomusmaksu KRL 7 §, viranomaisen kiellot ja määräykset ja niille asetetut uhat) että yksityisoikeudellisin (kiellon vastaisen oikeustoimen tai sen ehdon mitättömyys KRL 18 § ja niiden rikkomisesta johtuva vahingonkorvausvelvollisuus KRL 18 a §) seuraamuksin.[10] Lakiin lisättiin vuonna 1998 yrityskauppavalvontaa koskeva 3a luku (303/1998), jonka säännökset rajoittavat yrityskauppojen tekemistä ja täytäntöönpanoa (ilmoitusvelvollisuus KRL 11c §, viranomaisen hyväksyminen KRL 11e §, täytäntöönpanokielto ennen hyväksymistä KRL 11f §). Säännösten rikkominen voi myös johtaa sekä julkisoikeudellisiin (seuraamusmaksu KRL 11g §, kiellot ja määräykset KRL 11d §) että yksityisoikeudellisiin (sopimuksen toteuttamisen estyminen ja sen purkaminen tai muuttaminen KRL 11d ja 11f §, sopimussuhteinen vahingonkorvausvelvollisuus) seuraamuksiin.

Näiden pakottavien aineellisoikeudellisten säännösten merkitys koskee välimiesmenettelyä muun muassa VML 2 §:n (riidan *välimiesmenettelykelpoisuus*, *skiljedomsmässighet*, *arbitrability*), 31 §:n (tuomio perustettava lakiin) sekä 40 §:n (tuomion mitättömyys) kannalta. Niillä voi myös olla heijastusvaikutuksia välimiesmenettelyssä omaksuttavalle menettelylle asetettaviin vaatimuksiin esimerkiksi VML 22 §:n kannalta.

Välimiesmenettelylaki tuli voimaan 1.12.1992, joten sitä valmisteltaessa eivät olleet vielä esillä uusien julkisoikeudellisten säännösten tuomat toiminta- ja sopimusvapauden rajoitukset elinkeinonharjoittajien välisiin oikeussuhteisiin.[11] Siten välimiesmenettelylakiin ei ole sisällytetty sellaisen yksityisoikeudellisen riitakysymyksen välimiesmenettelykelpoisuutta selventävää säännöstä, jonka ratkaiseminen edellyttää yleisen edun vuoksi säädetyn julkisoikeudellisen säännöksen soveltamista merkitsevän esikysymyksen ratkaisemista.[12]

---

sopimuksen kyseisiä säännöksiä. Muutos merkitsi myös aikaisemmin elinkeinonharjoittajia oikeaan menettelyyn ohjanneiden poikkeuslupien ja puuttumattomuustodistusten myöntämisen lakkaamista sekä siirtymistä elinkeinonharjoittajien itsensä toimesta tapahtuvaan kielto- ja legaalipoikkeussäännösten omavastuiseen soveltamiseen sekä kilpailuviraston jälkikäteiseen lain noudattamisen valvontaan ja valvontakeinojen ja sanktioiden käyttämiseen. Ks. HE 11/2004 ja TaVM 8/2004.

[10] Kilpailulainsäädännön yksityisoikeudellisista seuraamuksista ja niitä koskevien riitakysymysten ratkaisemisesta ks. Aalto-Setälä, Ilkka – Aine, Antti – Lehto, Petri – Petäjäniemi-Björklund, Anne – Stenborg, Markku – Virtanen, Pertti, Kilpailulait ja laki julkisista hankinnoista, 3. uudistettu laitos, Pieksämäki 2003, Aine ja Virtanen s. 472–499. Kilpailuoikeuden kieltämien sopimusehtojen pätemättömyydestä ks. Hemmo, Sopimusoikeus I s. 413–420.

[11] Esimerkiksi kilpailunrajoituslakia ei ole mainittu välimiesmenettelylakia koskevan hallituksen esityksen (HE 202/1991) perusteluissa.

[12] Ruotsin uusi Lag om skiljeförfarande (1999:116) on oleellisilta osiltaan samanlainen kuin Suomen välimiesmenettelylaki. LSF 1.3 § sisältää seuraavan määräyksen: ”Skiljemän får pröva konkurrensrättens civilrättsliga verkningar mellan parterna.” Ruotsin lakia koskevassa mietinnössä tarkasteltiin laajasti välimiesten oikeutta ratkaista pakottavien oikeusohjeiden soveltamista edellyttäviä yksityisoikeudellisia riitakysymyksiä ja siinä on erityisesti kilpailuoikeutta (konkurrenslag 1993:20) koskeva jakso. LSF 1.3 § sisällytettiin lakiin siitä huolimatta, että samalla todettiin pakottavien oikeusohjeiden merkityksen vaikeus ja tarve jättää kysymys oikeuskäytännön varaan. Ks. SOU 1994:81 s. 77–86.

Hallituksen esityksessä (HE 202/1991) on kuitenkin viitteitä siitä, että myös pakottavien oikeusohjeiden soveltamista edellyttäviä yksityisoikeudellisia riitakysymyksiä voidaan ratkaista välimiesmenettelyssä.[13] Tätä näkemystä oikeastaan edellyttääkin VML 40.1 §:n 2 momentin mukaisen mitättömyysperusteen säätäminen, koska oikeusjärjestyksen perusteiden vastaisuus liittyy juuri pakottavien oikeusohjeiden sivuuttamiseen. Oikeuskirjallisuudessa onkin katsottu, että pakottavat oikeusohjeet ja muun muassa kilpailunrajoituslainsäädäntö, myös siltä osin kuin sen mahdollisesti voidaan katsoa ulottuvan oikeusjärjestyksen perusteisiin, voivat tulla sovellettavaksi välimiesmenettelyssä.[14] Tätä näkemystä ei havaintojeni mukaan ole riitautettu ja siitä on myös lähdetty jättämällä tai valmistautumalla jättämään eräitä kilpailuoikeudellisten säännösten soveltamista edellyttäviä yksityisoikeudellisia riitakysymyksiä välimiesten toimesta ratkaistavaksi.

Edellä todetun mukaisesti välimiehet voivat joutua ja ovat oikeutetut ratkaisemaan myös sellaisia yksityisoikeudellisia vaatimuksia, joiden perusteena on nimenomaan tai joiden perusteena ilmenee menettelyn jossain myöhemmässä vaiheessa olevan jokin sellainen oikeustosiseikka, joka kuuluu pakottavan aineellisoikeudellisen oikeusohjeen alaisuuteen. Tilanteet ja niiden merkitykset välitystuomion antamisen ja tehokkuuden kannalta voivat vaihdella suuresti. Välimiesmenettelyn kantaja voi vaatia vaikkapa

– velan maksua vastaajan väittäessä, että vaatimus perustuu lain kieltämään ja tehottomaan sopimukseen tai sen ehtoon, koska kyseessä on esimerkiksi pelivelka, lahjus, kielletty indeksiehto (IndeksiL 1 ja 5 §), määräävän markkina-aseman väärinkäyttökiellon vastaisesti liian korkeaksi määrätty hinta (KRL 3, 6 ja 18 §) tai kielletyksi kartelliksi katsottava elinkeinonharjoittajien sopimus (KRL 4 ja 5 §);
– sopimusehdon tai koko sopimuksen vahvistamista pakottavan oikeusohjeen sisältämän kiellon vastaisena tehottomaksi (esimerkiksi KRL 18 §) vastaajan väittäessä, että ehto tai sopimus ei ole pakottavaa oikeutta olevan kiellon vastainen;
– määräävässä markkina-asemassa olevalta elinkeinonharjoittajalta tämän häneltä tasapuolisuusvelvoitteiden vastaisesti perimän liikahinnan palauttamista vastaajan väittäessä, että kyseisen hinnan ja sen merkitsemän hinnaneron määrääminen on ollut sen oikeutena ja velvollisuutena ja että sellaiseen suoritukseen velvoittaminen johtaisi pakottavan oikeusohjeen (KRL 6 §) rikkomiseen; taikka
– vahingonkorvausta yhteistoimintasopimuksen perustuvan velvollisuuden rikkomisen pe-

[13] Ks. HE 202/1991 s. 22 koskien VML 31.1 §:ää maininnoin, että ”välimiehet ratkaistessaan heille jätetyn riidan olisivat samalla tavalla sidottuja voimassa olevaan lakiin kuin tuomioistuimet”. Ks. myös s. 25 koskien VML 40.1 §:n 2 kohdan perusteluja siitä, milloin välitystuomio on ristiriidassa Suomen oikeusjärjestyksen perusteiden kanssa, kun esimerkkeinä mainitaan velvoittaminen laissa kiellettyyn suoritukseen tai ”kun välimiehet heille jätettyä riitaa ratkaistessaan eivät ole noudattaneet sellaista pakottavaa oikeusohjetta, jonka voidaan katsoa ilmentävän Suomen oikeusjärjestyksen perusteita”.

[14] Möller, Välimiesmenettelyn perusteet s. 15–17 ja Kurkela, Matti S., Välimiesmenettelylaki, Helsinki 1996 s. 11–22. Ruotsin SFL 1.3 §:n osalta ks. Heuman, Lars, Skiljemannarätt, Tukholma 1999 s. 156–164 (Skiljedomsmässighet) ja s. 164–170 (Konkurrensrättens civilrättsliga verkingar).

rusteella vastaajan väittäessä, että kyseisen velvollisuuden perusteena oleva ehto on pakottavan oikeusohjeen vastaisena (KRL 4 ja 5 §) tehoton, tai määräävään markkina-asemaan perustuvan elinkeinonharjoittajien tasapuolista kohtelua koskevan velvollisuuden (KRL 6 §) rikkomisen perusteella vastaajan väittäessä, että sen menettely ei ole rikkonut kyseistä pakottavaa oikeusohjetta.[15]

Välimiesmenettelyn perustuessa sopimukseen on selvää, että yleensä tällaiset pakottavan oikeusohjeen soveltamistilanteet ilmenevät välimiesmenettelyssä, jossa ratkaistaan asianosaisten välistä sopimussuhdetta, jonka ehdoissa on välityslauseke, koskeva riitakysymys. Asianosaiset voivat kuitenkin tehdä riitakysymyksen jo synnyttyä sopimuksen kyseisen riidan ratkaisemisesta välimiesmenettelyssä.[16] Siten välimiesten ratkaistavaksi voi tulla myös sellainen pakottavan oikeusohjeen soveltamista edellyttävä riita, joka ei koske asianosaisten välistä sopimusta: esimerkiksi korvausvaatimus, joka koskee monopoliasemassa olevan elinkeinoharjoittajan sopimuspakon[17] vastaisesta sopimuksen tekemisestä kieltäytymistä toiselle elinkeinonharjoittajalle taikka kielletystä kartellista sitä koskevaan järjestelyyn osallistumattomalle elinkeinonharjoittajalle aiheutunutta vahinkoa.

Lisäksi on muistettava, että myös eräät välimiesmenettelyä koskevat säännökset ovat luonteeltaan pakottavia oikeusohjeita, joiden antamasta suojasta asianosainen ei voi etukäteen tehokkaasti luopua, sekä että myös ne voivat tietyin vaativin edellytyksin ilmentää Suomen oikeusjärjestyksen perusteita ja että sen myötä myös niiden rikkominen voi merkitä välitystuomion olemista ristiriidassa Suomen oikeusjärjestyksen perusteiden kanssa.

## Lähemmin pakottavien aineellisoikeudellisten oikeusohjeiden merkityksestä

On selvää, että kaikki pakottaviin aineellisoikeudellisiin oikeusohjeisiin liittyvät *julkisoikeudelliset seuraamukset* käsitellään ja ratkaistaan niihin lain mukaan toimivaltaisten viranomaisten ja tuomioistuinten toimesta lain mukaisessa järjestyksessä. Rikoksesta johtuvan rangaistuksen ja menetysseuraamuksen määrää tuomioistuin. Muita julkisoikeudellisia seuraamuksia ovat muun muassa hallintopakon käyttäminen ja erilaiset hallinnolliset sanktiot.[18] Kilpailun-

[15] Kilpailunrajoituslain pakottavaa oikeutta olevista kielloista johtuvia yksityisoikeudellisia vaatimuksia koskevissa riitatilanteissa lain kieltoja voidaan käyttää tilanteen mukaan sekä ”miekkana” että ”kilpenä”.

[16] Myös kuluttajan ja elinkeinoharjoittajan välillä on mahdollista saattaa jo syntynyt konkreettinen riitakysymys välimiesten ratkaistavaksi riidan jo synnyttyä tehdyn välityssopimuksen perusteella.

[17] Sopimuspakosta ks. Hemmo, Sopimusoikeus I s. 77–95 ja Hemmo, Mika, Sopimusoikeus II, 2. painos, Helsinki 2003 s. 379; Virtanen, Pertti, Määräävän markkina-aseman kontrollointi, Jyväskylä 2001 s. 191–195 sekä Kuoppamäki, Petri, Markkinavoiman sääntely EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa, Jyväskylä 2003 s. 288–296 ja 713–740.

[18] Hallintopakosta ks. Mäenpää, Olli, Hallinto-oikeus, 4. laitos, Porvoo 2003 s. 132–133. Hallintopakko voi olla välillistä, sillä uhkaamista, tai välitöntä, kuten julkisoikeudellisen velvollisuuden toteuttaminen tai lainmukaisen tilan palauttaminen. Hallinnollisia sanktioita ovat mm. rangaistus- ja seuraamusmaksut, kuten tarkastusmaksu, kilpailun-

rajoituslain muutoksen (318/2004) mukaan seuraamusmaksun määrää markkinaoikeus kilpailuviraston esityksestä (KRL 7 §) ja muita julkisoikeudellisia seuraamuksia koskevaa määräysvaltaa käyttää kilpailuvirasto, jonka päätökseen haetaan muutosta markkinaoikeudelta (KRL 12, 13 ja 21 §) (*varsinaiset kilpailuasiat*).

Pakottavista oikeusohjeista johtuvat *yksityisoikeudelliset seuraamukset*[19] ratkaistaan joko yleisessä tuomioistuimessa tai välimiesmenettelyssä.[20] Tarkastelen nyt vain pakottavien oikeusohjeiden merkitystä välimiesmenettelyssä. Pakottavilla aineellisoikeudellisilla oikeusohjeilla on myös merkitystä välimiesmenettelyssä sekä siinä omaksuttavan *menettelyn* että siinä annettava *välitystuomion* tekemisen ja sen pysyvyyden kannalta. Oikeudenkäymiskaaren säännökset eivät sovellu välimiesmenettelyyn, elleivät asianosaiset ole siitä sopineet.[21] Yleisessä tuomioistuimessa käytävään riita-asian oikeudenkäyntiin ja siinä annettuun tuomioon soveltuvat oikeudenkäymiskaaren säännökset. Sen vuoksi pakottavien aineellisoikeudellisten oikeusohjeiden merkitys niissä on erilainen kuin välimiesmenettelyssä ja siinä annettavassa välitystuomiossa.[22]

## Pakottavien aineellisoikeudellisten oikeusohjeiden merkityksestä välimiesmenettelyssä omaksuttavan menettelyn sekä välitystuomion tekemisen kannalta

Mikäli välimiesmenettelyn kantaja kannevaatimuksensa tai vastaaja kanteen kiistämisensä perusteena vetoaa pakottavaan aineellisoikeudelliseen oikeusohjeeseen ja sen soveltamisessa merkityksellisiin seikkoihin, on asian käsittely ja ratkaiseminen menettelyn puolesta ongelmatonta, kunhan välimiehet vain pitävät muutoin huolen siitä, että VML 22 ja 23 §:n keskeisiä menettelysäännöksiä noudatetaan.

---

rikkomusmaksu, julkisiin hankintoihin liittyvä hyvitysmaksu sekä esimerkiksi ajokielto ja rangaistusluonteinen maksunkorotus. Ks. julkisista hankinnoista annetun lain (1505/1992) 9 §, jonka mukaan markkinaoikeus käsittelee ja ratkaisee hankintayksikön päätöksen oikeusvaikutuksia koskevat poistamiset, kiellot ja velvoitukset sekä hyvitysmaksua koskevan vaatimuksen, jotka kohdistuvat viranomaiseen. Ks. myös aravarajoituslain 9.5 §:n tarkoittama ylihinnan menetysseuraamus, joka ratkaistaan hallintoriita-asiana. KHO 13.2.2003 taltion:o 244.

[19] Osa pakottavista oikeusohjeista perustuu rikoslain säännöksiin sisältyviin kieltoihin, joilla on yksityisoikeudellisia seuraamuksia. Esim. laittomaan uhkapeliin (RL 17:16) perustuvaa velkaa tai rikoksen tekemistä koskeva sitoumus. Lain- ja hyvän tavan vastaisista sopimuksista ks. Hemmo, Sopimusoikeus I s. 435–447. Osalla pakottavista oikeusohjeista on vain yksityisoikeudellisia seuraamuksia esim. indeksilain 5 §.

[20] Tämä koskee myös julkisista hankinnoista annetun lain rikkomukseen perustuvaa korvausvaatimusta.

[21] Möller, Välimiesmenettelyn perusteet s. 52. Kuullessaan todistajaa VML 29 §:n nojalla, soveltaa tuomioistuin OK 17 luvun säännöksiä. Vrt. VML 49 §, jonka mukaan oikeudenkäyntikulujen korvauksen tuomitseminen välimiesmenettelyssä tapahtuu ”noudattaen soveltuvin osin mitä oikeudenkäymiskaaressa oikeudenkäyntikulujen korvaamisesta säädetään”.

[22] Yleisessä tuomioistuimessa tapahtuvan menettelyn osalta merkityksellisiä ovat mm. jako dispositiivisiin, indispositiivisiin ja relatiivisesti indispositiiviseen riita-asioihin, niissä sovellettavat erilaiset menettelysäännöt (määräämiseli dispositiivinen periaate ja käsittelymenetelmä sekä virallisperiaate ja tutkintamenetelmä) sekä tuomioistuimen velvollisuus *ex officio* soveltaa pakottavaa aineellisoikeudellista oikeusohjetta. Ks. Virolainen, Lainkäyttö s. 285–295 ja Virolainen, Jyrki, Materiaalinen prosessinjohto, Helsinki 1988 s. 323–334. Tuomioistuimen tuomion osalta merkityksellisiä ovat mm. varsinaisia ja ylimääräisiä muutoksenhakukeinoja koskevat säännökset, jotka puuttuvat välimiesmenettelystä.

Mikäli asianosainen vetoaa seikkoihin, jotka ilmeisesti merkitsevät pakottavan oikeusohjeen soveltumista riitakysymykseen, itse oikeusohjeeseen kuitenkaan vetoamatta, on välimiesten huomioitava se, että VML 22 § ulottaa *kontradiktorisen eli kuulemisen periaatteen* (*audiatur et altera pars*)[23] selkeänä soveltamista koskevan vaatimuksen tähän oikeuskysymykseen. Kontradiktorisesta periaatteesta näet johtuu, että välimiehet eivät saa perustaa riitakysymyksen ratkaisua sellaiseen yllättävään oikeusohjeeseen, jota asianosaiset eivät ole ilmeisestikään havainneet, vaikka välimiehillä olisikin oikeus soveltaa vedottuihin seikkoihin lakia *jura novit curia* -periaatteen mukaisesti (VML 31.1 §). Tällöin välimiesten tulisi varmistua kyselyoikeuttaan käyttäen siitä, että asianosaiset kiinnittävät tähän huomiota ja saavat tilaisuuden lausua siitä ennen kuin kyseinen oikeusohje otetaan ratkaisun perusteeksi.[24]

Mikäli asianosainen vetoaa pakottavaan oikeusohjeeseen ilman riittävän selvää vetoamista sen soveltamisen mahdollistaviin seikkoihin, on välimiehillä oikeus ja velvollisuus kyselyoikeuttaan käyttäen pyrkiä selventämään, mihin seikkoihin asianosainen oikeusohjeeseen vetoamisensa haluaa perustaa.

Mutta miten olisi arvioitava tilannetta, jossa välimiehet havaitsevat menettelyn aikana, että pakottava oikeusohje todennäköisesti soveltuu riitakysymykseen, vaikka asianosaiset eivät ole lainkaan vedonneet sen enempää kyseiseen pakottavaan oikeusohjeeseen kuin sen soveltamisessa merkityksellisiin seikkoihinkaan? On selvää, että välimiehet rikkoisivat ainakin VML 22 §:n sisältämää kontradiktorista periaatetta, mikäli he ratkaisisivat riitakysymyksen kyseisen pakottavan oikeusohjeen nojalla varaamatta asianosaisille tilaisuutta tulla sen merkityksestä kuulluksi.[25] Tähän liittyy kysymys välimiesten oikeudesta ottaa viran puolesta esille riitakysymystä koskeva pakottava oikeusohje. Kun otetaan huomioon välimiesten velvollisuus ratkaista riitakysymys VML 31.1 §:n mukaisesti ollen ”samalla tavalla sidottuja voimassa olevaan lakiin kuin tuomioistuimet”[26] sekä VML 40.1 §:n 2 kohdan mukaisesta Suomen oikeusjärjestyksen perusteiden vastaisuudesta johtuva välitystuomion mitättömyyden mahdollisuus, on välimiehillä käsitykseni mukaan oikeus kyselyoikeuttaan käyttäen varmistua siitä, soveltuuko

---

[23] Ks. siitä tuomioistuinten osalta Lappalainen, Siviiliprosessi I s. 61–64 sekä välimiesmenettelyn osalta HE 202/1991 s. 19; Möller, Välimiesmenettelyn perusteet s. 52 ja Kurkela, Välimiesmenettelylaki, s. 61.

[24] Ks. myös SOU 1994:81 s. 85, 150 ja 177 sekä Heuman, Skiljemannarätt s. 166.

[25] Ks. Helsingin HO:n tuomio 26.6.2003 Nro 1942 (S 02/3757). Hovioikeus kumosi VML 41.1 §:n 4 kohdan nojalla välitystuomion, jolla välimies oli hylännyt kanteen vanhentuneena yleisen 10 vuoden vanhentumisajan perusteella käyttämättä kyselyoikeuttaan ja varmistautumatta siitä, oliko vastaaja vedonnut vanhentumiseen ja oliko vastaaja ymmärtänyt tällaisen vetoamisen tapahtuneen, sekä antamatta kantajalle tilaisuutta ennen välitystuomion julistamista lausua tästä väitteestä. Hovioikeus katsoi, että välimies ei näin ollen ollut antanut asianosaisille VML 22 §:n mukaisesti tarpeellista tilaisuutta ajaa asiaansa. Käräjäoikeus oli hylännyt kanteen, jota oli ajettu myös toimivallan ylitystä ja tasapuolisuusvelvoitteen rikkomista koskevin väittein ja myös VML 40.1 §:n 1 kohtaan vedoten, näyttämättömänä. Hovioikeuden tuomio, joka on annettu äänestyksen jälkeen, on lainvoimainen. Ks. myös jaksossa ”Välimiesmenettelykelpoisuus -perusteinen mitättömyys” toimivallasta todettua.

[26] HE 202/1991 s. 24. Sivuutan tässä tarkastelussa VML 31.3 §:ssä tarkoitetun sopimuksen riitakysymyksen ratkaisemisesta sen mukaan, minkä välimiehet katsovat kohtuulliseksi (*ex aequo et bono*), sekä laajan kysymyksen siitä, millä edellytyksillä välimiehet ovat oikeutetut sovittelemaan sopimusta tai sen ehtoa taikka niiden yksityisoikeudellisia seuraamuksia asiassa, johon soveltuu pakottava oikeusohje.

pakottava oikeusohje riitakysymyksen ratkaisemiseen, ja siitä, onko asiassa kysymys laissa kiellettyyn suoritukseen velvoittamisesta.[27]

Mikäli riitakysymyksen ratkaiseminen edellyttää kilpailunrajoituslain tai EY:n kilpailuoikeudellisten säännösten soveltamista yksityisoikeudellisen vaatimuksen perusteena olevaan seikkaan tai esikysymykseen, voi esille nousta *kilpailuoikeudellisten säännösten soveltamisen ja merkityksellisten seikkojen selvittämisen vaikeus*. Syynä tähän on KRL 3–6 §:n avoimuus ja niiden soveltamisen edellyttämä muun muassa taloustieteellisten sekä kilpailuteorian ja -politiikan kysymysten hallitseminen[28] sekä usein erittäin laajojen ja laajalti liikesalaisuuksien piiriin kuuluvien markkinoita ja niiden eri toimijoita koskevien seikkojen selvittäminen ja käyttöön saaminen. Tällainen erityisasiantuntemus sekä tarpeellisten selvitysten ja tietojen käyttöön saamisen mahdollistava julkisen vallan käyttöoikeus on kilpailuvirastolla. Siten laajempia selvityksiä edellyttävissä asioissa on elinkeinonharjoittajan erittäin vaikea menestyä kanteensa ajamisessa ilman sitä edeltävää viraston toimesta tehtyä selvitystä ja siihen perustuvaa viraston taikka varsinaisten kilpailuasioiden käsittelemiseen toimivaltaisten hallintolainkäyttötuomioistuinten, markkinaoikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden, päätöstä.[29]

Selvitysten hankkimista koskevaa ongelmaa lisää vielä se, että 1.5.2004 voimaan tulleilla EY:n kilpailusääntöjen ja kilpailunrajoituslain (318/2004) muutoksilla toteutetussa kilpailuoikeuden modernisaatiossa lakkasi elinkeinonharjoittajien oikeus saada poikkeuslupia ja puuttumattomuustodistuksia EY:n komissiolta ja kilpailuvirastolta siirryttäessä kieltosäännösten ja KRL 5 §:n legaalipoikkeusten omavastuiseen soveltamiseen. Tämä merkitsee, että niin välimiesten kuin yleisen tuomioistuimenkin mahdollisuus tukeutua poikkeuslupien sisältöön lakkaa kokonaan niiden voimassaoloaikojen umpeutuessa.[30]

Kyseinen ongelma koskee lähes samalla tavalla sekä välimiesmenettelyä että yleisessä tuomioistuimessa tapahtuvaa riita-asian käsittelyä.[31] Välimiesmenettelyssä ongelma on kuitenkin suurempi, koska välimiehet eivät voi antaa liikesalaisuuksien salassa pitämistä koskevia määräyksiä kuten tuomioistuimet.[32] Välimiesmenettelyssä ilmaistujen liikesalaisuuksien suoja jää riippumaan siitä, voidaanko salassapitovelvollisuus perustaa sopimukseen tai johonkin muu-

---

[27] HE 202/1991 s. 25. Ks. myös Kurkela, Välimiesmenettelylaki s. 91–92 sekä siinä välimiesten selvittämisoikeudesta ja velvollisuudesta todettua.

[28] Ks. Kuoppamäki, Markkinavoiman sääntely EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa s. 93–216 (Kilpailuteoria ja kilpailupolitiikka) ja s. 217–245 (Markkinavoiman teoreettista tarkastelua).

[29] Periaatteessa kilpailuviraston ja hallintolainkäyttötuomioistuimen päätöksellä ei ole oikeusvoimaa kilpailuoikeuden yksityisoikeudellisia seuraamuksia koskeviin asioihin, mutta niillä on kuitenkin erittäin suuri todistusvaikutus. Ks. myös jaksossa ”Varsinaisesta kilpailuasiasta johtuva välitystuomion täytäntöönpanon estyminen” varsinaisesta kilpailuasiasta johtuvasta välitystuomion täytäntöönpanon estymisestä todettua.

[30] Ks. lain 318/2004 voimaantulosäännösten 4 momentti.

[31] Ongelmaa lisää tietoisuus siitä, että kartellikielto koskee myös horisontaalista kilpailuoikeudellisesti sensitiivisten liikesalaisuustietojen vaihtamista kilpailijoiden kesken. Ks. Aalto-Setälä ym., Kilpailulait ja laki julkisista hankinnoista s. 115–120. Tämä tulee ottaa huomioon välimiesten kehottaessa asianosaista tai muuta henkilöä VML 27 tai 28 §:n nojalla esittämään asian ratkaisemissa tarvittavia tietoja tai asiakirjoja.

[32] Ks. oikeudenkäynnin julkisuudesta annetun lain (945/1984) 9 § (624/1999) sekä viranomaisten toiminnan julkisuudesta annetun lain (621/1999) 22 ja 23 §. Julkisuuslain 23 §:ssä on salassa pidettäväksi määrätyn tiedon ilmaisemista, luovuttamista ja käyttämistä koskeva RL 38:1:ssä rangaistavaksi säädetty kielto.

hun oikeuslähteeseen.[33] Lienee kuitenkin mahdollista, että tuomioistuin VML 29 §:n mukaista hakemusta käsitellessään voisi oikeudenkäynnin julkisuuslain 9.2 §:n nojalla samalla päättää siinä annettuihin lausuntoihin ja esitettäväksi määrättyihin asiakirjoihin sisältyvät liikesalaisuudet salassa pidettäväksi.[34] Tätä ongelmaa ei ole kilpailuvirastolla, joka on viranomaisena velvollinen säilyttämään liikesalaisuudet, jotka se on saanut käyttöönsä valvontatehtävässään.[35]

Mikäli asianosainen on välimiesmenettelyssä kerran antanut välimiehille lausuman tai todisteen, josta ilmenee asianosaisen liikesalaisuus, on selvää, että tuo lausuma tai todiste kuuluu peruuttamattomasti välimiesmenettelyn oikeudenkäyntiaineistoon, josta myös vastapuolena olevalla asianosaisella on oikeus saada tieto kontradiktorisen periaatteen vaatimusten mukaisesti tietojen liikesalaisuusluonteen estämättä.[36]

Tämän lisäksi on tuomion tekemisessä vaikeutena esitetyn selvityksen kilpailuoikeudellinen arvioiminen, joka siis edellyttää usein avoimien säännösten soveltamisessa tarvittavia erityistietoja. Toisin kuin yleisillä tuomioistuimilla välimiehillä ei ole lakiin perustuvaa oikeutta

---

[33] Tällaisina voisivat mahdollisesti tulla kysymykseen esimerkiksi sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa annetun lain (1061/1978) 4.3 § ja RL 30:5 ja 11 § sekä mm. pankki-, vakuutus-, asianajo- tai potilassalaisuuksia koskevat säännökset.

[34] Tuomioistuin toteuttaa VML 29 §:n nojalla pyydetyn toimenpiteen OK 17 luvun ja muita oikeudenkäynnin säännöksiä noudattaen ja sen vastaanottama aineisto on osa sen hallussa olevia asiakirjoja. Vrt. Leppänen, Tatu, Välimiesmenettelyyn liittyvästä suullisesta todistelusta tuomioistuimessa s. 201–202, teoksessa Velka, vakuus ja prosessi. Juhlajulkaisu Erkki Havansi, Helsinki 2001 s. 184 –202. VML 29 §:stä ks. Möller, Välimiesmenettelyn perusteet s. 60–63 ja HE 202/1991 s. 21 sekä vanhan VML 17 §:n osalta Tirkkonen, Tauno, Välimiesmenettely, Vammala 1943 s. 238–241. Ks. myös Heuman, Skiljemannarätt s. 463–464.

[35] Varsinaisessa kilpailuasiassakin kilpailuviraston käynnistämän menettelyn kohteena olevan elinkeinonharjoittajan liikesalaisuuksia on vaikea saada ”vastapuolen”, esimerkiksi määräävän markkina-aseman väärinkäyttökiellon rikkomisen kohteeksi joutuneen elinkeinoharjoittajan käyttöön, koska tämä ei ole siinä ”varsinaisena” asianosaisena, ei viraston selvittämisvaiheessa eikä markkinaoikeudessakaan. Ks. markkinaoikeuslain (1527/2001) 15 §, oikeudenkäynnin julkisuuslain 9.1 § sekä julkisuuslain 24.1 §:n 17 ja 20 kohta, jonka mukaan viranomaisen on pidettävä salassa liike- ja ammattisalaisuudet. Tästä voi aiheutua varsinaisessa kilpailuasiassa salassapitovelvollisuuden ja kontradiktorisen periaatteen välinen ristiriita, jonka kriittisyys korostuu oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskevien perus- ja ihmisoikeusperiaatteiden soveltamisvaatimuksen johdosta.

[36] Ks. Helsingin HO:n päätös 6.7.1999 No 2051 (H 98/312). Välimiesmenettelyn kantajan A suorituskanne perustui vaihtoehtoisesti määräävän markkina-aseman ja sopimuksen rikkomiseen. Vastaaja B antoi välimiehille kirjallisen vastauksen kanteeseen esittäen siinä mm. eräitä hintatietoja. A:lle annetusta kirjelmän jäljennöksestä oli nämä B:n liikesalaisuuksina pitämät hintatiedot poistettu. A vaati saada välimiehiltä käyttöönsä jäljennöksen B:n vastauskirjelmästä samanlaisena kuin se oli välimiehille esitetty. B vastusti tätä vaatimusta tietojen liikesalaisuusluonteeseen vedoten. Välimiehet eivät vaatimukseen suostuneet vaan tekivät välipäätöksen, jossa he totesivat, että salatut hintatiedot saattavat olla B:n liikesalaisuuksia, että kontradiktorista periaatetta tulisi välimiesmenettelyssä noudattaa ja että he eivät voi ilman B:n suostumusta paljastaa kyseisiä liikesalaisuuksia A:lle. Välimiesten mielestä ainoaksi keinoksi jäi, että A hakee tuomioistuimen ratkaisun sille, onko B:llä oikeus pitää salassa ja olla ilmaisematta A:lle välimiehille antamansa tiedot. Sen vuoksi välimiehet keskeyttivät välimiesmenettelyn ja varasivat A:lle oikeuden tehdä VML 29 §:n mukaisen hakemuksen tuomioistuimelle. A teki käräjäoikeudelle hakemuksen vaatien B:n velvoittamista esittämään vastauskirjelmän samanlaisena kuin se oli esitetty välimiehille OK 17:12 nojalla ja vedoten siihen, että myös asianosaisen lausumat on otettava huomioon todisteiden harkinnassa. B vastusti hakemusta. Käräjäoikeus hylkäsi hakemuksen lakiin perustumattomana, koska hakemus ei koskenut kirjallista todistetta. Hovioikeus poisti käräjäoikeuden päätöksen ja jätti hakemuksen tutkimatta seuraavanlaisin perusteluin: ”A:n hakemuksessa on vaadittu tiedonsaantia välimiehille jätetystä vastauskirjelmästä asiassa, jossa A on välimiesoikeudessa kantajana. Kysymys siitä, missä laajuudessa asianosaisille annetaan tieto välimiesoikeudelle toimitetusta aineistosta kuuluu välimiesmenettelyn aineelliseen johtamiseen. Koska välimiesoikeudella on siten yksinomainen toimivalta päättää asiasta, kysymystä ei välimiesmenettelyn vireillä ollessa voi tutkia tuomioistuimessa.” KKO, ei valituslupaa. Tämän jälkeen välimiehet muuttivat välipäätöstään ja antoivat jäljennöksen B:n välimiehille antamasta vastauskirjelmästä A:n asiamiehen käyttöön.

saada kilpailuvirastolta KRL 18a.4 §:ssä tai OK 17:44:ssä tarkoitettua viranomaisen asiantuntijalausuntoa. On epäselvää, antaisiko virasto välimiesmenettelyssä vireillä olevassa asiassa sellaisen lausunnon.[37]

Osaksi edellä kerrotuista menettelyvaikeuksista johtunee, että kilpailuoikeuden säännöksiin perustuvia yksityisoikeudellisia seuraamuksia koskevia riitoja on tähän mennessä käsitelty kovin vähän niin yleisissä tuomioistuimissa kuin välimiesmenettelyssäkin.

## Pakottavien aineellisoikeudellisten oikeusohjeiden merkityksestä välitystuomion aineellisoikeudellisen ratkaisun ja sen pysyvyyden kannalta

Välimiesmenettelylain lähtökohtana on, että siinä annettua välitystuomiota ei voida moittia aineellisoikeudellisen ratkaisun virheellisyyteen vedoten.[38] VML 41 §:ssä säädetty oikeus vaatia kanteella välitystuomiota kumottavaksi voi perustua vain pykälässä lueteltuihin menettelyä koskeviin virheisiin. Sen sijaan välitystuomion mitättömyys voi VML 40.1 §:n 2 kohdan nojalla perustua sekä välitystuomion aineellisoikeudellista ratkaisua että siihen johtanutta menettelyä koskevaan raskaaseen ja olennaiseen puutteeseen siltä osin kuin välitystuomion sisältämän ratkaisun tai sen antamiseen johtaneen menettelyn on katsottava olevan ristiriidassa Suomen oikeusjärjestyksen perusteiden kanssa.[39]

Siten VML 40.1 §:n 2 kohta mahdollistaa pyrkimyksen hakea muutosta välitystuomion aineellisoikeudelliseenkin ratkaisuun *ordre public -perusteella*. Siihen liittyy läheisesti momentin 1 kohdan säännös, jonka perusteella välitystuomio on katsottava mitättömäksi myös siltä osin kuin välimiehet ovat välitystuomiossa ratkaisseet sellaisen kysymyksen, jota ei Suomen lain mukaan voida ratkaista välimiesmenettelyssä (*välimiesmenettelykelpoisuus-peruste*). Välitystuomion VML 40.1 §:n 1 ja 2 kohtiin perustuva mitättömyys voi koskea myös vain sitä osaa välitystuomiosta, jota mitättömyysperuste koskee.[40] Sen sijaan 3 ja 4 kohtiin perustuva mitättömyys näyttää koskevan koko välitystuomiota. Tämän lisäksi on huomioitava se mahdollisuus, että välitystuomion täytäntöönpano voi estyä *varsinaisessa kilpailuasiassa* KRL 13 §:n nojalla *annetun kiellon* johdosta.

Sen lisäksi, että asianosainen voi toista asianosaista vastaan nostamassaan kanteessa vaatia tuomioistuinta vahvistamaan välitystuomion mitättömyyden, voi hän esittää mitättömyysväitteen myös vastustaessaan tuomioistuimessa välitystuomion täytäntöönpanoa koskevaa hakemusta (VML 43 §). Tuomioistuimen tulee evätä hakemuksen *ex officio*, jos se havaitsee välitystuomion olevan mitätön (VML 44 §). Sen sijaan tuomioistuin ei voi evätä täytäntöön-

---

[37] Kilpailuvirastolta saatujen tietojen mukaan lausuntokäytäntö on tähän asti ollut vähäistä. Vrt. Heuman, Skiljemannarätt s. 167–168 ja SOU 1994:81 s. 86.

[38] HE 202/1991 s. 8 ja Möller, Välimiesmenettelyn perusteet s. 71–72 ja 77. Ruotsin SFL 34 § vastaa pääasiallisesti VML 41 §:n sisältöä. Ks. SOU 1994:81 s. 169 ja Heuman, Skiljemannarätt s. 584.

[39] Ks. Möller, Välimiesmenettelyn perusteet s. 72 ja 84–85, HE 202/1991 s. 25 sekä Kurkela, Välimiesmenettelylaki s. 127–128. Ks. lisäksi SOU 1994:81 s. 170–174 ja Heuman, Skiljemannarätt s. 600–604. Kurkela ja Heuman tarkastelevat erikseen prosessuaalisia ja aineellisoikeudellisia *ordre public* -perusteita.

[40] Möller, Välimiesmenettelyn perusteet s. 85.

panohakemusta VML 41 §:n kumoamisperusteilla, jotka voivat tulla hakemuksen yhteydessä huomioiduksi vain, jos välitystuomio on tuomioistuimen antamalla tuomiolla kumottu tai tuomioistuin on määrännyt, ettei sitä saa panna täytäntöön.[41]

### *Ordre public -perusteinen mitättömyys*

VML 40.1 §:n 2 kohdan mukaan välitystuomio on mitätön siltä osin kuin sen on katsottava olevan ristiriidassa Suomen oikeusjärjestyksen perusteiden kanssa. Hallituksen esityksen VML 40 §:n perusteluissa[42] ei mainita *ordre public* -käsitettä eikä kuvata sen oikeudellista sisältöä ja taustaa. Perustelujen mukaan mitättömyyteen johtava ristiriita on käsillä esimerkiksi silloin, kun välitystuomiossa on velvoitettu laissa kiellettyyn suoritukseen tai kun välimiehet eivät ole riitaa ratkaistessaan noudattaneet sellaista pakottavaa oikeusohjetta, jonka voidaan katsoa ilmentävän Suomen oikeusjärjestyksen perusteita. Lisäksi perusteluissa sanotaan: ”Sitä vastoin ei minkä tahansa pakottavankaan oikeusohjeen noudattamatta jättäminen voisi johtaa välitystuomion mitättömyyteen.” Enempiä perusteluja ei löydy liioin VML 52.2 §:n osalta, jonka mukaan vieraassa valtiossa annettu välitystuomio ei ole voimassa siltä osin kuin se on vastoin Suomen oikeusjärjestyksen perusteita.[43]

Edellä sanotun perusteella kiinnittyy ”ristiriita Suomen oikeusjärjestyksen perusteiden kanssa” pakottavien oikeusohjeiden yhteyteen lainsäätäjän tarkoituksen ollessa kuitenkin, että minkä tahansa pakottavankaan oikeusohjeen noudattamatta jättäminen ei merkitse perustetta mitättömyydelle. Lain esitöiden perustelujen niukkuus ja se, että kyseisen mitättömyysperusteen soveltajan tulisi olla selvillä sen sisällöstä, antaa aiheen pyrkiä lyhyesti kuvaamaan sen sisältöä ja alkuperäisiä lähteitä.

Suomalaiseen välimiesmenettelyyn VML 40.1 §:n 2 kohdan mitättömyysperusteena oleva *ordre public eli ehdottomuusperiaate* omaksuttiin samalla, kun se otettiin ulkomaisia välitystuomiota koskevaan VML 52.2 §:ään vuoden 1958 New Yorkin yleissopimuksen[44] V artiklan

---

[41] HE 202/1991 s. 27 ja Möller, Välimiesmenettelyn perusteet s. 93–94.

[42] HE 202/1991 s. 8–9 ja 25–26.

[43] Ks. HE 202/1991 s. 30. Möller, Välimiesmenettelyn perusteet s. 97–101 toteaa vieraassa valtiossa annetun välitystuomion osalta: ”Välitystuomio ei ole vastoin oikeusjärjestyksemme perusteita vielä silloin, kun siinä on sovellettu sellaista lakia, jota voidaan pitää noiden perusteiden vastaisena. Jotta välitystuomion tunnustaminen ja täytäntöönpano voitaisiin täällä evätä tulee tuomion lopputuloksen olla sellainen, että tuomion tunnustaminen tai täytäntöönpano täällä olisi vastoin oikeusjärjestyksemme perusteita.” Kurkela, Välimiesmenettelylaki s. 127–130 kysyy: ”Mitä Suomen oikeusjärjestyksen perusteisiin kuuluu? Missä ne on määritelty? Termi on tekninen eikä sillä ole selkeää merkityssisältöä. Siihen viitataan usein varsin perustavaa laatua olevien kysymysten yhteydessä, mutta yleensä edes pyrkimättä määrittelemään, mitä Suomen oikeusjärjestyksen perusteisiin on luettava. Johtoa voidaan hakea maamme perustuslaeista, ihmisoikeussopimuksista, elinkeinovapaudesta, kilpailuvapaudesta ja oikeusjärjestyksemme pakottavista normeista – –”. Hän kuvaa tässä ja s. 60–73 oikeusjärjestyksen perusteita lähinnä *due process* -menettelysäännösten VML 22 §:n (kuulemisperiaate) ja 23 §:n (tasapuolisuuden periaate) yhteydessä ja samalla *ordre public* -käsite mainiten. Ks. Ruotsin osalta Heuman, Skiljemannarätt s. 603–604 ja SOU 1994:81 s. 172–174.

[44] Ks. laki ulkomaisten välitystuomioiden tunnustamista ja täytäntöönpanoa koskevan, New Yorkissa 10. päivänä kesäkuuta 1958 tehdyn yleissopimuksen eräiden säännösten hyväksymisestä ja sellaisten välitystuomioiden täytäntöönpanosta (200/1962), asetus yleissopimuksen voimaansaattamisesta (207/1962) ja SopS 8/62. Lain 2 ja 3 § kumottiin välimiesmenettelylain säätämisen yhteydessä (VML 57 §) samalla kun ulkomaisia välitystuomioita koskevat säännökset otettiin lain 51–55 §:ään.

2.b kohdasta: ”Välitystuomion tunnustaminen ja täytäntöönpano voidaan myös evätä, mikäli sen maan asianomainen viranomainen, missä tunnustamista ja täytäntöönpanoa pyydetään, toteaa: – – b) että tuomion tunnustaminen tai täytäntöönpano on tämän maan oikeusjärjestyksen perusteiden vastainen.” – Tämä yleissopimuksen *ordre public* -käsite (eng. *public policy*) on puolestaan omaksuttu kansainvälisen yksityisoikeuden yleisesti hyväksytystä periaatteesta, joka voi tulla sovellettavaksi kaikilla aineellisen oikeuden aloilla. Tätä ehdottomuusperiaatetta on tarkasteltu niukasti suomalaisen välimiesmenettelyn yhteydessä, joten sen sisällön selvittämiseksi joudutaan turvautumaan kansainvälisen yksityisoikeuden[45] ja kansainvälisen prosessioikeuden[46] lähteisiin.

Näitä lähteitä voimakkaasti yleistäen on todettavissa, että pelkästään se, että välitystuomio on jonkin pakottavan aineellisoikeudellisen oikeusohjeen vastainen ei riitä muodostamaan *ordre public* -perusteista mitättömyyttä, vaan pakottavan oikeusohjeen merkityksen oikeusjärjestyksessä tulee olla korkeampaa astetta.[47] Ehdottomuusperiaatteen, joka lopulta on nimestään huolimatta kovin suhteellinen, vastaisuudessa on kysymys jostain enemmästä, oikeusjärjestyksen perusteiden ja niiden mukaisten perusarvojen vastaisuudesta. Milloin tällainen arvostelma on muodostettavissa, on puolestaan ratkaistava kunkin tuomion lopputuloksen osalta erikseen *in casu* käsitettä suppeasti tulkiten[48] ja arvioiden sitä kyseisen alan asiantuntijoiden tietynasteista *opinio communis*'ta vasten. Tämä viestii *ordre public* -mitättömyysperustetta koskevan ratkaisun tekemisen vaativuudesta ja tarpeesta sisäistää ehdottomuusperiaatteen merkityssisältö sitä syvällisesti tutkimalla.

Edellä todettu antanee taustan kirjallisuuslähteen[49] toteamukselle siitä, että Suomen oikeusjärjestyksen perusteita ilmentävä pakottava oikeusohje saattaa sisältyä esimerkiksi kilpailunrajoituslainsäädäntöön tai muuhun maan talouselämää sääntelevään lainsäädäntöön, sekä hallituksen esityksen perustelujen edellä siteeratulle ja kyseisessä kirjallisuuslähteessä toistetulle toteamukselle siitä, että minkä tahansa pakottavan oikeusohjeen noudattamatta jättäminen ei suinkaan merkitse välitystuomion mitättömyyttä.

Ehdottomuusperiaatteen soveltamisesta on ylipäätään niukasti oikeuskäytäntöä ja sitäkin niukemmin liike-elämän riitakysymysten ja välimiesmenettelyn osalta. On kuitenkin oletet-

---

[45] Ks. Alanen, Aatos, Yleinen oikeustiede ja kansainvälinen yksityisoikeus, Porvoo 1965 s. 207–209 ja 227; Jokela, Heikki, Irtaimen kaupasta kansainvälisen yksityisoikeuden kannalta, Helsinki 1960 s. 92–95 ja 257–262; Esko, Timo, ”Enligt vilka kriterier skall 'ordre public' bedömas i finsk rätt”, JFT 1993 s. 111–123; sekä Kilpeläinen, Karla, Ordre public, Encyclopædia Iuridica Fennica VI, Kansainväliset suhteet, Jyväskylä 1998 palstat 674–676.

[46] Ks. Buure-Hägglund, Kaarina – Esko, Timo, Ulkomaisen välitystuomion tunnustaminen ja täytäntöönpano New Yorkin konvention mukaan, Helsinki 1980 s. 28–53 ja ehdottomuusperiaatteen osalta erit. 31–36 sekä yleisistä tuomioistuimista Lappalainen, Siviiliprosessi I s. 238–261 ja Tirkkonen, Suomen siviiliprosessioikeus I, 2. painos, Porvoo 1974 s. 150–169. Ks. myös Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tuomio Eco Swiss China Time Ld vastaan Benetton International NV, asia C-126-97, 1.6.1999, joka koskee EY:n perustamissopimuksen 81 artiklan vastaisuuden merkitystä ehdottomuusperiaatteen kannalta ja jossa EY tuomioistuin palautti kysymyksen ratkaisun sen arvioimiseen, onko välitystuomio ristiriidassa asianomaisen jäsenvaltion oikeusjärjestyksen kuuluvan kansallisen lainsäädännön kanssa.

[47] Tukeudun tässä myös asianajaja, OTT Timo Eskon 4.1.2000 jäljempänä av. 50 selostettavassa oikeustapauksessa vastaajalle antamaan asiantuntijalausuntoon. Ks. myös KKO 1992:145 oikeuden väärinkäytöstä.

[48] Buure-Hägglund – Esko, Ulkomaisen välitystuomion tunnustaminen ja täytäntöönpano s. 32–34

[49] Möller, Välimiesmenettelyn perusteet s. 72.

tavaa, että etenkin kilpailuoikeuden pakottavat oikeusohjeet tulevat vastaisuudessa johtamaan oikeuskäytännön lisääntymiseen. Käytettävissäni on yksi hovioikeuden tuomio, joka koskee välitystuomion julistamista *ordre public* -perusteella kokonaan mitättömäksi.[50] Kantaja väitti välitystuomion olleen ristiriidassa Suomen oikeusjärjestyksen perusteiden kanssa, koska välimiehet olivat kantajan mielestä ratkaisseet kilpailuoikeudellisen kysymyksen kilpailuviranomaisen päätöksessään ilmoittaman lainvoimaisen kannanoton ja siten KRL (silloisen) 7 §:n ja 18 §:n sekä EY:n perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklan vastaisesti.[51] Käräjäoikeus hylkäsi kanteen katsoen, että välitystuomio ei perustunut kilpailuoikeuden takia pätemättömään hintaehtoon tai indispositiivisen säännöksen vastaiseen lain soveltamiseen, ja hovioikeus pysytti käräjäoikeuden tuomion.

### *Välimiesmenettelykelpoisuus-perusteinen mitättömyys*

VML 40.1 §:n 1 kohdan mukaan välitystuomio on mitätön siltä osin kuin välimiehet ovat välitystuomiossa ratkaisseet sellaisen kysymyksen, jota ei Suomen lain mukaan voida ratkaista välimiesmenettelyssä. Olen edellä päätynyt toteamaan, että välimiehet voivat VML 2 §:n estämättä käsitellä ja ratkaista myös sellaisen yksityisoikeudellisen riitakysymyksen, jonka ratkaiseminen edellyttää pakottavan oikeusohjeen soveltamista kannevaatimuksen tai riitakysymyksen ratkaisemisen kannalta tarpeellisen esikysymyksen ratkaisemiseen.[52] Tällaisia asioita välimiesmenettelyssä käsiteltäessä näyttäisikin olevan kysymys lähinnä siitä, että pakottavia aineellisoikeudellisia oikeusohjeita sovelletaan oikein sillä uhalla, että käsillä voi olla välitystuomion *ordre public* -perusteinen mitättömyys.

Ruotsin LSF:n esitöiden mukaan tähän kysymykseen näyttää kohdistuneen edellä toteamastani joissain suhteissa poikkeavia näkemyksiä ja LSF 1.3 §:ään sisällytettiin nimenomainen määräys, jonka mukaan välimiehillä on oikeus tutkia kilpailuoikeuden siviilioikeudelliset seuraamukset. Menemättä yksityiskohtiin tyydyn viittaamaan siihen, että esitöiden jaksossa ”Skiljedomsmässighet”[53] suoritettu pohdiskelu käsitykseni mukaan päätyi epävarmaan kantaan

---

[50] Helsingin HO:n tuomio 22.8.2003 Nro 2419 (S 01/1007). Tuomio on lainvoimainen. Välitystuomiossa oli kysymys määräävässä markkina-asemassa olleen yhtiön B asiakkaaltaan A perimän liikahinnan palauttamisesta vaihtoehtoisesti määräävän markkina-aseman väärinkäyttämistä koskevan kiellon ja asemaan kuuluneen tasapuolisuusvelvoitteen rikkomisen tai sopimusvelvoitteiden rikkomisen perusteella. B vastusti kannetta mm. väittäen sen perustuvan kilpailuoikeudellisesti pätemättömään hintaehtoon ja kanteen hyväksymisen johtavan B:n muita markkinoilla toimivia asiakkaitaan kohtaan olevien kilpailuoikeudellisten velvollisuuksien rikkomiseen. Välimiehet hyväksyivät sopimusperusteisena ajetun kanteen ja velvoittivat B:n palauttamaan A:lle tältä sopimuksen vastaisesti perimänsä liikahinnan.

[51] Kantajan vetoama kannanotto oli kilpailuneuvoston seuraamusmaksupäätöksen eräs perustelulausuma.

[52] Edellä av. 50 mainitussa asiassa B:n kanne perustettiin alunperin myös VML 40.1 §:n 1 kohtaan väittein, että välimiesten ratkaisema riitakysymys ei ollut sellainen yksityisoikeudellinen riitakysymys, josta voidaan tehdä sovinto, koska riita koski kilpailuoikeudellista kysymystä ja koska asianosaiset eivät voi tehdä sovintoa julkista etua koskevasta kysymyksestä. Käräjäoikeus, joka siis hylkäsi kanteen molemmilla perusteilla ajettuna, totesi perusteluissaan, että välimiesmenettelyssä voidaan VML 2 §:n mukaan ratkaista asioita, joissa sovelletaan myös oikeusjärjestyksen perusteisiin kuuluvia pakottavia säännöksiä. B ei enää hovioikeudessa vedonnut VML 40.1 §:n 1 kohtaan.

[53] SOU 1994:81 s. 77–86 ja 172–174. Samalla perusteluissa tarkasteltiin *ordre public* -käsitteen soveltamista. Ks. myös Heuman, Skiljemannarätt s. 156–168.

siitä, missä määrin pakottavien oikeusohjeiden soveltuminen voi muodostaa esteen riitakysymyksen välimiesmenettelykelpoisuudelle siitä huolimatta, että oikeussuojavaateen kohteena sinänsä on dispositiivinen yksityisoikeudellinen riitakysymys. Samalla nähtiin ongelmaksi välimiesten oikeus ottaa oma-aloitteisesti esille pakottavan oikeusohjeen merkitys, jos asianosainen ei sellaiseen ollut vedonnut,[54] mikä johtuu välimiesten toimivallan rajautumisesta asianosaisten vaatimuksiin ja vetoamisiin.

Välimiesmenettelylain 2 § ei, eivätkä hallituksen esityksen perustelut, sisällä mitään suoraa kannanottoa sellaisen yksityisoikeudellisen riitakysymyksen välimiesmenettelykelpoisuudesta, jonka ratkaisemisessa joudutaan soveltamaan pakottavaa aineellisoikeudellista oikeusohjetta. Oikeuskirjallisuuden lähteet kuitenkin selkeästi puoltavat sitä, että pakottavan oikeusohjeen soveltuminen yksityisoikeudellisen riitakysymyksen ratkaisemiseen ei merkitse välimieskelpoisuuden puuttumista.[55] Niukkojen lähteiden vuoksi edellä päätymääni toteamukseen on kuitenkin aiheellista asettaa tietty varauma ja edellyttää, että kysymystä tällaisten riitakysymysten välimiesmenettelykelpoisuudesta tutkittaisiin syvällisemmin konkreettisten esimerkkien perusteella. Pakottavat oikeusohjeet ja niiden merkitykset vaihtelevat suuresti oikeusohjeiden ja erilaisten soveltamistilanteiden mukaan.[56]

### *Varsinaisesta kilpailuasiasta johtuva välitystuomion täytäntöönpanon estyminen*

On mahdollista, että kilpailuvirasto selvittää ja ratkaisee välimiesmenettelyssä jo ratkaistuun yksityisoikeudelliseen riitakysymykseen liittyvän kilpailuoikeudellisen kysymyksen varsinaisena kilpailuasiana, joka saattaa tulla muutoksenhakutietä markkinaoikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden ratkaistavaksi hallintolainkäyttömenettelyssä. Mikäli välitystuomion yksityisoikeudellista riitakysymystä koskeva ratkaisu on perustunut pakottavan säännöksen soveltamista koskevan ratkaisun osalta erilaiseen lopputulokseen kuin varsinaisessa kilpailuasiassa sen jälkeen tehty päätös, voi se antaa aiheen välitystuomion *ordre public* -perusteista mitättömyyttä koskevan arvion tekemiseen.

Mutta kilpailuvirasto voi tehdä selvityksensä ja päätöksensä myös välitystuomion sisältämän ratkaisun kilpailuoikeuden säännösten mukaisuudesta sinänsä. On selvää, että välitystuomio ei tällöin sido kilpailuvirastoa eikä markkinaoikeutta.[57] Kilpailuvirasto voi kieltää asianosaista, joka on saanut välitystuomiolla itselleen kilpailunrajoitusta koskevan kiellon vastaiseksi katsottavan edun, panemasta sitä täytäntöön, mikä merkitsee välitystuomion oikeusvaikutuksen sivuuttamista muulla kuin prosessioikeudellisella perusteella.

---

[54] SOU 1994:81 s. 84–85 ja Heuman, Skiljemannarätt s. 166–167.

[55] Möller, Välimiesmenettelyn perusteet s. 15–17; Möller, Gustaf, Om skiljeförfarande och talan om ogiltigförklarande eller ändring av bolagsstämmobeslut, Juhlajulkaisu Curt Olsson 70 vuotta, Helsinki 1989 s. 256–263; Kurkela, Välimiesmenettelylaki s. 11–22. Vrt. Tirkkonen, Välimiesmenettely s. 42–70.

[56] On selvää, että sellaista oikeussuhdetta koskeva asia, josta ei lain mukaan voida määrätä muutoin kuin tuomioistuimen tuomiolla, ei ole välimiesmenettelykelpoinen. Immateriaalisoikeusriitojen välimiesmenettelykelpoisuudesta ks. Puhakka, Pekka, Immateriaalisoikeudellisten riitojen ratkaisu välimiesmenettelyssä, DL 1999 s. 1055–1059 sekä Kurkela, Välimiesmenettelylaki s. 13–16.

[57] Varsinaisessa kilpailuasiassa annetun päätöksen merkityksestä välimiesmenettelyssä ks. av. 29.

Korkeimman hallinto-oikeuden päätöksessä 9.6.1999 taltion:o 1540, jolla se pysytti kilpailuneuvoston päätöksen 1.6.1998 (dnro 22/359/96),[58] oli kysymys Yleisradion ja MTV:n sopimusperusteisissa välimiesmenettelyissä annettuihin välitystuomioihin perustuvien Teoston lähetyskorvausten hinnanerosta ja sen kilpailunrajoituslain määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä koskevan kiellon vastaisuudesta. Teosto väitti, että välitystuomiot muodostivat esteen kilpailuneuvoston oikeudelle tutkia asia. Kilpailuneuvosto hylkäsi Teoston väitteen katsoen, että se voi puuttua myös välitystuomiolla vahvistettuun hinnoitteluun. Perusteluissaan kilpailuneuvosto katsoi, että tekijänoikeuskorvauksen taso ja määräytymisperusteet ovat dispositiivisia kysymyksiä ja että välimiehillä on ollut oikeus ja velvollisuus ottaa kantaa KRL (silloisen) 7 §:n soveltamiseen KRL 18 §:n soveltamiseen liittyvänä esikysymyksenä. Kilpailuvirasto ja kilpailuneuvosto eivät kuitenkaan olleet virallisperiaatetta soveltaessaan sidotut asianosaisten kannanottoihin kilpailunrajoituslain soveltamisessa, joten riita-asian saattaminen vireille tai päätöksen antaminen yleisessä tuomioistuimessa tai välimiesmenettelyssä ei estä kilpailunrajoitusasian vireillepanoa ja käsittelyä virastossa ja neuvostossa. Neuvosto totesi myös, että samassa asiassa annettu neuvoston päätös tulee KRL 18 §:n nojalla viran puolesta ottaa ratkaisun lähtökohdaksi yleisessä tuomioistuimessa tai välimiesoikeudessa.

Mikäli hallintolainkäyttötuomioistuin olisi aineellisoikeudellisessa ratkaisussaan päätynyt hyväksymään esityksen ja antamaan välitystuomioiden mukaisen hintaeron käyttämistä koskevan kiellon, olisi jouduttu arvioimaan sen merkitys kyseisten välitystuomioiden *ordre public* -perusteisen mitättömyyden kannalta. Tuossa arviossa olisi todennäköisesti jouduttu päätymään, päätöksen sisällöstä riippuen, jommankumman tai kummankin välitystuomion mitättömyyteen päätöksen vastaiselta osalta.

## Lähemmin pakottavien välimiesmenettelyä koskevien oikeusohjeiden merkityksestä välitystuomion tekemisen ja sen pysyvyyden kannalta

Välimiesmenettelyn lähtökohtana on asianosaisten menettelyä koskeva sopimusvapaus. Tämä asianosaisten sopimusvapaus on kuitenkin rajoitettu pakottavien menettelysäännösten

[58] Välimiesoikeus oli vahvistanut 18.8.1994 antamallaan välitystuomiolla Oy Yleisradio Ab:n Teostolle maksettavan lähetyskorvauksen määräksi 49 mk minuutilta. Toinen välimiesoikeus oli 31.3.1995 antamallaan välitystuomiolla vahvistanut MTV Oy:n Teostolle maksettavan lähetyskorvauksen määräksi 100 mk minuutilta. MTV pyysi kilpailuvirastoa selvittämään, johtaako välitystuomion täytäntöönpano Teoston määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön ja ryhtymään myönteisessä tapauksessa toimiin väärinkäytön lopettamiseksi. MTV piti välitystuomioihin perustuvaa Teoston hinnoittelua kohtuuttomana ja diskriminoivana katsoen, että korvausten tuli olla identtiset, koska Teosto on välitystuomioin perustelujenkin mukaan määräävässä markkina-asemassa säveltaiteellisten tekijänoikeuskorvausten perinnässä. Kilpailuvirasto vaati esityksessään kilpailuneuvostolle, että kilpailuneuvosto mm. määräisi KRL 8.4 §:n nojalla Teoston lopettamaan viraston toteaman KRL 7 §:n 2 ja 4 kohdan vastaisen menettelyn. Kilpailuneuvosto päätyi katsomaan, että välitystuomioilla vahvistettua hinnaneroa ei voida pitää MTV:tä syrjivänä, joskaan Yleisradiolle vahvistettu hinnoittelu ei täyttänyt korvausten läpinäkyvyydelle asetettuja vaatimuksia. Kilpailuneuvosto hylkäsi kieltoa koskevan esityksen. KHO pysytti kilpailuneuvoston päätöksen.

osalta.[59] He eivät voi tehokkaasti luopua kokonaan tai oleellisilta osin heille kuuluvista perustavaa laatua olevista menettelyn oikeusturvaedellytyksistä eivätkä sopimuksin oikeuttaa välimiehiä VML 27.2 §:ssä tai 29 §:ssä tarkoitettujen pakkokeinojen käyttämiseen. Heillä ei ole oikeutta sopia menettelyä koskevien VML 40 §:n mitättömyysperusteiden vastaisesti riitakysymyksen välimiesmenettelykelpoisuudesta (VML 2 § ja 40.1 §:n 1 kohta) eikä siitä, että välitystuomio annetaan noudattamatta VML 36 §:n välitystuomion muotomääräyksiä[60] (VML 40.1 §:n 4 kohta).

On selvää, että välimiesmenettelyssä omaksuttu menettely voi rikkoa pakottavia menettelysäännöksiä niin raskaalla ja oleellisella tavalla, että välitystuomio on katsottava *ordre public* -perusteisesti mitättömäksi. Hallituksen esityksen perusteluissa ei ole kuitenkaan tätä perusasiaa nimenomaan erikseen mainittu. Tällaiseksi pakottavaksi menettelysäännökseksi on katsottava ainakin VML 22 §:n sisältämä *kontradiktorinen periaate*. Säännöksen pakottavuus on todettu myös hallituksen esityksen perusteluissa maininnoin, että se rajoittaa asianosaisten VML 23 §:n mukaista valtaa sopia parhaaksi katsomallaan tavalla menettelyn kulusta.[61] Siitä, että kontradiktorisen periaatteen raskas rikkominen voi merkitä *ordre public* -perusteista mitättömyyttä, näyttää vallitsevan yksimielisyys.[62] Kun VML 41.1 §:n 4 kohta kuitenkin mahdollistaa kumoamiskanteen ajamisen 22 §:n rikkomisen perusteella, siihen vedottaneen pelkästään mitättömyysperusteena suhteellisen harvoin.[63]

VML 23 §:n mukaisen tasapuolisuuden periaatteen raskas rikkominen voinee myös merkitä välitystuomion *ordre public* -perusteista mitättömyyttä.[64] Eräässä oikeustapauksessa on kumoamiskanteen yhteydessä esitetty myös tasapuolisuuden periaatteen rikkomiseen perustettu mitättömyysvaatimus, joskin kanne sen perusteella ajettuna hylättiin.[65] Kirjallisuuslähteissä ja Ruotsin LSF:n esitöissä on pidetty oikeusjärjestyksen perusteiden vastaisena myös väärin tai väärennetyin todistein saatua välitystuomiota.[66]

Lopulta on mahdollista, että välimiehet joutuvat toteamaan saman asian, joka on vireillä välimiesmenettelyssä, olevan vireillä myös valtion tuomioistuimessa tai toisessa välimiesme-

---

[59] Ks. HE 202/1991 s. 19 ja Heuman, Skiljemannarätt s. 271–276.

[60] Ks. HE 202/1991 s. 24–25. Välitystuomion antamispäivän tai -paikkakunnan puuttuminen välitystuomiosta ei vaikuta sen pätevyyteen. Ks. myös SFL 31.1 ja 33.3 §, SOU 1994:81 s. 173–174 ja Heuman, Skiljemannarätt s. 513–518 ja 604.

[61] Ks. HE 202/1991 s. 19 VML 23 §:n kohdalla.

[62] Ks. Buure-Hägglund – Esko, Ulkomaisen välitystuomion tunnustaminen ja täytäntöönpano s. 35–36 ja 41–43; Kurkela, Välimiesmenettelylaki s. 60–65; Heuman, Skiljemannarätt s. 600–603; SOU 1994:81 s. 172–174.

[63] Edellä av. 25 mainitussa Helsingin HO:n tuomiossa välitystuomio oli kumottu kuulemisperiaatetta koskevan rikkomuksen perusteella. Vrt. Helsingin HO:n tuomio 13.10.1998 No 3068 (S 97/1274). Siinä vaadittiin tekijänoikeuslain 47 §:ssä tarkoitettua korvausta koskevan välitystuomion kumoamista mm. kuulemisperiaatteeseen vedoten. Kanne ja mm. kuulemisperiaatteen rikkomista koskeva väite hylättiin.

[64] Ks. Kurkela, Välimiesmenettelylaki s. 71–73 ja Heuman, Skiljemannarätt s. 602–603. Vrt. HE 202/1991 s. 19 ja Möller, Välimiesmenettelyn perusteet s. 53.

[65] Ks. av. 25 ja 63 mainittu hovioikeuden tuomio, jolla välitystuomio kumottiin VML 41.1 §:n 4 kohdan nojalla.

[66] Ks. Kurkela, Välimiesmenettelylaki s. 128–130, jossa viitataan myös Englannin lain tuntemaan prosessipetos -perusteeseen. Heuman, Skiljemannarätt s. 277–279 ja 600–601 on samalla kannalla, joskin asettaa tässä kohden eräitä erityisiä varaumia. Ks. myös SOU 1994:81 s. 172 ja 182. Heuman toteaa myös s. 601, että jos välimiehet havaitsevat perustavaa laatua olevien menettelyperiaatteiden karkean rikkomuksen menettelyn aikana, he ovat velvolliset jättämään asian tutkimatta.

nettelyssä. Tähän liittyy vaikeasti ratkaistavia kysymyksiä muun muassa sen osalta, milloin kysymys on samasta asiasta,[67] ja jos kysymys on samasta asiasta, mikä on sen merkitys välimiesmenettelyyn. Laissa ei ole tämän tilanteen varalta säännöksiä, joten sen ratkaiseminen jää oikeuskäytännön varaan. Oikeuskirjallisuudessa[68] on kuitenkin todettu ensinnäkin, että välimiesmenettelyn tultua vireille samaa asiaa ei voida saattaa tutkittavaksi jossakin toisessa välimiesmenettelyssä ja että vireillä olevalla välimiesmenettelyllä on *lis pendens* -vaikutus toiseen välimiesmenettelyyn. Toiseksi on todettu, että asian käsittelyä välimiesmenettelyssä ei voida enää jatkaa, kun sama asia on otettu valtion tuomioistuimen tutkittavaksi. Tämän kannan omaksuminen merkitsee, että asian tuomioistuimessa vireilläolo omaa välimiesmenettelyyn *lis pendens* -vaikutuksen ja sen myötä esteen saman asian välimiesmenettelyssä käsittelemiselle ja ratkaisemiselle. Kysymyksen vaikeudesta johtuen jätän sen tässä edellä olevan maininnan ja kirjallisuusviittausten varaan.

---

[67] Ks. Lappalainen, Siviiliprosessi I s. 379–385.

[68] Ks. Möller, Välimiesmenettelyn perusteet s. 55 ja Tirkkonen, Välimiesmenettely s. 64–65, 224–228. Tirkkonen toteaa s. 228 sen, että välimiesmenettelyyn saatettu kysymys ei saa olla valtion tuomioistuimessa vireillä, olevan ”prosessinedellytys”. S. 64 mukaan myös lainvoimaisella tuomiolla ratkaistu asia voidaan saattaa uudelleen välimiesmenettelyssä ratkaistavaksi. S. 65 ja 226 hän mainitsee vanhan VML 1.2 §:n, jonka mukaan tuomioistuimen oli jätettävä asia sikseen, jos siinä vireillä oleva riita jätettiin välimiesten ratkaistavaksi, huomautuksin, että välimiehet eivät saaneet ryhtyä asiaa käsittelemään niin kauan kuin juttu oli vielä valtion tuomioistuimessa vireillä. S. 280–281 ja Tirkkonen, Tauno, Välitystuomion pätemättömyydestä s. 282–283, LM 1940 s. 263–291 Tirkkonen toteaa, että tuomioistuimessa vireillä olevan saman asian *lis pendens* -vaikutuksen vastaisesti annettu välitystuomio oli vanhan VML 23 §:n i.f. ”jos he asiaa käsitellessään ovat menetelleet virheellisesti” nojalla määräajassa ajettavasta kanteesta kumottavissa. Ruotsin SFL ei liioin sisällä enää *lis pendens* -säännöstä, joka sisältyi vanhan lain, lag om skiljemän (1929:145), 1.2 §:ään: ”Skiljemän får inte ta upp en fråga, om vilken det pågår rättegång. Detta gäller dock inte, om talan i rättegången har återkallats.” Ks. SOU 1994:81 s. 136–137 ja 172–174, jossa todetaan, että tästä huolimatta on saman asian vireilläolollla tuomioistuimessa edelleenkin *lis pendens* -vaikutus, että sitä koskevan nimenomaisen säännöksen laista pois jättäminen johtui lähinnä sen soveltamisalan ja sisällön täsmennysvaikeuksista ja että tämän vuoksi *lis pendens* -vaikutuksen vastaisuus ei muodosta enää pätemättömyysperustetta vaan välitystuomion kumoamisperusteen (LSF 34.1 §:n 6 kohta ”om det annars, utan partens vållande, i handläggningen har förekommit något fel som sannolikt har inverkat på utgången”). Ks. tästä myös Heuman, Skiljemannarätt s. 186–187, 365, 373, 585 ja 602. Heuman toteaa s. 373–381 oikeusvoimaa käsitellessään, että siviiliprosessuaaliset oikeusvoimaperiaatteet ovat pääsääntöisesti voimassa myös välimiesmenettelyssä ja siinä vain vahvoin perustein sivuutettavissa, ja s. 602, että myös niiden virheellinen soveltaminen merkitsee välitystuomion kumoamisperustetta. *Lis pendes* -vaikutuksesta ks. myös Lappalainen, Siviiliprosessi I s. 377–385 ja Siviiliprosessi II s. 16 ja 407–408 sekä välitystuomion oikeusvoimasta s. 415–419.

Kirsti Rissanen

# Lainvalmistelun kehittäminen ja säädöspolitiikka

## Lähtökohtia

Kansalaisilla on oikeus odottaa, että lait ovat selkeitä, ymmärrettäviä ja johdonmukaisia. Oikeusjärjestyksen keskeisten ainesten sisällöllinen ristiriidattomuus on oikeusvarmuuden ja ennustettavuuden edellytys. Ihmisten tulee voida tietää oikeutensa ja velvollisuutensa ja kaikkien tulee olla yhdenvertaisia lain edessä. Oikeusjärjestyksen selkeyden ja johdonmukaisuuden tavoitteista ei voida tinkiä, vaikka nykyisin enenevästi kansainvälisiä aineksia sisältävässä voimassa olevien normien kokonaisuudessa ei käytännössä voidakaan välttää sitä, että joitakin ristiriitoja esiintyy. Lakien soveltaminen vaatii usein avoimeen oikeudelliseen argumentaatioon perustuvaa tulkintaa.

Julkisen vallan toimien ennakoitavuus sekä hallinnon tehokkuus, joutuisuus ja kansalaisten hyvä palvelu vaativat selkeiden aineellisten säännösten lisäksi tarkoitukseensa sopivia organisaatioratkaisuja. Hyvän hallinnon perusteet luodaan viranomaisten toimivallan ja tehtävien onnistuneella määrittelyllä. Oikeusjärjestyksen laatu, hyvä hallinto ja oikeusturvan saatavuus nähdään välttämättömäksi sekä talouden kilpailukyvylle että kestävälle sosiaaliselle kehitykselle.[1]

Eduskunnan taholta on toistuvasti arvosteltu lainvalmistelun tasoa. Huoli on aiheellinen, vaikka pääosa hallituksen esityksistä täyttää korkeat laatuvaatimukset. Vuonna 1994 perustuslakivaliokunta katsoi mietinnössään, että lainvalmistelun laatu oli heikentynyt 1990-luvun alussa. Valiokunta totesi lakiesityksissä esiintyneen usein viimeistelemättömyyttä ja pahimmillaan jopa keskeneräisyyttä. Erityisenä yksittäisenä heikkoutena valiokunnan omalla toimialalla otettiin esiin esitysten yksilöihin ulottuvien taloudellisten vaikutusten puutteellinen tai olematon selostaminen. Lainvalmistelun heikkolaatuisuudesta katsottiin olevan monenlaista haittaa poliittiselle järjestelmälle, kun lakien käsittely sen seurauksena jäi puutteelliseksi myös edus-

[1] Ks. esim. Oikeuspolitiikan strategia ja kehitysnäkymiä vuosiksi 2003–2012. Oikeusministeriö 2002, s. 4. Yhtenä mielenkiintoisena uudenlaisena esimerkkinä lainsäädännön merkityksestä talouden suorituskyvylle voidaan pitää kansainvälistä tutkimusta Doing Business in 2004: Understanding Regulation. The International Bank for Reconstruction and Developement / The World Bank, Washington 2004. Siinä tutkitaan taloudellisten mittareiden avulla yli 130 maan tilannetta vertaillen sitä, miten lait edistävät tai rajoittavat yritystoimintaa ja selvitetään erilaisten uudistusten taloudellisia seurauksia. Tutkimus on tarkoitus uudistaa vuosittain.

kunnan lainsäädäntömenettelyssä.[2] Eduskunnan puhemiesneuvosto on erikseen kiinnittänyt hallituksen huomiota asiaan ainakin vuosina 1995, ja 2002 sekä viimeksi kesäkuussa 2003, jolloin kannanotossa todettiin: ”On ensisijaista, että lainsäädännön laadun varmistamiseksi lainvalmistelulle varataan riittävästi aikaa.”

Lakien laatiminen ja uudistaminen on vaativa tehtävä. Demokratian lähtökohtiin kuuluu, että asioiden huolelliseen ja puolueettomaan selvittämiseen ja lakeja säädettäessä noudatettavan menettelyn avoimuuteen voidaan luottaa. Päätöksenteon tulee voida perustua oikeaan ja riittävään tietoon. Vain näillä edellytyksellä lait hyväksytään yleisesti ja niitä noudatetaan omaehtoisesti ilman viranomaisvalvontaa ja tehostavien seuraamusten käyttöä.[3] Lakien laatu sinänsä on abstrakti asia. Sitä voidaan parantaa vain kehittämällä sitä prosessia, jonka tuloksena lait syntyvät. Vaikka suomalainen lainvalmistelu on perinteisesti ollut korkeatasoista, ovat yhteiskunnalliset olosuhteet viime vuosina siinä määrin muuttuneet, että uusiin haasteisiin vastaaminen vaatii toiminnan jatkuvaa kehittämistä. Oikeusnormien määrän ja laadun kritiikki samoin kuin säädöspoliittinen keskustelu ja lainvalmistelua koskeviin haasteisiin vastaaminen onkin ollut ajankohtaista monissa maissa, kansainvälisissä järjestöissä ja myös EU:ssa.[4]

Tässä kirjoituksessa tarkastellaan aluksi lyhyesti demokraattisen oikeusvaltion lähtökohtia ja Suomen EU-jäsenyyden vaikutuksia. Näin haetaan paikkaa säädöspolitiikalle suhteessa hallituksen muihin politiikkoihin. Sen jälkeen luodaan katsaus viimeisen kymmenen vuoden aikana tehtyyn lainvalmistelun kehittämistyöhön. Hypoteesina on, että lainvalmistelulle tulisi kehittää laatujärjestelmä, jonka avulla olisi mahdollista nykyistä paremmin ja kattavammin huolehtia eri ministeriöissä tapahtuvan valmistelun tasosta ja sen tulosten eli eduskunnalle annettavien hallitusten esitysten korkealaatuisuudesta. Säädöspolitiikan periaatteille tarvittaisiin sekä hallituksen että eduskunnan nimenomainen hyväksyntä.

## Demokratia ja oikeusvaltio

Yhteisöllisen demokratian historia kytkeytyy kansallisvaltioiden syntyyn. Vuonna 1789 Ranskan kansalliskokoukseksi julistautunut kolmas sääty antoi ihmis- ja kansalaisoikeuksien julistuksen, joka sitten otettiin vuonna 1791 säädetyn uuden perustuslain johdannoksi. Sen ensimmäisen pykälän mukaan ihmiset olivat syntyneet vapaiksi ja oikeuksiltaan tasa-arvoisiksi. Oikeuksiin kuuluivat henkilökohtainen vapaus, loukkaamaton omistusoikeus, turvallisuus ja sorron vastustaminen. Oikeuksien takeeksi lakien tuli olla kaikille samat. Suvereniteetti tuli

[2] PeVM 1/1994 vp., s. 2–5.

[3] Ks. perusteellista selvitystä lakien noudattamisesta Tala, Jyrki, Lakien vaikutukset. Helsinki 2001, s. 286–336.

[4] Ks. esim. Tala, Jyrki, Oikeussääntelyn määrä ja vaihtoehdot. Helsinki 1999, s. 45–67, Tala, Jyrki, Lakien ja lainvalmistelun laadun kehittäminen Euroopan unionissa teoksessa Yritys eurooppalaisessa oikeusyhteisössä, toim. Helander, Lavapuro & Mylly. Turku 2002, s. 105–131 sekä Valtioneuvoston säädöspolitiikan muodostaminen. Työryhmän mietintö. Oikeusministeriö, Lainvalmisteluosaston julkaisu 4/1999 (Säädöspolitiikka), s. 29–38.

kuulumaan kansalle, aluksi tosin vain veroa maksaneille miehille. Heidän edustajansa ilmaisivat kansan tahdon, säätivät lait ja päättivät verorasituksesta.

Uudistuksia seurasi sekasorto, sotia ja entisten hallitsijoiden paluu valtaan. Englannissa teollinen vallankumous ja taloudellisen liberalismin aate toivat toisaalta mukanaan ammattiyhdistykset, joiden perustaminen sallittiin vuonna 1824, ja teollisuustyöväen piirissä alkunsa saaneen osuustoiminta-aatteen. Teollisen yhteiskunnan kehittyessä ihminen vapautui siteistä kuninkaaseen ja kirkkoon. Syntyivät kansakunnat ja puolueet. Euroopan hullu vuosi 1848 näki kansanrintaman nousun alistamista ja ankaraa valvontaa vastaan melkein kaikissa Manner-Euroopan maissa ja muodostui näin virstanpylvääksi sen jälkeen syntyneiden kansallisvaltioiden kehityksessä. Uusien valtioiden poliittiseksi ohjelmaksi omaksuttiin Ranskan suuressa vallankumouksessa muotoillut periaatteet ja lähtökohdat.

Kansallisvaltioissa säädettiin yleisesti liberaalit perustuslait, jotka takasivat perusoikeudet, kansanvallan, oman kansallisen lain, oman kielen ja sittemmin myös elinkeinovapauden. Samaan aikaan luotiin oikeusvaltioiden hallinnon perusteet. Viime vuosisadan alkupuolella alkoi hyvinvointivaltion rakentaminen, joka johti valtioiden tehtäväpiirin laajentumiseen. Sen myötä ryhdyttiin säätämään esimerkiksi koulutusta, työelämää, terveydenhuoltoa, sosiaalisia oikeuksia ja asumista koskevaa normistoa.[5]

Antero Jyränki on kuvannut demokratia- ja oikeusvaltioperiaatteen tarkoitusta ja vaikutussuuntaa seuraavasti: ”*Demokratia*-periaate vastaa kysymykseen julkisen vallan haltijasta ja käyttäjistä, ei vallankäytön sisällöstä. – – Viime kädessä sen tarkoituksena on *julkisen vallan käytön legitimointi.* – – *Oikeusvaltio*-periaate taas vastaa kysymykseen julkisessa toiminnassa noudatettavista menettelytavoista ja osin myös tämän toiminnan sisällöstä ja laajuudesta. – – Tarkoituksena on yhtäältä *suojata yksilöä* niin julkista valtaa kuin toisia yksilöitä vastaan (mielivallan välttäminen, ennustettavuus, oikeusvarmuus) ja toisaalta varmistaa tiettyjen yksilölle tärkeiden perusarvojen toteutuminen (perusoikeudet). – – Oikeusvaltioperiaatteen tarkoituksena on myös *yhteisön demokraattisen legitimaatiorakenteen suojaaminen*.”[6] Nykyisissä syvenevän integraation oloissa lainvalmistelun ja lainsäädännön laatuun kohdistettu huomio ja kritiikki heijastaa osaltaan näiden perusperiaatteiden uudenlaista ajankohtaisuutta.[7] Tätä taustaa vasten saattaa olla ymmärrettävissä myös julki lausutun säädöspolitiikan tarve, toisin sanoen kokonaisvaltainen, suunnitelmallinen ja koordinoitu lähestymistapa säädöksiin poliittisessa päätöksenteossa ja tavoitteenasettelussa.[8]

Demokratian ydin on kansalaisten oikeus vaikuttaa lainsäädäntöön ja velvollisuus noudattaa lakeja. Suomen uuden perustuslain 2 §:ssä kansanvaltaisuus ja oikeusvaltioperiaate ilmais-

---

[5] Ks. kehityksestä esim. Letto-Vanamo, Pia, Eurooppa oikeusyhteisönä. Helsinki 1998, s. 126–145 ja Tala, 2001, s. 1–5.
[6] Ks. Jyränki, Antero, Oikeusvaltio ja demokratia, teoksessa Aarnio, Aulis & Uusitupa, Timo, Oikeusvaltio. Helsinki 2002, s. 13–14.
[7] Ks. Oikeusvaltiosta ja integraatiokehityksestä Hallberg, Pekka, The Rule of Law. Helsinki 2004 ja lainsäädännön paikasta Tuori, Kaarlo, Lainsäädäntö politiikan ja oikeuden välissä. Oikeus 1998:3, s. 251.
[8] Ks. Valtioneuvoston säädöspolitiikan muodostaminen. Työryhmän mietintö. Oikeusministeriö, Lainvalmisteluosaston julkaisu 4/1999 (Säädöspolitiikka), s. 45.

taan seuraavasti: ”Valtiovalta Suomessa kuuluu kansalle, jota edustaa valtiopäiville kokoontunut eduskunta. Kansanvaltaan sisältyy yksilön oikeus osallistua ja vaikuttaa yhteiskunnan ja elinympäristönsä kehittämiseen. Julkisen vallan käytön tulee perustua lakiin. Kaikessa julkisessa toiminnassa on noudatettava tarkoin lakia.” Valtioneuvoston työskentelyssä lakien valmistelu on keskeisessä asemassa. Hallitusten esitysten käsittely ja lakien sisällöstä päättäminen on kansanedustajien keskeinen valtaoikeus.

Suomen liittyminen Euroopan neuvostoon ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen voimaan tulo vuonna 1990 vaikuttivat voimakkaasti ihmis- ja perusoikeusajattelun kehittymiseen, sille myönteiseen laintulkintaan ja maamme oikeuskulttuuriin. Vuonna 1995 seurasi perusoikeusuudistus, jossa korostettiin yksilön oikeuksien ja perustuslain tasoisen turvan laajentamista ja vahvistamista. Hallituksen esityksen yleisperusteluissa lausuttiin, että perusoikeuksien selkeä määrittely auttaa ihmisiä hahmottamaan oikeutensa ja asemansa julkiseen valtaan, yhteiskuntaan ja ympäristöönsä.[9] Perusoikeussuojaa tehostettiin myös täsmentämällä ja tiukentamalla perusoikeuksien rajoitusedellytyksiä. Suojaa täydentää uudistusta koskeneessa perustuslakivaliokunnan mietinnössä esitetty perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten luettelo.[10]

Uudistettu Suomen perustuslaki tuli voimaan 1.3.2000. Se asettaa lukuisia vaatimuksia asioiden sääntelylle lain tasolla. Tärkeä on perustuslain 80 §, jonka mukaan lailla on säädettävä yksilön oikeuksien ja velvollisuuksien perusteista sekä asioista, jotka perustuslain mukaan muuten kuuluvat lain alaan. Eduskunnan perustuslakivaliokunnan käytännössä vaatimukset ovat täsmentyneet ja osittain laajentuneet, sitä mukaa kun valiokunnan tulkinnat ovat kehittyneet entistä yksityiskohtaisemmiksi. Seurauksena on ollut, että lakien määrä ja yksityiskohtaisuus on lisääntynyt.[11] Myös lakien määrä suhteessa asetuksiin on kasvanut.

Perustuslakiuudistus on samalla merkinnyt sitä, että lakien valmistelussa ja hallituksen esityksen perusteluissa on välttämätöntä selvittää mahdollisimman tarkkaan perusoikeuksien merkitys, erityisesti perusoikeuksien rajoitusten ja myös asetuksenantovallan täsmällisyys ja tarkkarajaisuus. Tämä on merkinnyt uutta haastetta lainvalmistelulle ja vaatinut lainvalmistelijoilta uudenlaista osaamista.

Perustuslakiuudistuksen toimeenpanoa selvittänyt seurantaryhmä piti hyvänä kehityssuuntaa, joka korostaa eduskunnan asemaa lainsäädäntövallan käyttäjänä. Aivan ongelmaton tilanne ei kuitenkaan ole. Mietinnössä lausutaankin: ”Toisaalta suuntaus on herättänyt myös keskustelua, jossa on arvioitu sääntelyn painopisteen jo liiaksikin siirtyneen lain tasolle ja jossa tällaisen siirtymän tarkoituksenmukaisuus on kyseenalaistettu. Samalla on huomautettu, että asiakokonaisuuksien kannalta vähäisten yksityiskohtien sääntely ei kansainvälisesti vertaillen kuulu yleensä kansanedustuslaitosten tehtäväpiiriin.”[12] Lakien liiallisten teknisten ja ehkä usein muutosta vaativien säännösten antaminen voi myös suorastaan häiritä eduskunnan

[9] Ks. HE perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta 309/1993 vp., s. 5.
[10] PeVM 25/1994 vp., s. 5.
[11] Ks. Tala, Jyrki, Oikeussääntelyn määrä ja vaihtoehdot, Helsinki 1999, s. 2–7 ja Oikeusministeriön hallinnonalan toimintakertomus 2003, s. 7. Myös säädöskokoelman sivumäärä on kasvanut. Vuonna 2002 sivuja oli 5634.
[12] Selvitys perustuslakiuudistuksen toimeenpanosta. Oikeusministeriön työryhmämietintö 2002:7, s. 100.

keskeisten, oleellisten tehtävien hoitamista. Se myös rasittaa valtioneuvoston rajallisia lainvalmisteluresursseja.

Valtioneuvoston kansliapäällikkökokouksen keskuudestaan nimeämä työryhmä, joka selvitti toimenpiteitä valtioneuvoston säädösvalmistelun kehittämiseksi, katsoikin, että tulisi joko tilastollisesti tai esimerkkien avulla pyrkiä saamaan selvitys siitä, ovatko perustuslaista johtuvat vaatimukset johtaneet epätarkoituksenmukaiseen säädöstasoon ja yksityiskohtaisuuteen. Työryhmän mielestä tulisi arvioida, miten perustuslain vaatimukset voidaan ottaa huomioon siten, että syntyisi perustuslain ja lainsäädännön kokonaisuuden kannalta tasapainoinen sääntely-ympäristö.[13] Selvityksen tekeminen on vaativa tehtävä eikä siihen ole vielä ollut mahdollisuuksia.

## Euroopan unionin jäsenyys

Suomen liittyessä jäseneksi ensin Euroopan talousalueeseen ETA:aan vuoden 1994 alusta ja jo vuotta myöhemmin Euroopan unioniin toteutettiin nopeassa tahdissa laajamittainen kansallisten lakien harmonisointi EY:n oikeuden mukaiseksi. Esimerkiksi vuonna 1995 eduskunta hyväksyi ennätykselliset 791 lakia. Unionin jäsenyys ja osallistuminen EU:n ja sen lainsäädännön kehittämiseen on merkittävästi lisännyt maamme ministereiden, ministeriöiden virkamiesten ja lainvalmistelijoiden työtä.[14] Myös eduskunta osallistuu kiinteästi EU:ssa tapahtuvaan lainsäädäntötyöhön ottamalla linjauksillaan ehdotuksiin kantaa jo varhaisessa valmisteluvaiheessa. EU:ssa hyväksytyt direktiivit ja puitepäätökset vaativat huolellista lainvalmistelua siinäkin vaiheessa, kun niitä pannaan kansallisesti täytäntöön.

Muissakin kansainvälisissä yhteyksissä kuten Euroopan neuvostossa, YK:ssa ja Maailman kauppajärjestössä WTO:ssa sitoudutaan usein kansallisen lainsäädännön kehittämistä koskeviin velvoitteisiin. Kansainväliset toimijat ovat saaneet ja saamassa yhä laajemman aseman oikeussäännösten laatijana. Samalla kansallisten parlamenttien päätöksenteolle syntyy reunaehtoja. Toisaalta on tärkeää osallistua täysipainoisesti EU:ssa ja muissa kansainvälisissä yhteyksissä tapahtuvaan valmisteluun. Sekä oikeussääntely että sitä tuottavat elimet verkostoituvat ja lomittuvat kansainvälisesti. Tämän myötä säädösvalmistelu ja -valmistelijat saavat uusia haasteita. Osallistumisen on oltava kansainvälisesti kilpailukykyistä.[15] Erityisesti pienen maan kansainvälinen vaikutusvalta riippuu sen edustajien osaamisesta ja argumentointikyvystä.

Euroopan unionin rakenteeseen ja sen oikeussäännöksiin on kohdistunut paljon kritiikkiä. Sen kärki on ollut demokratiavajeessa, byrokraattisuudessa, avoimuuden puutteessa ja EU:n

[13] Ks. Parempaan lainvalmistelun suunnitteluun ja johtamiseen. Kansliapäällikköryhmän kehittämisehdotukset. Valtioneuvoston kanslian julkaisusarja 8/2003, s. 9.
[14] Ks. yleistä tarkastelua Säädöspolitiikka, s. 7–17 ja Wiberg, Matti, Lainsäädäntömme EU-vaikutteisuus luultua oleellisesti pienempää. Oikeus 2004:2, s. 200–206.
[15] Ks. Valtioneuvoston lainvalmistelun kehittämisohjelma II. Oikeusministeriö. Lainvalmisteluosaston julkaisu 6/2000, (Ohjelma II) s. 8 ja 25–27 ja Säädöspolitiikka, s. 41–42.

oikeuden vaikeaselkoisuudessa ja epäselvyydessä. EU:n oikeus poikkeaakin olennaisesti kansallisesta oikeudesta sekä syntytapansa että sektorikohtaisuutensa puolesta. Oikeussäännöksiä on käytetty nimenomaan sisämarkkinoiden luomiseen ja niiden sääntöjen yhdenmukaisuuteen. Tuloksena on usein ollut säännösten sisällön tulkinnanvaraisuus, liiallinen yksityiskohtaisuus, monimutkaisuus ja eri säädösten ja säännösten päällekkäisyys ja ristiriitaisuus. Säädösten hallittavuutta vaikeuttaa myös niiden suuri määrä. Vuonna 2001 komissio ilmoitti säädösten kokonaismääräksi 80 000 sivua.[16] EU:n oikeuden ongelmat heijastuvat suoraan jäsenvaltioiden normistoon.

EU:n lainlaadinta on 1990-luvulla otettu järjestelmällisen kehittämisen kohteeksi. Yhtenä sysäyksenä oli Maastrichtin sopimukseen kirjattu subsidiariteetti- eli toissijaisuusperiaate. Vuonna 1992 Eurooppa-neuvosto asetti päätelmissään tavoitteiksi sääntelyn yksinkertaistamisen ja parantamisen ja seuraavana vuonna neuvosto laati päätöslauselman lainvalmistelun laadusta.[17] Vuonna 1996 komissio aloitti sisämarkkinalainsäädännön yksinkertaistamishankkeen (SLIM) ja laati muistion EU:n lainsäädäntöpolitiikan suuntaviivoista. Yksinkertaistamista ja kodifiointia eli koonnelmia onkin saatu aikaan monella sektorilla.

Hollanti teki puheenjohtajakaudellaan 1997 kunnianhimoisen yrityksen lainvalmistelun laadun parantamisen vauhdittamiseksi. Se ehdotti itsenäisen EU:n lainlaadinnan tarkastuselimen perustamista. Ehdotus ei kuitenkaan saanut riittävää kannatusta. Sen sijaan Amsterdamin sopimuksen liitteeksi N:o 39 kirjattiin julistus yhteisön lainsäädännön valmistelun laadusta ja vuonna 1998 EU:n toimielimet tekivät keskenään sopimukset valmistelun laatua koskevista suuntaviivoista.[18] Vuonna 2001 valmistui jäsenmaiden korkean tason virkamiesryhmän, ns. Mandelkern-ryhmän raportti, joka sisältää ehdotukset säädösympäristön yksinkertaistamisesta ja laadun parantamisesta sekä EU:ssa että jäsenvaltioissa.[19] Vuonna 2002 komissio antoi neljä tiedonantoa sääntelyn parantamiseksi.[20] Vaikka kehittämistyön tulokset ovat toistaiseksi jääneet odotettua laihemmiksi, on asiaan johdonmukaisesti panostettu. Esimerkiksi Mandelkern-ryhmän raportti on hyväksytty Eurooppa-neuvostossa ja samalla päätetty työn jatkamisesta. EU:n perustuslaillisen sopimuksen hyväksyminen kesäkuussa 2004 on todennäköisesti omiaan vauhdittamaan kehitystä.

EU on mielenkiintoisella tavalla seuraamassa kehityksessään Ranskan suuren vallankumouksen etenemisjärjestystä. Vuonna 2002 Eurooppa-neuvosto, komissio ja Euroopan parlamentti antoivat yhteisen juhlallisen julistuksen Perusoikeuskirjasta. Sen johdannossa korostetaan EU:n rakentumista kansanvallan ja oikeusvaltion periaatteelle. Perusoikeuskirjan kuuteen lukuun on kirjattu jäsenvaltioille yhteisiin valtiosääntöperinteisiin, kansainvälisiin velvoitteisiin ja unionin oikeuteen perustuvat unionin asukkaiden oikeudet. Niihin kuuluvat ihmisarvo, vapaudet, tasa-arvo, yhteisvastuu (työntekijöiden oikeudet, perhe- ja työelämä,

---

[16] Simplifying and Improving the Regulatory Environment. Com (2001), 725, s. 5.
[17] EYVL C 166/01, 17.6.1993.
[18] EYVL C 73/01, 22.12.1998.
[19] Mandelskern Group on Better Regulation. Final Report 13.11.2001.
[20] Ks. Säädöspolitiikka, s. 33–35, Tala 1999, s. 14–17 ja Tala 2002, s. 105–131.

sosiaaliturva), unionin kansalaisten oikeudet ja lainkäyttö. Perusoikeuskirja ei ole oikeudellisesti sitova, mutta tekstinsä mukaan se ilmentää EU:n toimielinten sitoutumista perusoikeuksiin. Jäsenvaltioita perusoikeudet sitovat perusoikeuskirjan mukaan silloin, kun ne soveltavat unionin oikeutta.

Joulukuussa 2001 asetettiin Eurooppa-valmistelukunta eli konventti, joka sai tehtäväkseen tehdä EU kansalaisille ymmärrettävämmäksi ja hyväksyttävämmäksi. Yksi kolmesta keskeisestä haasteesta, johon valmistelukunnan tuli laatia vastaus oli: Miten Eurooppa-hanketta ja unionin toimielimiä voidaan tuoda lähemmäksi kansalaisia? Kaksi muuta kysymystä liittyivät poliittiseen elämään laajentuneessa unionissa ja unionin rooliin uuden maailmanjärjestyksen vakauttavana tekijänä.

Kesällä 2003 konventti luovutti ehdotuksensa sopimukseksi Euroopan perustuslaista. Perusoikeuskirja on otettu sen osaksi. Hallitusten välisissä neuvotteluissa ehdotuksen rakenne säilyi, vaikka moniin sen kohtiin tehtiin muutoksia. Sopimus EU:n perustuslaista hyväksyttiin Eurooppa-neuvoston kesäkuun 2004 kokouksen yhteydessä. Voimaan tullakseen se vaatii vielä ratifioinnin kaikissa jäsenmaissa niiden valtiosäännön edellyttämällä tavalla. Useissa maissa tullaan järjestämään kansanäänestys sopimuksen hyväksymisestä. Perustuslakisopimus selkeyttäisi ja yksinkertaistaisi olennaisesti unionin perustamissopimusta sellaisena kuin se nykyisin on useaan kertaan muutetussa muodossaan. Jos sopimus EU:n perustuslaista hyväksyttäisiin kaikissa jäsenmaissa, saattaisi sitä seurata samankaltainen sektorikohtaisten säädösten uudelleen jäsentäminen. Siinä yhteydessä ote olisi todennäköisesti säädöspoliittinen ja edellyttäisi yleisiä tavoitelinjauksia.

## Valtion roolin muuttuminen ja lainvalmistelu

Edellä on kuvattu, miten globalisoituminen on monin tavoin muuttanut oikeudellista toimintaympäristöä ja toimintamahdollisuuksia. Teknologinen kehitys on vaikuttanut samansuuntaisesti. Valtion rooli on muuttunut ja muuttuu edelleen, sitä mukaa kun tuotantotoiminnan siirtyminen korkean kustannustason hyvinvointivaltioista matalan kustannustason valtioihin ja muu kansainvälinen liikkuvuus lisääntyy ja kilpailu kiristyy. Samanaikaisesti valtion toimintoja yksityistetään tai muutetaan toimintaperiaatteiltaan markkinaehtoisiksi. Globaaleilla markkinoilla valtio on vain yksi, joskin olennaisen tärkeä toiminnan taso. Sen kansallisia ratkaisuja siivittää kansainvälisten velvoitteiden lisäksi myös esimerkiksi kansainvälinen verokilpailu ja huoli omassa maassa harjoitettavan yritystoiminnan menestyksestä, johon pitkälle kehittyneissä teollisuusmaissa liittyy kysymys julkisen toiminnan rahoituksen kestävyydestä väestön vanhentuessa. Kansainvälisinä toimijoina valtiot etsivät uusia, tehokkaita välineitä globalisaation ja sen vaikutusten hallintaan.

Oikeudellisesta näkökulmasta on vaara, että toisaalta perusoikeuksien ja hyvinvointivaltiollisten tehtävien kuten koulutus-, terveydenhoito- ja sosiaalipalvelujen vahvistaminen ja toisaalta hyvinvoinnin kasvua lisäävän, mutta uudessa työnjaossa syrjässä sijaitsevia, pieniä

markkina-alueita helposti syrjivän globalisaation vaikutukset johtavat käytännössä vakaviin ongelmiin.[21] Julkinen valta tarvitsee kansalaisten oikeuksien toteuttamiseen riittävät voimavarat.[22]

Entä mihin asioihin kansalaisia edustava kansanedustaja voi käytännössä vaikuttaa? Onko globalisaatio ja huomion kiinnittyminen taloudellisiin mahdollisuuksiin todellisuudessa syynä siihen, että lainvalmistelun kehittämistä koskevassa keskustelussa juuri lakien vaikutukset, niiden arviointi ja se, mitä tavoitellun vaikutuksen aikaansaaminen edellyttää, ovat nousseet etualalle? Kun oikeus- ja yhteiskuntajärjestys ei enää ole yksinomaan valtion sisäinen asia, ei myöskään vaikutusketjuja ja muiden, usein nopeiden olosuhteiden muutosten merkitystä vaikutusten toteutumiselle tai toteutumatta jäämiselle voida helposti hahmottaa. Entä onko markkinavetoinen globalisaatio ollut omiaan korostamaan menestystä, itsensä toteuttamista ja omista oikeuksista kiinni pitämistä yhteisöllisyyden, vastuun ja välittämisen kustannuksella?[23] Miten arvojen muutokset vaikuttavat demokratiaan ja lainsäädäntötyöhön?

Valtiovalta etsii entistä määrätietoisemmin mahdollisuuksia tarjota kansalaisilleen ja alueensa asukkaille menestymisen eväitä, turvallisuutta ja kansainvälistä vakautta. Esimerkin uudesta toimintatavasta tarjoavat pääministeri Matti Vanhasen hallituksen horisontaaliset politiikkaohjelmat: tietoyhteiskunta, työllisyys, yrittäjyys ja kansalaisvaikuttaminen.[24] Erityisesti taloudellisen toimintaympäristön muutosta, sen vaikutuksia ja mukanaan tuomia haasteita on eri tahoilla selvitetty laajalti. Eduskunnan tulevaisuusvaliokunta aloitti vuonna 2003 työn tietoyhteiskunnan syvien haasteiden kartoittamiseksi havaittuaan, että tietoyhteiskuntakehityksen nykyinen, kriittinen vaihe vaatii uudenlaisia rohkeita toimia. Filosofi Pekka Himanen laati tulevaisuusvaliokunnan tilauksesta tähän tarkoitukseen raportin, joka sisältää 25 toimenpide-ehdotusta.[25]

Valtioneuvoston kansliassa on tekeillä laaja, monipuolinen selvitys Suomi maailmantaloudessa, jossa tullaan arvioimaan suomalaisen työn ja tuotannon menestystekijöitä maailmantalouden murroksessa. Ulkoasianministeriön johdolla laadittava globalisaatioraportti etsii mahdollisuuksia globalisaation hallinnan kehittämiseen. Töiden on määrä valmistua vuonna 2004.

Lakien valmisteluakaan ei uuden etsinnässä ole kokonaan unohdettu. Tavoitteena on kehittää lainvalmistelun suunnittelua, johtamista, resursointia ja vaikutusarviointia. Linjaus on tarpeen ja oikeansuuntainen. Tätä kehittämistä ei kuitenkaan ole katsottu niin tärkeäksi, että sitä varten olisi osoitettu lisää voimavaroja. Silti oikeusjärjestys ja hallinnon lainalaisuus ovat

---

[21] Ks. selkeää kuvausta globaalien trendien haasteista Himanen, Pekka, Välittävä, kannustava ja luova Suomi. Katsaus tietoyhteiskuntamme syviin haasteisiin. Eduskunnan kanslian julkaisu 4/2004, s. 2–4.

[22] Ks. Eduskunnan oikeusasiamiehen vuosikertomus 2003, s. 13, jossa hän painottaa sitä, että voimavaroilla on tärkein sija perusoikeuksien toteuttamisessa. Esimerkkinä oikeusasiamies Riitta-Leena Paunio mainitsee hallituksen hammashuoltoa koskevan esityksen, jossa hallitus lähti siitä, että voimavaroja ei tarvitsisi lisätä.

[23] Ks. Seppo Niemelän valaisevaa kansalaisuutta ja ajankohtaista demokratia koskevaa esipuhetta kirjassa Hansen, Niels Buur, Korsgaard, Ove & Bergstedt, Bosse (toim.), Demokratia ja vapaa sivistystyö. Helsinki 2002.

[24] Ks. Hallituksen strategia-asiakirja 2004. Hallituksen poikkihallinnolliset politiikkaohjelmat ja politiikat. Valtioneuvoston kanslian julkaisusarja 11/2004.

[25] Ks. alav. 17 Himanen.

edelleen se luuranko, joka pitää koossa hyvinvointivaltioiden yhteisöllistä demokratiaa. Onkin valitettavaa, ettei lainvalmistelu ole tähän mennessä saanut riittävää huomiota valtioneuvoston ja sen ministeriöiden kehittämisen yhteydessä, sillä lainvalmistelun kehittämisen koordinointia ja tukea koskevat järjestelyt ovat meillä huomattavasti heikompia kuin OECD- ja EU-maissa yleensä.[26]

## Toimenpiteitä lainvalmistelun kehittämiseksi

Oikeusministeriö on julkaissut lainvalmistelijoille hallituksen esityksen laatimisohjeita vuodesta 1975. Vuoden 1992 ohjeissa painotettiin aikaisempaa enemmän esitysten vaikutusten selvittämistä. Parhaillaan valmistumassa olevissa uusissa ohjeissa korostetaan jälleen vaikutusarviointien tärkeyttä. Vuonna 2000 ilmestyi Lainlaatijan perustuslakiopas ja keväällä 2004 Lainlaatijan EU-opas. Vaikutusten arviointien tueksi valtioneuvosto on periaatepäätöksinään hyväksynyt ohjeet säädösehdotusten taloudellisten vaikutusten, ympäristövaikutusten, yritysvaikutusten, alueellisten vaikutusten ja sukupuolivaikutusten arvioinneista. Lisäksi edellytetään, että säädösmuutosten vaikutuksia mm. rikollisuuden estämiseen sekä tietovarantoihin ja tietoprosesseihin arvioidaan. Sekä ohjeiden noudattamista että vaikutusarviointia tuetaan koulutuksella, jonka järjestämiseen oikeusministeriön laintarkastustoimisto osallistuu.

Säädösvalmistelun kehittämiseen otettiin hallitustasolla kantaa, kun vuonna 1996 annettiin valtioneuvoston periaatepäätöksenä valtioneuvoston säädösvalmistelun kehittämisohjelma.[27] Siinä esitettiin kootusti ne seikat, jotka säädöshankkeen valmistelussa ja toteuttamisessa tulee ottaa huomioon. Vuonna 1998 laadittiin lisäksi suomenkielinen versio tarkistuslistasta, joka liittyy OECD:n vuonna 1995 hyväksymään suositukseen sääntelyn laadun parantamisesta.[28]

Vaikka kehittämisohjelmaan suhtauduttiin myönteisesti ja ministeriöiden lainvalmistelutehtäviä hoitavat virkamiehet ovat olleet kiinnostuneita työnsä kehittämisestä, jouduttiin vuonna 2000 suoritetussa arvioinnissa toteamaan, että lainvalmistelun tilanteeseen ei voitu olla tyytyväisiä. Ohjeita ja hyvän säädösvalmistelun periaatteita ei aina noudatettu riittävästi. Laintarkastuksen yhteydessä oli jouduttu toteamaan, että usein tärkeäkin hanke oli valmisteltu puutteellisesti ja että säännösten lakitekninen taso ei läheskään aina olut riittävä. Erityisesti ministeriöiden virkamiesjohdon ja poliittisen johdon sitoutumisessa hyvään lainvalmisteluun havaittiin toivomisen varaa.[29]

Eduskunnan aloitteesta Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos tarkasteli lainvalmistelun laatua lakiesitysten eduskuntakäsittelyn, erityisesti valiokuntien työn näkökulmasta. Vuonna 2000

[26] Ks. Parempaan lainvalmistelun suunnitteluun ja johtamiseen. Kansliapäällikköryhmän kehittämisehdotukset. Valtioneuvoston kanslian julkaisusarja 8/2003 (Kehittämisehdotukset), s. 8.
[27] Oikeusministeriö. Lainvalmisteluosaston julkaisu 3/1996.
[28] Hyvän säädösvalmistelun laatuvaatimuksista. OECD:n suosituksen täytäntöönpano Suomessa. Suomen tarkistuslista. OM ja VM 1998.
[29] Ks. Ohjelma II, s. 8–11.

valmistuneessa tutkimuksessa voitiin todeta, että lainvalmistelun tekninen taso oli noussut vertailuvuodesta 1994 vuoteen 1998, mutta keskeisissä kysymyksissä, kuten säädösten vaikutusten arvioinnissa, oli edelleen selviä puutteita, vaikka ministeriöissä on erityisesti panostettu juuri vaikutuksia koskevan tiedon laajentamiseen. Eduskunnan valiokuntatyössä oli myös käynyt ilmi, että sääntelykohteen nykytila oli usein puutteellisesti kuvattu. Viranomaisten tai tuomioistuinten soveltamiskäytäntöä tai yhteiskunnallista tilannetta oli selostettu vain noin puolessa esityksistä. Kansainvälinen tilanne puolestaan sivuutettiin noin kahdessa kolmanneksessa esityksiä. Runsaassa neljäsosassa esityksistä oli valiokuntatyön kannalta ongelmia tavoitteenasettelussa. Ne koskivat lähinnä tavoitteiden epärealistisuutta, epäselvyyttä, kiistanalaisuutta tai tavoitteiden ja ehdotettujen keinojen välistä epäsuhtaa. Esitysten käsittelyn tietopohja oli siten aivan liian usein päätöksenteon näkökulmasta riittämätön.[30]

Vuoden 1996 lainvalmistelun kehittämisohjelman toteutumisen arvioinnissa voitiin lisäksi todeta ongelmia säädösvalmistelun organisoinnissa ja johtamisessa sekä säädöshankkeiden muodostaman kokonaisuuden hallinnassa. Samoin voitiin todeta, että säädösten voimaantulon vaatimiin toimenpiteisiin ei yleensä kiinnitetty riittävästi huomiota.[31] Valmistelun tieto- ja kokemuspohjan sekä samalla vaikutus- ja voimaantulotoimenpiteiden arviointipohjan kapenemiseen on vaikuttanut komiteavalmistelun käytön väheneminen. 1970-luvulla komiteoiden vuotuinen määrä oli noin 250, josta se väheni noin sataan 1990-luvulle tultaessa. Vuonna 1999 asetettiin ainoastaan yksitoista komiteaa tai toimikuntaa. Niistä seitsemällä oli lainvalmistelutehtäviä.[32]

Uudenlaista lähestymistapaa lainvalmisteluun haettiin kunnianhimoisesti vuoden 1999 alussa valmistuneessa oikeusministeriön asettaman työryhmän mietinnössä Valtioneuvoston säädöspolitiikan muodostaminen.[33] Sillä tarkoitettiin kokonaisvaltaista, suunnitelmallista ja koordinoitua lähestymistapaa säädöksiin (sekä muihin ohjauskeinoihin) hallituksen poliittisessa päätöksenteossa ja tavoitteenasettelussa. Säädöspolitiikka sisältäisi sekä lainsäädännön sisällöllisen ulottuvuuden eli sen, millaisia lainsäädännöllisiä keinoja käytetään että lainsäädäntötyön menettelylliset kysymykset. Säädöspolitiikan paikan katsottiin olevan poliittisen tavoitteenasettelun ja konkreettisen lainvalmistelutyön välimaastossa.[34]

Pohtiessaan säädöspolitiikan tarvetta työryhmä totesi, että lainsäädäntötyön poliittisen johtamisen tukena ei ole yleistä hahmotelmaa lainsäädännön ja muiden vaihtoehtoisten keinojen käytöstä. Säädösten määrässä tapahtunut voimakas kasvu ja sen jatkuminen saattaisi johtaa lainsäädännön vaikeaan hallittavuuteen. Kansainvälisten velvoitteiden kasvu on aiheuttanut kansainvälisten ja kansallisen lainsäädännön välille jännitteitä, jonka johdosta oikeusjärjestyksen ennustettavuus on heikentynyt. Suomessa ei ole juurikaan käyty keskustelua lainsäädän-

---

[30] Ervasti, Kaijus, Tala, Jyrki & Castrén, Elina, Lainvalmistelun laatu ja eduskunnan valiokuntatyö. Helsinki 2000, s. 112–117.
[31] Ks. Kehittämisohjelma II, s. 5–6.
[32] Ks. Kehittämisohjelma II, s. 4.
[33] Oikeusministeriö. Lainvalmisteluosaston julkaisu 4/1999.
[34] Ks. Säädöspolitiikka, s. 45.

nölle vaihtoehtoisten yhteiskunnan ohjauskeinojen käytöstä. Myöskään säädännäisten vaihtoehtojen käytöstä ei ole yleisiä linjauksia. Näihin kuuluisivat muun muassa kysymykset säädöstason valinnasta, valinta pakottavien ja tahdonvaltaisten normien välillä, lainsäädännön yksityiskohtaisuuden taso ja tehosteiden valinta. Säädöspolitiikka edellyttäisi tehokasta lainsäädäntötyön koordinointia sekä kokonaisuuden hallintaa ja seurantaa.[35]

Työryhmä tuli siihen tulokseen, että poliittisen päätöksenteon ja lainvalmistelun välistä yhteyttä oli tarpeen tiivistää ja pyrkiä muodostamaan lainsäädäntötyön johtamisen tueksi valtioneuvoston säädöspolitiikka. Kyse olisi uudenlaisesta kokonaisvaltaisesta ja suunnitelmallisesta lähestymistavasta oikeusjärjestykseen ja sen kehittämiseen.[36] Mietintö sisälsi ehdotuksia muun muassa lainsäädännön tarpeen arvioinnista ja käytettävistä tehosteista. Molemmissa suhteissa suositeltiin käytettäväksi pidättyväisyyttä ja huolellista tarveharkintaa. Rikosoikeudellisia tehosteita, kriminalisointeja tulisi käyttää ainoastaan tärkeiksi katsottavien intressien suojaamiseen ja vain silloin, kun lakien noudattamista voidaan valvoa ja rikkomukset näyttää käytännössä toteen.[37] Edelleen kiinnitettiin huomiota mahdollisimman varhaiseen vaikuttamiseen kansainvälisessä yhteistyössä, erityisesti EU:ssa, säädösten vaikutusten ennakoinnin ja seurannan tärkeyteen sekä lainsäädännön kokonaisuuden hallintaan ja seurantaan eli säädöshuollon tarpeeseen.

Keinoiksi säädöspolitiikkatyöryhmä ehdotti erityistä ministeriryhmää, jonka johdolla valmisteltaisiin erillinen lainsäädäntöohjelma. Ministeriryhmä soveltuisi käsittelemään myös valtioneuvoston säädöspolitiikan yleisiä linjauksia ja arvioimaan tarvetta tehdä lainsäädännön tilaa koskevia selvityksiä. Työryhmä itse teki lakikirjan pohjalta mielenkiintoisen pikakatsauksen voimassa oleviin säädöksiin, niiden yleiseen sisältöön, ikään ja muutoksiin.[38] Säädöspolitiikkatyöryhmän mietinnössä korostettiin erityisesti siitä huolehtimista, ettei merkittäviä tai laajalle ulottuvia lainsäädäntöuudistuksia valmistella liian kiireisessä aikataulussa. Varsinaiseen valmisteluun, vaikutusten arviointiin, julkiseen keskusteluun, esitysten viimeistelyyn, kääntämiseen ja laintarkastukseen tuli varata riittävä aika.[39]

Lausuntokierroksella työryhmän havaintoja ja linjauksia pidettiin sinänsä oikeaan osuneina, mutta ehdotukset säädöspolitiikan muodostamisesta, ministerityöryhmästä ja lainsäädäntöohjelmasta nähtiin liian järeiksi keinoiksi lainvalmistelun kehittämiseen. Hallitus ei tuntenut asiaa kohtaan riittävää kiinnostusta. Kävi myös ilmi, ettei säädöspolitiikan (legislative policy, regulatory policy) idea ole meillä vielä selkeästi hahmottunut ja erottunut muusta politiikasta erilliseksi lakeja säädettäessä noudatettavien menettelytapojen sekä tämän toiminnan yhteisten, horisontaalisten sisältökysymysten kokonaisuudeksi.

---

[35] Ks. Säädöspolitiikka, s. 40–44.
[36] Säädöspolitiikka s. 46.
[37] Nämä näkökohdat ovat olleet korostetusti esillä seksin oston kriminalisointia koskevassa lainvalmistelussa ja keskustelussa. Ks. myös Abrahamsson, Olle, Lagstiftningspolitiken i den nationella lagberedningen, SvJT 2003, s. 1–17, erit. kohta symbollagstiftning, s. 10–11.
[38] Ks. Säädöspolitiikka, s. 8–14.
[39] Säädöspolitiikka, s. 47–85.

Kun toisaalta oli tutkimuksin ja selvityksin todettu, ettei säädösvalmistelun tasoa edelleenkään voitu pitää yleisesti ottaen riittävänä eikä uudenlaiseen säädöspoliittiseen lähestymistapaan nähty tarvetta, julkaistiin vuonna 2000 lainvalmistelun toinen kehittämisohjelma. Sen toimenpide-ehdotukset ja kannanotot liittyivät lainvalmistelun asemaan osana valtioneuvoston ja ministeriöiden toimintapolitiikkaa, lainvalmistelun suunnitelmallisuuden lisäämiseen, oikeussääntelyn vaihtoehtojen selvittämiseen ja seurantaan sekä säädöspoliittisten linjausten, EU:n ja kansainvälistymisen huomioon ottamiseen. Kehittämistyön ja kansainvälisten kokemusten pohjalta tiedetään siis varsin hyvin, miten lainvalmisteluprosessi tulisi organisoida ja mitä vaatimuksia sisällölliselle valmistelulle asetetaan.[40] Laatujärjestelmien kehittämisen ja sertifiointien yleisistä lähtökohdista asiaa tarkastellen voisi tehdä sellaisen johtopäätöksen, että periaatetasolta tulisi siirtyä käytännön toteutukseen. Tulisi kuvata lainvalmistelun arvot ja prosessin eri vaiheet siten, että siitä syntyisi prosessiajatteluun perustuva laatujärjestelmä, jossa asetettujen tavoitteiden toteutumista olisi mahdollista seurata lainvalmistelun eri vaiheissa ja tarkoitukseen kehitetyillä mittareilla.

## OECD:n suositus ja Hollannin malli

Hallituksen toimeksiannosta OECD:n asiantuntijat tekivät vuosina 2002–2003 Suomen lainsäädännön ja lainvalmistelun tilaa arvioivan tutkimuksen.[41] Sen johtopäätöksenä oli, että Suomi on selvinnyt hyvin 1980-luvun lopun lamasta ja sopeutunut onnistuneesti EU-jäsenyyteen. Erityisen hyvinä piirteinä pidettiin avoimuutta, kuulemismenettelyjen käyttöä, panostamista peruslainsäädännön selkeyteen ja tietoyhteiskuntakehitystä. Hyvistä piirteistä huolimatta nykyinen lainvalmistelukäytäntö todettiin riittämättömäksi vastaamaan tämän päivän talous- ja sosiaalipolitiikan haasteisiin. Raportin mukaan hallituksen tulisi vahvistaa säädöspolitiikan tärkeyttä ja sitoutua sen kehittämiseen. Sen tulisi olla koko hallituksen yhteinen painopiste siten, että olennaisesti keskitetymmin vastattaisiin lainvalmistelun ja lainsäädännön korkeasta tasosta ja lakien tehokkaasta täytäntöönpanosta. Lainsäädännön vaikutusten arviointia tulisi merkittävästi kehittää.[42]

OECD:n raportissa Suomelle esitettiin yhdeksän suositusta. Niiden mukaisesti hallituksen tulisi:

1. ottaa säädöspolitiikka (regulatory policy) avainprioriteetikseen,
2. perustaa ministerivaliokunta huolehtimaan johdonmukaisesti lainsäädäntöuudistusten tuloksista ja asettamaan uudistusten yleiset tavoitteet,
3. perustaa erityinen yksikkö, jolla olisi valtuudet, kapasiteettia ja resursseja edistää, panna toimeen ja arvioida tehostettua säädöspolitiikkaa sekä toimia ministerivaliokunnan sihteeristönä,

[40] Ks. Tala, Jyrki, Lakien valmistelu on uskottavuuskriisissä. HS 13.1.2003, s. A 4.
[41] OECD Reviews of Regulatory Reform. Finland, a new consensus for change. OECD 2003.
[42] Ks. OECD, s. 70–71.

4. yhdistää vaikutusarviointia koskevat erilliset ohjeet yhdeksi kokonaisuudeksi ja antaa vastuu niiden noudattamisesta sekä vaikutusarviointien laadusta yllä mainitulle yksikölle,
5. vahvistaa kriteerit sääntelyn tarpeelle ja sääntelytavoille käyttämällä enemmän hyväksi kustannus-hyöty-arviointia,
6. ottaa käyttöön olemassa olevan lainsäädännön systemaattinen arviointi- ja uudistusmenettely, jossa käytettäisiin hyväksi vaikutusarvioinnin menetelmiä,
7. huolehtia lainvalmistelijoiden tukemisesta ja koulutuksesta,
8. vahvistaa kuulemismenettelyjä ja varmistaa, että vaikutusarvioinnilla on keskeinen sija vuorovaikutusprosessissa, sekä
9. tehostaa niiden ohjeiden noudattamista, jotka koskevat lainsäädännölle vaihtoehtoisten keinojen käyttöä ja varmistaa, että muut keinot yksilöidään ja analysoidaan hankkeiden yhteydessä.

OECD:n suositukset perustuvat vertaisarviointiin ja nojaavat siihen eri maissa tehtyyn työhön, josta on saatu hyviä tuloksia. Hollanti kuuluu maihin, joissa säädöspolitiikkaan, lainsäädännön ja lainvalmistelun laatuun sekä vaikutusten arviointiin on johdonmukaisesti panostettu jo kahdenkymmenen vuoden ajan ja saatu myös hyviä tuloksia. Vuonna 1991 Hollannin hallitus esitteli parlamentille säädöspoliittisen suunnitelman ”Legislation in perspective”. Sen tavoitteena oli parantaa hallituksen politiikan valtiosääntöistä ja hallinnollista laatua. Suunnitelman toteuttaminen sisälsi seuraavia toimenpidekokonaisuuksia: lakien vaihtoehdot, lakien laatukriteerit, hallituksen ja yhteiskunnan vuorovaikutus, yhteistyö säädöspolitiikan toimeenpanossa, lainvalmisteluprosessin vaatima aika, olemassa olevan lainsäädännön arviointi, lainsäädäntöä ja -valmistelua koskeva tiedottaminen, lainsäädännön vaikutusten arviointi ja yleisen säädöspolitiikan muodostaminen.

Vuonna 2000 Hollannissa laadittiin uusi lainvalmistelun laatupolitiikka, vahvistettiin oikeusministeriön roolia lainvalmistelussa ja perustettiin erityinen informaatiokeskus lainvalmistelijoille (knowledge center), joka huolehtii tietolähteiden ja työvälineiden saatavilla olosta. Uusille lainvalmistelijoille on järjestetty kahden ensimmäisen työvuoden ajaksi osapäiväinen koulutus, johon osallistuminen kuuluu työtehtäviin. Jo lainvalmisteluhankkeiden alkuvaiheessa ministeriöt laativat perusarvion uudistuksen vaikutuksista (quick scan), johon liittyy selvitys vaihtoehtoisten keinojen käytöstä. Vuonna 2004 parlamentille esitellyssä uudessa parempaan lainvalmisteluun tähtäävässä ohjelmassa keskitytään erityisesti säädöspoliittisiin linjauksiin, joihin sisältyy pyrkimys vähempään ja selkeämpään sääntelyyn, sääntelyn vaihtoehtojen kehittämiseen sekä huomion kiinnittämiseen lakien täytäntöönpanoon käytännössä.

Hollannin kokemukset ovat esimerkki siitä, että OECD:n suositusten täytäntöönpano Suomessa edellyttäisi pääministerin ja koko hallituksen sitoutumista lainvalmistelun laadun pitkäjänteiseen kehittämiseen ja myös yhteistyötä eduskunnan kanssa. Se vaatisi myös tähän tarkoitukseen osoitettuja resursseja.

## Kansliapäälliköiden toimenpiteet

OECD:n raportin ja lainvalmistelun laatua koskevan julkisen kritiikin jatkumisen[43] johdosta valtioneuvoston kansliapäälliköiden kokous nimesi keskuudestaan työryhmän selvittämään toimenpiteitä säädösvalmistelun kehittämiseksi. Se perehtyi aluksi lainvalmistelijoiden tilanteeseen ja oikeusministeriön laintarkastuksen havaintoihin. Niiden mukaan lainvalmistelutyötä leimaa usein kiire, mikä osaltaan vaikuttaa lainsäädännön laatuongelmiin kuten tekstin vaikeaselkoisuuteen ja vaikutusarviointien puutteellisuuteen. Lainvalmisteluhankkeita ei useinkaan suunnitella riittävän huolellisesti, minkä seurauksena aikaa ei ole riittävästi valmistelun eri vaiheita, eri tahojen osallistumismahdollisuuksia ja arviointien tekemistä varten. Myöskään lainvalmistelijoiden osaamisesta, koulutuksesta ja kehittämisestä ei huolehdita. Lainvalmistelijat kokevatkin, ettei heidän työtään arvosteta. Ongelmia nähtiin siis sekä lainvalmistelun johtamisessa että suunnitelmallisuudessa ja resursoinnissa.[44]

Keväällä 2003 valmistuneessa raportissaan kansliapäällikkötyöryhmä keskittyi ehdotuksiin, jotka koskivat lainvalmistelun suunnittelun ja johtamisen tehostamista, säädösvalmistelua koordinoivia rakenteellisia järjestelyjä, lainvalmistelun laadun parantamista ja osaamisen vahvistamista sekä vaikutusarviointien tehostamista.

Kesäkuussa 2003 valtioneuvoston kanslia asetti uuden lainvalmistelun kansliapäällikköryhmän jatkamaan työtä ja toteuttamaan ehdotuksia.[45] Tämän kehittämisryhmän ehdotuksesta valtioneuvoston kansliapäällikkökokous päätti toukokuussa 2004 toteuttaa seuraavat konkreettiset toimenpiteet, jotka tultaisiin esittelemään oikeusministerin toimesta pääministerille:

1. Laaditaan vaalikauden lopun kattava lainsäädäntöohjelma, johon sisällytetään valmistelutyön ja vaikutusten kannalta merkittävät hankkeet aikatauluineen. Ohjelma kytketään hallituksen strategia-asiakirjan valmisteluun ja seurantaan ja sitä käsitellään hallituksessa niiden yhteydessä. Samalla sovitaan siitä, mistä hankkeista tullaan laatimaan laajempi vaikutusarviointi.
2. Jatketaan määrätietoista vaikutusarviointien koordinoitua kehittämistä kansliapäällikköryhmän asettaman avainministeriöiden asiantuntijoiden muodostaman vaikutusarvioinnin tuen pilottihankkeen työn tulosten pohjalta. Selvitetään, miten tutkimuslaitosten, yliopistojen ja korkeakoulujen resursseja voidaan hyödyntää nykyistä johdonmukaisemmin lainsäädännön vaikutusten arvioinnissa.
3. Vahvistetaan oikeusministeriön roolia parantamalla sen valmisteluvaiheessa antamien lausuntojen sisältöä ja huomioon ottamista ja vahvistamalla laintarkastuksen resursseja. Oikeusministeriön mahdollisuus palauttaa sille lausunnolle tai laintarkastukseen toimitettu puutteellinen ehdotus jatkovalmisteluun hyväksytään osaksi lainvalmistelun laadun varmistusta.

---

[43] Ks. esim. korkeimman hallinto-oikeuden presidentin Pekka Hallbergin haastattelua HS 7.1.2003, s. A 6 ja Tala, HS 13.1.2003, s. A 4.

[44] Ks. Kehittämisehdotukset, s. 8.

[45] Valtioneuvoston lainvalmistelun suunnittelun ja johtamisen kehittämisryhmä, asettamispäätös 25.6.2003 VNK007/00/2003.

4. Lainvalmistelutyölle järjestetään ministeriöissä jäsennetty säädösvalmistelun tuki. Kunkin ministeriön säädösvalmistelun laadunvalvontaa vahvistetaan siten, että ministeriössä on kansliapäällikön alaisena vastuuhenkilö, joka kansliapäällikön apuna huolehtii ja vastaa lainvalmistelun suunnitelmallisuudesta. Sama henkilö toimii ministeriönsä edustajana oikeusministeriön johdolla toimivassa Valtioneuvoston säädösvalmistelun kehittämisryhmässä.
5. Varmistetaan sääntelyn vaikuttavuus ja johdonmukaisuus. Sääntelylle on oltava selkeät perusteet ja tarpeetonta sääntelyä on vältettävä. Sääntelyn vaihtoehtoja kuten itsesääntelyä on käytettävä silloin, kun se on mahdollista.

Näillä konkreettisilla toimilla, joihin kaikki valtiosihteerit ja kansliapäälliköt ovat yhteisesti sitoutuneet, on mahdollista parantaa lainvalmistelun johtamista ja työn suunnitelmallisuutta sekä varata valmistelun eri vaiheisiin tehtävän vaativuuteen nähden riittävästi aikaa ja resursseja. Se voi merkitä tarvetta tehdä määrätietoisia priorisointeja ja karsia lainvalmisteluhankkeiden määrää.

Kansliapäällikköryhmän toimeksiannosta oikeusministeriön lainvalmisteluosaston tarkastustoimisto laati selvityksen hallituksen esitysten vaikutusten arvioinnista vuosina 2001–2003. Selvitys osoitti vaikutusten arvioinnin kehittyneen pääsääntöisesti huonompaan suuntaan vuoden 2003 aikana. Vakavasti otettuna tehtävä onkin varsin vaativa. Onhan kyse sen selvittämisestä, miten uusi laki tai lain muutos vaikuttaa kansalaisten elämään. Se edellyttää hyvää käsitystä nykyisestä tilanteesta, sen kehittymiseen vaikuttavista yhteiskunnallisista trendeistä ja arviota muutoksen täytäntöönpanon vaatimista toimista ja resursseista. Ilman tätä tiedollista pohjaa ei demokraattinen päätöksenteko voi saavuttaa kansalaisten luottamusta.

Kasvava tarve lakiehdotusten ja myös lakien vaikutusten arviointiin ja huomion kiinnittäminen siihen, mitä lakiuudistusten toimeenpano käytännössä edellyttää, on merkki siitä, että oikeusjärjestyksen hallitseminen ja ymmärtäminen on käymässä entistä vaativammaksi ja samalla välttämättömämmäksi. Kyse ei ole pelkästään lain valmistelijan tehtävästä vaan yhteisestä näkemyksestä, jonka muodostavat valmistelijan lisäksi ministeriön virkamiesjohto, esittelevä ministeri, hallitus ja eduskunta. Muuttuvassa toimintaympäristössä on olemassa riski siitä, että asetetaan epärealistisia tavoitteita tai että syntyy epäsuhta tavoitteiden ja keinojen välille. Tällöin lisätään eikä vähennetä yhteiskunnassa vallitsevia jännitteitä. Poliittinen järjestelmä ei silloin myöskään vastaa kansalaisten oikeutettuihin odotuksiin.

Lainvalmistelun kansliapäällikköryhmä jatkaa työtään 25.6.2005 asti, minkä jälkeen tehdään saatujen kokemusten perusteella päätös toimikauden jatkamisesta. Käytännössä lainvalmistelun kehittämisessä on vielä paljon tehtävää, jotta saadaan luoduksi, hyväksytyksi ja käytäntöön vakiinnutetuksi kriteerit niin lainsäätämisprosessin laadulle kuin lakien sisällölliselle laadullekin. Siihen tarvittaneen julkilausuttua ja vahvistettua säädöspolitiikkaa.

Eero Routamo

# Itse määritelty tappio tai muu syy korvausvaatimuksen perusteena. Luokitteluongelmia ”korvausoikeudessa”.

## Artikkelin lähtökohta KKO 1999:121 ja kantelu oikeuskanslerille

Korkein oikeus päätti ratkaisussaan 1999:121, ettei Helsingin kaupunki ollut oikeutettu perimään ilkivaltaisen palohälytyksen tekijältä kaupungin palo- ja pelastuslautakunnan tekemän päätöksen mukaista 4 000 markan korvausta, vaan ainoastaan oikeaksi todistamansa todellisen vahingon mukaisen korvauksen.

Oikeuskanslerille 19.11.2000 osoittamassaan kantelussa eräs henkilö tiedusteli, voidaanko Kristiinankaupungin vastaavaa tilannetta varten vahvistamia maksuja pitää laillisina. Hän epäili, etteivät useimmat ihmiset osaa hakea muutosta taksaan perustuvaan päätökseen.

Apulaisoikeuskanslerin päätöksessä 29.11.2002 (Dnro 1062/1/00) todetaan mm., että Kristiinankaupungin ao. päätöksessä mainitut ilkivaltaisesta hälyttämisestä perittävät maksut ovat olleet etukäteen tehtyjä määritelmiä siitä, kuinka vahingonkorvaus tämänkaltaisissa tapauksissa tullaan vaatimaan, ja ettei ”taksoilla” ole vahingonkorvausoikeudenkäynnissä mitään sitovaa vaikutusta.

Koska asialla apulaisoikeuskanslerin käsityksen mukaan oli yleisempääkin merkitystä, hän lähetti vastauksensa sisäasiainministeriölle ja pyysi ministeriötä selvittämään, olisiko muissakin kunnissa vastaavia lakiin perustumattomia taksoja ilkivaltaisesta palohälytyksestä.[1]

Asiassa kertyi aluksi melkoinen määrä kuntien vastauksia. Asiakirjoista ilmenee, että vain osa kunnista oli vaivautunut vastaamaan tiedusteluun; esim. Etelä-Suomen läänin 88 kunnasta vastauksen oli aluksi antanut 23 kuntaa. Näistä kunnista seitsemän ei laskuttanut ilkivallasta, mutta 16 kunnalla oli vahvistettu maksu. Määrältään maksut vaihtelivat melkoisesti, koska suurin oli 555 ja pienin 180 euroa. Vastaajien määrä on sittemmin täydentynyt, mutta kaikkien kuntien kannanottoa ei ilmeisesti ole koko maasta saatu.

[1] Helsingin Sanomat uutisoi asiasta 6.2.2002.

## Omakohtainen kokemus

Oikeuskanslerin tiedustelu oli selkeästi rajoitettu koskemaan vain palohälytyksen taksoja. Asialla on kuitenkin paljon laajempi ulottuvuus, jonka vuoksi en jatkossa rajoita esitystä tällä tavalla.

Muuttaessani rivitaloon Lehtisaaressa elokuussa 1993 kasvoi talon vieressä kaupungin metsäpuistoksi nimittämällä maalla puu, jonka oksat ulottuivat taloomme siten, että ne tuulessa hankasivat sekä katon reunaa että parvekkeen kaidetta. Kaupungin metsää hoitavat tulivat pyynnöstäni kaatamaan puun. Seuraavaksi tuli 600 markan lasku, jota aluksi kieltäydyin maksamasta. Kaupungin lakimies ilmoitti vakavassa kirjelmässään, että kysymyksessä oli vahvistettu taksa, jota tuli noudattaa. Pidin perintää vallinneessa tilanteessa laittomana, mutta sovun saavuttaakseen vaimoni maksoi laskun.

Kokemukseni vuoksi aloin seurata aihepiiriin liittyvää lehtikirjoittelua. Olenhan aikoinaan kirjoittanut professori Esko Hopun ja minun yhteisen esimiehen Matti Ylöstalon juhlajulkaisuun artikkelin velvollisuudesta korvata viranomaisille aiheutuneita kustannuksia ja esittänyt jo vuonna 1986 artikkelin lopussa eräitä ”provosoivia kysymyksiä”.

Kysymyksiä teen nytkin, en provosoi.

## Muita havaintoja ”taksoista”

Olen kahteenkin kertaan kiinnittänyt huomioni päivälehden joulun alla julkaisemaan uutiseen siitä, että Helsingin kaupunki perii maksua joulukuusivarkaalta. Aluksi kirjoitettiin, että maksu on 100 markkaa alkavalta metriltä. Sittemmin kerrottiin, että hinta on 200 markkaa alkavalta metriltä.

Olen tiedustellut ao. päätöstä nähtäväkseni kaupunginlakimies Harry Åhlgrenilta. Vastauksen mukaan määrä perustuu ”Kaupunkien puutarhureiden seuran laskentamalliin”, jonka ohjeiden mukaan minkä puun tahansa arvo on mahdollista määritellä ottaen huomioon mm. puun kasvupaikka, koko ym. Laskentamallia sovelletaan myös vahingontekoihin ja liikenneonnettomuuksissa vaurioituneiden puiden korvauksiin. Vastoin päivälehtien uutisointia ei kuulemma ole löydetty päätöstä, jossa olisi todettu, että kuusi, mikä hyvänsä, olisi x euroa/m.

Asiallisesti ottaen olen sitä mieltä, että joulukuusivarkauteen liitetty taksoitettu hintavaatimus olisi lainvastainen. Metsänhaaskaus on yleisen lain mukainen vahingontekorikos. Kunta voi vaatia rangaistusta ja todelliseen menetykseen perustuvaa korvausta.

Lehtisaaren ajoilta tiedän, että metsiin iti ja kasvoi jatkuvasti kymmenien pienten kuusien pusikoita. Jos nyt joku vanha nainen vei sieltä metrin pätkän pikkujoulun ilokseen, mitään vahinkoa ei tullut kenellekään. Päinvastoin, maanomistaja hyötyi siitä, että metsää kunnostettaessa tämä taimi ei aiheuttanut työkustannuksia. Raivausta on Lehtisaaressa tehty havaintojeni mukaan lähes joka vuosi.

Tietysti on kätevää, että vahingontekijältä voidaan lisävaivaa aiheuttamatta periä rahaa ja jättää rikosasia ajamatta. Itse asiassa vahingonteon osalta korvauksen maksaminen on asetettu RL 35:7:ssä tavallaan rangaistuksen vaihtoehdoksi (*Toimenpiteistä luopuminen*). Rangaistukseen ei välttämättä tuomita, jos vahingonkorvaus on maksettu.

Eräällä tuntemallani vartioidulla kalastusalueella palkattu vartija noudattaa aivan samaa menettelyä. Jos kiinnijäänyt salakalastaja suorittaa vapaaehtoisesti määrätyn summan rahaa, muista toimenpiteistä yleensä luovutaan.[2] Tässäkään tilanteessa ei vaadita vahinkoa kalastusoikeuden haltijalle, koska salakalastus ei edellytä, että saalista on saatu. Yrittäminen riittää.[3]

Edelleen olen todennut, että valtion omistama Finnair on ilmoittanut perivänsä lentokonehäiriköiltä korvausta 170 euroa aiheutetun myöhästymisen minuutilta. Yhtiön lakimies ilmoitti kuitenkin puhelimessa, ettei asiassa ole tehty mitään yhtiön organisaation päätöstä, vaan laskelma on yhtiössä tehty lakiasiain osaston toimesta. Oikeudenkäynnin sattuessa pyritään perimään todellisen vahingon määrä. Jos se ylittää 170 euroa minuutilta, peritään syntyneitä kustannuksia siis enemmän. Lähtökohtana taksalle on kuulemma aidosti yhtiössä tehty kustannuslaskelma, jonka perusteella 170 euroon/min on päädytty. Käsittääkseni tällä tavoin toimiminen vastaa korkeimman oikeuden omaksumaa näkemystä korvausmäärän ”taksoittamisesta”.

## Lainsäätäjä (kansanedustajat, ympäristöministeri) taksoittamisen eturivissä

Edellä mainitussa Ylöstalon juhlajulkaisussa olevassa artikkelissa esitin, että valtion perimien maksujen osalta tulisi kaikissa tapauksissa käyttää lainsäädäntöä. Näin on eräissä tilanteissa nyttemmin tehtykin. Seuraamukset ovat varsin erikoisia. Otan esimerkkinä pari lehtiuutista:

Helsingin Sanomien uutisten mukaan valtio on vaatinut
a) karhujen salakaadosta 6 400 euroa (HeSa 23.10.2003); ja
b) rauhoitettujen lintujen tappamisesta 25 000 euroa (HeSa 9.6.2004)

Elämäni varrella olen tottunut siihen, etteivät lehtien tiedot oikeudenkäynneistä tai lainsäädännöstä välttämättä pidä aina paikkaansa. Nämä artikkelit tuntuvat kuitenkin uskottavilta, koska vaatimuksille on todella lainsäädännössä vahvistettu peruste.

Luonnonsuojelulain 9 §:n mukaan on tuomittava menetetyksi se arvo, mikä rauhoitetulla eläimellä on tai kasvilla on lajinsa edustajana (*Menettämisseuraamus*). Ympäristöministeriö oikeutetaan laissa vahvistamaan nämä ohjeelliset arvot.

---

[2] Eräässä törkeässa tapauksessa asia on viety oikeuteen. Valantehnyt riistanvartija alkoi kalastaa taimenta yksityisellä alueella heti rauhoitusajan alettua 11. syyskuuta. Lainrikkojan kulut olivat noin 20-kertaiset verrattuna ”taksaan”.

[3] Kaikissa tällaisissa tilanteissa aiheutuu käsittääkseni erityinen ongelma tilintarkastajille. Yleisesti on tiedossa, että menoja on helppo tarkastaa tositteiden nojalla, mutta tulouttamisen tarkastaminen on todella vaikeaa, jos kysymyksessä ei ole sopimukseen perustuvan jatkuvan tulon kirjaaminen.

Tällä perusteella on tehty rauhoitettujen eläinten ja kasvien ohjeellisista arvoista, YMA 3.1.2002/9. Tämä ”taksa” sisältää kaikkiaan noin 280 nimikettä ja suuren joukon erillissäännöksiä, joiden nojalla määritellään mm. riistaeläinten ja rauhoitettujen kasvien arvo.

Varmasti meidän kaikkien, siis myös juhlajulkaisun saajan professori Esko Hopun, on syytä tietää, mitä maksaa eräiden eläinten tappamisen valtiolle aiheuttama ”vahinko”:

a) liito-orava 1009 euroa;
b) västäräkki 34 euroa;
c) harjunsinisiipi (perhonen) 1682 euroa; ja
d) puhahärö (kovakuoriainen) 1682 euroa.

Listan hintakärjessä ovat saimaannorppa ja merikotka, arvoltaan kummatkin valtiolle 7400 euroa.

Olen nuoruudessani toiminut seitsemän kesää luonnonsuojelualueen vartijana ja ornitologina. Arvelen usein, etteivät tämän päivän luonnonsuojelusta innostuneet aina tiedä, kuinka asiat luonnossa tapahtuvat. Pilkkasiipiä (*Melanitta f. fusca)* koskevissa kenttätutkimuksissa totesimme, että poikasista jää henkiin noin 2 %. Kun kuitenkin eräs siipimerkitty emo pesi saman katajapensaan alla toistakymmentä vuotta ja sai munia vuosittain 8–10, tuo määrä riitti lajin lisääntymiseen. Ennen kuin emo lopettaa lisääntymisen, eloonjääneet poikaset ovat sukukypsinä aloittaneet omien poikasten saamisen!

Västäräkille on asetuksessa vahvistettu vaatimaton arvo, 34 euroa. Kun västäräkki useina kesinä tekee kaksi pesää ja saa siis ehkä 8 poikasta, laskekaa hyvät suojelijat, mitä tapahtuisi, jos kaikki poikaset jäisivät eloon. Nehän alkaisivat saada poikasia ennen kuin emo lakkaa lisääntymästä. Pihallamme Lehtisaaressa pesi taatusti sama västäräkkipari ainakin 9 vuotta ja käyttäytyi lähes ”kesysti”. Kaikkien poikasten selviytyminen johtaisi kaiketi siihen, että maapalloa peittäisi kymmenen vuoden kuluttua paksu västäräkkikerros. Ei ole mielekästä viedä huonovointista västäräkin poikasta pieneläinklinikalle.

Aikoinaan ”kruunu” oli tiettävästi ymmärtänyt pidättää itselleen oikeuden lohiin ja hirviin.[4] Valtion ”oikeutta” on nyt kuitenkin lisätty lainsäädännöllä kaikkeen rauhoitettuun, myös kasveihin. Hirvistä valtio perii toki maksun silloinkin, kun niitä kaadetaan luvallisesti. Alle 65-vuotias aikuinen maksaa myös oikeudestaan kalastaa lohta valtion vesistä.

Todellisuudessa lienee myönnettävä, että tässä kuvaillun lainsäädännön perusteena on vain käsitys siitä, etteivät rangaistussäännökset riitä, vaan on tuomittava lakia rikkovat myös maksamaan rahaa.

[4] Muistamani mukaan Ahvenanmaalta luovutettiin kuninkaalle verona myös savustettuja siiankieliä muutamia satoja kiloja!

## Mielivaltaisia rahavaatimuksia?

Teoksessa Suomen vahingonkorvaus kiinnitetään jo huomiota siihen, että eräillä alueilla kehitys näyttää kulkeneen kohti menneitä aikoja, jolloin rangaistukseen liitettiin korvausseuraamus, bot.[5] Korvaukset eivät nyttemmin aina olekaan korvausta kärsitystä vahingosta, vaan luonteeltaan lähinnä rangaistuksia. Lainsäädännöstä mainitaan teoksessa työsopimuslain silloinen 47 § ja tasa-arvolain 11 §, joissa velvoitetaan suorittamaan korvausta tietty määrä, jolle on säädetty minimi ja maksimi. Sanonnat vaihtelevat lainsäädännössä siten, että joskus velvoitetaan korvaamaan, joskus on maksettava hyvitystä jne. Listaa on ilmeisesti teoksen seuraavassa uudistetussa painoksessa pidennettävä, koska vastaavia määräyksiä on kilpailunrajoituslaissa (*Kilpailunrikkomismaksu*) ja tätä kirjoitettaessa tekeillä estämään laivojen laittomat öljypäästöt Itämeren alueella.

Rikoslain uudessa 9 luvussa säädettiin oikeushenkilön rangaistusvastuusta. Se voi johtaa laissa säädettyyn maksuvelvollisuuteen, vaikka ketään oikeushenkilön palveluksessa tai toimielimessä olevaa ei todettaisi syylliseksi.

Kilpailulainsäädäntöön on nyttemmin sisällytetty säännös siitä, että seuraamusmaksun määrittelee kilpailuneuvosto. Maksulle on asetettu ala- ja yläraja, mutta lain mukaan ylärajan voi ylittää, kunhan jäädään 10 %:iin vuosivaihdosta.

Säännöksen osalta voidaan esittää lukuisia oikeudenmukaisuuteen tähtääviä kysymyksiä:

a) miksi maksu menee valtiolle, vaikka vahinkoa kaiketi ovat kärsineet aivan muut;
b) onko oikein, että samasta rikkomuksesta voi joutua maksamaan sekä valtiolle tai Euroopan unionille että USA:ssa ryhmäkanteen nostaneille;
c) miksi kilpailulakien tarkoitus on edistää kilpailua, mutta samalla (toisin kuin urheilussa) kieltää ehdottomasti voittamasta sitä; ja
d) onko oikein, että joku saa vapaasti määritellä korvaussumman asteikolla 5 000 markkaa–10 % liikevaihdosta?[6]

Jos joku menestyy liiketoiminnassaan niin hyvin, että voi voittovaroillaan ostaa muut alan yritykset, se nykylainsäädännön perusteella sekä EU:ssa että USA:ssa todennäköisesti kielletään. Kilpailla pitää, voittaa et saa!

---

[5] Eero Routamo – Pauli Ståhlberg: Suomen vahingonkorvausoikeus, 4. uudistettu painos, Helsinki 2000, s. 8.
[6] Useiden suomalaisten yritysten osalta maksimi tarkoittaa satoja miljoonia euroja.

## Käsitteiden selkeyttämisen tarve

Näyttää siltä, että ainakin päivälehtien uutisoinnissa on toivomisen varaa.[7] Useimmat ihmiset kuitenkin muodostavat käsityksiään juuri lehdistön antamien tietojen varassa. Olisi selventävää huomata, että rahan periminen erilaisissa tilanteissa perustuu useisiin lähtökohtiin, joita yritän seuraavassa luonnehtia:

a) todella kärsitystä vahingosta halutaan korvausta ns. täyden korvauksen periaatteen mukaisesti siten, että vahingonkärsijä pääsee siihen taloudelliseen tilanteeseen, jossa hän olisi, ellei vahinkoa olisi aiheutettu;
b) lupamaksuilla tai vastaavilla kunnan tai valtion poliittiset päättäjät haluavat parantaa yhteisönsä taloudellista asemaansa viittaamatta verojen korottamiseen;
c) moitittavasta käyttäytymisestä halutaan määrätä menettämisseuraamus, koska rikosoikeudesta ei löydy rangaistusmaksimia, jonka uskottaisiin tai koettaisiin olevan riittävän ankara torjumaan tuomittavaksi arvioituja tekoja; ja
d) tilanteissa, joissa vahingon todellisen määrän todistaminen on vaikeaa (syrjintä, irtisanominen jne.) halutaan turvata ”heikon osapuolen” asemaa.

Vahingonkorvausoikeutta selittävässä oikeuskirjallisuudessa tulisi siis edelleen selventää käsitteistöä näiden näkemysten avulla ja luokitella asianmukaisesti tilanteet, joissa puhutaan korvaamisesta. Vahingonkorvaus, lupamaksu, menettämisseuraamus ja rangaistusluonteinen maksu ovat kiistatta aivan eri asioita.

## Matkalla kohti rangaistuskorvausta?

Yhdysvaltojen korvausoikeudessa (Law of Torts) tunnetaan korvauksen määrittely rankaisuperusteella, ns. punitive damages. Ehkä oikeudenkäyntejä romantisoivat televisiosarjat ovat tartuttaneet meihin jotain uskoa siihen, että USA:n malleja tulee noudattaa täälläkin. Suhtaudun asiaan suurella epäilyksellä. Miksi vahinkoa kärsineelle tulisi tuomita korvauksena kymmeniä miljoonia dollareita, jotka taatusti elättävät hänen perillisensä kolmanteen ja neljänteen polveen?

[7] Otan esimerkkinä HeSa:n uutisen 19.2.2004. Sen otsikon mukaan New Yorkin pörssin välittäjät tuomittiin miljoonakorvauksiin. Artikkelin tekstin mukaan Yhdysvaltain arvopaperikauppaa valvova elin on tehnyt sopimuksen asiassa, eikä summa siis perustu tuomioon. Jatkossa kerrotaan, ensimmäinen rangaistuista yrityksistä on maksamassa tietyn summan. Kun asia on sovittu, ei ketään liene rangaistu eikä artikkelinkaan mukaan kukaan myönnä syyllistyneensä mihinkään.

Lopuksi esitän parhaat kiitokset apulaisoikeuskansleri Jaakko Jonkalle sekä Finnairin ja Helsingin kaupungin lakimiehille, jotka ovat auliisti edistäneet artikkelini vaatimien asiatietojen saamista.[8]

[8] Kansalaisten kai halutaan olevan perillä lain sisällöstä. Edellä mainitusta YMA:sta Edita laskuttaa 5 euroa ja siihen lisää 6,56 euroa toimituskuluja. Sivuja on asetuksessa 7, sivun hinnaksi tulee 1,85 euroa. Taksoitus on siis tosi reipasta eikä liene puhettaakaan siitä, että kysymyksessä olisi määräävän markkina-aseman väärinkäyttö. Kunpa juhlajulkaisuista saataisiin sivulta sama hinta!

Ari Saarnilehto

# Vahinkovakuutuksen irtisanomisen toimittamisesta

## Ongelma

Vahinkovakuutuksella tarkoitetaan vakuutussopimuslain (543/1994) 2 §:n 1 momentin 2 kohdan mukaan vakuutusta, joka otetaan esinevahingon, vahingonkorvausvelvollisuuden tai muun varallisuusvahingon aiheuttaman menetyksen korvaamiseksi. Vahinkovakuutus voidaan ottaa määräajaksi tai toistaiseksi (jatkuva vahinkovakuutus). Vakuutussopimuslain 16 §:n 1 momentin mukaan vahinkovakuutuksen ehdoissa voidaan määrätä, että vakuutuksenantajan vastuu jatkuu vakuutuskauden kerrallaan, jollei jompikumpi sopijapuoli irtisano sopimusta.

Jatkuvan vahinkovakuutuksen säännönmukainen lopettamistapa on irtisanominen. Vakuutuksenottajan irtisanomisoikeudesta ovat määräykset vakuutussopimuslain 12 §:ssä. Hän voi sanoa sopimuksen irti koska tahansa kesken vakuutuskaudenkin. Vakuutuksenantajan irtisanomisoikeudesta kesken vakuutuskauden säädetään vakuutussopimuslain 15 §:ssä. Irtisanominen on mahdollista vain laissa säädetyissä tapauksissa.

Jatkuvan vakuutussopimuksen säännönmukaisesta päättymistavasta eli irtisanomisesta niin, että vakuutus päättyy vakuutuskauden lopussa, määräykset ovat vakuutussopimuslain 16 §:n 2 momentissa. Se kuuluu seuraavasti:

> Vakuutuksenantajalla on oikeus irtisanoa jatkuva vahinkovakuutus päättyväksi vakuutuskauden lopussa. Irtisanomista koskeva ilmoitus on lähetettävä vakuutuksenottajalle viimeistään kuukautta ennen vakuutuskauden päättymistä. Vakuutuksenottajan oikeudesta irtisanoa vakuutus säädetään 12 §:ssä.

Säännöksessä on määrätty vakuutuksenantajaa lähettämään ilmoitus irtisanomisesta vakuutuksenottajalle. Sen perille menemisen merkityksestä ei ole säädetty nimenomaisesti. Tässä kirjoituksessa pyritäänkin vastaamaan kysymykseen, tuleeko irtisanominen voimaan, vaikka vakuutuksenantajan irtisanomisesta lähettämä ilmoitus ei tavoitakaan vakuutuksenottajaa. Siihen liittyy kysymys, ovatko irtisanominen ja siitä lähetettävä ilmoitus eri asioita. Jos ilmoitus on vain muistutus tehdystä irtisanomisesta, vastuu sen perille tulemisesta voidaan mahdollisesti asettaa toisin kuin varsinaisen irtisanomisen osalta.

Vakuutussopimus ja myös sen irtisanominen ovat oikeustoimia. Johdannoksi varsinaiseen aiheeseen siirryttäessä selvitetään lyhyesti, miten yleensä oikeuden perustava tai kumoava tai sitä muuttava oikeustoimi on tehtävä oikeustoimilain[1] säännösten mukaisesti. Erityisesti huomiota kiinnitetään oikeustoimilain 40 §:ään, jossa säädetään, kenen vastuulla eräät ilmoitukset kulkevat. Oikeustoimilain säännöksillä on siinä mielessä erityistä merkitystä, että niiden voidaan katsoa osoittavan, mikä on meillä voimassa oleva yleinen periaate.

Myös muita kuin vakuutuksen irtisanomissäännöksiä selvitään. Esityksen tarkoituksena on hakea johtoa siihen, mitä vaihtoehtoja meillä on yleensä ollut käytössä pohdittaessa irtisanomisen toimittamistapoja.

## Oikeustoimilain säännöksistä

Oikeustoimi on määritelty tahdonilmaisuksi, jolla oikeuksia perustetaan, muutetaan tai kumotaan.[2] Sama asia voidaan sanoa myös siten, että oikeustoimi on väline, jolla yksilö järjestää oikeudelliset suhteensa toiseen.[3] Oikeustoimeen sisältyy sitovaa tai velvoittavaa määräilyä oikeudellisista asioista. Tämä normatiivinen elementti erottaa oikeustoimen esimerkiksi aikomuksia koskevista toteamuksista.[4]

Oikeustoimeen kuuluvat yleensä ainakin tahto tulla sidotuksi, sen ilmaiseminen ja tarkoitus, että tahdonilmaisu tulee vastapuolen tietoon tavalla tai toisella.[5] Oikeustoimilain 1 luvussa säädetään tahdonilmaisuista, joita kutsutaan tarjoukseksi ja vastaukseksi. Ne voidaan määritellä oikeustoimiksi[6] tai katsoa, että ne eivät sitä ole.[7] Ne ovat tahdonilmaisuja, joilla vaikutetaan oikeudellisiin suhteisiin edellä olevassa oikeustoimen määritelmässä sanotuin tavoin.[8] Oikeustoimilain 1 luvussa säädetään myös tarjouksen ja vastauksen peruuttamisesta (7 §). Peruutustakin voidaan pitää oikeustoimena, koska sillä muutetaan tarjouksen tai vastauksen sitovuutta.

Sopimuksen syntymiseen liittyen oikeustoimilaissa mainitaan tarjouksen, vastauksen ja peruutuksen lisäksi muitakin toimia. Esimerkiksi sen 4 §:n 2 momentissa ja 6 §:n 2 momentissa säädetään ilmoituksesta, joka on tehtävä, ettei vastapuolelle synny virheellistä käsitystä oman toimensa vaikutuksista. Säännökset koskevat epäpuhdasta ja myöhästynyttä vastausta.

Tarjouksen ja vastauksen (sekä peruutuksen) sitovuus alkaa, kun oikeustoimen vastaanottaja ottaa selon sen sisällöstä.[9] Tämä ilmenee oikeustoimilain 7 §:stä, jonka mukaan tarjous ja

---

[1] Laki varallisuusoikeudellisista oikeustoimista (228/1929, oikeustoimilaki).
[2] Esim. *Kivimäki – Ylöstalo*, Suomen siviilioikeuden oppikirja, kolmas, uudistettu painos, Porvoo 1973, s. 238.
[3] Ks. *Telaranta*, Sopimusoikeus, Vammala 1990, s. 25.
[4] *Kivimäki – Ylöstalo*, s. 238.
[5] Ks. *Kivimäki – Ylöstalo*, s. 238–240. Ks. myös *Saarnilehto*, Sopimusoikeuden perusteet, viides painos, Vantaa 2002, s. 13–14.
[6] Ks. esimerkiksi *Kivimäki – Ylöstalo*, s. 227.
[7] Ks. *Telaranta* 1990, s. 27.
[8] Itse pidän tarjousta ja vastausta oikeustoimina. Ks. *Saarnilehto*, s. 13.
[9] Ks. *Hemmo*, Sopimusoikeus I, toinen, uudistettu painos, Jyväskylä 2003, s. 101.

vastaus ovat peruutettavissa siihen asti, kunnes vastaanottaja on ottanut siitä selon, viimeistään samanaikaisesti selonoton kanssa. Sama koskee peruutuksen peruuttamista.

Sitovuuden alkamista koskeva sääntö osoittaa, että oikeustoimilain 1 luvussa mainitut oikeustoimet (tahdonilmaisut) ovat saapumismääräisiä. Niiden tulee saapua vastaanottajalle, jotta niillä olisi tavoiteltu oikeusvaikutus.[10] Lisäksi tältä osin voidaan viitata muihin oikeustoimilain 1 luvun säännöksiin, kuten 2 §:n 1 momenttiin, 3 §:n 2 momenttiin sekä 4 §:ään. Valtuutus on peruutettava oikeustoimilain 12 ja 18 §:n mukaan niin, että vastapuoli saa siitä tiedon.

Oikeustoimilaissa säädettyihin ilmoituksiin suhtaudutaan toisin. Esimerkiksi juuri 4 §:n 2 momentissa ja 6 §:n 2 momentissa säädetyt ilmoitukset lähetetään vastaanottajalle tämän eduksi. Niissä ei lähettäjä tee oikeustointa, vaan ainoastaan ilmoittaa vastapuolelle, että tämän vastaus ei ollut puhdas tai että se saapui myöhässä. Ilmoituksia koskee oikeustoimilain 40 §, jonka 1 momentin mukaan ilmoitus kulkee vastaanottajan vastuulla.

Oikeustoimilain 40 §:ssä tarkoitettu ilmoitus ei ole tahdonilmaisu. Silti se tulee kohdistaa tiettyyn henkilöön. Tahdonilmaisun ja muun ilmoituksen välisen eron perille saapumisen osalta Telaranta on selittänyt seuraavasti:[11]

> ”Lisäksi ilmoituksen tulee, jotta sillä olisi tavoiteltu vaikutus, saapua ilmaisun saajalle. Ilmoitukseen ei kuitenkaan sisälly tahdonilmaisua, vaan, kuten yllä sanotusta on käynyt ilmi, ilmaisun antajan käsitystä koskeva tiedonanto. Näiden ilmaisujen osalta on osapuolten keskinäisiä etuja punnittaessa päädytty siihen, että ilmaisun antajan katsotaan täyttäneen hänelle laissa asetetun ilmoitusvelvollisuuden, kun hän on ilmoituksen tarkoituksenmukaisesti lähettänyt. Ilmaisun saaja toisin sanoen kantaa vastuun, jos ilmaisu matkalla häviää.”

Telarannan ainoa perustelu kannanotolleen eivät suinkaan olleet oikeustoimilain säännökset. Hän on viitannut esityksessään myös silloisen kauppaedustajista annetun lain (389/1975) 40 §:ään, jota vastaa nykyinen kauppaedustajista ja myyntimiehistä annetun lain (417/1992) 44 §. Sen sisältönä on, että reklamaatio kulkee vastaanottajan vastuulla.

Telarannan esityksestä ilmenee selkeästi, että hän piti yleisenä periaatteena sitä, kenen vastuulla tahdonilmaisu kulki ja kenen vastuulla lähettäjän käsityksen ilmaiseva tiedoksianto. Hän esimerkiksi katsoi, että kuluttajansuojalaissa (38/1978) tuolloin säännellyn koti- ja postimyynnin peruutuksen tuli saapua oikeustoimilain 7 §:ssä lausutun säännön mukaan myyjälle, jotta se olisi ollut tehokas.[12] Hän ei antanut merkitystä sille, että peruutusoikeus oli säädetty kuluttajan suojaksi.

> Tuon jälkeen säännöksiä on muutettu niin, että yleisen periaatteen soveltamiselle ei enää ole sijaa. Sopimuksen peruuttamiseksi koti- ja etämyynnissä koskevien kuluttajanojalain säännösten (6:9, 6:15) nojalla riittää nykyisin peruuttamisilmoituksen lähettäminen oikeassa ajassa elinkeinonharjoittajalle (6:22).

---

[10] Ks. esim. *Telaranta* 1990, s. 87–88.
[11] *Telaranta* 1990, s. 89–90.
[12] *Telaranta* 1990, s. 89.

Esitettyä kantaa olisi voinut perustella 1933 annetun vanhan vakuutussopimuslainkin (132/1933) avulla. Tässä suhteessa merkittävä säännös oli sen 33 §:stä, joka kuului seuraavasti:

> Jos tämän lain 8, 21, 31, 46, 48 tai 67 §:ssä mainittu ilmoitus on annettu postitse tai sähköteitse perille toimitettavaksi tahi muulla tarkoituksenmukaisella tavalla lähetetty, älköön siitä, että ilmoitus myöhästyy tai ei tule perille, johtuko kannevallan tai oikeuden menetystä.

Ignatiuksen mukaan säännös on yhdenmukainen oikeustoimilain 40 §:n kanssa. Vanhan vakuutussopimuslain mainituissa pykälissä oli kyse vastaanottajan etua silmällä pitäen määrätystä ilmoitusvelvollisuudesta, joten ilmoituksen tuli kulkea vastaanottajan vastuulla.[13] Ignatiuksen kannasta ilmenee selkeästi, ettei vakuutussopimuksen perusteella tehtäviin ilmoituksiin tule suhtautua toisin kuin varallisuusoikeudellisiin oikeustoimiin liittyviin ilmoituksiin yleensä. Se ei siis ole poikkeus oikeustoimien joukossa. Kanta näytetään hyväksytyn hiljattain ratkaisun KKO 1996:34 perusteluissa.

Selvää onkin, että oikeustoimilaista ilmenevät periaatteet on otettava huomioon vakuutussopimuksen sisältöä arvioitaessa. Ne vaikuttavat sekä vakuutussopimuslain että sopimusehtojen tulkinnassa, ellei toisin ole säädetty tai sovittu. Yleiset periaatteet täydentävät vakuutussopimusta muun muassa siltä osin kuin asiasta ei ole normia laissa tai sopimuksessa.

Jos voimassa olevassa vakuutussopimuslain säätämisen myötä olisi haluttu päästä eroon nyt esillä olevasta periaatteesta koskien sitä, kenen vastuulla ilmoitus kulkee, siitä olisi tullut nimenomaan säätää vakuutussopimuslaissa. Yleistä säännöstä ei laissa ole, vaan joidenkin ilmoitusten kohdalla on säädetty, että ilmoituksen lähettäminen riittää. Joissakin tapauksissa on jäänyt epäselväksi, mitä on tarkoitettu.

Oikeustoimilaista ilmenevien periaatteiden siirtymistä vakuutussopimuslakiin on hankala arvioida, koska pyrkimyksenä on ollut säätää vakuutussopimuksen osapuolen velvollisuudesta asiayhteydessä. Yksittäinen normihan voidaan tarkoituksenmukaisuussyistä säätää pääsäännön mukaiseksi tai siitä poikkeavaksi. Sen sijaan esitöiden valossa on selvää, että vakuutussopimukseen sovelletaan sopimusoikeuden yleisiä säännöksiä, esimerkiksi oikeustoimilakia, ja periaatteita. Se on hallituksen esityksessä nimenomaan todettu vakuutussopimuksen syntymisen yhteydessä.[14]

Tiivistetysti voidaan todeta lähtökohtana olevan, että varallisuusoikeudellista oikeustointa tehtäessä vastapuolelle lähetettävä tai toimitettava tahdonilmaisu saa merkitystä vasta, kun se on saapunut vastaanottajalle niin, että hän voi ottaa siitä selon. Jos kyse on vain lähettäjän ilmoituksesta, jossa todetaan tosiasioita (myöhästyminen, epäpuhtaus), informoidaan tulevista aikeista (reklamaatio) tai oiotaan vastapuolen mahdollisesti virheellisiä käsityksiä, ilmoitus kulkee vastaanottajan vastuulla lähinnä sen vuoksi, että se on lähetettykin hänen edukseen.

---

[13] *Ignatius*, Vakuutussopimuslaki 12 päivältä toukokuuta 1933 selityksineen, Helsinki 1933, s. 97.

[14] Hallituksen esitys Eduskunnalle vakuutussopimuslaiksi ja laeiksi eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta, HE 114/1993 vp., s. 13.

## Irtisanomisesta ja sitä koskevista säännöksistä

Irtisanomista on meillä kirjallisuudessa luonnehdittu yksipuoliseksi vastaanottamista edellyttäväksi tahdonilmaisuksi, jolla sopijapuoli saattaa sopimussuhteen päättymään heti tai määräajan kuluttua.[15] Irtisanomisen tulee kohdistua oikeaan henkilöön ollakseen tehokas. Se tulee tehdä siten, että vastaanottaja voi saada *siihen sisältyvän tahdonilmaisun* sisällöstä tiedon.[16]

Hoppu on katsonut, että vakuutuksen irtisanomisella tarkoitetaan sopimusvelvoitteen irtisanomista.[17] Hän on esittänyt määritelmän vakuutussopimuslain 39 §:ää silmällä pitäen. Hänen ei ole tarvinnut pohtia tahdonilmaisun saapumista perille, koska mainitussa säännöksessä on siitä erikseen säädetty.[18]

Irtisanominen on tahdonilmaisuna yksipuolinen (varallisuusoikeudellinen) oikeustoimi. Sopimuksen päättyminen ei edellytä, että irtisanomisen vastaanottaja hyväksyisi sen,[19] vaan riittävää on, että hän on saanut tiedon siitä, että sopimussuhde on irtisanottu päättymään.[20] Sopimus päättyy vastaanottajan tahdosta riippumatta, kunhan irtisanominen on siinä sopimussuhteessa mahdollinen sillä tavalla ja niillä perusteilla tehtynä kuin se tehtiin.

Vakuutuksenottajan irtisanoessa sopimuksen vakuutussopimuslain 12 §:n nojalla on luovuttu irtisanomisen kytkemisestä vakuutuksenantajan tiedonsaantiin. Siihen on voitu mennä vakuutustoiminnan joukkomittaisen luonteen vuoksi.[21] Toiminnan massaluonne on hyvä perustelu irtisanomisen kohdistuessa vakuutuksenantajaan, mutta vakuutuksenottajan kannalta kyse ei juuri koskaan ole joukkomittaista sopimustoimintaa.

Irtisanomisilmoitus puolestaan on nimensä mukaisesti suoritetusta irtisanomisesta annettava tiedotus. Se ei ole oikeustoimi, vaikka irtisanominen onkin mahdollista toimittaa antamalla irtisanomisilmoitus tiedoksi vastapuolelle. Tällöin edellytyksenä on, että irtisanomisilmoituksesta ilmenevät riittävät tiedot irtisanomisesta. Irtisanomisesta ilmoitetaan tavallisesti tiedon antamiseksi vastaanottajalle joko irtisanomisesta tai johonkin irtisanomiseen liittyvästä, vastaanottajan kannalta tärkeästä seikasta. Tämän vuoksi siitä ei välttämättä aina ilmene irtisanomistahdonilmaisun sisältö.

Voidaan kysyä, mitä irtisanominen ja irtisanomisilmoitus ovat edellä kuvatun oikeustoimen määritelmän mukaan. Irtisanomisella saadaan sopimus päättymään. Se lopettaa toistaiseksi jatkuvaan sopimukseen perustuvat oikeudet. Sopimus ei ole voimassa irtisanomisajan tai muun sovitun ajan, esimerkiksi vakuutuskauden kuluttua. Irtisanominen on siten selkeästi oikeustoimi.

---

[15] Esim. *Wirilander*, Maanvuokraoikeus, toinen, uudistettu painos, Jyväskylä 1993, s. 153.
[16] *Wirilander*, s. 153.
[17] *Hoppu*, Suomen vakuutusoikeus, toinen, uudistettu painos, Vammala 1997, s. 112.
[18] Ks. jäljempänä jaksossa ”Vakuutussopimuslain esityöt” tältä osin esitettyä.
[19] Ks. *Saarnilehto*, s. 14.
[20] Näin myös *Häyhä*, Sopimus, laki ja vakuutustoiminta, Jyväskylä 1996, s. 260.
[21] *Häyhä*, s. 260.

Irtisanomisilmoitus puolestaan on tiedoksianto vastapuolelle siitä, että irtisanojan käsityksen mukaan sopimussuhde päättyy irtisanomisen perusteella. Se sisältää tietoja tehdystä irtisanomisesta. Irtisanomisilmoitus voidaan toimittaa irtisanomisen yhteydessä, mutta sen toimittaminen erikseen jälkikäteen on täysin mahdollista, ellei toisin ole säädetty.

> Esimerkiksi asuinhuoneiston vuokrauksesta annetun lain (481/1995) 54 §:n 1 momentin mukaan vuokranantajan on irtisanoessaan vuokrasopimuksen annettava irtisanomisilmoitus vuokralaiselle. Saman pykälän 5 momentin mukaan irtisanominen on tehoton, ellei sitä ole suoritettu pykälässä säädetyin tavoin. Irtisanomisilmoitusta ei siten voi toimittaa jälkikäteen.

Irtisanomisen ja irtisanomisilmoituksen erottaminen toisistaan ei ole erikoista siinä mielessä, että vastaavanlainen erottelu vaatimuksen ja tiedotuksen välillä on tehty lainsäädännössä muutoinkin. Esimerkiksi voidaan ottaa korkolain (633/1982) 6 §, jossa säädetään viivästyskorosta velalle, jonka eräpäivää ei ole velallista sitovasti ennalta määrätty. Siinä on selvästi otettu huomioon vaatimuksen oikeustoimiluonne ja se, että viivästyskorosta tiedotetaan velalliselle. Velka, jonka eräpäivää ei ole määrätty, erääntyy velkakirjalain (622/1947) 5 §:n 1 momentin mukaan velkojan vaatiessa velalliselta suoritusta. Vaatimus muuttaa velallisen ja velkojan välistä suhdetta siten, että velka erääntyy ja velallinen on velvollinen maksamaan sen. Sitä ennen hänellä oli ainoastaan oikeus maksaa se.[22] Kyse on siten selkeästi muutoksesta osapuolten välisessä oikeussuhteessa ja oikeustoimesta.

Viivästyskorko alkaa juosta 30 päivän kuluttua laskun lähettämisestä. Korkoa koskevilta osin kyse on vain lain mukaisesta korosta tiedottamisesta, mutta velan erääntymisen osalta vaatimuksen esittämisestä velalliselle. Siksi korko voi hyvin alkaa laskun lähettämisestä, mutta koronmaksuvelvollisuutta ei voi olla ennen velan erääntymistä. Niinpä korkolain 6 §:n 1 momentissa onkin säädetty, ettei viivästyskorkoa ole kuitenkaan maksettava ennen kuin lasku tai muu vaatimus on tullut velalliselle (ja velka eräännytetty vaatimalla suoritusta).

Irtisanomisesta ei kaikissa oikeussuhteissa ole säädetty. Toistaiseksi voimassa olevan sopimuksen irtisanominen on silti aina mahdollista.[23] Joskus on säädetty pelkästään, että oikeussuhde on irtisanottavissa. Esimerkkinä voidaan mainita perintökaaren (40/1965) 21 luvun 10 §:ssä säädetty mahdollisuus sanoa velka irti maksettavaksi irtisanomisajan kuluttua. Siltä osin kuin asiasta ei ole säädetty tai sääntely on puutteellista, tulevat sovellettavaksi yleiset periaatteet. Koska vain harvoista sopimustyypeistä on säädöksiä eikä niissä kaikissa ole irtisanomista koskevia määräyksiä, yleiset periaatteet ovat tarpeellisia. Ne ilmenevät joskus irtisanomista koskevista säännöksistä, tosin olosuhteiden edellyttämällä tavalla muutettuina.

Asuinhuoneiston vuokrauksesta annetussa laissa säädetään selvästi erikseen irtisanomisen toimittamisesta ja irtisanomisilmoituksen antamisesta. Vuokralaisen suojaksi niistä on tosin säädetty niiden samanaikainen toimittaminen, mutta se ei poista sitä, että ne on erotettu toisistaan mainitun lain 54 §:ssä. Sääntelystä seuraa, että todisteellisesti toimitettu irtisanomi-

---

[22] Ks. velkakirjalain 5 §:n 1 momentti.
[23] Ks. esim. KKO 1982 II 1, KKO 1985 II 130 ja KKO 1990:124.

nenkin voi olla tehoton. Syynä on se, että vuokranantaja on haluttu painostaa antamaan vuokralaiselle tarpeelliset tiedot sen harkitsemiseksi, onko vuokranantajalla ollut asianmukainen syy sanoa sopimus irti. Ilmoitus on merkityksellinen, koska irtisanomisen perusteesta riippuu vuokralaisen mahdollisuus hallinnansuojaan ja vahingonkorvaukseen vuokrasuhteen päättymisen johdosta.

Myös liikehuoneiston vuokrauksesta annetussa laissa (482/1995) irtisanominen ja irtisanomisilmoitus on säännelty erotettu toisistaan. Asuinhuoneiston vuokrauksesta annetun lain 54 §:ää vastaavat säännökset on sijoitettu liikehuoneiston vuokrauksesta annetun lain 43 §:ään.

Maanvuokralain (258/1966) irtisanomissäännöksestä 23 §:stä on erittäin selvästi havaittavissa irtisanomisen ja sitä koskevan ilmoituksen välinen ero. Irtisanominen on säännöksen 1 momentin mukaan toimitettava todistettavasti, ellei siitä saada kirjallista tunnustusta. Lisäksi irtisanomisesta on annettava irtisanotulle osapuolelle kirjallinen todistus, jos tämä sitä pyytää. Ilmoitusta ei tarvitse lainkaan tehdä, jos vaatimusta ei esitetä.

Irtisanominen ei ole ainoa sopimussuhteen päättävä oikeustoimi, jonka yhteydessä oikeustoimi ja sitä koskeva ilmoitus on erotettu toisistaan. Samoin on menetelty myös sopimuksen purkamisen kohdalla. Esimerkkinä voidaan mainita merilain (674/1994) 14 luvun 29 §:n 3 momentti, jossa säädetään reklamaatiotyyppisestä ilmoituksesta purkaa sopimus. Matkarahdinantajan on kohtuullisessa ajassa saatuaan tiedon viivästyksestä ilmoitettava halustaan purkaa sopimus. Muutoin hän menettää purkuoikeutensa. Ilmoituksella sopimus ei tule puretuksi, vaan se on nimenomaan purettava sopimus, jotta se päättyisi. Vastaavanlainen säännös aikarahtauksen osalta on merilain 14 luvun 64 §:n 1 momentissa.

Tiivistelmänä tästä jaksosta voidaan sanoa, että meillä on lainsäädännössä oikeustoimilaista ilmenevien periaatteiden mukaisesti usein erotettu toisistaan oikeustoimi ja sitä koskeva ilmoitus. Näin on menetelty irtisanomisenkin yhteydessä silloin, kun on ollut tarvetta erikseen mainita irtisanomisilmoituksesta.

## Vakuutussopimuslain 16 §:n mukainen irtisanominen

### Vakuutussopimuslain 16 §:n tulkintavaihtoehdoista

Monessa säännöksessä on selkeästi erotettu toisistaan oikeustoimi ja sitä koskeva ilmoitus, esimerkiksi irtisanominen ja irtisanomisilmoitus. Vakuutussopimuslain 16 §:n 2 momenttiakin on mahdollisuus tulkita siten. Siinä on ensin säädetty vakuutuksenantajan oikeudesta irtisanoa vakuutussopimus vakuutuskauden loppuun. Se on tehtävä niin kuin irtisanominen yleensäkin tehdään eli ilmoitettava vastapuolelle sopimuksen päättymisestä. Tahdonilmaisu sopimuksen päättymisestä kulkee yleisten sääntöjen mukaan lähettäjän vastuulla (vrt. huoneenvuokralakien mukainen todistettava irtisanominen).

Koska vakuutuksenottajan on katsottu tarvitsevan tiedot irtisanomisesta kirjallisena, vakuutuksenantajan velvollisuudeksi on säädetty kirjallisen ilmoituksen tekeminen. Siltä osin

ilmoituksen lähettämistä on pidetty riittävänä, koska se on vastaanottajan eduksi lähetettävä tiedonanto. Toinen vaihtoehto tulkita vakuutussopimuslain 16 §:n 2 momenttia on katsoa, että siinä on ensin säädetty oikeudesta irtisanoa sopimus ja sen jälkeen tavasta, miten irtisanominen tehdään. Näin ajateltuna näyttäisi säädetyn, että irtisanomisen toimittamiseksi riittää irtisanomisilmoituksen lähettäminen.

## Vakuutussopimuslain esityöt

Lainsäädäntö rakentuu aina edellisen säännöksen pohjalle. Uudistuneella säännöksellä joko pyritään vallitsevan oikeustilan säilyttämiseen tai sen muuttamiseen. Muutos voi vähäinen säännöksen sisällön selventäminen tai kehittäminen taikka siirtyminen kokonaan toisenlaiseen sääntelyyn. Vanhassa vakuutussopimuslaissakin oli säännös, 31 §, sopimuksen jatkumisesta. Se oli pakottava[24] ja kuului seuraavasti:

> Välipuheeseen, jonka mukaan määräajaksi tehty vakuutussopimus on, jos sitä ei irtisanota, jatkuva edelleen yhtä vuotta pitemmän ajan, älköön vakuutuksenantaja vedotko, ellei hän ole viimeistään kuukautta ennen sen ajan päättymistä, jonka kuluessa irtisanominen on toimitettava, todistettavasti huomauttanut vakuutuksenottajaa välipuheesta.

Vanhan vakuutussopimuslain 31 § oli säädetty vakuutuksenottajan suojaksi, jotta sopimus käytyään tarpeettomaksi ei voisi jatkua kohtuuttoman pitkään pelkästään sen takia, että vakuutuksenottajalta oli jäänyt sopimus irtisanomatta. Vaihtoehtona olisi ollut yli vuoden mittaisen vakuutuskauden kieltäminen, mutta siihen ei haluttu mennä, koska oli vakuutuksia, joissa vakuutuskauden piti olla vuotta pitempi.[25]

Vanhan vakuutussopimuslain 33 §:n mukaan vakuutuksenantaja täytti velvollisuutensa huomauttaa välipuheesta ilmoituksen lähettämisellä. Täysin yleisen periaatteen mukaisesti vastaanottajan edun mukainen muistutus kulki vastaanottajan riskillä. Vakuutuksenottajanhan olisi pitänyt toimia oikealla tavalla jo vakuutussopimuksen ehtojen perusteella. Nykyisen vakuutussopimuslain valmistelu alkoi jo vuonna 1977. Se sisälsi monia vaiheita, kuten hallituksen esityksestä ilmenee.[26] Valmistelussa ei ollut esillä irtisanomisen ja irtisanomisilmoituksen välinen suhde. Laintarkastuskunnalle lausunnolle annetun vakuutussopimuslakiehdotuksen[27] 16 §:n mukaan vakuutuksenantajan oli irtisanottava vakuutuskaudeksi kerrallaan tehty vakuutussopimus kuukautta ennen vakuutuskauden päättymistä. Selvää on, että tuon ehdo-

---

[24] *Ignatius*, s. 95. Vanhan vakuutussopimuslain (132/1933) 3 §:n mukaan lain säännöksistä voitiin poiketa, ellei sitä ollut laissa kielletty tai katsottava kielletyksi.

[25] Ks. *Ignatius*, s. 93–95.

[26] HE 114/1993 vp., s. 19–20.

[27] Ks. Vakuutussopimuslaki, Laintarkastuskunnan lausunto 1/1992 (Ltk. 1/1992). Hallituksen ehdotuksen irtisanomista koskeva säännös vastasi työryhmän oikeusministeriön lainsäädäntöosastolla laatiman vahinkovakuutusehdotuksen 3 luvun 6 §:ää, ks. Ehdotus vahinkovakuutuslaiksi, Oikeusministeriön lainsäädäntöosaston julkaisuja 3/1988 (OLJ 3/1988).

tuksen mukaan vakuutuksenantajan oli irtisanottava sopimus siten, että se pystyi todistamaan irtisanomisen toimitetuksi eli vakuutuksenottajan saaneen tiedon irtisanomisesta.

Laintarkastuskuntakaan ei ehdottanut lakiin säännöksiä irtisanomisilmoituksesta.[28] Sen tarkastuksen jälkeen ei hallituksen esityksen mukaan enää pyydetty lausuntoja tai tehty muutakaan mainittavaa.[29] Muutokset ehdotukseen lienee siten tehty ehdotukseen sen viimeistelyssä oikeusministeriössä. Niiden perustelujen pitäisi ilmetä hallituksen esityksestä, jos niitä on pidetty muuna kuin teknisluonteisina kirjoittamiskysymyksinä. Suomalaisessa lainvalmistelussa tähän ei kuitenkaan voida aina luottaa.

Hallituksen esityksen perusteluissa selitetään yhdessä kappaleessa vakuutussopimuslain 16 §:n 1 momentin sisältö. Sen jälkeen 2 momentista lausutaan seuraavasti:[30]

> ”Pykälän *2 momentissa* säädetään tarkemmin vakuutuksenantajan irtisanomisoikeudesta. Vakuutuksenantajan ei tarvitse perustella irtisanomista. Irtisanominen on suoritettava kirjallisesti viimeistään kuukausi ennen vakuutuskauden päättymistä. Määräaika on tarpeen sen varmistamiseksi, että vakuutuksenantajalle jää riittävästi aikaa järjestää vakuutusturvansa uudelleen.”

Perustelua ei ole tehty pitäen silmällä vakuutussopimuslain 16 §:n 2 momentin viimeistelyssä saamaa sanamuotoa. Se vastaa hyvin laintarkastuskunnalle annetun ehdotuksen sisältöä. Sanonta ”Irtisanominen on suoritettava” viittaa selkeästi siihen, että tieto vakuutussopimuksen päättymisestä vakuutuskauden lopussa on annettava tiedoksi vakuutuksenottajalle. Määräaikaa koskeva lausuma vahvistaa tätä käsitystä. Miten muuten voidaan varmistaa, että vakuutuksenottajalle jää aikaa järjestää vakuutusturvansa uudessa tilanteessa?

Eduskuntakäsittelyssä säännökseen ei puututtu. Se hyväksyttiin ilman muutoksia.

## Vakuutussopimuslain muut irtisanomissäännökset

Vakuutussopimuslain irtisanomissäännösten kokonaisuus saattaa olla sellainen, että sen avulla on mahdollista ratkaista, mitä lain 16 §:ssä on tarkoitettu säätää irtisanomisen toimittamisesta ja irtisanomisilmoituksesta. Sen vuoksi näitä säännöksiä tarkastellaan lyhyesti.

Vakuutussopimuslain 12 §:n mukaan vakuutuksenottajan on sanottava sopimus irti kirjallisesti. Tämä on ymmärrettävä vaatimus, koska vakuutuksenantaja tarvitsee vakuutustapahtuman sattuessa todisteen siitä, että vakuutuksenottaja on lopettanut vakuutussopimuksen eikä vakuutuksenantaja ole enää vastuussa.[31] Vakuutussopimuslain 12 §:ssä on säädetty esitetyn perustelun kanssa ristiriitaisesti, että vakuutussopimus päättyy vakuutuksenottajan irtisanomisen johdosta silloin, kun irtisanomisilmoitus on annettu tai *lähetetty* vakuutuksenantajalle,

[28] Ks. Ltk. 1/1992, s. 84.
[29] Ks. HE 114/1993 vp., s. 20.
[30] HE 114/1993 vp., s. 35–36.
[31] Ks. HE 114/1993 vp., s. 32–33.

ellei irtisanomisilmoituksessa ole toisin määrätty. Ongelmallista on se, että lähettäminen riittää. Olisiko tällä merkitystä myös lain 16 §:n 2 momentin kannalta?

Kaksi tekijää johtaa siihen, että vakuutussopimuslain 12 §:llä ei ole tuollaista merkitystä. Ensinnäkin säännökset poikkeavat toisistaan. Olisi ollut helppo säätää myös 16 §:n 2 momentissa, että vakuutussopimus päättyy vakuutuskauden lopussa, jos irtisanomisilmoitus on lähetetty kuukautta ennen vakuutuskauden päättymistä. Niin ei ole kuitenkaan tehty 12 §:n esimerkistä huolimatta. Tämän vuoksi 12 §:n sisällöllä ei voida perustella 16 §:n 2 momentin tulkintaa. Esitettyyn kantaan on toinenkin syy. Vakuutuksenottaja sanoo irti yhden sopimuksen vakuutuksenantajan vakuutuskannasta. Irtisanomisen merkitys ei ole kovin suuri vakuutuksenantajalle eikä se yleensä aiheuta minkäänlaisia toimenpiteitä vakuutuksenantajan toiminnassa. *Häyhä* on ilmaissut asian seuraavasti:[32]

> ”Vakuutusantajaosapuolen etu ei vakuutustoiminnassa kuitenkaan kiinnity yksittäiseen sopimussuhteeseen, vaan sopimusten joukkoon, vakuutustoiminnan mahdolliseksi tekevään kollektiiviin. Vakuutussopimusten irtisanomiset ovat eri vakuutusmuotojen edustamien vakuutuksenottajien joukkoon nähden sen verran poikkeuksellisia, ettei irtisanomisoikeuden myöntäminen johda vakuutusmatemaattisesti hallitsemattomiin tilanteisiin.”

Huomattava on myös, ettei vakuutuskorvauksia tarvitse maksaa vakuutussopimuksen päättymisen jälkeiseltä ajalta, vaikka irtisanomisilmoitus ja siten samalla irtisanominen saapuisi perille jälkikäteen. Vakuutuksenottaja on tiennyt vakuutuksen päättymisestä ja voinut varautua muulla tavoin mahdollisen vahingon varalta.

Vakuutuksenantajan sanoessa vakuutussopimuksen irti olosuhteet ovat toiset. Kyse on yleensä vakuutuksenottajan ainoasta vakuutuksesta vahingon varalta. Hän tarvitsee tiedon vakuutuksen päättymisestä voidakseen suojata itsensä. Tieto olisi hyvä saada ajoissa, mikä selittää sen, että irtisanomisilmoitus on lähetettävä viimeistään kuukautta ennen vakuutuskauden päättymistä.[33] Vakuutuksenottajan kannalta on täysin mahdoton asetelma, että hän kuulee vakuutustapahtuman sattumisen jälkeen, että hänen vakuutuksensa ei ollut enää voimassa.

Vakuutussopimuslain 15 §:ssä säädetään vakuutuksenantajan irtisanomisoikeudesta vakuutuskauden aikana vakuutuksenottajan sopimusrikkomuksen vuoksi. Vakuutuksenottaja ei voi vilpittömässä mielessä luottaa vakuutuksen voimassa olemiseen tai sen jatkumiseen rikottuaan velvollisuuksiaan vakuutuksenantajaa kohtaan. Säännöksen 2 momentin mukaan vakuutuksenantajan on irtisanottava sopimus kirjallisesti ilman aiheetonta viivästymistä. Vakuutus päättyy kuukauden kuluttua irtisanomista koskevan ilmoituksen lähettämisestä. Säännös vastaa siten sisällöltään vakuutussopimuslain 12 §:ää ilmoituksen lähettämisen merkityksen osalta.

---

[32] *Häyhä*, s. 259.
[33] HE 114/1993 vp., s. 36.

Sanamuotojen erilaisuuden vuoksi vakuutussopimuslain 15 §:n 2 momentistakaan ei voida tehdä johtopäätöksiä 16 §:n 2 momentin sisällöstä. Selvää on, että yleisistä periaatteista voidaan poiketa säätämällä siitä laissa. Säännösten erilaisuus ilmeni jo lainvalmistelussa. Irtisanomisilmoituksen merkityksestä ehdotettiin säädettäväksi lopullisen vakuutussopimuslain 15 §:n 2 momentin mukaisesti laintarkastuskunnalle toimitetussa ehdotuksessa hallituksen esitykseksi[34] ja samoin oikeusministeriön työryhmän ehdotuksessa vahinkovakuutuslaiksi[35]. Lainsäädäntöhistoria osoittaa, että vakuutussopimuslain 15 §:n ja 16 §:n 2 momentit on tarkoitettu erilaisiksi.

Erilaisuuden syykin on selvä. Vakuutuksenantajan irtisanomisoikeus tarkoittaa 15 §:ssä vakuutuksenottajan suojaamista sopimusrikkomuksesta tai sen kaltaisesta menettelystä huolimatta. Irtisanomisperusteiden joukossa on erehdyttäminen, joka ilman erityistä säännöstä voisi johtaa vakuutussopimuksen pätemättömyyteen alusta alkaen, sekä sopimusrikkomuksia, jotka oikeuttaisivat tavallisesti sopimuksen purkamiseen päättymään heti.[36] Kun vakuutuksenantaja joutuu tyytymään irtisanomiseen kuukauden irtisanomisajalla, olisi ollut kohtuutonta, jos menettely olisi säädetty hankalaksi.

Vakuutussopimuslain 16 §:ssä tarkoitettu vakuutuksenantajan irtisanomisoikeus ei perustu vakuutuksenottajan sopimusrikkomuksen tai muuhun menettelyyn. Kyse on sen yleisen sopimusoikeudellisen periaatteen ilmenemisestä, että sopijapuolella on oikeus halutessaan irtisanoa toistaiseksi voimassa oleva sopimus ilman erityistä perustetta, ellei toisin ole sovittu. Irtisanomisoikeus on rajoitettu vakuutuskauden loppuun. Vakuutuskautta voidaankin pitää sovittuna voimassaolojaksona. Näissä olosuhteissa on asianmukaista, että sopimuksesta irtautuva osapuoli joutuu antamaan vastapuolelleen tiedoksi, että sopimussuhde päättyy. Käytännössä tämä tarkoittaa irtisanomista niin, että irtisanominen kulkee sen toimittajan riskillä.

Vakuutussopimuslain 39 §:n mukaan vakuutussopimus voidaan irtisanoa vakuutusmaksun laiminlyömisen perusteella. Sen 1 momentin nojalla vakuutuksenottajalla on ”oikeus irtisanoa vakuutus päättyväksi 14 päivän kuluttua irtisanomista koskevan ilmoituksen lähettämisestä”. Tarkoituksena on ollut säätää, että vakuutus päättyy riippumatta siitä, onko ilmoitus saapunut perille.[37] Tältäkin osin voidaan edellä vakuutussopimuslain 15 §:n 2 momentin johdosta esitettyyn viitaten todeta, että johdon hakeminen vakuutussopimuslain 16 §:n 2 momentin tulkintaan ei ole asianmukaista säännösten erilaisuuden ja irtisanomisperusteena olevan sopimusrikkomuksen vuoksi.

Henkilövakuutuksia koskevassa vakuutussopimuslain 17 §:ssä on irtisanomisesta asiallisesti samanlainen säännös kuin vahinkovakuutuksista säädetty 16 §. Sen irtisanomista koskevaa 3 momenttia on perusteltu yhtä ongelmallisesti kuin 16 §:n 2 momenttia.[38] Siitä ei ole saatavissa johtoa irtisanomisilmoituksen merkitykselle.

---

[34] Ks. Ltk. 1/1992.
[35] OLJ 3/1988, ehdotuksen 3 luvun 3 §.
[36] Perusteista ks. HE 114/1993 vp., s. 34–35.
[37] HE 114/1993 vp., s. 52.
[38] Ks. HE 114/1993 vp., s. 36.

Muita irtisanomissäännöksiä tarkastelemalla ei siten ole mahdollista saada selvyyttä siihen, kenen vastuulla irtisanominen kulkee vakuutussopimuslain 16 §:ssä säännellyssä tapauksessa.

### *Vakuutussopimuslain 16 § ja kirjallisuus*

*Telaranta* on vakuutussopimuslaista laatimassaan kommentaarissa toistanut lain 16 §:stä, että vakuutuksenantajalla on oikeus irtisanoa sopimus päättymään vain vakuutuskauden lopussa ja velvollisuus lähettää irtisanomisilmoitus. Ongelmana on otettu esiin se, pitääkö irtisanomisen syy ilmoittaa vakuutuksen ottajalle. Vastaus on kielteinen. Siitä, miten irtisanominen on toimitettava vakuutuksenottajan tiedoksi, ei ole tuossa yhteydessä lausuttu mitään.[39] Vakuutussopimuslain 15 §:ää koskevassakaan esityksessä Telaranta ei ole pohtinut sitä, onko irtisanomisen toimittaminen kirjallisesti ja irtisanomisilmoituksen lähettäminen sama asia.[40] Näiden kahden kohdan erottaminen toisistaan kirjoituksessa voi puhua sen puolesta, että kirjoittaja on erottamisen kannalla. Esitys vaikuttaa kuitenkin lähinnä siltä, että siinä on edetty vakuutussopimuslain 15 §:n sisällön pohjalta, joten näiden kahden asian käsittelytavasta ei voitane tehdä mitään johtopäätöksiä.

Vakuutussopimuslain 17 §:ää koskeva esityskään[41] ei tuo valaistusta siihen ongelmaan, onko irtisanominen ja irtisanomisilmoitus vakuutussopimuslain mukaan eri asioita eli onko vakuutuksenottajan saatava tieto irtisanomisesta. Myöskään vakuutussopimuslain 12[42] tai 39[43] §:n kommentti ei tuo lisävalaistusta asiaan.

Telaranta käyttää johdonmukaisesti sanoja irtisanominen ja irtisanomisilmoitus. Irtisanomisilmoitus on varattu vastapuolelle lähetettävän tiedotteen nimeksi. Varsinaisen oikeustoimen, irtisanomisen, tekemistä kutsutaan joka kerran irtisanomiseksi.

Hoppukaan ei ole pohtinut, onko vakuutussopimuslain 16 §:n 2 momentissa tai yleensä lain irtisanomissäännöksissä jotakin ongelmallista. Huomautettuaan vakuutuksenottajan irtisanomisoikeudesta hän on todennut, että vakuutuksenantajalla on oikeus irtisanoa vakuutus päättymään vain vakuutuskauden lopussa. Kirjallinen irtisanomisilmoitus on lähetettävä kuukautta ennen vakuutuskauden päättymistä.[44] Irtisanomisoikeudesta ei tarvitse sopia, vaan se on vakuutuksenantajalla suoraan lain nojalla.[45]

Hoppu ei muidenkaan vakuutussopimuslain irtisanomista koskevien säännösten yhteydessä ole kiinnittänyt huomiota irtisanomistahdonilmaisun ja irtisanomisilmoituksen erottamiseen.[46] Esityksessä on kuitenkin kaksi mielenkiintoista yksityiskohtaa. Ensinnäkin Hoppu on

---

[39] *Telaranta*, Vakuutussopimuslaki, Jyväskylä 1995, s. 59.
[40] *Telaranta* 1995, s. 58–59.
[41] *Telaranta* 1995, s. 59–60.
[42] *Telaranta* 1995, s. 53.
[43] *Telaranta*, 1995, s. 98–99.
[44] *Hoppu*, s. 248.
[45] *Hoppu*, s. 249.
[46] Ks. *Hoppu*, s. 112–113 (vakuutusmaksun laiminlyönti), s. 246–247 (vakuutuksenottajan irtisanominen), s. 247–248 (vakuutussopimuslain 15 §) ja s. 249–250 (jatkuva henkilövakuutus).

katsonut vakuutussopimuslain 39 §:n yhteydessä, että vakuutuksenantajan on ryhdyttävä kohtuullisiin toimenpiteisiin vakuutuksenottajan uuden osoitteen selvittämiseksi, jos käy ilmi, että osoite on muuttunut.[47] Kanta on selvä ilmaus siitä, että Hoppu antaa merkitystä sille, että vakuutuksenottaja saa tiedon vakuutuksen päättymisestä, vaikka säännöksen mukaan irtisanomisilmoituksen lähettäminen riittää.

Toinen yksityiskohta liittyy vakuutuksenottajan vakuutussopimuslain 12 §:n mukaiseen irtisanomiseen. Hoppu on katsonut irtisanomisilmoituksen lähettämisen merkityksestä huolimatta, että vakuutus jatkuu yhtäjaksoisesti, jos vakuutuksenottaja peruuttaa oikeustoimilain säännösten mukaisesti irtisanomisilmoituksen.[48] Kanta ei ole mahdollinen, jos irtisanomista ei pidetä oikeustoimena, jonka saapumisella vastaanottajalle on vaikutusta irtisanomisen oikeusvaikutuksen alkamiselle. Ongelmallista johdonmukaisen kielenkäytön kannalta on se, että Hoppu on kirjoittanut irtisanomisilmoituksen eikä irtisanomisen peruuttamisesta. Sanavalinta johtunee kuitenkin vakuutussopimuslain 12 §:stä, koska siinä säädetään irtisanomisilmoituksen lähettämisestä.

*Häyhä* on selostaessaan vakuutuksenottajan irtisanomisoikeutta vakuutussopimuslain 12 §:n nojalla todennut, että vakuutuksenottajan asemasta säädetty rinnastuu yleisen sopimusoikeuden pitkäaikaisia sopimuksia koskeviin periaatteisiin.[49] Samassa yhteydessä hän on katsonut sääntelyn noudattavan alalle sopimusehdoilla muotoutunutta käytäntöä. Vakuutussopimuslailla ei siten Häyhän mukaan tuotu vakuutustoimintaan uusia piirteitä, vaikka vanhassa vakuutussopimuslaissa ei toistaiseksi jatkuneiden vakuutuksien irtisanomista säänneltykään. Myös vakuutussopimuslain 16 § vastasi vakuutuskäytäntöä.

Häyhä ei ole kiinnittänyt esityksessään huomiota irtisanomisen ja irtisanomisilmoituksen erotteluun eikä siihen, miksi vakuutuksenantajan irtisanomisen kohdalla on voitu poiketa yleisestä periaatteesta, jonka mukaan irtisanominen edellyttää vastaanottajan saavan siitä tiedon.[50] Lausunnon aihetta eivät valaise myöskään Häyhän esitykset vakuutussopimuslain 15[51] ja 17[52] §:n mukaisesta irtisanomisesta.

Vakuutusalan omassa vakuutuslainsäädäntöä koskevassa esityksessä todetaan vakuutussopimuslain 16 §:n 2 momentin mukaisesta irtisanomisesta, että vakuutuksenantajalla on oikeus irtisanoa vakuutuskauden kerrallaan oleva vahinkovakuutus päättymään vakuutuskauden lopussa. Sen mukaan irtisanominen on pelkkä ilmoitusasia eikä sitä tarvitse perustella. Se on kuitenkin toimitettava kirjallisesti viimeistään kuukausi ennen vakuutuksen päättymistä.[53]

Mielenkiintoista on havaita, että vakuutussopimuslain 17 §:n osalta todetaan vain, että irtisanomista koskeva kirjallinen ilmoitus on lähetettävä viimeistään kuukautta ennen vakuu-

---

[47] *Hoppu*, s. 113.
[48] *Hoppu*, s. 247.
[49] *Häyhä*, s. 259.
[50] *Häyhä*, s. 261–262.
[51] Ks. *Häyhä*, s. 261.
[52] Ks. *Häyhä*, s. 262–263.
[53] *Lehtipuro – Luukkonen – Mäntyniemi*, Vakuutuslainsäädäntö, Helsinki 1999, s. 161.

tusmaksukauden tai kalenterikuukauden päättymistä, muutoin *irtisanomisilmoitus* on mitätön.[54] Tällä kohdalla kirjoittaja ei ole erottanut toisistaan irtisanomista ja irtisanomisilmoitusta, vaan pitänyt niitä samana asiana. Epäselväksi jää, miksi 16 §:n kohdalla on menetelty toisin. Koska kirjassa ei ole perusteluja kannanotoille, siinä esitetyille mielipiteille ei juurikaan voi antaa merkitystä.

## Irtisanominen vakuutussopimuslain 16 §:n mukaan

Tosiasia vakuutussopimuslain 16 §:n 2 momentin esitöistä on, että perustelut ja säännös ovat jääneet sovittamatta toisiinsa. Näin ollen ei helposti voida puhua lainsäätäjän tahdosta, kun siitä ei ole tietoa. Johtopäätökseni tästä on, että näin vähäisin perustein on mahdotonta poiketa siitä hyvin vahvasta ja laajalti voimassa olevasta periaatteesta, että oikeustoimen tekijän (tahdonilmaisun antajan) on saatettava oikeustoimi vastaanottajan tietoon ja tarvittaessa kyettävä näyttämään se toteen.

Kannanotto on siinäkin mielessä perusteltu, että lähes samoihin aikoihin säädetyissä laeissa liikehuoneiston ja asuinhuoneiston vuokrauksesta irtisanomisesta ja irtisanomisilmoituksesta on säädetty erikseen. Lainsäädännön johdonmukaisuuden kannalta olisi asianmukaista, että vakuutussopimuslaissa on toimittu samoin.

Esitetty tarkoittaa, että vakuutuksenantajan on vakuutussopimuslain 16 §:n 2 momentin mukaan lähetettävä vakuutuksenottajalle irtisanomisilmoitus viimeistään kuukautta ennen vakuutuskauden päättymistä. Ilmoitus kulkee vakuutuksenottajan riskillä. Jos se menee perille, kuten yleensä, vakuutus on tullut irtisanotuksi. Vakuutuksenantajan pitäisi pystyä näyttämään irtisanominen. Sen vuoksi ja ilmoituksen häviämisen tai viivästymisen varalta vakuutuksenantajan tulee todisteellisesti irtisanoa vakuutussopimus ennen vakuutuskauden päättymistä. Irtisanomisaikaa ei tarvita sen vuoksi, että ennakkovaroitukseksi riittää puheena olevan säännöksen mukaan irtisanomisilmoituksen lähettäminen vakuutuksenottajalle.

Vakuutuksenantaja voi tyytyä ilmoituksen lähettämiseen. Jos se on tarkoitettu irtisanomiseksi eikä vain kirjalliseksi ilmoitukseksi toimitetusta tai toimitettavasta irtisanomisesta, ilmoitus kuitenkin kulkee lähettäjän vastuulla.

Todistelukysymyksiin palataan seuraavassa jaksossa.

Esitetty kanta vastaa täysin korkolain 6 §:n 1 momentin säännöstä siitä, milloin velallinen on velvollinen maksamaan viivästyskorkoa. Laskun lähettäminen riittää, mutta viivästyskorkoa ei tarvitse maksaa ennen kuin lasku on saapunut perille, koska se sisältää sekä velan vaatimisen maksettavaksi että viivästyskoron alkamiseksi tarpeellisen muistutuksen velan maksamisesta.

Vakuutuskauden kerrallaan jatkuva vakuutussopimus eroaa kestoltaan vaadittaessa maksettavasta velasta vain siinä, että velan osalta ei yleensä sovita toistuvista kausista, jolloin velkaa ei

---

[54] *Lehtipuro – Luukkonen – Mäntyniemi*, s. 164.

peritä. Vakuutuskaudesta johtuu, että irtisanomisesta on näytettävä sen tuleminen vakuutuksenottajan tietoon ja se, että se on tullut vakuutuksenottajan tietoon ennen seuraavan vakuutuskauden alkua.

Edellä jaksossa ”Vakuutussopimuslain muut irtisanomissäännökset”, jossa vertailtiin vakuutussopimuslain eri irtisanomissäännöksiä, ei tullut esille mitään, minkä vuoksi voitaisiin katsoa vakuutuksenantajan vapautuneen velvollisuudesta saattaa irtisanominen vakuutuksenottajan tietoon. Sama koskee kirjallisuutta esitellyttä jaksoa ”Vakuutussopimuslain 16 § ja kirjallisuus”.

Erääseen esitettyä kantaa tukevaan seikkaan voidaan vielä kiinnittää huomiota. Vakuutussopimuksen päättymistä on lähestytty oikeuskirjallisuudessa näkökulmasta, jossa vakuutussopimuslain pakottavien säännösten taustalle on konstruoitu pyrkimys estää vakuutuksenottajaa joutumasta vakuutussuojan yllättävän menetyksen kohteeksi. Häyhäkin näyttää hyväksyneen tämän ajatustavan.[55] Tuon suojan kannalta on ensiarvoisen tärkeää, että vakuutuksenottaja saa mahdollisimman aikaisin tiedon vakuutuksen päättymisestä. Olisi varsin outoa, jos vakuutuksenantajan irtisanominen voisi johtaa vakuutussopimuksen päättymiseen ilman, että vakuutuksenottaja on saanut siitä lainkaan tietoa. Riittävän hankalaa hänen kannaltaan on varmasti jo se, että tieto asiasta voi saapua hänelle aivan viime hetkellä. Tästä näkökulmasta olisi ollut paras säätää irtisanominen toimitettavaksi viimeistään kuukautta ennen vakuutuskauden loppumista.

## Todistustaakka irtisanomisesta

Irtisanominen on edellä määritelty vastaanottamista edellyttäväksi oikeustoimeksi. Oikeustoimeen vetoavan on pääsäännön mukaan näytettävä, että oikeustoimi on tehty. Sama sääntö ilmenee ratkaisusta KKO 1996:34 vakuutussopimuksen muutosilmoituksen osalta, vaikkakin massasopimusluonne onkin perustelujen mukaan vaikuttanut vaadittavan näytön määrään.

> KKO 1996:34 (osa perusteluista): ”Tämän vuoksi on riittävää, että vakuutuksenantaja näyttää menetelleensä muutosilmoitusta tehdessään sellaisella tavalla, että ilmoituksen voidaan yleisen elämänkokemuksen mukaan katsoa tulleen vastaanottajan saataville.”

Vakuutusehtoa muutettaessa osapuolien oikeudet ja velvollisuudet eivät säily entisellään, joten muutokseen tähtäävä tahdonilmaisu on annettava vastapuolen tiedoksi. Kun irtisanomisessa on kyse paljon edellistä suuremmasta muutoksesta osapuolten välisessä suhteessa, on selvä, että siinäkin todistustaakka on sillä, joka vetoaa oikeustoimeen. Todistustaakka on tavallisesti määritelty juuri tällä tavalla, mikä ilmenee vuokrasopimusten osalta jaksossa ”Irtisanomisesta ja sitä koskevista säännöksistä esitellyistä säännöksistä”. Esitetty tarkoittaa, että vakuutuksenantajan on vedotessaan vastuusta vapautuakseen vakuutussopimuksen päättymiseen irti-

[55] *Häyhä*, s. 263.

sanomisen perusteella näytettävä, että vakuutussopimus on päättynyt ennen vakuutustapahtuman sattumista.

Kun oikeustoimi tehdään postitse, ongelmana on, mitä pitää näyttää, jotta katsottaisiin lähetyksen tulleen perille. Jo esille olleessa korkeimman oikeuden ratkaisussa 1996:34 otettiin tähän kantaa.

> KKO 1996:34 (osa perusteluista): ”Vakuutussopimus on luonteeltaan massasopimus, jonka ehtojen muuttaminen koskee suurta määrää vakuutuksenottajia. Ilmoituksen tekeminen kullekin erikseen haastemiestä käyttäen, saantitodistuksin tai muulla sellaisella tavalla aiheuttaisi sekä vakuutuksenottajille että vakuutuksenantajille suuria käytännön vaikeuksia. Tämän vuoksi on riittävää, että vakuutuksenantaja näyttää menetelleensä muutosilmoitusta tehdessään sellaisella tavalla, että ilmoituksen voidaan yleisen elämänkokemuksen mukaan katsoa tulleen vastaanottajan saataville.
>
> Vakuutusyhtiö on selvittänyt, että vakuutusehtojen muuttamisen johdosta vakuutusyhtiössä tehtiin 10.–12.2.1989 tietokoneajo, jolla vakuutusehtoja ja -maksuja koskevat muutostiedot vietiin vakuutusrekisteriin kunkin yksittäisen vakuutuksen kohdalle. Kustakin muutetusta vakuutuksesta muodostettiin ilmoituskirjeeseen tarvittavat tiedot sisältävä tiedosto. Ilmoituskirjeiden tulostamisen ja postituksen hoiti erillinen yhtiö, jolle tiedot luovutettiin magneettinauhalla. Tietoja magneettinauhalta siirrettäessä ja tietoja tietokoneessa käsiteltäessä postituksen suorittaneessa yhtiössä verrattiin siirrettyjen tiedostojen lukumäärä ja tarkastettiin, että sama osoitemäärä siirtyi työvaiheesta toiseen. Yhtiö ilmoitti suorittaneensa 21.2.1989 tulostamisen ja postituksen. Mahdollisesti ilmaantuneet virheet ja vahingoittuneet tai postista palautetut kirjeet käsiteltiin erikseen. Vakuutusyhtiön tietokannassa Jaatisen vakuutuksen kohdalla olevien tietojen mukaan tietokoneajot on vakuutuksen osalta suoritettu ja vakuutusyhtiö on esittänyt myöhemmin tulostetun kirjeen osoitukseksi Jaatiselle lähetetyn, 22.2.1989 päivätyn kirjeen sisällöstä.
>
> Vakuutusyhtiön selvitys riittää osoittamaan, että vakuutusehtojen muutoksesta on ilmoitettu Jaatiselle tätä sitovalla tavalla.”

On epäselvää, mitä johtopäätöksiä ratkaisusta voidaan tehdä näytön riittävyyden osalta. Huomiota voidaan kiinnittää sekä siihen, millä tavalla jutussa näytettiin kirjeiden lähettäminen, että siihen, mikä merkitys esitetyllä näytöllä on yleensä tiedoksi antamisen näkökulmasta eli näyttönä tiedon saapumisesta vastaanottajalle niin, että hän on voinut ottaa siitä selon.

Olen katsonut, että jutussa on esitetty näyttö kirjeen lähettämisestä asianmukaisella tavalla. Järjestelmän kuvaaminen ja sen selvittäminen, ettei ongelmia ole ollut, yleensä riittää näytöksi kirjeen lähettämisestä. Myös kirjeen sisältö on tullut luotettavasti selvitetyksi jälkikäteen tehdyllä tulosteella.[56] Lisäksi ratkaisussa olisi ollut mahdollista kiinnittää huomiota siihen, että postitus on ollut ulkopuolisen yrityksen huolena. Todistelua ei siten ole esittänyt asianosaisen edustaja tai työntekijä, vaan ulkopuolinen.

Ratkaisusta voidaan tehdä pitemmällekin meneviä johtopäätöksiä, koska siitä oli katsottu muutoksesta ilmoitetun. Sen perusteella olettama näyttäisi olevan, että asianmukaisesti

---

[56] *Saarnilehto*, Oliko kirje lähetetty? Oikeus 3/1996, s. 4–5.

oikeaan osoitteeseen postitettu kirje on tullut perille, ellei posti ole sitä palauttanut. Olettamaa ei kuitenkaan voida pitää yleisenä yksittäisen ratkaisun KKO 1996:34 perusteella siihen liittyvien erityispiirteiden vuoksi.

Ratkaisua KKO 1996:34 ei voida pitää yleispätevänä ennakkotapauksena kirjeen perille saapumisen näyttämistä, koska perustelut osoittavat selvästi, että jutussa on haluttu ratkaista vain se, millä tavoin massakirjeet on toimitettava perille. Vakuutusyhtiötä ei ole haluttu rasittaa sellaisella ilmoitustavalla, että jokaisen ilmoituksen saapuminen perille olisi erikseen todistettavissa. Yksittäistä sopimusta koskevien muutosten ja erityisesti peruutusten osalta lähtökohta on edelleen toinen. Esimerkiksi oikeustoimilain edellä selostettuihin, yleisiä periaatteita ilmaiseviin säännöksiin ei ole puututtu.[57]

Yksittäisten tointen osalta on jatkossakin syytä varautua esittämään näyttö asiakirjan perille saapumisesta, ellei kyse ole ilmoituksesta, jonka lähettäminen on riittävää (ks. esim. oikeustoimilain 40 § ja kauppalain, 355/1987, 82 §). Mitä merkittävämmästä asiasta vastapuolen kannalta on kyse, sitä enemmän on syytä varmistua tiedonannon perille saapumisesta. Todistustaakka on yleensä sillä, joka haluaa muutosta itseään sitovaan oikeustoimeen.

Toistaiseksi jatkuvan sopimussuhteen irtisanominen on niin merkittävä muutos oikeussuhteessa, että lähtökohta on ilman muuta oikeusvaikutusten alkaminen vain, jos tieto irtisanomisesta on saapunut perille niin, että vastaanottaja on voinut ottaa selon irtisanomisesta. Oikeustoimena se on vähintään yhtä merkittävä kuin tarjouksen tai vastauksen peruuttaminen. Lopputulos peruuttamisesta ja irtisanomisesta on sama: oikeussuhde ei ole voimassa. Sopimussuhteen jatkuminen jonkin aikaa ennen irtisanomista tekee kuitenkin sen, että vastapuoli uskoo sopimussuhteen jatkuvan eikä voi ilman tietoa irtisanomisesta varautua sopimuksen päättymiseen.

Vakuutussopimuksen irtisanominen vakuutussopimuslain 16 §:n mukaisesti ei ole massaluontoinen oikeustoimi. Irtisanominen harkitaan tapaus kerrallaan. Kyse on edellä tarkoitetusta yksittäisestä toimesta. Sen tekijän on kyettävä näyttämään, että tahdonilmaisu on saapunut vastaanottajalle niin, että hänellä on ollut mahdollisuus ottaa siitä selko.

## Tiivistelmä

Edellä on pyritty selvittämään vakuutussopimuslain 16 §:n mukaista irtisanomismenettelyä. Erityisen huomion kohteena on ollut se, kuuluuko irtisanomiseen sitä koskevan tahdonilmaisun saattaminen vastapuolen tietoon niin, että tämä on voinut ottaa siitä selon. Vastaukseni on ollut: irtisanominen on oikeustoimi (tahdonilmaisu), johon kuuluu oikeusvaikutusten syntymiseksi (= sopimuksen päättymiseksi), että irtisanoja saattaa tahdonilmaisunsa sopijapuolensa tietoon.

---

[57] Ks. *Saarnilehto*, KKO 1996:34, lyhyt kommentti, Lakimies 1997, s. 315–316.

Vakuutussopimuslain 16 §:n 2 momentin tulkintaongelmana on, onko siinä säädetty poikkeus yleisistä periaatteista johtuvasta velvollisuudesta saattaa irtisanominen vastapuolen tietoon. Syy ongelman syntymiseen on irtisanomisilmoituksen sääntely. Edellä esitetyistä syistä olen päätynyt siihen, että säännös ei ole poikkeus pääsäännöstä. Esitöiden valossa irtisanomisilmoitusta koskevan säännöksen tarkoitus näyttää olleen se, että irtisanominen toimitetaan riittävän ajoissa, jotta vakuutuksenottaja voi varautua vakuutuksen päättymiseen.

Todistustaakka oikeustoimen tekemisestä on pääsäännön mukaan sillä, joka vetoaa oikeustoimeen. Todistustaakkaa koskevat säännöt eivät ole poikkeuksettomia. Massaluonteisten oikeustointen osalta korkein oikeus on katsonut, että näyttö tiedon lähettämisestä riittää luomaan olettaman siitä, että tieto saapuu postitse perille (KKO 1996:34). Olettama on kumottavissa vastanäytöllä. Yleensä sen esittäminen lienee lähes mahdotonta. Korkeimman oikeuden aikanaan esittämät perustelut olivat varsin selkeät siltä osin, että ratkaisu koski ainoastaan tiedon antamista massaluonteisissa oikeustoimissa. Yksittäisten oikeustointen kohdalla pääsääntö näyttäisi siten olevan päinvastainen. Se koskee myös vakuutuksen irtisanomista, ellei toisin ole säädetty.

Lena Sisula-Tulokas

# Den rena och den kanske inte helt rena förmögenhetsskadan

## Ren förmögenhetsskada i 5 kapitel 1 § skadeståndslagen

Skadeståndsrätten är ett centralt område i professor emeritus Esko Hoppus verksamhet. Därför har jag valt att i denna uppsats behandla 5 kap. 1 § i skadeståndslagen. Enligt paragrafen omfattar skadeståndet gottgörelse för person- och sakskada. Utöver dessa finns en tredje skadegrupp vars ersättningsförutsättningar är begränsade till särskilda fall.[1] Denna skadegrupp utgörs av ”sådan ekonomisk skada som inte står i samband med person- eller sakskada”. I doktrinen brukar talas om ren förmögenhetsskada eller ren ekonomisk skada.[2] Vår finska skadeståndslag förklarar inte uttrycket närmare.[3] Våra förarbeten är likaså rätt förtegna fastän

[1] SkL 5:1, andra satsen:

> Om skadan förorsakats genom straffbelagd handling eller vid myndighetsutövning eller om det i annat fall föreligger synnerligen vägande skäl, omfattar skadeståndet gottgörelse även för sådan ekonomisk skada som icke står i samband med person- eller sakskada.

Se t.ex. *E. Hoppu – K. Hoppu*, Kauppa ja varallisuusoikeuden pääpiirteet, 4. uppl., Helsinki 2003 s. 241.

[2] I kommittébetänkandet från år 1965, som handlade om arbetsgivares och arbetstagares samt barns och föräldrars skadeståndsansvar, användes under inflytande av dansk och norsk rätt termen allmän förmögenhetsskada, Kom.bet. 1965:A 4, s. 33.

[3] Enligt förslaget från år 1970, det s.k. Ådahl–Aho-förslaget, Lagberedningens publikationer 1970 3, SkL 1 kap. 1 § 2 mom., skulle den kränkte få ersättning för sådan ekonomisk skada som icke står i samband med person- eller sakskada, där skadan förorsakats genom straffbelagd handling. I förslaget kan man klart spåra det svenska inflytandet. I bestämmelsen konstaterades uttryckligen att ”Dylik ekonomisk skada benämnes nedan ren förmögenhetsskada”. Här återfinns också den ofta citerade satsen att stadgandet i SkL 1:1.2 ”inte heller hindrar att man i rättspraxis, när vägande skäl det kräver, utvidgar den krets inom vilken ren förmögenhetsskada ersätts”.

Den svenska lagen definierar ren förmögenhetsskada som ”sådan ekonomisk skada som uppkommer utan samband med att någon lider person- eller sakskada”, se den svenska skadeståndslagen (SvSkL) 1 kap. 2 §. Enligt förarbeten krävdes en definition eftersom begreppet ”i viss mån innebär en nyskapelse hos oss”, Remiss till lagrådet den 19 mars 1971 s. 440. Termen ren förmögenhetsskada valdes med ”viss förebild i tyskt juridiskt språkbruk (reiner Vermögensschaden).” Med formuleringen var avsikten att framhäva ”att förmögenhetsförlust som någon lider till följd av att annan har drabbats av person eller sakskada inte går in under definitionen”, Remiss till lagrådet den 19 mars 1917 s. 440, Prop. 1972:5 s. 452, NJA 1972 II 581. Hos oss ansåg laggranskningsrådet i sitt betänkande att en definition var onödig och tyskinfluerad, Laggranskningsrådets utlåtande N:o 3 1971 s. 9, se även *E. Routamo,* Lakimies (LM) 1985 s. 83. Om det i övrigt nära förhållandet mellan svensk och finsk skadeståndsrätt på denna punkt, se närmare särskilt *J. Kleineman*, Ren förmögenhetsskada, s. 20 ff., Stockholm 1987.

begreppet i tiden var en nyhet. Det framgår att det exempelvis kan vara fråga om minskning eller förlust av inkomst.[4]

Komprimerat kunde man beskriva vårt stadgande om ren förmögenhetsskada enligt följande; skadeståndslagen reglerar utomkontraktuellt ansvar. Enligt lagens huvudregel ersätts person- och sakskada som förorsakats genom uppsåtlig eller vårdslös handling. Den tredje skadekategorin, den rena förmögenhetsskadan, är i en särställning. För ersättning av en ren förmögenhetsskada krävs ytterligare att:

1) den uppstått genom straffbelagd handling,
2) den uppstått vid myndighetsutövning,
3) det föreligger synnerligen vägande skäl för ersättning, eller
4) det finns speciallagstiftning som föreskriver ersättning.

Ersättningssystemet verkar överskådligt och klart. Enligt huvudregeln ersätts inte ren förmögenhetsskada i utomkontraktuella förhållanden. Ersättning utgår endast i de fyra undantagsfallen. Genom att undersöka för det första om det är fråga om ett utomkontraktuellt förhållande, för det andra om skadan är en ren förmögenhetsskada och för det tredje om en av de fyra undantagssituationerna föreligger, vet man med klarhet om skadan skall ersättas eller inte. Klarar man sig igenom denna formella kategorisering har man lösningen i en liten ask. Vad kan man ha att invända mot detta system? Svaret på frågan beror givetvis på vem man frågar. Problematiken är både mångfacetterad och djup. Denna korta uppsats är bara ett skrap på ytan.

---

[4] Bestämmelsens tillkomsthistoria har beskrivits i litteraturen ett flertal gånger. Då jag inte har något nytt att tillföra det som tidigare återgivits summerar jag endast händelseförloppet i stora drag i denna fotnot.

Enligt regeringens proposition föreslogs att ren förmögenhetsskada skulle vara ersättningsgill endast i samband med straffbelagd handling eller myndighetsutövning, se närmare t.ex. Oikeusministeriön lainsäädäntöosaston julkaisu (Olj) 7/1974 s. 23 (Reg.prop. 183/1973). De föreslagna ersättningsförutsättningarna var föremål för diskussion i lagutskottet, Lakivaliokunnan mietintö n:o 5, Olj 7/1974 s. 47. Med hänvisning till vad som varit brukligt i praxis och till ändamålsenlighet föreslog utskottet att begränsningarna till straffbelagd handling eller myndighetsutövning skulle slopas och att paragrafens skulle ha följande lydelse:

> Skadeståndet omfattar gottgörelse för person och sakskada *samt* även för sådan ekonomisk skada som icke står i samband med person eller sakskada.

Vid den fortsatta behandlingen framkom att den nya formuleringen uppfattades som alltför vid. Sin slutliga form fick paragrafen i stora utskottet, där ”synnerligen vägande skäl” lades till den ursprungliga lydelsen, Suuren valiokunnan mietintö n:o 41, Olj 7/1974 s. 58. Tillkomsthistoriken och relationen till SkL:s tillämpningsområde, särskilt uteslutandet av det kontraktuella skadeståndet i SkL:s 1:1 har utförligt beskrivits i *Matti Ylöstalos* ofta citerade artikel Vahingonkorvauslain 5 luvun 1 §:n tulkintaa, Lakimies (LM) 1975 s. 238. Trots att det är fråga om en kort artikel, 6 sidor, eller kanske just p.g.a. att artikeln är kort, har den haft ett stort inflytande på tolkningen av SkL 5:1. Ylöstalo hade i riksdagen hörts som sakkunnig. Efter ändringarna i lagrådet avseende bl.a. lagens tillämpningsområde vilka i hög grad påverkade frågan om ersättning av rena förmögenhetsskador skickade Ylöstalo till ordförande för lagrådet ett brev som återges i artikeln. Under inspiration av BGB § 826 föreslår Ylöstalo en ny formulering av SkL 5:1:

> Skadeståndet omfattar gottgörelse för person- och sakskador och, då skadan har uppstått genom straffbar handling eller handling som strider mot god sed, även sådan ekonomisk skada som inte står i samband med person- eller sakskada.

Brevet påverkade uppenbarligen behandlingen av paragrafen i stora utskottet. Ylöstalo konstaterar att paragrafens tillkomsthistoria utvisar att avsikten varit att möjliggöra en vidareutveckling genom praxis.

Se även t.ex. *M. Hemmo*, Sopimus ja delikti, Helsinki 1998, s. 62 f., s. 101, *E. Routamo*, Varallisuusvahingon korvaamisen ongelmia, LM 1985 s. 74 ff., *H. Saxén*, Skadeståndsrätt, Åbo 1975 s. 72.

## Stadgandet och doktrinen

Stadgandet om ren förmögenhetsskada har i tiden varit föremål för det man i våra förhållanden skulle kunna beteckna som en livlig debatt.[5] I doktrinen brukar konstateras att paragrafens tillkomsthistoria ger tämligen lite ledning angående vad som egentligen avsetts med formuleringarna ”ren förmögenhetsskada” och ”synnerligen vägande skäl”.[6] Bestämmelsen beskrivs vanligtvis i tämligen generella ordalag som en slags spärregel mot ett alltför vittgående ansvar. Det hänvisas allmänt till flodvågsargument och kravet på handlingsfrihet i samhället, till exempel affärsvärldens sunda konkurrens om samma kunder.[7] I många framställningar diskuteras kort kriterierna för ”straffbelagd handling”[8] och ”myndighetsutövning”[9] varefter huvudintresset fokuseras på att försökt ringa in innebörden av uttrycket ”synnerligen vägande skäl”[10]. Faktorer som påverka bedömningen sägs till exempel vara huruvida handlingen strider mot god sed,[11] huruvida det är fråga om en avtalsliknande situation,[12] skadan påminner om sakskada,[13] skadans storlek,[14] den skadeframkallande handlingens vårdslöshetsgrad,[15] osv. Tämligen samstämmigt konstaterar författarna att bestämmelsen om ren förmögenhetsskada är öppen och att det i sista hand blir fråga om in casu avgöranden.

Senast och utförligast har bestämmelsen om ren förmögenhetsskada behandlats av *Mika Hemmo.*[16] Han går noggrant igenom doktrin och praxis och understryker mot den bakgrunden betydelsen av de traditionella hjälpkriterierna; stridande mot god sed,[17] graden av klandervärdhet och vårdslöshet,[18] samt avtalsliknande drag[19]. I en av justitieministeriet infordrad

---

[5] Se föregående fotnot och därtill särskilt diskussionen kring bojkottfallet, HD 1983 II 187, t.ex. *T. Klami*, Boikottikehotuksen oikeudenvastaisuudesta erään oikeustapauksen valossa, Defensor Legis (DL) 1984 s. 168 ff., *E. Routamo*, Ostoboikotti ja vahingonkorvaus – näkemyseroja, DL 1984 s. 287 ff., *N. Bruun*, rättsfallskommentar, LM 1984 s. 873 ff. och *E. Routamo*, Varallisuusvahingon korvaamisen ongelmia, LM 1985 s. 74 ff. Se även vidare *J. Kaivola – F. Nybergh – P. Ståhlberg,* Kaksi täysistuntoratkaisua sopimuskumppanin työntekijän vahingonkorvausvastuusta, DL 1993 s. 383.

[6] Se t.ex. *Hemmo*, Sopimus ja delikti, s. 71, *Routamo*, LM 1985 s. 84, *Ståhlberg* i *Kaivola – Nybergh – Ståhlber*g, DL 1993 s. 415.

[7] Se t.ex. *Hemmo*, Sopimus ja delikti, s. 102 f., *Routamo – Ståhlberg,* s. 210, *Saxén*, s. 72 ff.

[8] Se här särskilt *Saxéns* tankeväckande framställning i Skadeståndsrätt, s. 73, som bl.a. betonar stadgandets skyddsändamål.

[9] Se t.ex. *Saxén,* Skadeståndsrätt s. 72 ff., *Routamo – Ståhlberg,* s. 235, *Hemmo,* Sopimus ja delikti s. 72 ff.

[10] Se t.ex. *Saxén,* Skadeståndsrätt s. 74 ff., *Routamo – Ståhlberg,* s. 235, *Hemmo,* Sopimus ja delikti s. 72 ff.

[11] Se t.ex. redan *Ylöstalos* förslag till ny formulering av SkL 5:1, LM 1975 s. 238 och *Saxén*, Skadeståndsrätt (1975) s. 37 f. *Y. J. Hakulinen*, Obligationsrätt, s. 251, skrev år 1961 i liknande banor ”Även om handlingen som sådan är lagenlig, bör den likställas med ett rättstridigt förfarande, såframt handlingen med hänsyn till sitt syfte eller de anlitade medlen är klandervärt. Inom samhället rådande god sed (*boni mores*) utstakar för handlingsfriheten en gräns som ej får överskridas utan att man blir ansvarig för tillskyndad skada eller olägenhet.” Se vidare *Routamo – Ståhlberg*, s. 235, *Saxén,* Skadeståndsrätt s. 72 ff., *Kaivola – Nybergh – Ståhlberg*, DL 1993 s. 421.

[12] T.ex. *Hemmo,* Sopimus ja delikti s. 77 ff., *Saxén,* Skadeståndsrätt s. 75.

[13] T.ex. *Routamo – Ståhlberg* s. 235.

[14] T.ex. *Routamo – Ståhlberg* s. 235.

[15] Se särskilt *Saxén,* Skadeståndsrätt s. 72 ff., även *Routamo – Ståhlberg,* s. 235, *Hemmo,* Sopimus ja delikti s. 72 ff.

[16] *Hemmo*, se särskilt Sopimus ja delikti, s. 56 ff.

[17] *Hemmo,* Sopimus ja delikti s. 72 ff. och där anförda hänvisningar, se t.ex. redan *Ylöstalo,* LM 1975 s. 238, *Saxén,* Skadeståndsrätt s. 74 och *Routamo – Ståhlberg* s. 235.

[18] *Hemmo,* Sopimus ja delikti s. 76 f. och där anförda hänvisningar, se särskilt *Saxén* Skadeståndsrätt s. 73 ff.

[19] *Hemmo,* Sopimus ja delikti s. 77 ff. och där anförda hänvisningar. Se även t.ex. *HD 2001:70,* advokat- och boförvaltaransvar.

utredning har Hemmo utvecklat analysen vidare.[20] Han för fram vissa moderata reformförslag, bl.a. att kriteriet ”stridande mot god sed” (som redan år 1975 föreslogs av *Ylöstalo*[21]) kunde skrivas ut och klart anges som egen ansvarsgrund.[22] Hemmo efterlyser också en principiell diskussion om ansvar i situationer där felaktig information getts åt annan än avtalspart.

Utredning skickades på sedvanlig remissrunda. Mottagandet var delat men helhetsintrycket är att majoriteten av remissinstanserna upplevde regleringen av ren förmögenhetsskada i sin nuvarande form som tillfredsställande och uttryckte skepticism mot förändringar.[23] Man menade att en eventuell ändring kunde leda till att skadeståndsansvaret blir alltför omfattande och konsekvenserna oöverskådliga. Särskilt representanterna för massmedia angrep kraftigt tanken att i lagen explicit ange ”stridande mot god sed” som ansvarsgrund.[24] Det var framför allt representanterna för konsumentintressen och advokatförbundet som uttryckligen påtalade reformbehovet.[25]

Historiken kring SkL 5:1 om ren förmögenhetsskada är kanske typisk många liknande bestämmelser. Särskilt i början kritiseras bestämmelser för att vara obestämda och vaga. Dock räknar man med att uttryck som ”synnerligen vägande skäl” kommer att få en klarare utformning genom praxis. Givetvis sker vissa preciseringar. När frågan om en eventuell ändring av paragrafen aktualiseras exempelvis 30 år senare visar det sig att majoriteten av remissinstanserna är nöjda med bestämmelsen. Den säjs fungera väl. Tiden har kanske gjort sitt. Man kan få uppfattningen att den vid sin tillkomst vaga bestämmelsen med hjälp av bl.a. praxis och doktrin blivit välfungerande. Eller är det lättare att leva med en vag bestämmelse än med risken att ändringar leder till ett alltför långtgående och oöverskådligt ansvar?

Det ser ut som om en viss mystik skulle omsluta den finsk-svenska regleringen av ren förmögenhetsskada. Å ena sidan kritiseras den för att vara oändamålsenlig och vag, å andra sidan ser alla ändringsförsök ut att rinna ut i sanden eller sluta i mycket försiktiga ändringar. Varför då skriva en artikel om en bestämmelse som redan tidigare utförligt behandlats i doktrinen och där det inte ser ut att finnas större reformtryck?

---

[20] *Hemmo,* Oikeusministeriö (Olj), Lausuntoja ja selvityksiä 2002:26, finns även i nätversion, se www.om.fi.

[21] Se ovan fotnot 4. God sed föreslogs som ett kriterium av *Ylöstalo* i riksdagsbehandlingen, se t.ex. LM 1975 s. 241 och *Saxén*, Skadeståndsrätt s. 74, skrev 1975 att en regel som skulle motsvara BGB § 826 enligt vilken skadeståndsskyldighet åligger den som uppsåtligen tillfogar annan skada på ett sätt som strider mot god sed knappast hos oss skulle möta invändningar.

[22] Se exempelvis *HD 1991:79,* god journalistsed*, HD 2001:70,* god advokatsed.

[23] Inalles 34 instanser svarade.

[24] Se t.ex. Viestinnän keskusliitto 30.4.2003 som skrev att detta ”skulle utgöra ett betydande hot mot yttrandefriheten”. Se även Julkisen sanan neuvosto 13.3.2003, och debatten i tidningspressen t.ex. *Björn Månssons* ledare i Hbl 6.4.2003 och *Johan Bärlunds* kommentar 12.4.2003.

[25] Se t.ex. svaren från Konsumentverket, 25.4.2003, Konsumentklagonämnden 29.4.2003 och Finlands advokatförbund 28.4.2003.

## Varför rena förmögenhetsskador än en gång?

För det första kan man påtala vagheten i skadeståndslagens formuleringar. Det gäller speciellt uttrycket ”synnerligen vägande skäl”. Men allmänt taget bör den här typen av spärregler vara flexibla och ge utrymmer för rättsutveckling. Vaga och särskilt alltför vaga formuleringar är på gott och ont. Problemet är kanske inte vagheten i sig utan bristen på en samlad syn hur vagheten skall användas och utvecklas. Man kan fråga om rättspraxis och doktrin i tillräcklig grad gett uttrycket ”synnerligen vägande skäl” en klarare innebörd. Har de särskilda faktorer som kan beaktas på ett systematiskt sett identifierats, analyserats och debatterats? Är vi alltför försiktiga att röra vid spärregeln trots att vi i bakfickan har ytterligare säkerhetsmekanismer exempelvis i reglerna om jämkning av skadestånd och adekvansbedömning? Men detta är en följdfråga. Det hela bottnar i grundfrågan huruvida det finns övertygande orsaker att ändra vår inställning till ersättning av ren förmögenhetsskada.

För det andra har en hel del skett i samhället sedan arbetet på en skadeståndslag påbörjades och slutfördes. En klar tendens är att förmögenhetsvärdena ser ut att dematerialiseras. Kopplingen mellan realförmögenhet och ekonomiska värden blir allt lösare. Förr var det framför allt ägandet av materiell egendom, exempelvis fastigheter, stenhus, mark, skog och boskap som var symbolerna för förmögenhet. Skadeståndslagens system att ersätta sakskador och ekonomiska skador som står i samband med sakskador ger här ett relativt effektivt sydd. Men de traditionella förmögenhetsvärdena har alltmer fått ge vika för en mer svårfångad förmögenhetsuppfattning som understryker exempelvis värdet av information, affärsidéer, datasystem, koncept, goodwill, olika typer av know-how, miljöaspekter osv. Förmögenheten är inte bunden till det fysiska. Är den strikta kopplingen till sakskada mera självklar? Jag menar inte att man skall rubba på det traditionella skadeståndsrättsliga synsättet att i första hand prioritera skyddet för personskador och sakskador. Nej, men det behöver inte betyda att rena förmögenhetsskador nästan helt utesluts från skadelidandes skyddade rättssfär. Ett genuint skyddsbehov skall kunna ges betydelse.

Rena förmögenhetsskador har beaktats bättre i nyare speciallagstiftning. Detta har påverkat den traditionella balansen mellan SkL:s restriktiva huvudregel och speciallagstiftningens undantag. I dag kan man fråga vad som är huvudregel och vad är undantag. Mängden speciallagstiftning som ger ersättning för rena förmögenhetsskador ökar hela tiden. Det gäller exempelvis inom associations-, immaterial-, person-, arvs-, konkurrensrätten osv.[26] Andra osynligare förskjutningar har också skett. Det gäller exempelvis uppfattningarna om vad som är myndighetsutövning. Å ena sidan har det sagts att begreppet får allt vidare tolkning[27], å andra sidan har stora delar av den offentliga verksamheten privatiserats, vilket också kan få skadeståndsrättsliga implikationer.

---

[26] Se den fullständigare listan hos *Hemmo,* Olj 2002:26 s. 9 f.

[27] Se t.ex. *H. Halilas* kommentar till fallet *HD 1999:32*, det s.k. Wärtsilä-fallet, i KKO:n ratkaisut kommentein 1999 I, s. 271.

För det tredje kan inte den europeiska och internationella harmoniseringsutvecklingen helt förbigås. Den europeiska integrationen börjar på allvar sätta sina spår i civilrätten. EG-domstolens praxis påverkar direkt och indirekt många områden. Det är nyttigt att spegla de egna rättsreglerna mot kringliggande europeiska system och kartlägga likheter och olikheter. Likheterna är ofta så stora att olikheterna kan kännas överraskande.[28] Ren förmögenhetsskada (pure economic loss) är inom Europa ett mycket heterogent rättsligt begrepp. Den fransk-spanska[29] och den finsk-svenska uppfattningen kan sägas representera ett slags ytterligheter. Fransmännen och spanjorerna känner knappt till begreppet som en separat skadetyp, medan italienarna, holländarna, engelsmännen och tyskarna alla ger begreppet något olika innehåll.[30] I vår uppfattning kan man spåra ett tyskt inflytande. Trots detta framstår vår regel i ett europeiskt perspektiv som både restriktiv och rigid. Man kan fråga om det i längden är motiverat att hålla kvar denna rätt särpräglade finsk-svenska rättsfigur.[31] Jag förespråkar inte en blind harmonisering utan en beredskap att kritiskt ifrågasätta vårt invanda tänkande. Det kan, trots allt, finnas andra lika bra eller t.o.m. bättre lösningsmodeller.

I dagens läge är det alltför tidigt att tala om en gemensam europeisk uppfattning om hur ”pure economic loss” i framtiden kommer att utvecklas. Det pågår ambitiösa försök att få olika länders uppfattningar att närma sig varandra. De intressantaste resultaten hittills är ingalunda förslag till regler, utan preliminära försök att identifiera faktorer som kan ges relevans vid den rättsliga bedömningen. Sådana kan exempelvis formuleras enligt följande:

---

[28] I norsk och dansk rätt har de rena förmögenhetsskadorna inte samma särställning. Dansk och norsk rätt klarar sig väl med en mindre formell inställning till ersättning och opererar starkare med rättsstridighetslärans objektiva rättsstridighetsbegrepp. Begreppet ren förmögenhetsskada i sig är inte ett centralt begränsningsinstrument. Se dock t.ex. *N. Nygaard,* Skade og ansvar, 5 utg. 2000, s. 65, 88 och *A. Vinding Kruse* i Festskrift till Hellner s. 787 ff. *J. Kleineman* har i sin doktorsavhandling Ren förmögenhetsskada, Stockholm 1987, s. 106 ff., på ett informativt sätt redogjort för rättsutvecklingen i Norden.

[29] Det gäller även Belgien och Luxemburg.

[30] Se t.ex. *Ch. von Bar*, The Common European Laws of Tort, Vol. I, Oxford 1998, s. 245. Se § 823 I BGB, där skadestånd omfattar en rättstridig kränkning av ”– – den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht – –”. Observera § 823 II, 824 och 826 BGB. Se närmare t.ex. *K. Zweiger – H. Kötz,* Introduction to Comparative Law, 3 ed. 1998 s. 598 ff. Se även *W.H. van Boom,* Pure Economic Loss: A Comparative Perspective s. 4 ff. och *H. Koziol* Compensation for Pure Economic Loss from a Continental Lawyer’s Perspective s. 141 ff. i *W.H. van Boom – H. Koziol – Ch. A .Witting* (eds.) Pure Economic Loss, Wien 2003.

[31] Såsom så ofta är det i Sverige vi hittar en liknande reglering av rena förmögenhetsskador och - inte oväntat - med oklar bakgrund, se t.ex. *B. Bengtsson – E. Strömbäck*, Skadeståndslagen, Stockholm 2002, s. 55 ff. och *Kleineman,* s. 117. T.ex. *J. Hellner,* Skadeståndsrätt, 5:e uppl., Stockholm 1995 s. 67, skriver att skälen till den snäva begränsningen av skadeståndsgrundande handlande i svensk rätt är delvis höljda i dunkel, även om man kan gissa att den historiska bakgrunden med kopplingen till strafflagen har spelat en roll. Se även ovan not 3. Enligt SvSkL skall skadan ha vållats genom brott, SvSkL 2:2, (före 2001 års lagändring SkL 2:4) eller det skall vara fråga om myndighetsutövning, SvSkL 3:2, eller ett principalansvar i vissa fall, SvSkL 3:1. Genom lagändringen år 1998 infördes ett förtydligande om det allmännas ansvar för felaktig myndighetsinformation, SvSkL 3:3. Staten eller en kommun skall ”ersätta ren förmögenhetsskada som vållats av att en myndighet genom fel eller försummelse lämnar felaktiga upplysningar eller råd, om det med hänsyn till omständigheterna finns särskilda skäl. Därvid skall särskilt beaktas upplysningarnas eller rådens art, deras samband med myndighetens verksamhetsområde och omständigheterna när de lämnades.” Se närmare SOU 1993:55 s. 69 ff. och Prop. 1997/98:105 s. 30 ff. samt *Bengtsson – Strömbäck*, s. 102 ff. Paragrafens ”särskilda skäl” är ett uttryck som för finska jurister låter mycket välbekant. Enligt propositionen kan särskilda skäl vara ”att den enskilde har förlitat sig på ett auktoritativt besked från en myndighet och till följd därav utan egen skuld fått sin ekonomi märkbart försämrad”, Prop. 1997/98:105 s. 37.

As a rule, tortious liability for pure economic loss is only established in cases of intent and lack of justification. However, beyond this basic rule liability may generally speaking be established
- the lower the likelihood of an unlimited number of potential claimants,
- the fewer the restrictions upon freedom of movement entailed by additional duties of care,
- the greater the proximity between the parties,
- the lesser is the ability of potential claimant to protect himself by other means,
- the greater the knowledge of the defendant of the importance of the financial interests at stake,
- the clearer the contours of economic interests,
- the more important the financial interests typically is for the claimant,
- the more the defendant acted in his own economic interest, and as far as statements are concerned
- the greater the probability that other persons are guided by a statement,
- the greater the dependence on the statement.[32]

Utvecklingen går sannolikt mot en något höjd skyddsnivå i förhållande till dagens finska reglering.[33] Riskerna för att harmoniseringsprojekten skulle försöka introducera europeiska regler med flodvågseffekt, tror jag, är fjärran. Skyddet kommer sannolikt att stanna på en nivå som är klart lägre och mer begränsad än för både person- och sakskador. Avgörande är inte formella skadetypsindelningar utan mer nyanserade analyser. I de ”svåra fallen” skulle utgången inte automatiskt styras av olika skadeståndsetiketter, exempelvis ”detta är ren förmögenhetsskada och den ersätts endast i vissa särskilt angivna fall” eller ”detta är en tredjemansskada och den ersätts endast i vissa fall” o.s.v., låt vara att just de här skadeståndstyperna ofta befinner sig i skadeståndsrättens gränsland. Utgången i de svåra gränsfallen skulle styras av en mångsidigare och öppnare argumentering där det i grunder finns inslag av policyavväganden.

## Kanske inte helt rena förmögenhetsskador

Definitionen av ren förmögenhetsskada i vår skadeståndslag är mycket generell; ”sådan ekonomisk skada som icke står i samband med person eller sakskada”.[34] Exempelvis *Hemmo*[35] gör den pedagogiska indelningen av olika skadetyper i:

- förmögenhetsskador som står i samband med person- eller sakskada,
- ren förmögenhetsskada enligt SkL 5:1,
- person- eller sakskada som lett till förmögenhetsskada hos tredje man,
- förmögenhetsskada som lett till förmögenhetsskada hos tredje man.

---

[32] Se närmare *van Boom – Koziol – Witting* i artikeln Outlook s. 204 i boken sammanställs av samma författare. I artikeln summerar författarna den brett upplagda komparativa undersökningen Pure Economic Loss som gjorts i ECTIL:s regi. Se även den s.k. Tilburg gruppens, European Group on Tort Law, förslag, Principles of European Tort Law, Art.:102, civil.udg.es/tort/principles.

[33] T.ex. *van Boom – Koziol – Witting* redogör i artikeln i föregående fotnot även för andra harmoniseringsförsök.

[34] SkL 5:1. Se ovan fotnot 1.

[35] *Hemmo* i Olj 2002:26 s. 4, och Sopimus 89, se även t.ex. *Saxén,* s. 77.

Indelningen ställer per definition de s.k. *tredjemansskadorna*[36] utanför ramen för det rena förmögenhetsskadebegreppet i SkL 5:1. Detta är i linje med svensk rätt. I den svenska skadeståndslagen 1:2 definieras ren förmögenhetsskada som ”sådan ekonomisk skada som uppkommer utan att någon lider person- eller sakskada”. Ordet *någon* avser uttryckligen att utesluta också tredje män.[37] Ingen skall ha lidit person- eller sakskada. Vi saknar motsvarande formulering i den finska lagen och vi har inte uttryckliga ställningstagande i denna riktning i förarbetena. Den svenska indelningen är inte en logisk nödvändighet. I t.ex. det engelska begreppet ”pure economic loss” kan ingå denna typ av tredjemansskador.[38] Vår doktrin har inte heller odelat omfattat den svenska uppfattningen.[39] Allt detta är dock i huvudsak teoretiska finesser.[40] Vanligtvis ersätts varken tredjemansskador eller rena ekonomiska skador. Orsakerna är långt desamma, dvs. strävan att utesluta risken för avlägsna och oöverskådliga konsekvenser.[41] För att distinktionen skall ha någon praktisk betydelse skall det finnas fall där en rent ekonomisk tredjemansskada har uppstått genom straffbelagd handling, vid myndighetsutövning eller det föreligger synnerligen vägande skäl för ersättning. Om en sådan adekvat förlust faller inom ramen för SkL 5:1 kan den i teorin bli ersatt. Detta kunde i princip ha aktualiserats exempelvis i *HD 2003:124* (isoleringsflänsfallet) som kort berörs i det följande.

## Plock ur praxis

I detta avsnitt går jag inte systematiskt igenom finsk praxis. Till denna del hänvisar jag till Hemmos noggranna utredning från år 2002.[42] En generell iakttagelse är att HD sällan använder sig av koden ren förmögenhetsskada. Den förekommer mycket sparsamt i HD:s domsrubriker[43] och uppslagsord. Söker man med hjälp av databasen *Edilex* fall om ren förmögenhetsskada får man på finska tre och på svenska två träffar.[44] Edilex-sökningen går i princip igenom hela den publicerade HD domen. Med traditionellare sökmetoder får man givetvis ett bättre resultat och hittar fall där straffbelagd handling, myndighetsutövning och synnerligen vägande

---

[36] Se t.ex. *E. Hoppu – K. Hoppu,* s. 241.

[37] Se t.ex. Lagrådsremiss angående skadeståndslag 19 mars 1971 s. 440, och vidare t.ex. *H. Andersson*, Skyddsändamål och adekvans, Uppsala 1993, s. 299.

[38] Se t.ex. *van Boom* i *van Boom – Koziol – Witting,* s. 3.

[39] Se t.ex. miljöskadelagens förarbeten, Reg.prop. 1992:165 s. 3, *J. Pöyhönen – P. Korhonen*, Kolmannelle aiheutuneiden vahinkojen korvaaminen osana vahingonkorvausoikeuden yleisiä oppeja, Jurisprudentia 1996, s. 235, s. 281, *B. Sandvik*, Tredjemansskada, sakskada eller ren förmögenhetsskada? i Juridiska Föreningens tidskrift (JFT) 2004 s. 83, *Ståhlberg*, s. 371. Se även *Saxéns* indelningar s. 63 och 77.

[40] Se t.ex. *Pöyhönen – Korhonen,* s. 213 ff., *Hemmo*, Sopimus s. 89 f.

[41] För tredjemansskadornas del är tankekonstruktionen, för att citera *Saxén* s. 77, följande: ”ju svagare en persons anknytning till den skadade saken är, desto sämre är hans rätt till ersättning. Den som har svag anknytning till saken blir att betrakta som tredje person.”

[42] Se fotnot 16.

[43] Se dock *HD 1991:79*, det s.k. barnvagnsfallet och *HD 1992:44*, om advokaten och det ogiltiga testamentet. Något oftare har i motiveringarna hänvisats till särskilt vägande skäl, t.ex. i *HD 1983 II 187, HD 1991:32 och HD 1997:181.*

[44] www.edilex.fi, besökt 18.5.2004.

skäl har använts som motivering för skadestånd.[45] Trots det kan man inte undgå intrycket att domstolen undviker att direkt åberopa SkL 5:1 och föredrar andra argumenteringslinjer, exempelvis adekvans- och tredjemansskaderesonemang eller kategoriserar situationen som ett avtalsliknande förhållande. Detta kommer väl fram i vissa av de omdebatterade fallen från de senaste åren, exempelvis Wärtsilä-fallet, *HD 1999:32*,[46] som gällde statens ansvar för information, advokatfallet, *HD 2001:70*, som gällde en advokatbyrås ansvar för dess delägare som i egenskap av boförvaltare förskingrat medel i 11 konkursbon[47] och isoleringsflänsfallet, *HD 2003:124*, som gällde den skjutglada A:s skadegörelse.[48]

För att stöda mitt påstående att HD undviker att ge sig in på principiella diskussioner kring de komplexa ren förmögenhetsskadorna plocka jag i detta sammanhang fram endast två exempelfall.[49] Det är klart för lite för att ge underlag för några som helst slutsatser men jag kan försöka försvara mig med att fallen i varje fall är relativt nya. Jag förbigår med lätt hand det materiella slutresultatet i domarna och koncentrerar mig på argumentationen. Det nyare fallet, *HD 2003:124,* kommer in på förhållande mellan ren förmögenhetsskada och tredjemansskada.[50] Årsboksrubriken är följande:

> *Skada som orsakats tredje man.* A hade uppsåtligen skjutit sönder isoleringsflänsar på en kraftledning och dömts till straff för grov skadegörelse. Skadan på kraftledningen hade medfört att spänningen plötsligt sjönk, med påföljd att några industriföretag som använde strömmen hade drabbats av produktionsavbrott och skador på sina anläggningar på grund av att säkerhetssystemen utlöstes. På de grunder som framgår av Högsta domstolens dom ansågs A inte vara ansvarig för skadorna som drabbat de industriföretag som använde strömmen. (Omröstning 4–1.[51])

Till bakgrundsfakta hör bl.a. att A hade dömts till straff för grov skadegörelse. Skadegörelsen ledde till såväl sak- som förmögenhetsskada (yrkandena uppgick till c. 174 167 €). P.g.a.

---

[45] Se t.ex. *Hemmo*, Olj s. 7 och den finskspråkiga lagboken, Central skadeståndsrättslig praxis, 13.1. Si 312. Fallen om straffbelagd handling är relativt få, observera *HD 1993:15* och *HD 1995:120*. Det finns en rätt omfattande praxis om vad som skall anses vara myndighetsutövning. Skadeståndsrättsligt särskilt intressant är fallet *HD 1989:50*, om arbetskraftskonsulentens ansvar för felaktig information till den kanadensiska medborgaren som skulle flytta tillbaks till Finland. Om tolkningen av ”synnerligen vägande skäl” finns en antal betydelsefulla fall, t.ex. *HD 1991:79* det s.k. barnvagnsfallet, där skadestånd utdömdes för ren förmögenhetsskada då en tidningsartikel i vilken en viss barnvagnsmodell kraftigt kritiserades på ett vilseledande sett gav intrycket av att vara ett opartiskt produkttest. I advokatfallet, *HD 1992:44* betonades betydelsen av god advokatsed, Finlands Advokatförbunds regler samt klientens befogade tillit. I det s.k. bojkottfallet, *HD 1999:39*, hade en fackorganisation utlyst en inköpsbojkott. Tillvägagångssättet ansågs inte strida mot lag eller god sed.

[46] Se hänvisningarna nedan.

[47] Se närmare t.ex. *Ståhlberg – Holappa – Kankaanpää*, Sopimusvastuun soveltamisesta sopimussuhteen ulkopuolella, DL 2001 s. 751 ff.

[48] Se t.ex. *Sandvik*, JFT 2004 s. 75 ff.

[49] Ett annat relativt nytt fall att diskutera kunde exempelvis ha varit *HD 2001:70*, om advokats och boförvaltares ansvar. Se om fallet närmare t.ex. *Ståhlberg – Holappa – Kankaanpää,* DL 2001 s. 751 ff.

[50] *Sandviks* kritiska kommentarer, JFT 2004 s. 75 ff. Sandvik skriver (s. 88) att fallet kan beskrivas som ett extremt exempel på lagtolkning genom förbehållslös förlitan på tidigare praxis, kombinerat med argument e silento och utan visat intresse för principdiskussion. Se även *Hemmo* i KKO:n ratkaisut kommentein II 2003, Helsinki 2003 s. 530.

[51] Den avvikande domare *Lehtimaja* kom till samma resultat som tingsrätten, dvs. A skulle ersätta skadan och skadeståndet skulle jämkas. Hovrätten hade ansett att skadan var avlägsen och oförutsebar.

elavbrottet förlorade fabrikerna X, Y och Z försäljningsintäkter och Y:s anläggningar drabbades dessutom av sakskada (som saknade samband med förmögenhetsskadan).

Enligt HD ledde A:s avsiktliga skadegörelse inte till skadeståndsansvar. Vilka grunder framgår av Högsta domstolens dom?

Argumenteringen är inte till alla delar enkel att följa. Som grunder för domen framhöll HD för det första att det inte visats ”att A avsett att orsaka skada eller på annat sätt uppsåtligen orsakat skadan.”[52] När A på skoj sköt sönder isoleringsflänsarna bör han, menade HD, ha insett att skadandet av kraftledningarna kan orsaka allvarliga störningar i eldistributionen men inte förutse typen av skada eller skadans omfattning.[53] För det andra konstaterade HD att det inte framgår av SkL kap. 5 vem som har rätt till skadestånd. Enligt vedertagen uppfattning har endast den ”som direkt på grund av skadegörelsen drabbats av skada” rätt till ersättning. Tredjemansskada ersätts endast i särskilt nämnda fall. ”En utgångspunkt i doktrin och rättspraxis har också varit att i SkL 5:5 avsedd ekonomisk skada ersätts som sakskada endast om den drabbar det skadade föremålets ägare. Med föremålets ägare har jämställts den som har en begränsad sakrätt i egendomen.” Detta har dock inte varit undantagslöst. HD hänvisade vidare till helikopterfallet *HD 1994:94*[54] och konstaterade ytterligare att ”på redan ovan anförda grunder skadeståndsskyldigheten i fall som det föreliggande inte kan utsträckas till hela den vida elförbrukarskaran. Man kan även förutsätta att produktionsanläggningar garderar sig mot elstörningar.” HD konstaterade vidare att fabrikernas ”skador hade berott på störningar i eldistributionen och inte omedelbart på A:s gärning. Bolagen hade inte nyttjanderätt eller därmed jämställbar rätt till ledningarna, utan de var i samma ställning som andra elförbrukare”. Vill man ytterligare komprimera HD:s motivering byggde majoritetens argumentering på att fabrikernas skador var tredjemansskador som saknade ersättningsgrund.

Man kan framföra kritiska synpunkter på själva slutresultatet i domen.[55] A var fri från skadeståndsansvar trots att han genom en straffbelagd handling avsiktligen skadat bolaget B:s egendom. Det ledde omfattande sak- och förmögenhetsskador för de närliggande fabrikerna. De yrkade skadeståndsbeloppen var höga och det var klart att A inte ens med bästa vilja skulle kunna ersätta dem. Men det var knappast den här typen av hänsyn som påverkade utgången. Det förelåg uppenbara jämkningsgrunder.[56]

Det är argumenteringen, inte slutresultatet, som här är mest spännande. HD:s huvudargument var att bolagen varken ägde eller hade ”nyttjanderätt eller därmed jämställbar rätt” till

---

[52] Följande citat har jag översatt från den originala finskspråkiga domen.

[53] ”Sähköhäiriöiden yhtiön tehtaille aiheuttaman vahingon mahdollisuus sekä vahingon laatu ja laajuus ovat kuitenkin olleet A:n ennakoitavissa vain siten kuin vahingon aiheutuminen linjan kautta sähköä vastaanottaville yleensä.”

[54] En helikopter törnade mot en kraftledning. Ledningen gick av och fyra fabriker stannade. HD tillämpade 1923 års luftfartslag och konstaterade bl.a. att fabrikerna inte hade någon ”med nyttjanderätt jämställbar rätt” avseende ledningarna. Skadorna skulle inte ersättas. Däremot hade i de äldre fallen *HD 1948 I 4* och *1960 II 127* skadestånd utdömts.

[55] Se närmare t.ex. *Sandvik*, JFT 2004 s. 75 ff.

[56] T.ex. att A:s inkomster bestod endast av utkomststöd. Tingsrätten och HD:s minoritet gick in för ett jämkat skadestånd.

kraftledningarna. De var tredje män utan rätt till ersättning. Men å andra sidan utnyttjade fabrikerna ekonomiskt kraftledningarna i sin verksamhet. De var i högsta grad beroende av ostörd strömtillförsel och de hade ”ett konkret, närliggande intresse”[57] av att ingen avsiktligen skadade distributionssystemet. Tredjemansskadorna har inte skarpa, självskrivna gränser.[58] HD upprepade och gav, enligt min mening, en onyanserat stor betydelse åt argumenteringen i helikopterfallet *HD 1994:94*.[59] I föreliggande fall var det fråga om avsiktlig skadegörelse, inte om en flygolycka och HD tillämpade skadeståndslagen, inte den gamla luftfartslagen.[60] HD hänvisade till SkL 5:5[61], negligerade helt SkL 5:1, och valde att utesluta ansvaret med hjälp av tämligen nakna tredjemansskaderesonemang.[62] HD gjorde ingen skillnad mellan sakskador[63] och rena förmögenhetsskador.[64] Bägge var kort och gott icke-ersättningsgilla tredjemansskador.

Isoleringsflänsfallet är ett skolexempel på ett skadeståndsrättsligt problem där mycket olika och samtidigt välmotiverade synpunkter kan framföras.[65] Tredjemansskador, särskilt de s.k. kabelfallena, är inte bara hos oss utan också internationellt mycket omdebatterade och uppfattningarna är heterogena.[66] Exempelvis då elledningar skadas i samband med trafikolyckor kan mycket omfattande och svårförutsebara skador uppstå. Det blir i grunden fråga om var skadeståndsrättens gränser skall dras. Vilka intressen skall skyddas? Att i dessa gränsfall lösa frågan med hjälp formella skadetypiseringar innebär enligt min mening att man går runt själva kärnfrågan. Etiketten ”tredjemansskada” skall inte få ett alltför stort utrymme på bekostnad av andra hänsyn. I gränsfallen krävs mångsidiga överväganden och den så ofta efterlysta ”samlade avvägningen av olika kriterier”. I HD ansåg den avvikande ledamoten att bedömningen av närheten och förutsebarheten mellan den skadeframkallande handlingen och skadan i första hand skulle vara utslagsgivande.

Kombinationen av tredjemansskada och ren förmögenhetsskada[67] gör fallet ännu mer komplicerat. I sin argumentering undvek HD frågan om ren förmögenhetsskada genom att beteckna skadorna som tredjemansskador. Att se skadan som en ren förmögenhetsskada skulle inte nödvändigtvis ha för till ett annat slutresultat. En ren förmögenhetsskada som har orsakats

---

[57] Se t.ex. *Andersson* s. 20 ff.

[58] Observera i fallet den avvikande ledamoten *Lehtimajas* utlåtande, i vilket bl.a. påpekades att det är en tolkningsfråga om bolagens skada var att beteckna som en direkt skada eller tredje man orsakad indirekt skada.

[59] Se även *Sandvik,* JFT 2004 s. 83 och jämförelsen med *HD 1998:34* .

[60] Luftfartslagen 139/1929 § 6.

[61] ”Vid sakskada ersätts kostnaderna för reparation av saken och andra omkostnader till följd av skadan samt värdeminskning eller värdet av förstört eller förskingrat gods och därtill minskning i inkomst och uppehälle.”

[62] Se t.ex. *H. Andersson,* Trepartsrelationer i skadeståndsrätten, Göteborg 1997, s. 17 ff.

[63] Y:s sakskador uppgick till 25 000 €.

[64] Jämför t.ex. *NJA 1988 s. 62.*

[65] Se närmare t.ex. *Sandvik*, JFT 2004 s. 75 ff. med hänvisningar och *Pöyhönen – Korhonen,* s. 218 ff.

[66] Se särskilt *Anderssons* analys och omfattande hänvisningar till litteratur och praxis s. 166–202. Se även kabelfall hos t.ex. *Pöyhönen – Korhonen* s. 217 f. och *B. S. Markesinis – H. Unberaths* komparativa genomgång av ”cable cases” i The German Law of Torts, Oxford 2002, s. 203–219.

[67] Se närmare ovan vid fotnot 37 och jämför finsk och svensk ”ren förmögenhetsskada”. Enligt svensk rätt skulle skadan sannolikt ha kategoriserats som ”allmän förmögenhetsskada”. Se vidare t.ex. *Andersson,* s. 54 ff. om relationen mellan den svenska rena förmögenhetsskadan och tredjemansskada.

genom straffbelagd handling leder givetvis inte automatiskt till ersättning. Kraven på adekvat kausalitet skall på normalt sätt vara fyllda.[68] Det är inte heller uteslutet att adekvansbedömningen för sak- och förmögenhetsskador kan få olika utgång. De tre fabrikernas synnerligen omfattande rena förmögenhetsskador kan uppfattas som både överraskande, avlägsna och osannolika. Ingenting hindrar att adekvansbedömningen är strängare för rena förmögenhetsskador än för person- och sakskador. Kanske HD antyder den här typen av tankegångar då domstolen uttalar sig om vilka skador A möjligen insett men tanken utvecklas inte vidare utan lämnas svävande. Kanske inte. Kanske HD också antyder att skadelidande hade gjort sig skyldiga till någon form av eget vållande genom att inte tekniskt gardera sig mot strömavbrott.[69] Distributionen kan störas av många orsaker. Men också de här argumenteringslinjerna lämnas svävande i luften. De blir överflödiga genom att samtliga skador betecknas som icke-ersättningsgilla tredjemansskador.

Också det andra fallet, det s.k. Wärtsilä-fallet *HD 1999:32*,[70] har fått stor uppmärksamhet.[71] Domens slutresultat har upplevts som rättvist och moraliskt.[72] Argumenteringen har utsatts för kritik.[73] Samtidigt som betydande kommersiella intressen stod på spel för parterna var det i HD också fråga om principiella strategival.

> Det stora varvsbolaget Wärtsilä hade råkat i betalningssvårigheter. För att trygga byggandet av beställda fartyg avtalade bolagets ägare, finansiärer och staten om finansiering. Under en presskonferens vid vilken såväl ministern som ministeriets kanslichef var närvarande gick handels- och industriministeriet ut i offentligheten med ett meddelande om att finansieringen var tryggad. Kanslichefen, som också var Wärtsiläs styrelseordförande, hade vidare med hänvisning till finansieringsavtalet uppmanat en fartygsbeställare att betala en utestående del av köpeskillingen (c. 4.75 miljoner €). Trots meddelandet gick varvet i konkurs. Betalningen gick förlorad för ett rederi som beställt ett fartyg.
>
> Enligt årsbokens rubrik fann HD att skadan ”inte uppstått vid utövandet av offentlig myndighet. Staten svarade dock för skadan på de grunder som framgår av Högsta domstolens dom.”[74]

Vilka grunder framgår av Högsta domstolens dom? För det första konstaterade HD att skadan uppstått genom statens åtgärder och staten skulle sålunda ansvara för skadan. Till denna del

---

[68] Minoriteten betonade adekvansbedömningar och omfattade tingsrättens dom enlig vilken ett jämkat skadestånd skulle utdömas.

[69] Se *Sandviks* kommentarer om försäkringsmöjligheter, JFT 2004 s. 77.

[70] Det finns två Wärtsilä-fall. Observera även det andra, *HD 1999:32*, som gällde ansvaret i förhållande till underleverantörer.

[71] Fallet har flitigt kommenterats i doktrinen. Med hjälp av informationen i www.finlex.fi, oikeuskäytäntö kirjallisuudessa (rättspraxis i litteraturen) hittar man ett stort antal författare som mer eller mindre ingående berört fallet, 10.6.2004 fanns 34 referenser.

[72] Se t.ex. *T. Wilhelmsson*, Tillitsansvaret – ett situationsansvar mellan skadestånd och kontrakt, i Festskrift til Peter Lødrup, Oslo 2001, s. 770.

[73] Se t.ex. *Halila*, kommentar i LM 1999 s. 725–751, *Hemmo*, Sopimusoikeus I s. 114, *K. Kuusikko*, Yksityisoikeudellinen ja julkisoikeudellinen luottamussuoja – eräitä Wärtsilän meriteollisuus -tapauksen herättämiä mietteitä, DL 1999 s. 1027 ff., *Wilhelmsson,* Tillitsansvaret s. 770 ff. samt Senmodern avtalsrätt, Helsingfors 2001 s. 231.

[74] Direkt citat av den svenskspråkiga rubriken.

finns det inte mycket att invända. För det andra konstaterade HD det inte var fråga om ersättning av skada som uppkommit vid myndighetsutövning. Denna fråga gavs i domen ett stort utrymme. Det framhölls bl.a. att staten ”inte har med sin auktoritet försökt tvinga” rederiet att betala den utestående delen av köpeskillingen. ”Inte heller i övrigt ingick offentligrättsliga drag i relationen mellan staten och rederiet. Skadan har skett mellan [rederiet och Wärtsilä], med andra ord i avtalsförhållandet mellan två privaträttsliga juridiska personer. Åtgärderna som staten vidtagit har visserligen hört till upprätthållande av sysselsättningen och varvsindustrin. Statens åtgärder i anslutning till denna typ av verksamhet kan ofta omfatta myndighetsutövning. Sambandet mellan myndighetsutövning och den nu i fråga varande informationsverksamheten är dock mycket avlägset.”[75] För det tredje konstaterades att rederiets ”skada trots det på ovan nämnda grunder hade orsakats av statens informationsåtgärder. Det är viktigt att skydda tilliten till utfästelser och information, som givits eller som på goda grunder kan förstås så att de givits i samband med handhavande av tjänst eller annat offentligt uppdrag.”[76] Rederiet hade rätt att lita på att finansieringen var tryggad. Då uppgifterna visade sig vara felaktiga var staten skyldig att ersätta skadan.

Vissa ställningstaganden sades klart ut, andra lämnades öppna för spekulationer. Svårigheterna och osäkerheten kommer när man försöker rekonstruera de olika leden i argumenteringen som lett till fram till skadeståndet. Skadan är en ren förmögenhetsskada, men i HD:s dom hänvisades inte till kriterierna i SkL 5:1, särskilt ”synnerligen vägande skäl” – i motsats till tingsrätten. I domen sade HD klart ut att det inte var fråga om myndighetsutövning – i motsats till hovrätten. Det var frågan om eventuell myndighetsutövning som fick HD:s huvudsakliga uppmärksamhet. HD utnyttjade inte tillfället att mot bakgrunden av fallets fakta klargöra och utveckla vidare vad som kan föras in under ”synnerligen vägande skäl” i SkL 5:1. Kanske man kan läsa domen så att bedömningen bygger på en samlad avvägning av olika kriterier,[77] varvid parts befogade tillit till offentligt given information fått väga tungt.[78] Rederiets handlande styrdes av informationen och informationsgivaren var medveten om detta.[79] Kanske man också skall läsa in andra kriterier, såsom att det var fråga om ett offentligt löfte,[80] situationen stod nära myndighetsutövning, kanske att den hade kontraktsliknande drag,[81] och presumtiva

---

[75] Min översättning.
[76] Min översättning.
[77] Se enligt något liknande linjer *Wilhelmsson,* Tillitsansvaret s. 771.
[78] Jämför SvSkL 3:3, se närmare fotnot 31 ovan.
[79] Jämför den preliminära bestämmelsen i förslaget till Tort Law som uppgjorts inom arbetsgruppen SGECC under ledning av *von Bar*, se hemsidan www.sgecc.net, Art. 2:207: Loss upon Detrimental Reliance on Incorrect Advice or Information

> Loss caused to a person as a result of making a decision in a reasonable reliance on incorrect advice of information is legally relevant damage if:
> a) the advice or information is provided by a person in pursuit of a profession or in the course of a trade; and
> b) the provider knew or ought to have known that the recipient would rely on the advice or information in making a decision of the kind made.

Se även kriterierna i exemplet ovan vid fotnot 32, särskilt angående ”statements”.
[80] Se enligt något liknande linjer *Halila*, LM 1999 s. 741.
[81] Se *Halila*, LM 1999 s. 741.

skadelidande var identifierbara och begränsade till antalet, kanske att det var fråga om ett nästan medvetet vilseledande med uppenbara ekonomiska nyttoaspekter på rederiets bekostnad, kanske att handlandet stred mot god affärssed och rentav kan beskrivas som illojalt. Denna typ av utskriven argumentering skulle inte ha öppnat dammluckorna för den fruktade flodvågseffekten utan snarare förstärkt dem.

I bägge fallen präglas motiveringen av viss oklarhet. I bägge fallen har HD låtit bli att använda SkL 5:1 fastän det hade varit möjligt. HD har inte velat utnyttja tillfället dra upp riktlinjer för hur tolkningen av SkL 5:1 skall utvecklas. I skadeståndrätten kan man ofta välja mellan många olika argumenteringsmodeller för att nå samma slutresultat, det kan vara adekvansresonemang, argumentering kring tredjemansskador, rena förmögenhetsskador, skyddsändamål, skyddsvärda intressen, avtalsrättsligt ansvar, osv. Den ena modellen är inte nödvändigtvis bättre än den andra och ofta kan modellerna förstärka varandra. Öppna juridiska principdiskussioner är dock inte typiska för våra domstolars argumenteringstradition. Tidvis får man intrycket att domstolarna ogärna axlar det ansvar som lagstiftaren ibland skjutit över på dem. Vår doktrin går inte heller fri från denna typ av kritik.

## Drömmen om den enkla regeln

Skadeståndslagens bestämmelse om rena förmögenhetsskador har sin styrka i att den lämnar dörren öppen för fortsatt rättsutveckling. Samtidigt ligger kanske regelns svaghet just i detta. Så länge regeln i SkL 5:1 finns kvar kräver den sändigt en öppen översyn. Men är den här typen av förväntningar realistiska? Vårt stadgande om ren förmögenhetsskada är nationellt särpräglat. Bestämmelsen aktualiseras, trots sin principiella betydelse, rätt sällan i vår rättpraxis. De få tvister som kommer till våra domstolar kommer ingalunda i vacker ordning så att alla aspekter skulle bli metodiskt belysta.

Grundfilosofin i vår regel om ren förmögenhetsskada finns i en eller annan form i andra rättsystem. Rena ekonomiska intressen skall inte ges samma höga prioritet som sakskador och särskilt personskador. Men hur en modern reglerna skall utformas så att legitima ekonomiska intressen skyddas samtidigt som den fruktade flodvågseffekten förhindras är en annan sak.

De s.k. rena förmögenhetsskadorna med sina olika begreppsmässiga nyanser har visat sig vara en stor utmaning vid försöken att harmonisera den europeiska skadeståndsrätten. Även om rättspraxis i konkreta fall kan vara förbluffande likriktad visar sätten att nå slutresultatet stora variationer. Argumenteringen kan gå via en långtdriven skadetypisering, via resonemang om adekvans, förutsebarhet, rättsstridighet, skyddsändamål, skälighet o.s.v. Att uppställa en symmetrisk och elegant regel förblir, är jag rädd, en dröm. Däremot tror jag att det är möjligt att identifiera såväl relevanta typsituationer som typiska kriterier, vilket på sikt kan underlätta och harmonisera den rättsliga bedömningen.[82] Det skulle inte vara ett dåligt resultat.

---

[82] Se exemplet ovan vid fotnot **32**.

Pauli Ståhlberg

# Hirvivahinkovakuutus ja väistämisvahingot

## Yleistä

Hirvieläimet ovat osallisina tuhansissa liikenneonnettomuuksissa vuosittain.[1] Osa onnettomuuksista on vakuutusten piirissä, osa jää vakuutusturvan ulkopuolelle.[2] Autovakuutuksesta (osakasko) korvataan hirvivahinkona pääsääntöisesti vain yhteentörmäyksestä hirvieläimen kanssa aiheutunut vahinko.[3] Jos auto esimerkiksi suistuu tieltä kuljettajan yrittäessä väistää hirveä, siitä aiheutuva omaisuusvahinko ei tule vakuutusehtojen mukaan hirvivahinkona korvattavaksi.[4]

Vakuutuslautakunta ja kuluttajavalituslautakunta saavat ajoittain käsiteltäväkseen valituksia, joissa vakuutuksenottaja on väistänyt hirveä ilman yhteentörmäystä ja korvaus esinevahingosta on evätty vakuutusehtoihin vedoten. Joitakin vastaavia korvausriitoja on käsitelty myös yleisissä tuomioistuimissa.[5] Vakuutusyhtiöt ovat korvauskäsittelyissään ja vastineissaan perustelleet korvaamattomuutta sillä, että hirvieläimen väistämisestä aiheutuva vahinko ajoneuvolle ei tule korvattavaksi hirvivakuutuksesta vaan ainoastaan vaunuvakuutuksesta. Vakuutuksenottajien on taas ollut vaikea hyväksyä korvauspäätöksiä, koska hirvieläin on kuitenkin ollut välittömänä syynä onnettomuuteen.

Vakuutusehdot ovat tältä osin selvät. Hirvivahingon korvattavuus edellyttää hirvieläimen ja ajoneuvon yhteentörmäystä. Ehtoa ei ole pidetty kuluttajaa kohtaan myöskään kohtuuttoma-

---

[1] Tieliikennelaitoksen tilastojen mukaan esim. vuonna 2001 sattui maanteillä 5269 liikenneonnettomuutta peuran tai hirven kanssa. Onnettomuuksissa kuoli 10 ihmistä ja 390 loukkaantui. Loput olivat omaisuusvahinkoja.

[2] Vakuutuksista korvataan hirvivahinkoja vuosittain yli 10 milj. euron edestä, esim. vuonna 2001 Vakuutusyhtiöiden keskusliitolta saadun tiedon mukaan 10 787 000 euron edestä.

[3] Kuluttajien vakuutustoimiston vertailun 25.5.2004 mukaan vain yhden suomalaisen yhtiön autovakuutuksesta myös hirven väistämisvahinko voi tulla korvattavaksi.
Myös *valtion* varoista maksettavan hirvieläinvahingon korvattavuus edellyttää hirvieläimen ja ajoneuvon yhteentörmäystä, VNA hirvieläinvahinkojen korvaamisesta 21.12.2000/1162 2 § 1)-kohta.

[4] Esimerkiksi Tapiolan kaskovakuutusehtojen kohdan 4.5.1 mukaan vakuutuksesta korvataan hirvieläimeen *törmäämisestä* aiheutunut esinevahinko. Pohjolan autovakuutusehtojen kohdan 4.2 mukaan hirvivahinkovakuutuksesta korvataan vahinko, joka on välittömästi aiheutunut *yhteentörmäyksestä* hirvieläimen kanssa.

[5] Tällaisia ovat ainakin Helsingin käräjäoikeuden tuomio 04/16764, josta on valitettu hovioikeuteen ja Itä-Suomen hovioikeuden lainvoimainen tuomio Nro 1276, jossa kuitenkin päädyttiin alioikeuden ratkaisusta poikkeavasti siihen, että ajoneuvo oli törmännyt hirveen eikä ainoastaan väistänyt sitä.

na sillä perusteella, että se olisi yllättävä ja ankara.[6] Lautakuntakäsittelyissä ja tuomioistuimissa on kuitenkin tullut vakuutusehtojen lisäksi esiin kysymys siitä, onko väistämisissä ollut kyse vakuutussopimuslain 32 §:ssä tarkoitetusta pelastamisvelvollisuuden täyttämisestä. Vakuutussopimuslain 61 §:n perusteella vakuutuksenantaja on velvollinen korvaamaan tällaisista vahingon torjumis- ja rajoittamistoimenpiteistä aiheutuneet kohtuulliset kustannukset.

Oikeuskirjallisuudessa on käsitelty vakuutuksenottajan pelastamisvelvollisuutta ja vakuutuksenantajan velvollisuutta korvata siitä aiheutuneita kustannuksia käyttäen hyväksi juuri hirven väistämisvahinkotapauksia.[7] Ongelmallisina kysymyksinä on pidetty muun muassa, milloin kyse on pelastamistoimista eikä esimerkiksi muista vahingon syntymisen estävistä normaaleista toimista ja mihin vahinkoa torjuviin toimenpiteisiin vakuutuksenottajan on ryhdyttävä jo yleisen huolellisuusvelvollisuuden perusteella.[8]

## Vakuutuslautakunnan ja kuluttajavalituslautakunnan ratkaisulinjat

Vaikka vakuutuslautakunta ja kuluttajavalituslautakunta päätyvät oikeudellisessa harkinnassa yleensä samaan lopputulokseen, hirven väistämisvahingoissa linjat em. ongelmallisissa kysymyksissä poikkeavat toisistaan.[9] Ero saattaa johtua erilaisista näkökulmista tai niiden painotuksista.

Vakuutuslautakunta on antanut useita ratkaisuja, joissa se on katsonut, ettei hirven väistämisessä ole ollut kyse vakuutussopimuslain 32 §:ssä tarkoitetusta pelastamistoimenpiteestä. Ratkaisukäytäntö on vakuutuslautakunnassa tältä osin vakiintunut.[10] Vakuutuslautakunta on lausunut ratkaisujensa perusteluissa seuraavasti:

> Jarruttamisessa ja hirvieläimen väistämisessä on ollut kyse normaalista liikennetilanteesta, johon ajoneuvon kuljettajan olisi tullut ennalta varautua sovittamalla ajoneuvonsa kulku ja nopeus sellaiseksi, että hirven väistäminen olisi voitu tehdä turvallisesti. Väistämistilanteissa ei ole ollut kyse sellaisesta poikkeuksellisesta toiminnasta, että kysymyksessä olisi vakuutussopimuslain 32 §:n mukainen välittömästi uhkaavan vahingon torjuntatoimi.

---

[6] KVL 94/38/107.

[7] Hoppu, Esko, Suomen vakuutusoikeus, Hki 1997 s. 320–322, Norio-Timonen, Jaana, Vakuutuksenantajan vastuu vakuutustapahtumasta, Jyväskylä 2003 s. 384–400 ja siinä mainitut lähteet.

[8] Muita käsiteltyjä kysymyksiä ovat: milloin vakuutustapahtuma uhkaa riittävällä tavalla, jotta pelastamiseen on ryhdyttävä; millaisia toimia vakuutuksenottajalta voidaan edellyttää; mikä on vakuutuksenantajan antamien ohjeiden merkitys; voiko vakuutuksenantaja sopimusehdoin vapauttaa itsensä pelastamiskustannusten korvausvastuusta, vai onko tällainen ehto kohtuuton tai lain pakottavan säännöksen vastainen. Ks. myös varautumisvahingoista, Ståhlberg, Pauli, Ydinvastuusta, Vammala 1993 s. 366–368.

[9] Olisikin toivottavaa, että asiaan saataisiin KKO:n prejudikaatti.

[10] VKL 497/97 (ti. ään.), VKL 802/97 (ti. ään.), VKL 875/97, VKL 629/98, VKL 554/03 ja VKL 862/03. Täysistuntoratkaisuissa vähemmistö ei pitänyt liikennetilanteita normaaleina ja totesi, että vakuutuksenottajalla oli myös velvollisuus pelastamistoimenpiteisiin. Ks. myös VKL 30/01, jossa supikoiran tai ketun väistämistä pidettiin normaalina liikennetilanteena.

Kuluttajavalituslautakunta on sen sijaan kahdessa täysistuntoratkaisussaan pitänyt hirven väistämistä laissa tarkoitettuna pelastamistoimenpiteenä ja todennut seuraavasti:

> Vahingon estämiseen tähtääviä toimenpiteitä voidaan pitää vakuutussopimuslaissa tarkoitettuina pelastustoimenpiteinä silloin, kun ne ovat tavanomaisesta poikkeavia eikä niiden voida katsoa kuuluvan vakuutetun yleisen huolellisuusvelvollisuuden piiriin. Koska kuljettajan menettely ennalta arvaamattomassa tilanteessa ei ole ollut seurausta tienkäyttäjän yleisen huolellisuusvelvollisuuden rikkomisesta, kyse on ollut sen välittömästi uhkaavan vahingon torjumisesta, joka autolle olisi syntynyt, jos kuljettaja ei olisi pyrkinyt väistämään hirveä.

Ensimmäisessä ratkaisussa todettiin lisäksi, että kuljettajalla oli ollut velvollisuus vahinkotapahtuman torjumiseen. Kuljettajan toimintaa vahingon torjumiseksi ei voitu pitää epätarkoituksenmukaisena. Vakuutusyhtiötä suositettiin korvaamaan vakuutetun autolle syntyneet vahingot pelastamiskustannuksina kokonaisuudessaan.[11] Toisessa ratkaisussa vahinko oli tapahtunut poronhoitoalueella, missä kuljettajalta voidaan edellyttää suurempaa huolellisuutta hirvieläinten tarkkailussa kuin muuten.[12] Lautakunta katsoi, että saadun selvityksen perusteella kuljettaja olisi pienempää tilannenopeutta käyttäen todennäköisesti pystynyt pysäyttämään auton pienemmin vaurioin. Tämän vuoksi lautakunta suositti korvattavaksi kohtuullisina pelastamistoimenpiteinä vain puolet ajoneuvolle aiheutuneista vaurioista.[13]

Toisin kuin oikeuskirjallisuudessa on ajateltu,[14] lautakunnat eivät liene antaneet ratkaisuissaan merkitystä sille, minkälaiseen lopputulokseen on päädytty ratkaisussa KKO 1985 II 94. Ratkaisussa KKO 1985 II 94 ei ollut kyse siitä, voivatko hirven väistämisvahingot tulla (vanhan) vakuutussopimuslain perusteella korvattaviksi, koska siinä vahingon torjumis- ja rajoittamisvahingot oli vakuutusehdoin sovittu jätettäväksi korvaamatta. Ratkaisun oikeusohje kohdistui siihen, oliko tällainen sopimusehto kohtuuton vai ei.[15] Koska ehto ei ollut kohtuuton, pelastamiskustannuksia ei sopimusehdon vuoksi korvattu. Jos ehto olisi ollut kohtuuton, vakuutuksenottaja olisi mahdollisesti voinut tehokkaasti vedota (vanhan) vakuutussopimuslain pelastamisvelvollisuutta ja -kustannuksia koskeviin säännöksiin (VVakSL 52 ja 53 §). Lautakuntien ratkaisuissa harkinta on kohdistunut eri kysymykseen kuin mihin KKO:n oikeusohje oli annettu, eli siihen, onko kyseessä ollut vakuutussopimuslain perusteella korvattava pelastustoimenpide.

Vakuutussopimuslain 32 §:n mukaisen pelastustoimenpiteen määritelmä edellyttää vakuutustapahtuman sattumista tai sen välitöntä uhkaa. Tällöin vakuutuksenottajan on kykyjensä mukaan huolehdittava vahingon torjumisesta tai rajoittamisesta. Jos pelastustoimenpide

---

[11] KVL 99/38/3104 (ti. ään.) Vähemmistöön jääneet hylkäsivät valituksen samoin perustein kuin VKL.
[12] Vrt. VNA hirvieläinvahinkojen korvaamisesta 9 § 1, jonka mukaan korvauksen myöntämisen edellytyksenä on, että hakija on noudattanut liikenteessä riittävää varovaisuutta hirvivaroitusmerkein osoitetulla alueella.
[13] KVL 01/38/2559 (ti. ään.) Vähemmistö katsoi, ettei poron väistäminen poronhoitoalueella ole poikkeuksellista toimintaa.
[14] Norio-Timonen s. 387 ja 389.
[15] Ks. tästä Hoppu s. 321 ja Pöyhönen, Juha, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu, Vammala 1988 s. 361–362.

laiminlyödään tahallisesti tai vähäistä suuremmalla huolimattomuudella, voidaan vakuutuskorvausta alentaa tai evätä.[16]

Vakuutuslautakunta on ratkaisuissaan lähtenyt siitä, että niissä hirvieläimen väistämiset ja jarruttamiset ovat olleet normaaleja liikennetilanteita, joihin olisi tullut ennalta varautua eivätkä jarruttamiset ja väistämiset ole olleet poikkeuksellisia toimenpiteitä.[17]

Sillä, onko kyse normaalista vai poikkeuksellisesta liikennetapahtumasta, ei kuitenkaan voine olla ratkaisevaa merkitystä arvioitaessa sitä, onko kyse pelastamistoimenpiteestä.[18] Esimerkiksi on hyvinkin normaalia ja yleistä, että jalankulkijat kävelevät päin punaisia valoja. Olisi outoa, jos jalankulkijoiden väistämiseksi tehdyt toimenpiteet eivät olisi pelastamistoimenpiteitä, sillä perusteella, että kyse on tavanomaisesta liikennetilanteesta. Myös sen käyttäminen perusteluna, että vahingon vaara on itse aiheutettu, esimerkiksi ylläpitämällä liian suurta ajonopeutta, on ongelmallista. Vakuutuksenottajalla on velvollisuus torjua ja rajoittaa vahinkoa vakuutustapahtuman syystä riippumatta. Tämän vuoksi sillä, onko pelastustoimenpide tehty itse aiheutetun vaaran torjumiseksi, ei voine olla merkitystä, kun pohditaan, onko kyse vakuutussopimuslain 32 §:ssä tarkoitetusta pelastustoimenpiteestä.

Sen sijaan se, ovatko toimenpiteet poikkeuksellisia vai eivät, on merkityksellistä. Tällöin poikkeuksellisuudella on tarkoitettava poikkeuksellisuutta ennen kaikkea suhteessa siihen, miten vakuutuksenottajan on jo yleisen huolellisuusvelvollisuuden perusteella toimittava.[19] Toimenpiteen on oltava jotain muuta tai enemmän kuin, mihin yleisen huolellisuusvelvollisuuden perusteella on ryhdyttävä. Tätä vakuutuslautakuntakin lienee tarkoittanut.

Toimenpide saattaa olla poikkeuksellinen yleisesti ottaen tai vakuutuksenottajan toiminnassa yleensä. Se ei kuitenkaan tee siitä vielä välttämättä korvattavaa pelastamistoimenpidettä. Olipa toimenpide poikkeuksellinen tai ei, se ei voine olla korvattava pelastamistoimenpide, jos se olisi muutenkin pitänyt tehdä. Se ei silloin johdu *pelastamis*velvollisuudesta vaan jostain muusta velvoitteesta tai syystä.[20] Kaikki pelastamiseen tähtäävät toimenpiteet eivät siis ole korvattavia. Toisaalta sellainenkin toimenpide, joka ei ole vakuutuksenottajan toiminnassa tai yleisesti ottaen poikkeuksellinen, saattaa olla pelastamistoimenpide, jos jo yleinen huolellisuusnormi ei edellytä sen tekemistä.

---

[16] Säännöksen esitöistä ei saa sen tulkintaan apua, HE 114/1993.

[17] *Liikennevahinkolautakunta* on perustellut väistämisvahinkojen korvaamattomuutta vastaavasti. Se on lisäksi katsonut, ettei VakSopL 61 §:n oikeusohjeella ole tarkoitettu laajentaa korvattavuuden piiriä tyypillisissä liikennetilanteissa liikennevakuutuslain korvausperusteista poikkeavasti, ks. LV 97/779.

[18] Kokonaan toinen kysymys on, onko hirven tuleminen tielle normaali liikennetapahtuma. Tämän kirjoittajan mielestä ajoneuvon ja hirven kohtaaminen eivät ole normaali liikennetapahtuma ainakaan hirvivaroitusalueiden ulkopuolella.

[19] Hoppu s. 163.

[20] Pohjimmiltaan vakuutuksenottajan pelastamisvelvollisuudessa on kyse sopimuskumppanille (vakuutuksenantajalle) syntyvän vahingon minimointivelvollisuudesta. Sellaiset vahingon minimointitoimenpiteet, joihin ei ole velvollisuutta tällaisen lojaliteettityyppisen velvollisuuden perusteella, eivät tule sopimuskumppanin vastattavaksi. Jos ja kun niiden tekeminen johtuu jo muusta kuin (vakuutus)sopimuksesta tai sopimussuhteesta, ne eivät kuulu sopimusvastuun piiriin. Toisaalta voidaan esittää, että sellaista tilannetta ei olekaan, jossa vahingon minimoimiseen (uhkaavan vakuutustapahtuman torjumiseen) ei olisi myös lojaliteetista johtuvaa velvollisuutta, vaikka siihen olisi velvollisuus jo yleisen huolellisuusvelvollisuuden perusteella. Ratkaisevaa onkin, kumpi velvollisuus on ensisijainen.

Myös kuluttajavalituslautakunta on pyrkinyt arvioimaan pelastamistoimenpiteen rajaa yleisen huolellisuusvelvoitteen avulla. Sekin on perusteluissaan edellyttänyt pelastustoimenpiteeltä epätavanomaisuutta sen lisäksi, että siihen ei ole velvollisuutta jo yleisen huolellisuusvelvollisuuden perusteella. Kuitenkin myös ”tavanomainen” vahinkoa rajoittava toimenpide voi olla korvattava pelastustoimenpide. Esimerkiksi äkkijarrutus ja auton ohjaaminen ulos tieltä hirven hypättyä auton eteen, on sellainen toimenpide, jonka autoilija yleensä tekee, ja se voi olla olosuhteisiin nähden sinänsä tavanomainen. Se on kuitenkin epätavanomainen toimenpide siihen nähden, mihin kuljettajalla on velvollisuus pelkän yleisen huolellisuusvelvollisuuden, tässä liikennesääntöjen noudattamisen, perusteella. Kuluttajavalituslautakunta olisikin voinut kirjoittaa perustelut täsmällisemmin esimerkiksi seuraavasti: vahingon estämiseen tähtääviä toimenpiteitä voidaan pitää vakuutussopimuslaissa tarkoitettuina pelastamistoimenpiteinä silloin, kun ne ovat *tavanomaisesta poikkeavia siten, etteivät ne kuulu yleisen huolellisuusvelvollisuuden piiriin*.

## Pelastamis- ja yleisen huolellisuusvelvollisuuden rajanvedosta

Pelastamisvelvollisuuden ja yleisen huolellisuusvelvollisuuden välinen raja ei ole tarkka vaan liukuva. Jotkin uhkaavaa vahinkoa torjuvat toimenpiteet kuuluvat selvästi yleisen huolellisuusvelvoitteen piiriin, kuten palokunnan hälyttäminen palopaikalle, ja jotkin pelastamisvelvollisuuden piiriin, kuten sammutusvälineiden käyttäminen palon leviämisen estämiseksi. Sen sijaan joissakin tilanteissa, esimerkiksi ajoneuvon käyttämisen osalta, on vaikea arvioida milloin auton pysäyttäminen on vain yleisen huolellisuusvelvoitteen perusteella tehtävää (jarruttaminen ennen suojatiellä käveleviä ihmisiä) ja milloin pelastamisvelvollisuuden perusteella tehtävää (äkkijarrutus ennen punaista päin kulkevia ihmisiä). Toimenpiteen poikkeuksellisuus tai epätavanomaisuus ei aina ratkea sen perusteella, miten vakuutuksenottajan tulisi jo yleisen huolellisuusvelvollisuuden perusteella toimia. Joissakin tilanteissa voi myös olla vaikea arvioida, mitä yleisen huolellisuusvelvollisuuden piiriin kuuluu.

Yhtenä apukriteerinä rajanvedossa voitaneen käyttää sitä, mihin toimenpiteellä ensisijassa pyritään: auton pysäyttämiseen liikennesääntöjen edellyttämällä tavalla ennen suojatietä, vai päälle ajon estämiseen. Jos toimenpiteen ensisijaisena syynä on vahingon estäminen, kyse on todennäköisesti pelastamistoimenpiteestä. Vastaavasti voidaan ajatella, että jos toimenpiteellä pyritään ensisijassa vain huolenpitoon omaisuudesta eikä sen vahingoittumisen estymiseen poikkeuksellisella tavalla, kyse ei ole pelastamistoimenpiteestä.

Siirrettynä hirven väistämisestä aiheutuviin vahinkoihin, tämä tarkoittaa sitä, että jos jarruttamisella ja väistämisellä pyritään ensisijaisesti torjumaan tai rajoittamaan omaisuus- tai henkilövahinkoja eikä noudattamaan liikennesääntöjä, kyse on laissa tarkoitetusta pelastamisvahingosta. Hirven väistämisellä pyrittäneen aina ensisijaisesti vahingon torjumiseen.

Toisena kriteerinä voitaneen käyttää suojattavaa arvoa. Toimenpide voidaan lähtökohtaisesti katsoa helpommin pelastamistoimenpiteeksi, jos se on tehty henkilövahinkojen eikä

pelkästään omaisuusvahinkojen torjumiseksi. Henkilövahingon torjumisen kynnys on alempi kuin omaisuusvahinkojen. Samalla raja, missä yleinen huolellisuusvelvollisuus muuttuu pelastamisvelvollisuudeksi, lienee matalammalla henkilövahingoissa kuin omaisuusvahingoissa.

Hirven väistämisellä pyritään yleensä sekä henkilö- että omaisuusvahingon torjumiseen. Vaikka pelastamiskustannukset yleensä onnistuneen väistämisen jälkeen muodostuvatkin vain omaisuusvahingoista, on toimenpiteiden arvioinnissa otettava huomioon henkilövahingon mahdollisuus.

## Oman myötävaikutuksen merkitys uhan aiheuttamisessa

Kuluttajavalituslautakuntakin on perusteluissaan tuonut esiin kuljettajan mahdollisen oman tuottamuksen merkityksen. Kuten edellä todettiin, on kuitenkin ongelmallista, jos vahingon rajoittamis- tai torjuntatoimenpidettä ei pidetä pelastamisvelvollisuuden täyttämisenä sillä perusteella, että vahingon uhka tai vaara on itse aiheutettu. Omalla myötävaikutuksella voi silti olla merkitystä korvattavien kustannusten määrän osalta. Lautakunta toisessa tapauksessa alensikin korvausta pelastamiskustannuksista puolella. Lautakunta ei tosin perusteluissaan ilmoittanut, mihin vakuutussopimuslain säännöksiin tämä perustui.

Vakuutussopimuslain 30 § vapauttaa vakuutuksenantajan tahallisesti aiheutetun ja oikeuttaa alentamaan korvausta törkeällä tuottamuksella aiheutetun vakuutustapahtuman osalta. Tämä säännös ei kuitenkaan koskene pelastamiskustannuksia. Torjuntatoimethan saattavat johtaa siihen, ettei koko uhkaavaa vakuutustapahtumaa satu. Näin myös silloin, kun torjuttu uhka on tahallisesti tai törkeästä huolimattomuudesta aiheutettu. Säännöksessä puhutaan vain *vakuutustapahtuman*, ei sen uhan aiheuttamisesta tahallisesti tai törkeällä tuottamuksella. Vakuutussopimuslain 32 §:n 2 momentissa taas säädetään korvauksen alentamisesta sillä perusteella, että pelastamisvelvollisuus laiminlyödään tahallisesti tai vähäistä suuremmalla huolimattomuudella. Sekään ei siis sovellu silloin, kun tuottamus on paikallistettavissa vain vakuutustapahtuman uhan aiheuttamiseen. Lautakunta lieneekin tukeutunut vakuutussopimuslain 61 §:ään, jonka perusteella korvataan *kohtuulliset* pelastamiskustannukset. Tässä kohtuullisuusarvioinnissa kuluttajavalituslautakunta on ottanut huomioon väistämisen tarkoituksenmukaisuuden ohella sen, että vakuutuksenottaja on liian suuren tilannenopeuden käyttämisellä osaltaan aiheuttanut vakuutustapahtuman uhan.[21]

[21] Säännöksen esitöiden mukaan kohtuullisuusarvioinnissa voidaan ottaa huomioon suojattavan etuuden ja tehtyjen uhrausten välinen suhde kuitenkin kiinnittäen huomiota siihen, ettei vakuutetun voida välittömiä toimia vaativassa uhkaavassa tilanteessa tarkoin harkitsevan toimenpiteitään, HE 114/1993. Säännöksen (VakSL 61 §) sanamuoto eivätkä esityöt estä myötävaikutuksen käyttämistä yhtenä kriteerinä kohtuullisia kustannuksia arvioitaessa.

## Reaalisia näkökohtia törmäysvaatimuksesta

Hirvivahinkovakuutuksen rajaamista vain yhteentörmäysvahinkoihin on vakuutusyhtiöiden puolelta perusteltu näyttöongelmilla.[22] Auton suistuminen tieltä voi johtua monestakin seikasta ja sen näyttäminen, että syynä vahinkoon on juuri hirven väistäminen, voi olla ongelmallista. Jos korvauskäsittelyssä näyttönä hyväksytään vain kuljettajan oma kertomus, myös väärinkäytöksen mahdollisuudet ovat olemassa. Näytölle voidaan kuitenkin asettaa sellaiset vaatimukset, että muidenkin kuin todellisten väistämistilanteiden korvaaminen jää marginaaliseksi. Vakuutusehdoissa voitaisiin myös asettaa korvattavuudelle tässä suhteessa vaatimuksia. Todistajan kertomuksen lisäksi näyttönä voitaisiin hyväksyä esimerkiksi tuoreiden hirvenjälkien löytyminen vahinkopaikalta. Näyttöongelmat ovat monissa muissa vakuutuksissa, esimerkiksi matkavakuutuksissa, vieläkin suuremmat kuin hirvivahinkovakuutuksessa. Väistämisvahinkojen jättäminen hirvivahinkovakuutuksen ulkopuolelle ei ole perusteltua yksin näyttöongelmien perusteella.

Toisena perusteluna väistämisvahinkojen rajaamiselle hirvivahinkovakuutuksen ulkopuolelle on se, että vakuutuksenottaja voi ottaa vaunuvakuutuksen, joka korvaa autolle syntyneet vahingot syystä riippumatta. Tämä perustelu kuitenkin rakentuu sille edellytykselle, että vakuutuksenottaja mieltää hirvivahinkovakuutuksen ottaessaan, että siitä ei korvata väistämisvahinkoja, vaan ne korvataan vain vaunuvakuutuksesta. Vakuutuksenottaja ei liene kuitenkaan yleensä perillä tästä erosta. Päinvastoin hirvivahinkovakuutus jo nimenä antaa sen kuvan, että siitä korvataan lähtökohtaisesti kaikenlaiset liikennevahingot, joiden syynä hirvi on. Vakuutuksen nimi ei viittaa törmäysedellytykseen. Vaikka vakuutusehdot ovatkin selvät, on tunnettua, etteivät kuluttajat tutustu niihin etukäteen. Voidaan myös kysyä, onko hirvivahinkovakuutus kuluttajalle edes tarpeellinen vakuutustuote, jos väistämisvahingot eivät tule siitä korvattaviksi, kun yhteentörmäysvahinkoja korvataan jo valtion varoista.[23]

Vaikka väistämisvahingot on rajattu hirvivakuutuksen ulkopuolelle, on tämä johtanut kysymykseen niiden korvattavuudesta vakuutussopimuslain perusteella pelastamisvahinkoina. Vaikka tämä ongelma voitaisiin poistaa vastuunrajoitusehdolla, joka rajaisi pelastamiskustannukset vakuutusyhtiön vastuun ulkopuolelle,[24] jää kuitenkin jäljelle ongelma väistämisvahinkojen korvattavuudesta pakollisesta liikennevakuutuksesta.[25] Hirven väistämisellä pyritään yleensä myös henkilövahinkojen torjumiseen. Kuljettajan henkilövahingot kuuluvat liikennevakuutuksen piiriin. Henkilövahingon pelastamiskustannuksista voi mahdollisesti joutua vastuuseen myös liikennevakuutusyhtiö, joka sitä paitsi on yleensä sama kuin hirvivahinkovakuutuksen myöntänyt yhtiö.[26]

---

[22] Hoppu s. 320.
[23] Ks. alaviite 3.
[24] Tällaisen ehdon mahdollisuudesta on vakuutussopimuslain (28.6.1994/543) pakottavien säännösten valossa oikeuskirjallisuudessa esitetty erilaisia käsityksiä, ks. Hoppu 1997 s. 320–322 ja Norio-Timonen s. 391–396.
[25] Vakuutussopimuslaki ja samalla sen 32 § ja 61 § täydentävät liikennevakuutuslakia.
[26] Ks. tosin alaviite 16.

Yhteentörmäys hirven kanssa voi olla riippuvainen vakuutuksenottajan toimenpiteistä. Ainakin teoriassa tilanne voi olla sellainen, että vakuutuksenottaja voi valita, törmääkö hän ajoneuvolla hirveen vai väistääkö sitä sillä tavoin, että ajoneuvo vaurioituu. Sellainen vakuutus, joka ei korvaa väistämisvahinkoja, mutta korvaa törmäysvahingot, mahdollisesti ohjaa vakuutuksenottajia toimimaan siten, että vahinkoseuraukset ovat suuremmat kuin ne muutoin olisivat.[27]

[27] Ks. tästä Häyhä, Juha, Sopimus, laki ja vakuutustoiminta, Helsinki 1996 s. 297.

Jarno Tepora

# Hallinnanjakosopimuksen käyttöala ja kirjaaminen tyyppitapauksissa

## Lähtökohtia

Maakaaren 14 luvun 3 §:n mukaan kiinteistön yhteisomistajien keskinäinen sopimus kiinteistön hallinnasta saadaan kirjata. Kyse on puhtaasta kirjaussäännöksestä, jolla oli sitä säädettäessä selvä yhteiskunnallinen tavoite parantaa yhteisomistajien asemaa julkisen kirjausmenettelyn avulla. Niinpä lainvalmistelija pykälää säätäessään piti ennen muuta tavoitteena parantaa paritalokiinteistön omistajien oikeudellista asemaa. Näiden osalta oikeuskäytännössä oli esiintynyt ongelmia, jotka realisoituivat muun muassa kiinteistöosuuden pakkotäytännössä. Lisäksi yhteisomistajien luotonantajapankit pitivät tärkeänä saada aikaan – kirjoitetun lain tasolla – järjestely, joka mahdollistaa yhteisomistetun kohteen osuuden eli vakuuskohteen konkreettisen määrittelyn sivullisia sitovasti.

MK 14:3:n säännös kirjausta koskevana normina on varsin pelkistetty. Se on täyttänyt hyvin tehtävänsä, kun pidetään silmällä perinteisiä paritalokiinteistöjä koskevia hallinnanjakosopimuksia ja näihin verrattavia sopimuksia. Hallinnanjakosopimuksia koskeva *sopimuskäytäntö* on kuitenkin muodostunut viimeisten kuluneiden vuosien aikana erittäin monipuoliseksi, mikä on merkinnyt sitä, että osa sopimuksista on hyvinkin innovatiivisia juridisia luomuksia kuten kolmiulotteiset hallinnanjakosopimukset. Näiden kohdalla MK 14:3:n säännös hallinnanjako-sopimuksen kirjauskelpoisuudesta on jo tulkintaa edellyttävää. Ei myöskään vielä ole sellaista oikeuskäytäntöä, joka antaisi kattavan tulkintaohjeen edellä mainituissa tapauksissa kuin ei myöskään ole odotettavissa ainakaan pikaista normitasolla tapahtuvaa sääntelyn kehitystä.

Yllä sanottua taustaa vasten on perusteltua tarkastella nyt jo sopimuskäytännössä esiintyvien *tyyppitapausten* avulla niitä tilanteita, joissa hallinnanjakosopimuksia tehdään ja joita pyritään kirjaamaan MK 14:3:n nojalla lainhuuto- ja kiinnitysrekisteriin. Tässä artikkelissa tarkastelen hallinnanjakosopimuksen käyttöalaa ja sopimuksen kirjausmahdollisuutta viiden tyyppitapauksen avulla: (1) paritalokiinteistö; (2) ns. rintamamiestalokiinteistö; (3) ns. kirvesvarsitontti; (4) vaiheittain toteutettava vapaa-ajan kiinteistö ja (5) kolmiulotteinen hallinnanjakosopimuskiinteistö.

Ennen kuin lähdetään tarkastelemaan mainittuja tyyppitapauksia koskevia hallintasopimuksia ja niiden kirjauksia, on syytä lähemmin selvittää oikeusjärjestyksemme kantaa kiinteistön käsitteeseen: mitä oikein tarkoitetaan kiinteistöllä ja mikä on kiinteistön ulottuvuus. Nämä kysymykset ovat merkityksellisiä esikysymyksiä tutkittaessa kiinteistön käytön ja hallinnan jakamista ja erityisesti tällaisen hallintasopimuksen kirjauksen edellytyksiä.

## Kiinteistön käsitteestä

Kiinteistön käsitteen määrittely on tapahtunut perinteisesti oikeuskirjallisuudessa. Lakisääteiset legaalimääritelmät ovat syntyneet varsin myöhään.[1] Kiinteistöjen käsitemääritelmät ovat vaihdelleet historian aikana, mihin on vaikuttanut muun muassa se, mitä tarvetta silmällä pitäen asianomainen määrittely on tapahtunut. Kiinteistön käsitteen määrittely voidaan tehdä silmällä pitäen kiinteistöä joko omistusyksikkönä tai rekisteriyksikkönä taikka nämä tunnusmerkit yhdistettynä.

Varhemmin kiinteistön käsite muodostettiin pitäen mielessä lähinnä omistusyksikköä. Niinpä vanhastaan oikeuskirjallisuudessa kiinteistö määriteltiin aineellisella perusteella maanpinnan alueellisesti rajoitetuksi osaksi.[2] Määritelmä on kuitenkin ongelmallinen useassa suhteessa, kun sitä arvioidaan voimassa olevan oikeusjärjestyksemme kannalta. Määritelmästä ei nimittäin selkeästi käy ilmi, mitä taustaa vasten kiinteistön käsitemääritelmä on muodostettu. On ilmeistä, että määritelmässä on tarkasteltu kiinteistöä omistusyksikön merkityksessä, jolloin lähtökohtana on pidetty *esinettä* omistuksen kohteena. Esineillä oikeudellisessa merkityksessä tarkoitetaan rajoitettuja aineellisia kappaleita, joihin ihmisellä voi olla määräämisvaltaa. Esineitä ovat siten yksilöidyt aineelliset kohteet. Tätä taustaa vasten oli luonnollista määritellä kiinteistö maanpinnan alueellisesti rajoitetuksi osaksi eli yksilöllisesti määritellyksi kohteeksi horisontaalitasossa.

Toisaalta myös määräala, joka on nykyisin vuoden 1995 maakaaren (MK) mukaan omistusoikeusyksikkö, ja maapohjan vuokra-alue ovat maanpinnan alueellisesti rajoitettuja osia, vaikka eivät ole kiinteistöjä voimassa olevan oikeutemme mukaan. Toisin sanoen alueellisesti rajoitettu maanpinnan osa ei vielä merkitse sitä, että tällainen osa on aina (itsenäinen) kiinteistö kiinteistörekisteriyksikön merkityksessä. Edelleen kiinteistöön ei välttämättä kuulu lainkaan maanpintaa vaan esimerkiksi pelkästään osuus yhteiseen alueeseen.

Edellä esitetyistä syistä ja kun rekisterilaitos kehittyi nykyiselleen esineoikeudellisessa kirjallisuudessa kiinteistön käsitemäärittelyssä siirryttiin muodolliseen järjestelmään. Kiinteistö määriteltiin rekisteriyksiköksi, tarkemmin sanottuna asianomaiseen rekisteriin merkityksi yksiköksi. Kiinteistön lakisääteinen määritelmä on nyttemmin kiinteistönmuodostamislain

[1] Jakolain (17.12.1976/984) 284 §, kaavoitusalueiden jakolain (8.3.1991/502) 115 § ja nyttemmin kiinteistönmuodostamislain (12.4.1995/554) 2 §.
[2] Zitting, Simo – Rautiala, Martti, Esineoikeuden oppikirja s. 22, 5. tarkistettu ja täydennytty painos, Helsinki 1982.

(KML) 2 §:n 1 momentissa. Kiinteistöllä tarkoitetaan sellaista itsenäistä maanomistuksen yksikköä, joka kiinteistörekisterilain (KRL) nojalla on merkittävä kiinteistönä kiinteistörekisteriin. Kiinteistörekisteriin merkitään KRL 2.1 §:n perusteella kiinteistöinä tilat, tontit, yleiset alueet, valtion metsämaat, valtion alueelle perustetut luonnonsuojelulain tai aikaisemman lain mukaiset suojelualueet, lunastuksen perusteella erotetut alueet lukuun ottamatta yleisiä teitä, yleisiin tarpeisiin erotetut alueet, erilliset vesijätöt sekä yleiset vesialueet.

Kiinteistön aineellinen määritelmä on saanut väistyä esineoikeudellisessa tarkastelussa kiinteistön muodolliselle määrittelylle. Tätä viimeksi mainittuakin määritelmää rasittaa omat rajoituksensa, joihin Hyvönen on kiinnittänyt huomiota.[3] Tässä yhteydessä kuitenkin riittää, kun saatetaan todeta, että voimassa olevan oikeutemme kannalta kiinteistön lakisääteinen määritelmä KML 2.1 §:ssä on aineellinen, koska aineellisten tunnusmerkkien perusteella ratkaistaan kiinteistönmääritystoimituksessa, mitä yksikköjä KRL:n nojalla on merkittävä rekisteriin.

*Kiinteistötunnus* yksilöi tyhjentävästi kiinteistön ja muun rekisteriyksikön. Kullakin rekisteriyksiköllä tulee olla toisistaan poikkeava kiinteistötunnus, joka muodostuu kunta-, sijainti-alue-, ryhmä- ja yksikkönumerosta.[4] Kiinteistörekisterilainsäädännössämme erotetaan siten (1) kiinteistöt ja (2) muut rekisteriyksiköt. Yhdessä nämä voidaan määritellä *kiinteiksi esineiksi*. Kiinteän esineen käsite on siten laajempi kuin kiinteistön käsite.

Kun kiinteistö määritellään edellä todetulla tavalla KML 2.1 §:n mukaisesti itsenäiseksi maanomistuksen yksiköksi, joka KRL:n nojalla on merkittävä kiinteistönä kiinteistörekisteriin, havaitaan, ettei tällainen kiinteistön määritelmä aseta erityisiä tunnusmerkkejä kiinteistön ulottuvuudelle vertikaalitasossa; riittää, kun kiinteistö on yksilöity kiinteistötunnuksella niin, että se erottuu muista kiinteistöistä taikka muista rekisteriyksiköistä. Toisin sanoen kiinteistötunnus on katsottava riittäväksi ja myös välttämättömäksi yksilöimään kiinteistön. Tällä tavoin määritellyn yksilöidyn kiinteistön *ulottuvuuskysymys* tulee määriteltäväksi erikseen.

## Kiinteistön ulottuvuus

Kiinteistön ulottuvuus tulee tarkasteltavaksi sekä horisontaalisessa että vertikaalisessa tasossa. Kysymyksen ongelmallisuus näyttäytyy silloin, kun tarkastellaan kiinteistön ulottuvuutta vertikaalitasossa eli maanpinnan tason alapuolelle maan sisään ja ilmakerroksiin ylöspäin. Sitä vastoin kiinteistön rajat osoittavat kiinteistön alueen horisontaalitasossa. Lisäksi on syytä todeta, että vanhastaan kiinteistön ulottuvuus määritellään erikseen esineoikeudessa ja kiin-

[3] Ks. Hyvönen, Veikko O., Kiinteistönmuodostamisoikeus I. Yleiset opit s. 5–6, Espoo 1998. Hän toteaa muun muassa, että vanhan lainsäädännön mukainen kiinteistö ei ole yleensä menettänyt kiinteistön luonnettaan eikä tähän liittyviä oikeudellisia ominaisuuksiaan sen vuoksi, että kiinteistö on jostain syystä jäänyt pois kiinteistörekisteristä.
[4] Kiinteistörekisteriasetus (5.12.1996/970) 1 §.

teistönmuodostamisoikeudessa. Nämä määritelmät täydentävät toisiaan. Niissä kiinnitetään huomiota eri seikkoihin.

Kiinteistön ulottuvuutta *esineoikeudellisessa* merkityksessä jäsentävät *ainesosan* ja *tarpeiston* käsitteet. Nämä käsitteet ovat juridisen kielen tuotteita. Ne ovat oikeudellisia käsitteitä, joiden takana on tietyt normisuhteet. Niinpä kun konkreettisessa tapauksessa todetaan kysymyksessä olevan ainesosan/tarpeiston, ilmaistaan tällä, että ainesosaa/tarpeistoa koskeva tavanomais-oikeudellinen normisto on sovellettavissa siihen. Tämä tarkoittaa sitä, että pääesinettä, kuten kiinteistöä, koskevat oikeustoimet ja -säännökset ulottavat vaikutuksensa myös ainesosaan ja tarpeistoon (= sivuesineeseen), ellei mitään toisensuuntaista erityisperustetta ole olemassa. Olennaista on, että samat normit koskevat ainesosia ja tarpeistoa; ts. oikeusvaikutuksiin nähden eroja ei ole osoitettavissa.

Ainesosa- ja tarpeistosuhteen syntyedellytyksissä voidaan erottaa yhtäältä faktiset edellytykset, jotka ilmenevät havaittavalla esinetasolla, ja toisaalta vaatimus oikeuksien yhteisyydestä (käytännössä useimmiten omistuksen yhteisyys), joka muodostaa ainesosa- ja tarpeistosuhteen oikeuksien tasolla. Vaatimus oikeuksien yhteisyydestä pää- ja sivuesineeseen kohdistuvien oikeuksien subjektien kesken on sama ainesosille ja tarpeistolle. Faktiset edellytykset, jotka eroavat ainesosan ja tarpeiston välillä, muodostavat tarkastelussa esivaiheen. Jos faktiset edellytykset täyttyvät, tarkastellaan erikseen oikeuksien yhteisyyden vaatimuksen täyttymistä.

Kiinteistöön katsotaan ainesosina kuuluviksi esimerkiksi sen maa- ja vesitilukset ja maapohjan substanssi, kuten kivi, sora ja multa, kuin myös kiinteistöllä kasvava metsä ja muu kasvillisuus. Kiinteistön ainesosia ovat myös ihmistoimin liitetyt kohteet kuten kiinteistölle pysyvästi rakennetut kiinteistönomistajan rakennukset ja muut kiinteät rakennelmat sekä johdot. Tilan tarpeistoksi on katsottu muun muassa sen tarpeisiin varatut tuotteet (esimerkiksi lämmitykseen varatut puut), kartat ja lainhuutoasiakirjat ja rakennuksen tarpeistoksi esimerkiksi avaimet, tikapuut, palokalusto sekä muut sellaiset laitteet ja työkalut, jotka sijaitsevat pysyvästi kiinteistöllä ja palvelevat sen käyttötarkoitusta. Kiinteistön tarpeistoon on saatettu lukea myös osuudet yhteisiin alueisiin sekä erityiset etuudet ja rasiteoikeudet.

Olennaista on, että ainesosat/tarpeisto seuraavat pääesineen, kuten kiinteistön, ”oikeudellista kohtaloa”, ellei muuta ole nimenomaisesti määrätty. Nyttemmin MK 14:5:n nojalla kiinteistön ainesosien ja tarpeiston määritys kirjaamalla on mahdollista rajoitetussa laajuudessa. Säännös koskee vain elinkeinotoiminnassa käytettäviä, kiinteistöllä pysyvästi sijaitsevia koneita tai laitteita.

Kiinteistönmuodostamisoikeudessa kiinteistön ulottuvuuden lakisääteinen määritelmä sisältyy KML 2 §:n 1 momentin 1 kohdan viimeiseen virkkeeseen. Säännöksessä määritellään ensimmäistä kertaa ulottuvuus kiinteistönmuodostamisen kannalta. Lainkohdan mukaan kiinteistö käsittää siihen kuuluvan alueen, osuudet yhteisiin alueisiin ja yhteisiin erityisiin etuuksiin sekä kiinteistölle kuuluvat rasiteoikeudet ja yksityiset erityiset etuudet. Sanottu määritelmä käsittää kiinteistötoimituksessa vahvistettavan kiinteistön ulottuvuuden, joka käy selville kiinteistörekisteristä, sen perustana olevista asiakirjoista ja kartoista. Näistä asiakirjoista ilmenee kiinteistön ulottuvuus horisontaalitasossa. Sen sijaan kiinteistön ulottuvuus

vertikaalitasossa alaspäin maan sisustaan ja ylöspäin ilmakerroksiin ei normaalisti käy ilmi em. asiakirjoista ja kartoista.

Edellä suoritettu esineoikeudellinen ja kiinteistönmuodostamisoikeudellinen tarkastelu osoittaa, että kiinteistön ulottuvuus vertikaalitasossa vaatii vielä lähempää selvittelyä, koska käytännössä kiinteistön maanalainen hyötykäyttö eri muodoissaan, kuten parkkihallit, väestönsuojat, varastotilat yms. ja myös maanpäällinen käyttö erilaisten kansirakennelmien muodossa ovat lisääntyneet ja näin aktualisoineet kysymyksen kiinteistön ulottuvuudesta vertikaalitasossa. Kysymys on viime kädessä siitä, missä määrin kiinteistön omistaja/yhteisomistajat voivat omistajina käyttää hyväkseen kiinteistöä pintatasosta alaspäin ja ylöspäin saaden oikeusjärjestyksen mukaista suojaa.

Oikeuskirjallisuudessa esitetyt käsitykset kiinteistön ulottuvuudesta ovat vaihdelleet. Voipio on esittänyt käsityksen, jonka mukaan kiinteistö ulottuu niin syvälle ja korkealle kuin ihmisvoimin voidaan enintään päästä.[5] Kivimäki – Ylöstalon mukaan kiinteistö ulottuu niin pitkälle kuin omistajalla on etua maakerrosten ja ilmatilan käyttämisestä.[6] Tämä kanta ilmentää intressiajattelua. Noponen on kiinnittänyt huomiota myös maanomistajan intressinäkökohtaan todetessaan, että rakentaminen sellaisessa syvyydessä, jossa työn tulos ei vaikuta maanomistajan etuihin, merkitsee sitä, ettei enää ole kysymys toisen maalle rakentamisesta.[7]

Kaiken kaikkiaan saatetaan todeta, ettei oikeuskirjallisuudesta ole löydettävissä yksiselitteistä rajausta kiinteistön (omistusoikeuden) ulottuvuuteen syvyyssuunnassa. Perustellusti voidaan kuitenkin lähteä siitä, että kiinteistön omistusoikeus ulottuu niin syvälle kuin nykyisin ja tulevaisuuden teknisin menetelmin ihmistoimin on mahdollisuus rakentaa kiinteistölle. Tämä kanta perustuu yhtäältä korkeimman oikeuden ratkaisuun KKO 1987:121, jossa lunastustoimituksessa asianosaisena pidettiin suunnitellun kalliotilan yläpuolista kiinteistön omistajaa, jonka korvausvaatimus tosin evättiin näytön puutteen vuoksi[8] ja toisaalta kaivoslakiin, jossa kaivosoikeuden haltija velvoitetaan suorittamaan maanomistajalle kaivospiirin alueelta louhituista ja maanpinnalle nostetuista kaivoskivennäisistä kohtuullinen louhimismaksu.

Asemakaavalla ja rakennusjärjestyksellä sekä rakennusluvalla säädellään kiinteistön omistajan kulloistakin kiinteistön käyttömahdollisuutta ja -oikeutta. Asemakaavaa muuttamalla voidaan tätä oikeutta muuttaa. Maanalaista rakentamista säädellään maankäyttö- ja rakennuslain 56 §:ssä, jossa säädetään maanalaisesta asemakaavasta.

Edellä esitetyn perusteella voidaan tiivistetysti todeta, että kiinteistön käsite määritellään voimassa olevan oikeuden mukaan omistusyksiköksi, joka on merkittävä asianmukaiseen kiinteistörekisteriin; ts. määritelmässä otetaan huomioon samanaikaisesti kiinteistö omistus- ja rekisteriyksikkönä. Kiinteistön ulottuvuus määritellään erikseen. Kiinteistön ulottuvuus

---

[5] Voipio, Viljo, Kiinteistön ulottuvuudesta maan sisälle s. 3–11. Lakimies 1924 s. 3–11.

[6] Kivimäki T. M. – Ylöstalo, Matti, Suomen siviilioikeuden oppikirja. Yleinen osa s. 226, 3. uudistettu painos. Porvoo 1973.

[7] Noponen, V. K., Oikeudesta ryhtyä liikennettä ja voimansiirtoa tarkoittaviin rakennustoimiin naapurin maalla s. 19, Helsinki 1931.

[8] Tapauksen kommentoinnista ks. Vihervuori, Pekka, Maa-ainesten ottaminen ja suojelu s. 16, Jyväskylä 1989.

vertikaalitasossa ulottuu niin pitkälle kuin kiinteistön omistaja nykyisin ja tulevaisuuden teknisin menetelmin kykenee hyödyntämään ja rakentamaan kiinteistöä. Kiinteistön ulottuvuus horisontaalitasossa määräytyy kiinteistön rajojen perusteella.

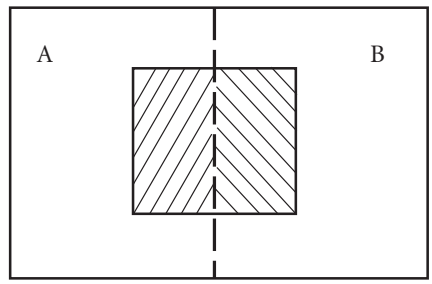
Tämän kiinteistöä ja sen ulottuvuutta koskevan tarkastelun jälkeen on paremmat edellytykset siirtyä tarkastelemaan kiinteistöä koskevien hallinnanjakosopimusten käyttöalaa ja sopimusten kirjausmahdollisuutta tyyppitapausten avulla.

## Paritalokiinteistö

Lainvalmistelussa on pidetty esillä erityisesti ns. paritalokiinteistöjä, joista ei ole muodostettu asunto-osakeyhtiöitä. Näissä tapauksissa pidettiin tarpeellisena, että kiinteistön (yhteis)-omistajat voivat kirjata sopimuksen siitä, miten yhteisesti omistettua kiinteistöä hallitaan. Tällainen tarve hallintasopimusten julkistamiseen kirjauksen avulla todettiin ilmeiseksi.[9]

Paritalokiinteistöä koskeva hallinnanjakosopimus on tyypillinen sopimus, jossa kiinteistön hallinta ja käyttö jaetaan hallintarajoilla kahdeksi itsenäiseksi hallinta- ja käyttöalueeksi niin, että kumpikin yhteisomistaja A ja B hallitsevat omistusosuuttaan (esim. 1/2) vastaavaa kiinteistön hallinta-aluetta ja tälle alueelle rakennettua taikka rakennettavaa omakotitaloa. Luonnollisesti on mahdollinen myös sellainen ratkaisu, että yhteisomistajat haluavat jättää jonkin alueen kiinteistöstä yhteiseen hallintaan ja käyttöön. Toisin sanoen hallinnanjakosopimuksella kiinteistön hallinta voidaan jakaa useampaan palstaan. Myös on mahdollista, että kiinteistöllä on vain yksi asuinrakennus ja tässä on kaksi huoneistoa ja rakennus sijaitsee kiinteistöllä niin, että hallintarajalla jaetaan paitsi kiinteistön hallinta myös rakennuksen hallinta niin, että kummallekin yhteisomistajalle jää omaan yksinomaiseen hallintaan ja käyttöön puolet kiinteistön alueesta ja toinen rakennuksen huoneistoista. Tilannetta voidaan kuvata seuraavan esimerkkikuvion avulla.

Kuvio 1.




Paritalokiinteistö, jonka omistavat A ja B yhteisesti puoliksi. Hallintarajalla (katkoviiva) yhteisomistajat ovat jakaneet kiinteistön ja kiinteistöön kuuluvan paritalon hallinnan ja käytön.

[9] Hallituksen esitys Eduskunnalle maakaareksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi (HE) 1994:120 s. 96.

Paritalokiinteistön hallinnanjakosopimuksen, jota edellä kuvattiin, kirjaaminen ei aiheuttane yleensä ongelmia, koska sopimuksessa säännöllisesti kiinteistön yhteisomistajat ottavat kantaa sekä kiinteistön alueen hallinnan jakamiseen että rakennusten/rakennuksen hallintaan. Tällainen paritalokiinteistöä koskeva hallinnanjakosopimus voidaan säännöllisesti epäilyksittä kirjata MK 14:3:n mukaan. Lainkohtahan sanamuodon mukaan näyttäisi edellyttävän, jotta kirjaus voi tulla kyseeseen, että hallinnanjakosopimus koskee nimenomaan kiinteistön hallintaa ja erityisesti juuri sen jakamista. Paritalokiinteistöä koskevassa tyypillisessä hallinnanjakosopimuksessa tämä edellytys säännöllisesti täyttyy.

Tilanne muuttuu kirjaamisen kannalta ongelmalliseksi siinä tapauksessa, että kiinteistön ja siihen ainesosasuhteessa olevan paritalon omistaa yksin A, ja hän myy paritalosta toisen huoneiston B:lle. Tässä tapauksessa A ja B eivät ole kiinteistön yhteisomistajia. Tämän vuoksi ei myöskään hallinnanjakosopimus, joka koskisi pelkästään kiinteistöllä olevaa rakennusta, voi tulla kirjatuksi MK 14:3:n nojalla. MK 14:3:n säännös edellyttää, että hallintasopimuksen osapuolet ovat kiinteistön yhteisomistajia.

Hallinnanjakosopimus voidaan kirjata vain parhaalle etusijalle (MK 14:8.2). Etusijaa ei saa myöhemminkään muuttaa siten, että hallinnanjakosopimuksen edelle tulisi muu kuin 14 luvun 4 §:n 2 kohdassa tai 5 §:ssä tarkoitettu oikeus. Jos kiinteistöön kohdistuu jo aiemmin vahvistettuja kiinnityksiä tai erityisen oikeuden kirjauksia, hallinnanjakosopimuksen kirjaus edellyttää etusijajärjestyksen muuttamista. Siihen tarvitaan pantinhaltijoiden ja erityisten oikeuksien haltijoiden suostumus, koska hallinnanjakosopimus voidaan kirjata vain parhaalle etusijalle. Jos panttioikeudenhaltija ei anna suostumustaan, kirjaamisviranomainen saa kirjata sopimuksen vain, jos velkojalle aiheutuu vain vähäistä haittaa (MK 14:8 ja 10 sekä 18:1).

## Rintamamiestalokiinteistö

Rintamamiestalokiinteistöllä tarkoitetaan kiinteistöä, jolla sijaitsee puolitoistakerroksinen omakotitalo. Talon yläkerrassa ja alakerrassa on itsenäinen huoneisto. Yläkertaan kulku on yleensä järjestetty rakennuksen eteistilasta, ns. lasiverannasta niin, ettei se häiritse alakerran asukkaita. Tällainen järjestely mahdollistaa sen, että rintamiestalossa on kaksi erillistä asuntoa. Säännöllisesti voidaan lähteä siitä, että tällainen talo kuuluu ainesosana siihen kiinteistöön, jolla rakennus sijaitsee. Kiinteistön ja rakennuksen osalta täyttyvät faktisen liitossuhteen edellytykset – fyysinen yhteys ja pysyvyys – ja vaatimus omistuksen (oikeuksien) yhteisyydestä.[10] Tällaisia rintamamiestaloja pystytettiin toisen maailmansodan jälkeen sotarintamalta palanneille rintamamiehille.

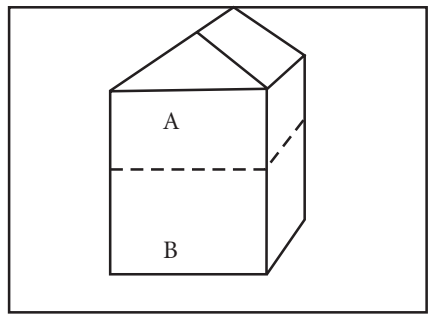
Rintamamiestalokiinteistön osalta kiinteistön yhteisomistustilanne syntyy nyttemmin useimmiten perinnön seurauksena. Perilliset omistavat yhteisesti kiinteistön. Tällaisessa

[10] Ainesosa- ja tarpeistosuhteen syntyedellytyksistä lähemmin ks. mm. Tepora, Jarno, Omistuksenpidätyksestä s. 466–571 lähteineen, Vammala 1984 ja Kartio, Leena, Esineoikeuden perusteet s. 98–105, Helsinki 2001.

tapauksessa voi ajankohtaistua kysymys siitä, että perilliset A ja B haluavat jakaa talon hallinnan ja käytön niin, että A hallitsee talon yläkertaa ja B talon alakertaa. Tällainen rakennuksen tilojen hallinnan ja käytön jakaminen hallinnanjakosopimuksella on sinänsä MK 14:3:n mukaista. Se edellyttää sopimuksessa riittävää jaettavien tilojen yksilöintiä niin, ettei jää epäselväksi, mitä rakennuksen tilaa A hallitsee ja mitä B. Yksilöintitapoja on useita. Kuitenkin on yleensä tarkoituksenmukaista liittää hallinnanjakosopimukseen tarvittava kartta kiinteistöstä ja piirros rakennuksesta.

Yllä mainitussa tapauksessa A ja B voivat laatia hallinnanjakosopimuksen, jolla he jakavat talon hallinnan ja käytön, mutta jättävätkin yhteisomistetun kiinteistön hallinnan ja käytön muutoin yhteiseen hallintaan tarkoituksenmukaisuussyistä. Rakennus on nimittäin säännöllisesti aikanaan rakennettu silmällä pitäen koko kiinteistön yhtenäistä hallintaa. Ilmeistä tarvetta olisi kuitenkin sellaiseen järjestelyyn, jossa kiinteistön yhteisomistajat jakaisivat ainoastaan rakennuksen hallinnan ja käytön, mutta jättäisivät varsinaisen kiinteistön hallinnan yhteishallintaan. Asiaa voidaan kuvata seuraavalla kuviolla.

Kuvio 2.




Rintamamiestalokiinteistö, jonka A ja B omistavat yhteisesti puoliksi. Hallinnanjakosopimuksella A saa kiinteistöön kuuluvan rakennuksen yläkerran yksinomaiseen hallintaan ja käyttöön ja B vastaavasti rakennuksen alakerran. Kiinteistön hallinta on jätetty sopimuksella yhteishallintaan ja -käyttöön.

Ongelmakysymykseksi voi kuitenkin nousta po. hallinnanjakosopimuksen kirjaaminen MK 14 luvun 3 §:n nojalla, kun lainkohdan sanamuodon mukaan hallinnanjakosopimus koskee kiinteistön hallinnan jakamista. Voidaan kysyä, onko siis kiinteistön hallinnan jakaminen sellainen välttämätön entiteetti hallinnanjakosopimuksessa, ettei kirjausta lainhuuto- ja kiinnitysrekisteriin voida ylipäänsä tehdä. Toisin sanoen voidaanko hallinnan jakoa koskevaa määräystä luonnehtia hallinnanjakosopimuksen ainoaksi olennaiseksi ainesosaksi.[11] Niinpä jos jokin olennaisista ainesosista puuttuu, sitä ei voida lukea kyseisen *sopimustyypin* piiriin eikä se myöskään pääse osalliseksi tuota sopimustyyppiä koskevista oikeusvaikutuksista eli tässä

[11] Oikeustointen ainesosaopista ja sen merkityksestä ks. Halila, Heikki – Hemmo, Mika, Sopimustyypit s. 15–16, Helsinki 1996.

tapauksessa kirjaamiskelpoisuudesta. Kirjaushakemus olisi siten MK 14:12:n 1 momentin 1 kohdan mukaan hylättävä, jos oikeus (sopimus) ei olisi kirjaamiskelpoinen eli ei täyttäisi kirjaamisoikeudellista tyyppipakkoa.

Toisaalta asianomaista lain kohtaa – MK 14:3 – koskevassa hallituksen esityksen perusteluissa todetaan seuraavasti: ”Ehdotettu pykälä poistaa eräitä yhteisomistussuhteeseen liittyviä ongelmia sallimalla sellaisen hallintasopimuksen kirjaamisen, jossa sovitaan kunkin osaomistajan käyttöön tulevasta kiinteistön alueesta tai sillä olevasta rakennuksesta.”[12] Tämän perustelulausuman mukaan hallinnanjakosopimus voi koskea kiinteistön hallinnan jakamista *tai* kiinteistöllä olevan rakennuksen hallinnan jakamista. Riittäisi siten, että yhteisomistajat sopivat kiinteistöllä olevan rakennuksen hallinnan jakamisesta jättäen kiinteistön hallinnan jakamatta. Vaikka perusteluissa ei edellytetä rakennuksen kuulumisesta kiinteistöön ainesosana, voidaan lähteä siitä vaatimuksesta, että rakennuksen on tässä tapauksessa kuuluttava yhteisomistajien omistamaan kiinteistöön eli aineosasuhde vallitsee pää- ja sivuesineen välillä.

MK 14 luvun 3 §:n vaatimus siitä, että hallintaa koskeva sopimus koskee nimenomaan kiinteistöä on säädetty varsin kategorisesti niin, että se voidaan ymmärtää hallinnanjakosopimuksen olennaiseksi ainesosaksi, jotta kirjaus voidaan hyväksyä.[13] Kirjauskäytäntö käräjäoikeuksissa ei ole vakiintunut. Kirjaamisviranomaisista osa on hyväksynyt myös hallinnanjakosopimuksia, joissa sopimuksella on jaettu vain kiinteistöön kuuluvan rakennuksen hallinta ja käyttö. Tätä käytäntöä puoltaa hallituksen esityksen edellä mainittu perustelulausuma. Reaaliset argumentit myös tukevat tällaista tulkintaa nimenomaan, kun on kysymys rintamamiestalosta ja tontista ja kun yhteisomistajat omistavat murto-osin sekä tontin että tonttiin kuuluvan rakennuksen. Tällaisessa tapauksessa voidaan ajatella, että kiinteistö on ”jaettu yhteiskäyttöön” ja rakennus on jaettu yhteisomistajien kesken yksinhallintaan. Vähimmäisedellytyksenä MK 14:3:n mukaiselle kirjaukselle voidaan asettaa vaatimus siitä, että (a) kiinteistön yhteisomistajat tekevät hallinnanjakosopimuksen ja että (b) sopimuksessa otetaan kantaa kiinteistön hallintaan ja käyttöön.

Mikäli edellä kuvattua tulkintasuositusta ei hyväksyttäisi viittaamalla MK 14 luvun 3 §:n säännöksen sanamuodon mukaiseen tulkintaan, pakottaisi tämä kanta siihen, että kiinteistön yhteisomistajat jakaisivat myös kiinteistön hallinnan, esimerkiksi kiinteistön jonkin nurkan osalta, mikä täyttäisi muodollisen kriteerin kiinteistön hallinnan jakamisesta. Tällainen ratkaisu, vaikka se on täysin mahdollinen, voi kuitenkin olla käytännössä vähemmän tarkoituksenmukainen.

[12] HE 1994:120 s. 96.

[13] Mali, Juhani – Laitinen, Hannu – Mähönen, Juhani, Lainhuudatus, erityisen oikeuden kirjaaminen ja kiinnitys s. 126, Tampereen yliopiston täydennyskoulutuskeskus, Tampere 2001.

## Kirvesvarsitontti

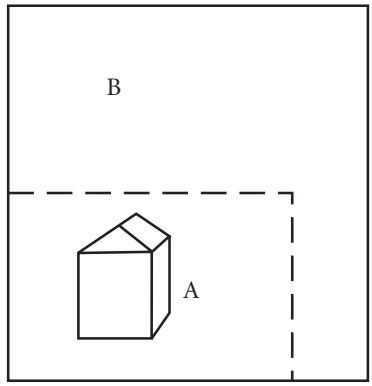
Kirvesvarsitontilla tarkoitetaan tässä asemakaava-alueella isommasta omakotitalotontista muodostettavaa aluetta, joka syntyy silloin, kun tontin omistaja (A) myy takaosan tontistaan rakennusoikeuksineen B:lle murto-osaisena omistuksena koko tontista. Myynnin seurauksena syntyy tontin osalta yhteisomistussuhde A:n ja B:n välillä. Syy tontin murto-osaiseen myyntiin on usein se, että tontti ei ole jaettavissa useammaksi tontiksi. Toisin sanoen asemakaavan johdosta tontin määräalan lohkominen itsenäiseksi kiinteistöksi (tontiksi) ei ole mahdollinen. Tällaisen lohkomisen onnistuminen edellyttäisi asemakaavan ja tonttijaon muuttamista, mikä puolestaan kuuluu kunnan kaavoitusmonopolin piiriin. Toisaalta kunta voi edellyttää, että olemassa olevat tontit rakennetaan tehokkaammin (ns. täydennysrakentaminen) eli vielä käyttämätön rakennusoikeus tulisi ottaa tehokkaampaan käyttöön.

Tällaisella väljällä tontilla on säännöllisesti jo A:n omistama omakotitalo, joka jää A:n omistukseen kuin myös tontista maa-alue rakennuksen ympäriltä. Kaupan yhteydessä, kun B ostaa murto-osan (esim. 2/3) tontista MK 2:1:n mukaisella kauppakirjalla, osapuolet allekirjoittavat myös tontin hallinnasta ja käytöstä laaditun hallinnanjakosopimuksen tontin yhteisomistajina. Hallinnanjakosopimuksella kiinteistön määräosien omistukset täsmennetään hallintarajoilla yksilöidyiksi määräaloiksi. Sopimuksella aikaansaatu hallintaraja korvaa tässä tapauksessa kiinteistörajan, jonka muodostamisen estää kaavasta johtuva osittamisrajoitus.

Hallinnanjakosopimus antaa yhteisomistajille joustavan mahdollisuuden suunnitella tontin hallinnointia ja käyttöä. Yhteisomistajan hallinta-alue voi olla useassa *eri palstassa* tontilla. Hallinnan jakoa koskevassa sopimuksessa voidaan pihatilan käyttö suunnitella tarkoituksenmukaisella tavalla esimerkiksi käyttämällä hyväksi *yhteiskäyttöalueita*. Kirvesvarren muotoisen tontin osalle ajoyhteyden saanti kadulle on suunniteltava eri vaihtoehtoja punniten. Siitä voidaan sopia hallintasopimuksessa esimerkiksi yhteiskäyttöalueena tai sitten niin, että ajoyhteysalueen yksinomainen hallinta tulee sopimuksessa B:lle.

Tällainen tontin hallinnanjakoa koskeva sopimusjärjestely korvaa kiinteistötoimituksessa perustetun *rasitteen* toisen tilan/tontin hyväksi. Tällainen rasite voi olla mm. ajoyhteysrasite, joka rasittaa tonttia, jolla itsellään on maankäyttö- ja rakennusasetuksen (MRA) 37.1 §:ssä tarkoitettu ajoyhteys katualueeseen. Ajoyhteysrasite on käyttökelpoinen vaihtoehto edellä mainituille sopimusjärjestelyille. Ajoyhteyteen tarvittavaa pinta-alaa ei lueta rasitteeseen oikeutetun tontin osan pinta-alaan eikä se siten kasvata tuolle tontin osalle rakennettavaksi sallitun kerrosalan määrää. Alla olevan kuvion avulla kuvataan tyypillistä tilannetta, jossa syntyy kirvesvarren muotoinen tontin osa-alue.

Kuvio 3.




Kirvesvarsitontti, josta A omistaa 1/3 osaa ja B 2/3 osaa. Hallintarajalla (katkoviiva) yhteisomistajat sopivat kiinteistön hallinnan ja käytön jakamisesta sekä erikseen rakennusoikeuden jakamisesta.

Kuten jo aikaisemmin todettiin, myytäessä tontista osa täydennysrakentamista varten on tontti säännöllisesti jo osaksi rakennettu. Tällaisessa tapauksessa on syytä sopia täsmällisesti luovutettavasta rakennusoikeudesta ja sen määrän jakautumisesta tontin yhteisomistajien kesken eli mikä on myyjän A:n rakennusoikeuden määrä ja kuinka paljon rakennusoikeutta tulee B:lle. Rakennusoikeudesta sopiminen voi tapahtua kauppasopimuksessa, mutta siitä voidaan sopia myös hallinnanjakosopimuksessa. Rakennusoikeus on kiinteistöön oikeusjärjestyksessä liitetty entiteetti, josta voidaan määrätä samalla kun määrätään tontin hallinnan ja käytön jakautumisesta yhteisomistajien kesken. Ei ole estettä sille, että osapuolet jakavat tontille (kiinteistölle) asemakaavassa vahvistetun rakennusoikeuden – hallinnanjakosopimuksessa – parhaaksi katsomallaan tavalla ottaen huomioon, mitä kaava kaavamääräyksineen määrää rakennusoikeudesta ja rakennuspaikoista. On syytä todeta, että hallintasopimuksella ei voida ohittaa kaavaa ja kaavamääräyksiä, kun ne ovat pakottavia sääntöjä rakentamiselle.

> Esimerkiksi A luovuttaa rakentamastaan tontista 2/3 osan B:lle ja samanaikaisesti hallinnanjakosopimuksella sovitaan A:n ja B:n hallinta-alueista niin, että B:lle tuleva osuus on muodoltaan kirvesvarsi, joka muodostuu ajoyhteysalueesta kadulle ja tontin taka-alueella olevasta rakennuspaikasta. Hallinta-alueet vastaavat omistusosuuksia tontista (A 1/3 ja B 2/3). Lisäksi he sopivat tontin vielä käyttämättömästä rakennusoikeudesta, joka vastaa puolta (1/2) koko tontin laskennallisesta rakennusoikeudesta, että se tulee yhteisomistajalle B:lle. B saa siten tontista hallintaansa ja käyttöönsä 2/3 osan tontin pinta-alasta, mutta rakennusoikeudesta puolet eli vähemmän kuin laskennallisesti B:lle tulisi, jos rakennusoikeus laskettaisiin B:n yksinhallintaan tulleesta tontin osasta. Lisäksi olisi syytä erityisesti tällaisessa tapauksessa sopimuksessa varautua myös siihen, miten mahdollinen tuleva rakennusoikeuden lisäys yhteisomistajien kesken jaetaan, jos kaavan muutoksen seurauksena tulevaisuudessa rakennusoikeuden määrä tontilla kasvaa.

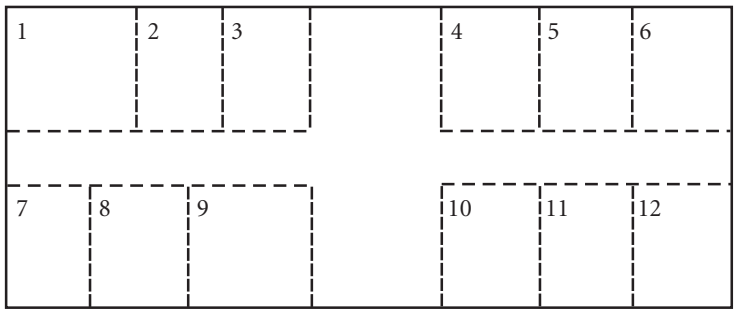
Nyt tarkasteltavana olevan tapauksen mukainen hallinnanjakosopimus on tyypiltään kirjattavissa MK 14 luvun 3 §:n nojalla tonttia koskevaan lainhuuto- ja kiinnitysrekisteriin. Mikäli tonttiin kokonaisuutena on aiemmin vahvistettu kiinnitys, mikä on tässä tapauksessa hyvinkin todennäköistä, ja myöhemmin tontti edellä kuvatulla tavalla jakautuu murto-osaomistuksiin ja laaditaan yhteisomistajien välillä hallinnanjakosopimus murto-osien hallitsemisesta määräaloina, niin hallinnanjakosopimuksen kirjauksen edellytyksenä on, että koko tonttiin kohdistuva kiinnitys on ensin joko (a) *muutettava* erilliskiinnitykseksi/-kiinnityksiksi esim. A:n tontinosaan kohdistuen taikka (b) *purettava* ja näin kiinnityksen kohteena on jatkossa murto-osa tontista. MK:n säännösten valossa purkuvaatimus siis ei näyttäisi välttämättömältä vaihtoehdolta. Tavoitteena on, ettei kiinteistöä ja kiinteistön murto-osia kiinnitetä vuoroin yhdessä ja vuoroin erikseen. Hallinnanjakosopimuksen kirjauksen jälkeen kiinnityksen kohteena on kiinteistön murto-osa, joka hallintasopimuksella on täsmennetty tietyksi kiinteistön alueeksi.

## Vaiheittain toteutettava vapaa-ajan kiinteistö

Sopimus kiinteistön hallinnan jakamisesta rakennuspaikkoineen soveltuu erityisen hyvin laajempien korttelikiinteistöjen rakentamiseen silloin, kun rakentaminen tapahtuu *vaiheittain* ja *yhtiöittäin*. Hallinnanjakosopimus on hyvä suunnitteluväline esimerkiksi kiinteistösijoitusyhtiölle/rakennusliikkeelle, joka rakennuskorttelin omistajana ryhtyy jalostamaan kiinteistöä. Kiinteistön omistaja tekee kokonaisvaltaisen suunnitelman karttoineen omistamansa kiinteistön hallinnan ja käytön jakamisesta tulevia yhteisomistajia silmällä pitäen. Suunnitelmasta ilmenee yksinhallintaan tulevat hallinta-alueet rakennuspaikkoineen ja rakennusoikeuksineen ja yhteiskäyttöön tulevat alueet, kuten rakennuspaikkoja palvelevat sisäiset tiet kiinteistöllä, paikoitusalueet, jätehuoltokatoksen paikka, leikkipaikat, harrastusta palvelevat alueet, esimerkiksi urheiluvälineiden säilytyspaikka yms. Yksinhallintaan tulevia hallinta-alueita rakennuspaikkoineen vastaa tietty omistusosuus koko kiinteistöstä.

Nämä kiinteistön murto-osat, jotka hallinnanjakosopimuksella täsmennetään tietyiksi hallinta-alueiksi rakennuspaikkoineen ja niihin liittyviksi yhteiskäyttöalueiksi sijoittaja/rakennusliike myy sitten perustettaville asunto-osakeyhtiöille tai (keskinäisille) kiinteistöosakeyhtiöille toteuttamista varten. Samassa yhteydessä, kun perustettavat asunto-osakeyhtiöt/kiinteistöosakeyhtiöt ostavat murto-osan kiinteistöstä MK 2:1:n mukaisella kauppakirjalla, osapuolet allekirjoittavat hallinnanjakosopimuksen kiinteistön yhteisomistajina. Hallinnanjakosopimuksen käyttöä vapaa-ajan kiinteistön suunnitteluvälineenä voidaan kuvata seuraavalla kuviolla.

Kuvio 4.




Sijoittajan omistama vapaa-ajankiinteistö, joka hallinnanjakosopimusta hyväksi käyttäen jalostetaan vaiheittain toteutettavaksi usean rakennuspaikan käsittäväksi kokonaisuudeksi, jossa yhteisomistajat hallitsevat yksin tiettyä omistusosuuttaan ja kiinteistön tiettyjä alueita yhteisesti.

Perustetut yhtiöt toteuttavat sittemmin rakennushankkeet ostamallaan kiinteistön määräosalla, joka on hallintasopimuksella täsmennetty tietyksi hallinta-alueeksi rakennuspaikkoineen. Rakentaminen voi tapahtua vaiheittain niin, että yhtiöt toteuttavat rakennushankkeensa sovitun aikataulun mukaisesti esimerkiksi porrastettuna taikka sidottuna esimerkiksi markkinatilanteeseen ja sen tulevaan kehitykseen. Sopimuksella varmistetaan, että vaiheittain tapahtuva rakentaminen toteutetaan suunnitelmallisesti ja sovitussa järjestyksessä. Tällaista menettelyä edellyttää yleensä hallinnanjakosopimuksessa sovittujen yhteisten alueiden toteuttamisen allokointi, joka vaatii selkeää koordinointia.

Edellä tarkasteltu vapaa-ajan kiinteistön käyttöä ja hallintaa järjestelevä sopimus on tyypiltään sellainen, joka MK 14:3:n nojalla on kirjattavissa silloin, kun sopimuksessa sovitaan kiinteistön käytön ja hallinnan jakamisesta. Perustettavat yhtiöt hakevat kaupan ja hallintasopimuksen allekirjoituksen jälkeen normaalissa järjestyksessä lainhuutoa määräosan omistukselle ja hallinnanjakosopimuksen kirjausta MK 14:3:n nojalla. Maakaari on aukollinen viimeksi mainitun kysymyksen osalta. Laissa ei ole nimenomaista säännöstä siitä, miten kirjaamisviranomaisen on suhtauduttava, jos ja kun haetaan hallinnanjakosopimuksen kirjausta sopimukselle, jossa oikeuden saajana on vielä perustettavana oleva yhtiö.

Ajateltavissa oleva rationaalinen ratkaisuvaihtoehto olisi, että voitaisiin kytkeä hallinnanjakosopimuksen kirjaus perustettavan yhtiön lukuun tehtyyn lainhuutohakemukseen, joka jätetään lepäämään MK 12 luvun 2 §:n nojalla. Toisin sanoen on luontevaa edellyttää, että kun perustettava yhtiö voi hakea omistusoikeussaannolleen lainhuutoa jo ennen yhtiön perustamista ja mikä hakemus jätetään lepäämään, niin murto-osaiseen kiinteistönkauppaan läheisesti liittyvä hallinnanjakosopimus voitaisiin myös kirjata odottamatta yhtiön perustamista. Tällainen menettely on tarpeen yhteisomistajien intressien ja näiden sopijapuolten oikeusturvan saavuttamiseksi. Erityisesti tällä seikalla on merkitystä silloin, kun kiinteistön murto-osan ostajina on useita perustettavia yhtiöitä, joiden perustaminen tapahtuu eri aikoina. MK 2 luvun 4 §:n mukaan kun kiinteistön kauppa on tehty perustettavan osakeyhtiön lukuun ja

vastuu kaupasta ei kahden vuoden kuluessa kaupan tekemisestä ole siirtynyt yhtiölle tai yhtiön perustamisesta on tätä ennen luovuttu, ostajana pidetään yhtiön puolesta kaupan tehnyttä. Tästä lainkohdasta nouseva sääntö on sovellettavissa myös hallinnanjakosopimuksen kirjaukseen, koska lainhuutoasia ja hallinnanjakosopimuksen kirjaus kytkeytyvät läheisesti toisiinsa. Viimeksi mainittu kirjaus täsmentää omistusoikeuden murto-osaisen kohteen määräalaksi kiinteistöllä.

## Kolmiulotteinen hallinnanjakosopimuskiinteistö

Edellä käsitellyissä neljässä tyyppitapauksessa, lukuun ottamatta rintamamiestalon ylä- ja alakerroksen yksilöintiä, ei normaalisti realisoidu kysymys kiinteistön ja siihen kuuluvan rakennuksen hallinnan ja käytön jakamisesta vertikaalitasossa eli pystysuunnassa kiinteistön (usein ajatellusta) maanpintatasosta ylöspäin ja alaspäin maan alle. Nykyaikana kuitenkin enenevässä määrin toteutetaan usean kiinteistönomistajan yhteisiä isoja rakennushankkeita, joissa aktualisoituu kysymys siitä, kuinka yhteisomistetun kiinteistön hallinta ja käyttö olisi tarkoituksenmukaista jakaa niin, että kullakin yhteisomistajalla on sivullisia sitova yksinomainen hallinta tiettyyn tilaan kiinteistöstä ja kiinteistöön kuuluvan rakennuksen maanpäällisistä ja maanalaisista kerroksista sekä lisäksi oikeus käyttää kiinteistön yhteistiloja.[14]

MK 14:3:n mukainen hallinnanjakosopimus tarjoaa sanotunlaisessa tapauksessa kiinteistön yhteisomistajille yhden oivan välineen suunnitella ja toteuttaa suuren rakennushankkeen osalta kunkin yhteisomistajan hallintaan ja käyttöön tulevat kiinteistön tilat. Se edellyttää säännöllisesti hallinnanjakosopimuksessa sen toteamista, keitä ovat sopijapuolet, näiden omistusosuudet ja sopimuksen kohteena oleva kiinteistö sekä kuinka kiinteistön ja kiinteistölle rakennettavan rakennuksen/rakennusten hallinta ja käyttö jaetaan omistajien kesken.

Lähtökohdaksi seuraavalle tarkastelulle otetaan ne tulokset, joihin jo aikaisemmin kirjoituksessa päädyttiin kiinteistön käsitteen ja kiinteistön ulottuvuuden määrittelyssä.[15] Niinpä kiinteistö on omistusyksikkö, joka on merkittävä asianmukaiseen kiinteistörekisteriin. Kiinteistön ulottuvuus vertikaalitasossa ulottuu niin pitkälle kuin kiinteistön omistaja/omistajat nykyisin ja tulevaisuuden teknisin menetelmin kykenevät hyödyntämään ja rakentamaan kiinteistöä. Tämä merkitsee sitä, että kiinteistöä voidaan kuvata kiinteistörekisteriin merkittynä *yksilöitynä tilana* eikä vain rajoiltaan määrättynä alueena. Yksilöinti vertikaalitasossa voidaan ilmaista koordinaattiluvuilla, jotka on maanmittausteknisesti sidottu merenpinnan tasoon. Niinpä itse kiinteistö yksilöidään *kiinteistötunnuksella* ja kiinteistön ja siihen kuuluvan rakennuksen taikka kiinteän rakennelman *ulottuvuus* voidaan yksilöidä riittävän tarkasti

[14] Ajankohtainen esimerkki tällaisesta Suomen mittakaavassa todella isosta rakennushankkeesta on Kampin keskuksen rakentaminen Helsingin ydinalueelle. Tässä projektissa on otettu käyttöön myös MK 14:3:ssa tarkoitettu hallinnanjakosopimus. Tarkemmin sanottuna sopimus koskee Helsingin kaupungin 4. kaupunginosan (Kamppi) korttelin 4007 tonttia nro 6 (Urho Kekkosen kadun tontti). Sopimus on jätetty kirjattavaksi Helsingin käräjäoikeuteen.

[15] Ks. edellä jakso ”Kiinteistön käsitteestä”.

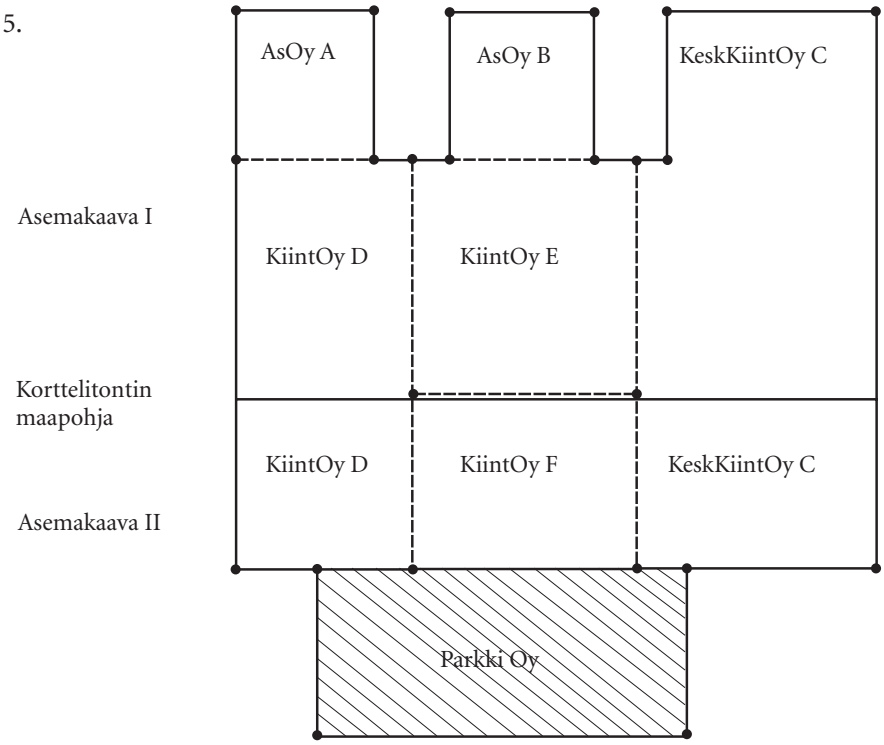
(1) *rajojen* avulla kiinteistö horisontaalitasossa ja (2) *koordinaattipisteillä* vertikaalitasossa kiinteistön maanpäälliset ja maanalaiset rakennukset/rakennelmat.

Kolmiulotteista hallinnanjakosopimusta voidaan pyrkiä seuraavaksi kuvaamaan kuvitteellisen esimerkin avulla.

> On vahvistettu asemakaava I, jonka mukaan kortteli muodostaa yhden kaavatontin x ja asemakaavamääräysten mukaan tontin käyttötarkoitus on asuin-, liike- ja toimistorakennusten korttelialue. Tämän tontin omistajia ovat AsOy A, AsOy B, KeskKiintOy C, KiintOy D ja KiintOy E. Lisäksi on vahvistettu samalle alueelle maanalainen asemakaava II MRL 56 §:n mukaisesti. Sen mukaan korttelitontin maanalaiselle alueelle tason –2,00 alapuolelle on asemakaavassa merkitty paikoitustila y ja sen vaatimat kulkuyhteydet.
>
> Tontin x yhteisomistajat jakavat tontin hallinnan kunkin omistajan prosenttiluvun ilmoittamassa suhteessa ilmoittaen hallinta-alueen neliömetreissä (= alueen käytön jako horisontaalitasossa). Hallinta-alueiden rajat tontilla x esitetään hallinnanjakosopimuksen liitteenä kartan muodossa.
>
> Tontin hallinnan jakamisen lisäksi tontin yhteisomistajat jakavat kunkin yhteisomistajan (yhtiön) omistukseen ja hallintaan tulevan rakennuksen tai sen osan ilmoittaen sen sijainnin tontilla ja yhtiön yksinomaiseen hallintaan tulevat kerrokset rakennuksesta koordinaateilla esimerkiksi niin, että asuinkerrokset alkavat tasolta +25,50 ja ulottuvat ylöspäin siten, että ylin kerros alkaa tasolta 47,50. (= tilan käytön jako vertikaalitasossa). Lisäksi sopimuksessa sovitaan, mitkä alueet piha-alueesta tulevat yhteisomistajille, mihin yhteistiloihin milläkin yhteisomistajalla on käyttöoikeus, esimerkiksi porrashuoneisiin ja hissiin yms. Kunkin yhteisomistajan (yhtiön) omistaman ja hallitseman rakennuksen omistus – maanpäälliset ja maanalaiset kerrokset koordinaattipistein ilmoitettuna – esitetään liitepiirustuksissa.

Yllä suoritettu lyhyt kuvaus luonee suuntaa antavan käsityksen siitä, miten kolmiulotteisessa hallinnanjakosopimuksessa voidaan epäilyksittä jakaa isokin kiinteistö rakennuksineen yhteisomistajien kesken horisontaali- ja vertikaalitasossa. Niinpä on mahdollista, että rakennuksen hallinta ja käyttö voidaan jakaa esimerkiksi niin, että rakennuksen kolme ylintä kerrosta kuuluvat AsOy A:n omistukseen ja yksinomaiseen hallintaan, neljä alimmaista maanpäällistä kerrosta vastaavasti KiintOy D:lle ja kolme maanalaista kerrosta KeskKiintOy C:lle. Tätä kolmiulotteisen hallinnanjakosopimuksen mukaista tilannetta voidaan kuvata seuraavan kuvion avulla.

Kuvio 5.




Kolmiulotteinen hallinnanjakosopimus, jolla yhteisomistajina olevat yhtiöt ovat jakaneet korttelitontin sekä siihen kuuluvan rakennuksen hallinnan ja käytön horisontaalisesti ja vertikaalisesti käyttäen hyväksi koordinaattipisteitä laskettuna merenpinnantasosta. Hallintarajat katkoviivoilla.

Kolmiulotteinen hallinnanjakosopimus, jossa kiinteistöön kuuluvan rakennuksen/rakennusten yhteisomistajina ja hallinnan ja käytön jakajina on useita erilaisia toimijoita, joiden rakennuksen käyttötarkoitus muun muassa eroaa toisistaan, kuten asunto-osakeyhtiön, kiinteistöosakeyhtiön ja keskinäisen kiinteistöosakeyhtiön, edellyttää säännöllisesti sopimasta sopijapuolten omistuksen ulottuvuudesta, yhteisistä alueista ja kulkuoikeuksista kuin myös sopijapuolten yleisestä sietovelvoitteesta toisiaan kohtaan.

Sopijapuolten omistuksen ulottuvuudesta erikseen sopiminen on tähdellistä ennen muuta sen vuoksi, että esimerkiksi asunto-osakeyhtiön kolmeen ylimpään kerrokseen katsotaan kuuluvan myös näitä kerroksia palvelevat liittymät, johdot, johtimet, kanavat ja niihin liittyvät laitteet ja rakennelmat sekä hissit, koneet ja niihin liittyvät johdot, rakennelmat ja laitteet. Lähtökohtana luonnollisesti on toimiva käyttökokonaisuus, joka palvelee asunto-osakeyhtiön ja sen asukkaiden tarpeita. Vastaavat vaatimukset koskevat samalla tavalla muita rakennuksen yhtiöitä.

Yhteisten alueiden osalta sovitaan muun muassa huolto-, jätehuolto- ja lastaustiloista, paloviranomaisten määräämistä kulkuväylistä, ilmastointikonehuoneista, piha-alueista yms.

Sopijapuolten yleisestä *sietovelvoitteesta* toisiaan kohtaan on tarkoituksenmukaista ottaa sopimusmääräys hallinnanjakosopimukseen ainakin silloin, kun kohde on vähänkin suurempi, mikä merkitsee, että toimijoita on useita. Toisin sanoen yhteisomistajat ovat velvollisia sallimaan puolin ja toisin toisten yhteisomistajien vetämään putkituksia, johdotuksia ja läpivientejä hyväksyttyjen rakennuslupapiirustusten mukaisesti kiinteistöllä ja rakennuksissa sekä pitämään koko kiinteistöä palvelevia perustuksia ja rakenteita ja huonetiloja omistamassaan ja hallitsemassaan rakennuksessa tai tontin osalla. Tästä oikeudesta ei makseta korvauksia osapuolille. Tällaisella määräyksellä voidaan korvata perinteisten rasitesopimusten tehtävä. Toinen asia on, että kolmansien – esimerkiksi naapurikiinteistöjen omistajien – kanssa tulee tarvittaessa tehtäväksi rasitesopimukset kuten kulkuväylien osalta.

On selvää, että hallinnanjakosopimuksessa on sovittava varsin yksityiskohtaisesti ne *jakoperiaatteet*, joilla tontin ja rakennuksen käyttö-, hoito-, korjaus-, perusparannus- ja uusimiskustannukset jaetaan yhteisomistajien kesken.

Tulevaisuutta silmällä pitäen on tarpeellista *sopia* myös mahdollisesta tontille osoitettavasta *lisärakennusoikeudesta*. Tällöin luontevana jakoperusteena on olemassa oleva rakennusoikeus ja sen jakautuminen ja käyttötarkoitus. Niinpä jos uutta rakennusoikeutta osoitetaan asemakaavamuutoksella esimerkiksi asuntorakentamiseen, on mielekästä, että tämä jaetaan yhteisomistajista asunto-osakeyhtiöille tasan ottaen huomioon jo toteutettu rakennusoikeus. Vastaavalla tavalla voidaan menetellä toimisto- ja liikerakennusten lisärakennusoikeuden suhteen. Tämän sopimuskohdan yleisenä tavoitteena voidaan pitää sitä, etteivät yhteisomistajat sopijapuolina ole puolin eikä toisin oikeutettuja vaatimaan toisilta sopijapuolilta korvausta sopijapuolelle mahdollisesti tulevasta käyttötarkoituksen perusteella yksilöidystä lisärakennusoikeudesta eivätkä myöskään vastaavasti velvollisia maksamaan korvausta toiselle sopijapuolelle siitä, että ovat saaneet yksilöityä lisärakennusoikeutta.

Kun kiinteistön käsite määritellään yksilöidyksi omistus- ja rekisteriyksiköksi, jonka osalta omistajan oikeudellinen intressi ulottuu niin pitkälle kuin on mahdollista päästä nykyisin ja tulevaisuuden menetelmin, voidaan todeta, että kiinteistön yhteisomistajat voivat jakaa kiinteistön *tilan* hallinnan ja käytön myös niin, että toinen yhteisomistajista hallitsee maanpäällistä osaa ja toinen maanalaisia tiloja. Tällainen jako edellyttää, että kiinteistö ymmärretään kolmiulotteisena tilana eikä vain perinteisesti rajoitettuna alueena maanpintatasossa. Niinpä on ajateltavissa seuraavanlainen kuvitteellinen esimerkki.

> A ja B omistavat kiinteistön z pinta-alaltaan 5000 neliömetriä niin, että A omistaa 60 % ja B 40 % siitä. Yhteisomistajat jakavat kiinteistön siten, että A saa yksinomaiseen hallintaansa ja käyttöönsä 50 % kiinteistön tilasta eli kiinteistöstä 2500 neliömetriä ja kiinteistöön kuuluvasta rakennuksesta 60 % eli kuusi maanpäällistä kerrosta (koordinaattipisteet) ja B vastaavasti yksinomaiseen hallintaansa ja käyttöönsä 30 % kiinteistön tilasta eli kiinteistöstä 1500 neliömetriä ja kiinteistöön kuuluvasta rakennuksesta 40 % eli neljä maanalaista kerrosta (koordinaattipisteet) sekä A:n ja B:n yhteiseen hallintaan ja käyttöön jää 20 % kiinteistöstä eli 1000 neliömetriä.

On myös ajateltavissa, että äskeisen esimerkin tapauksessa A ja B jakavat kiinteistön tilan vain kiinteistöön kuuluvan rakennuksen osalta edellä mainitulla tavalla, mutta jättävät kiinteistön alueen hallinnan yhteiseen käyttöön varmistaen hallinnanjakosopimuksessa lähemmin kiinteistön yhteiset palvelut kuin myös kiinteistön käytön niin, että tarvittavat kulkuyhteydet heidän hallitsemiinsa rakennuksen osiin on turvattu kuten porraskäytävät, hissit, huoltotilat yms.

On myös huomattava, että nykyisin voimassa olevan lainsäädännön ja oikeuskäytännön mukaan ainoastaan kiinteistön *yhteisomistus* mahdollistaa kiinteistön *päällekkäisen omistusoikeuden* edellä kuvatulla tavalla, kun siitä sovitaan hallinnanjakosopimuksessa vertikaalitasossa koordinaattipistein.[16] Toisin sanoen ei ole mahdollista, että kiinteistön omistaja (A), joka haluaa luovuttaa kiinteistöstään yksinomistusoikeuden ainoastaan kiinteistön maansisäiseen tilaan toiselle (B:lle), voisi pätevästi myydä kiinteistönsä maansisäisen tilan täysin omistusoikeuksin. Tällaisessa tapauksessa kiinteistön omistajalla on voimassa olevan oikeutemme mukaan kaksi vaihtoehtoista tapaa edetä: (1) kiinteistön omistaja perustaa yhteisomistussuhteen kiinteistöönsä toisen kanssa ja jakaa kiinteistön hallinnan ja käytön vertikaalitasossa sopimuksella taikka (2) kiinteistön omistaja perustaa toiselle käyttöoikeuden, esimerkiksi maanvuokraoikeuden kiinteistönsä maansisäiseen tilaan.

Jos palataan jo aikaisemmin esillä olleeseen esimerkkiin, jossa todettiin, että maanalaisessa asemakaavassa II oli merkitty maanalainen paikoitusalue korttelitontin alle tasoon –2,00. Tällaisessa tapauksessa lainsäädäntömme mukaan ei ole mahdollista perustaa ulkopuoliselle – ei kiinteistön yhteisomistaja – omistusoikeutta tähän maansisäiseen kiinteistön tilaan, koska kiinteistörekisterijärjestelmämme mukaan kiinteistö horisontaali- ja vertikaalitasossa muodostaa yhden omistus- ja rekisteriyksikön, jolla on oma kiinteistötunnuksensa. Toisin sanoen maanalaiset tilat eivät vielä voi olla itsenäisiä kiinteistöjä. Maanalaisella asemakaavalla on tehty mahdolliseksi vaiheittainen kaavoitus. Suuret maanalaiset hankkeet, kuten väestösuoja tai paikoitusluola, voidaan toteuttaa omana kokonaisuutenaan maanalaisen kaavan avulla tarvitsematta puuttua maanpäälliseen asemakaavaan, jos maanalaisen tilan käytöllä ei ole yhteyttä maan pintaan.[17]

Toinen asia on, tulisiko kiinteistörekisterijärjestelmäämme kehittää siihen suuntaan, että kiinteistön päällekkäinen rekisteröinti itsenäisinä kiinteistöinä tulisi mahdolliseksi, jolloin myös päällekkäinen omistusoikeuden kirjaaminen mahdollistuisi. Toisin sanoen voitaisiin puhua kolmiulotteisesta kiinteistöstä. Ruotsissa ollaan lainsäädäntötasolla siirtymässä tällaiseen järjestelmään.[18]

> Ruotsin mallin mukaan kolmiulotteisella kiinteistönkäytöllä tarkoitetaan kiinteistön eri kerrosten käyttöä eri henkilöiden toimesta eri tarkoituksiin. Kolmiulotteiselle kiinteis-

[16] Luonnollisesti ”päällekkäinen omistusoikeus” voidaan organisoida yhtiömuotoa käyttäen, mutta tällöin omistuksen välittömänä kohteena ei ole enää kiinteistö, vaan osakkeet, jotka oikeuttavat hallitsemaan ja käyttämään tiettyä tilaa kiinteistöllä.

[17] Maanalaisen maankäytön kaavoituksesta lähemmin ks. Jääskeläinen, Lauri – Syrjänen, Olavi, Maankäyttö- ja rakennuslaki selityksineen käytännön käsikirja s. 303–304, 2. uusittu painos. Hämeenlinna 2003 ja maanalaisten tilojen toimikunnan mietintö KM 1990:28.

[18] Ks. Ruotsin regeringens proposition 2002/03:116. Tredimensionell fastighetsindelning.

> tölle on tyypillistä, että tila on rajattu horisontaalisesti ja vertikaalisesti. Hallituksen esityksen mukaan mahdollistetaan kolmiulotteinen kiinteistönjako, eli tilan jakaminen itsenäisiksi kiinteistöiksi, jotka on rajattu sekä horisontaalisesti että vertikaalisesti eikä vain rajalinjoin maanpinnassa kuten aiemmin.[19] Tarkoituksena lainsäädännön muutoksella on ollut parantaa muun muassa mahdollisuuksia rakentaa asuntoja olemassa olevien kaupallisten rakennusten päälle.[20] Uutta kolmiulotteista kiinteistöä koskevat lähtökohtaisesti samat säännöt kuin vanhan lain tarkoittamia kiinteistöjä.[21]

Niin kauan kuin lainsäädäntömme ei tunne kolmiulotteista kiinteistöä kiinteistön omistajat voivat voimassa olevan oikeusjärjestyksemme mukaan perustaa maanvuokraoikeuden kiinteistön maanalaiseen tilaan kolmannelle, joka esimerkiksi harjoittaa liiketoimintana autojen paikoitusta. Maanalainen rakentaminen ei vähennä maanpäällisten tilojen rakennusoikeutta, joten se ei ole rajoittava tekijä sopimuksia tehtäessä. Rakennusoikeus määritellään kaavassa erikseen maanalaisia ja -päällisiä tiloja varten.

Kaiken kaikkiaan saatetaan todeta, että kolmiulotteinen hallinnanjakosopimus ongelmien ratkaisukeinona on varsin kaukana siitä hallituksen esityksessä esillä olleesta paritalokiinteistöä koskeneesta ongelmasta, johon lainvalmistelussa esitettiin ratkaisua hallinnanjakosopimuksesta. Sopimuskäytännössä hallinnanjakosopimukset ovatkin osassa tapauksia kehittyneet hyvin monimutkaisiksi kokonaisuuksiksi, joissa kuitenkin kantavina *peruselementteinä* ovat kiinteistön tilan ja kiinteistöön kuuluvan rakennuksen/rakennusten hallinnan ja käytön jakaminen horisontaali- ja vertikaalitasossa. Tämä merkitsee käytännössä myös sitä, että tällainen kolmiulotteinen hallinnanjakosopimus näyttäisi täyttävän MK 14 luvun 3 §:n vaatimukset kirjauksen edellytyksistä. Tällaisten sopimusten kirjaamiskäytännöstä ei ole vielä juurikaan kokemusta eikä siten voida puhua mistään vakiintuneesta kirjaamiskäytännöstä. Ensimmäisiä kirjaamispäätöksiä odotetaan käräjäoikeuksista. Ei ole kuitenkaan mitään syytä epäillä, etteikö kolmiulotteisella hallinnanjakosopimuksella olisi tulevaisuudessa selvää käyttötarvetta.

On myös katsottava, että kiinteistön maansisäiseen tilaan perustettu maanvuokraoikeus voi täyttää MK 14 luvun 1 ja 2 §:ssä säädetyt sisällölliset edellytykset silloin, kun vuokraoikeus on määräaikainen ja siirrettävissä kolmannelle kiinteistön omistaja-vuokranantajaa kuulematta ja vuokratila varustettavissa vuokramiehelle kuuluvilla rakennuksilla/rakennelmilla. Se, että tässä tapauksessa ”luonnonmukaisen maapohjan” ei voida katsoa olevan vuokralaisen hallinnassa, vaan hallinta- ja käyttöoikeuden on katsottava rajoittuvan maanalaiseen tilaan, ei estäne soveltamasta maanalaiseen vuokraoikeuteen MK 14 luvun 2 §:ssä tarkoitettuja tunnusmerkkejä. Tämä merkitsisi sitä, että vuokraoikeus erityisenä oikeutena on MK 14:2:n mukaan kirjattava kiinteistön lainhuuto- ja kiinnitysrekisteriin ja kirjauksen jälkeen se on myös käytettävissä vakuuskohteena MK 19 luvun 1 §:n mukaan.[22]

---

[19] Prop. 2002/03:116 s. 41.
[20] Prop. 2002/03:116 s. 1.
[21] Prop. 2002/03:116 s. 6.
[22] Vrt. Helsingin käräjäoikeuden 1. osaston päätös 15.1.2001 kiinnityshakemusasiassa, jossa käräjäoikeus hylkäsi MK 19:1:n mukaisen kiinnityshakemuksen, joka koski kiinteistön maanalaista tilaa.

Kari S. Tikka

# Lääkkeiden verotuksesta

## Johdanto

Lääkkeet ovat kulutushyödykkeitä, joiden kohteluun välillisessä verotuksessa liittyy erityispiirteitä.[1]. Arvonlisäverotuksessa keskeinen periaate on neutraalisuus, jonka yksi ilmentymä on kulutusneutraliteetti. Ideana on, ettei verotus muuta kuluttajan valintoja ja että kulutuksen jakamisessa esimerkiksi välttämättömyyshyödykkeiden ja ylellisyyshyödykkeiden välillä vaihtoehdot ovat verotuksellisesti samanarvoisia.[2] Muun muassa lääkkeiden kohdalla kuluttajan valintaneutraliteetista on luovuttu, ja lääkkeet on arvonlisäverotuksessa otettu normaalia lievemmän kohtelun piiriin.

Normaalia kevyempää arvonlisäverokohtelua ajatellen on ehkä yllättävää, että lääkkeisiin kohdistuu arvonlisäveron ohella myös erityinen kulutusvero, nimeltään apteekkimaksu. Tällä verolla on taas yhteys lääkkeiden jakelutoiminnan yleiseen sääntelyyn. Lääkkeiden jakelua hoitavat apteekit, joiden omistaminen on luvanvaraista. Lupajärjestelmään liittyvä tarveharkinta on yksi tekijä siinä, että apteekkien välillä on suuria kannattavuuseroja. Näiden tasaamiseksi peritään apteekkimaksua. Apteekkimaksun tulevaisuus on tätä kirjoitettaessa selvitystyön kohteena, ja apteekkialan yleiseen sääntelyyn liittyy vahvoja kilpailupoliittisia paineita. Viimeksi mainitut sivuutetaan tässä kirjoituksessa, ja tarkastelun kohteena on toisaalta lääkkeiden arvonlisäverotus ja toisaalta apteekkimaksun rooli apteekkien liikevaihdon perusteella kannettavana verona.

## Lääkkeiden alempi verokanta arvonlisäverotuksessa

EU:n jäsenvaltioiden arvonlisäverotuksen sääntelyssä on keskeisessä asemassa kuudes arvonlisäverodirektiivi (77/388/ETY). Direktiivi sisältää yksityiskohtaiset määräykset jäsenvaltioiden arvonlisäverotuksessa sovellettavasta veropohjasta ja verokannoista. Sääntely rakentuu

[1] Kirjoituksen aiheen valinnalla on yhteys professori *Esko Hopun* toimintaan. Hän toimi vuosina 1992–2000 Yliopiston Apteekin hallituksen puheenjohtajana.

[2] Neutraalisuusperiaatteesta arvonlisäverotuksessa ks. esim. *Mikko Pikkujämsä*, Oikeusperiaatteet ja arvonlisäverotus kiinteistöalalla, 2001, s. 142–.

verokantojen osalta vähimmäistason määrittelyyn.[3] Yleisen verokannan vähimmäistaso on 15 prosenttia. Alennettuja verokantoja saa olla käytössä kaksi ja alimman verokannan tulee olla vähintään 5 prosenttia. Direktiivi sisältää luettelon (H-liite) niistä hyödykkeistä, joihin jäsenvaltiot voivat soveltaa alennettua verokantaa. Näihin hyödykkeisiin kuuluvat farmakologiset tuotteet, joita tavallisesti käytetään terveydenhoidossa, sairauksien ehkäisemisessä sekä lääketieteellisessä ja eläinlääketieteellisessä hoidossa, mukaan lukien ehkäisyyn ja naisten hygieniaan tarkoitetut tuotteet.

Suomessa on yleinen arvonlisäverokanta 22 prosenttia. Alennettuja verokantoja on käytössä kaksi. Elintarvikkeisiin sovelletaan 17 prosentin verokantaa, ja arvonlisäverolaissa (85a §) erikseen lueteltuihin hyödykkeisiin sovelletaan 8 prosentin verokantaa. Tässä luettelossa määritellään myös lääkekohtelun piiriin luettavat valmisteet. Suomessa lääkkeisiin sovellettava alennettu verokanta on EU-maiden välisessä vertailussa korkeahkoa tasoa. Mainittakoon, että Virossa lääkkeiden arvonlisäverokanta on 5 prosenttia.

## Lääkkeen määrittely

Alennetun verokannan piiriin kuuluvien farmakologisten tuotteiden alan rajaaminen ei ole lainsäädäntöteknisesti aivan helppo tehtävä. Varsinaisten lääkkeiden ohella on soveltamisala rajattava muiden lääkinnällisten tuotteiden suuntaan. Pääsääntönä on, että lievempi verokohtelu koskee lääkelaissa tarkoitettua lääkettä (arvonlisäverolain 85a.1 §:n 6 k.). Lääke on valmiste tai aine, jonka tarkoituksena on sisäisesti tai ulkoisesti käytettynä parantaa, lievittää tai ehkäistä sairautta tai sen oireita ihmisessä tai eläimessä. Myös ihmisen tai eläimen terveydentilan tai sairauden syyn selvittämiseksi taikka elintoimintojen palauttamiseksi, korjaamiseksi tai muuttamiseksi sisäisesti tai ulkoisesti käytettävä valmiste tai aine on lääke.

Lääkevalmisteella tarkoitetaan ainetta, joka on valmistettu tai maahantuotu lääkelain mukaisesti ja on tarkoitettu lääkkeenä käytettäväksi. Lääkevalmiste myydään tai luovutetaan muutoin kulutukseen lääkepakkauksessa. Lääkeaine on kemiallisesti tai muuten tieteellisin menetelmin yksityiskohtaisesti määritelty elimistöön vaikuttava aine, jota käytetään lääkevalmisteen valmistuksessa tai lääkkeenä sellaisenaan. Lääkelaitos päättää tarvittaessa, onko valmistetta tai ainetta pidettävä lääkkeenä.

Yksi rajanveto suuntautuu rohdosvalmisteisiin. Tällainen on lääkkeenomainen luonnontuote, jonka vaikuttavat ainesosat ovat peräisin kasvi- tai eläinkunnasta, bakteereista tai kivennäisaineista. Rohdosvalmisteena pidettävää lääkevalmistetta saa myydä lääkelaitoksen luvalla. Rohdosvalmisteen myyntilupaan voidaan asettaa ehtoja. Yksi ehto voi olla se, että tuotetta saa myydä ainoastaan apteekista. Ehto asetetaan esimerkiksi sillä perusteella, että tuote muistuttaa

[3] Lääkkeiden arvonlisäverotuksesta ks. esim. *Auvo Nieminen – Raimo Anttila – Leena Äärilä,* Arvonlisäverotus, WSOY (jatkuvatäydenteinen), luku 9, Lääkkeet ja *Leena Äärilä – Ritva Nyrhinen*, Arvonlisäverotus käytännössä. 2002, s. 161–.

vaikutuksiltaan muita lääkkeitä. Rohdosvalmisteeseen sovelletaan 8 prosentin verokantaa, jos sen myynnin ehtona on, että sitä voidaan myydä ainoastaan apteekista. Jos rohdosvalmistetta myydään muuallakin, kuten luontaistuotekaupoissa, myyntiin sovelletaan yleistä 22 prosentin verokantaa.[4]

Lääkkeitä lähellä olevan tuoteryhmän muodostavat ns. homeopaattiset valmisteet. Lääkelain mukaan myyntilupaa ei vaadita lääkelaitoksen rekisteröimälle Euroopan farmakopeassa kuvatun valmistusmenetelmän mukaan valmistetulle homeopaattiselle tai antroposofiselle valmisteelle, joka on tarkoitettu otettavaksi suun kautta tai käytettäväksi ulkoisesti, jolle ei ilmoiteta mitään erityistä terapeuttista käyttötarkoitusta ja joka ei sisällä enempää kuin yhden kymmenestuhannesosan kantaliuosta tai enempää kuin yhden sadasosan pienimmästä tavanomaisessa lääkehoidossa käytetystä, lääkemääräystä edellyttävän lääkeaineen annoksesta. Näihin tuotteisiin sovelletaan 22 prosentin verokantaa. Homeopaattisen tai antroposofisen valmisteen rekisteröintiä voi hakea valmisteen kauppaan tuonnista vastaava henkilö. Jos rekisteröintiin liittyy ehto, että tuotetta voidaan myydä vain apteekista, myyntiin sovelletaan 8 prosentin verokantaa.

Kliiniset ravintovalmisteet rinnastetaan välttämättömiin lääkeaineisiin, joita ilman potilas ei tule toimeen. Ne korvataan vaikeiden sairauksien hoidossa sairausvakuutuslain nojalla. Silloin niiden myyntiin sovelletaan 8 prosentin verokantaa. Perusvoiteita käytetään pitkäaikaisissa ihosairauksissa lääkkeiden tavoin. Myös ne korvataan vaikeiden sairauksien hoidossa sairausvakuutuslain nojalla. Tällöin niiden myyntiin sovelletaan alennettua 8 prosentin verokantaa.

Lääkkeiden ja muiden niihin rinnastettavien tuotteiden myynti on alennetun verokannan mukaista kaikissa vaihdannan vaiheissa. Alennettua verokantaa soveltavat siten lääketehtaat, lääketukkukaupat ja apteekit. Alennettua verokantaa sovelletaan myös myyjän ostajalta velottamiin kuljetuskustannuksiin.

Apteekeissa hoidetaan sairausvakuutuslain mukaisen lääkekorvauksen laskeminen ja sen myöntäminen alennuksena tuotteen hinnasta. Apteekki saa tästä palvelusta ns. apteekkipalkkion, joka veloitetaan Kansaneläkelaitokselta korvausten tilitysten yhteydessä. Apteekkipalkkio on verottoman vakuutuspalvelun myynnistä saatu korvaus, jonka osalta apteekki ei suorita arvonlisäveroa.[5]

## Apteekkimaksu

Lääkkeisiin kohdistuu Suomessa erityinen kulutusvero, apteekkimaksu.[6] Kysymyksessä on apteekin liikevaihdon perusteella suoritettava vero, josta säädetään apteekkimaksusta annetussa laissa (1946/148). Tässä yhteydessä ei ole aihetta lähemmin kosketella veron ja maksun

[4] Ks. myös KHO 1996/1796.
[5] Ks. Keskusverolautakunta 245/1995.
[6] Apteekkimaksusta on Lapin yliopistossa laadittu lisensiaatintyö: *Niko Svensk*, Apteekkimaksu ja vero-oikeus. Kevät 2001.

välistä valtiosääntöistä rajanvetoa,[7] vaan tyydytään toteamaan, että tämä valtiolle tuleva suoritus on luonteeltaan vero ja että se erityislaatuisuudestaan huolimatta täyttää kulutusverolle asetettavat tunnusmerkit. Tosin apteekkimaksua perusteltiin apteekkimaksulakia valmisteltaessa sillä, että apteekkimaksu on vastike apteekkiliikkeen monopolioikeuden tuottamasta hyödystä. Tämä maksulle ominainen vastikkeellisuus ei kuitenkaan leimaa nykyisin apteekkimaksua, vaan apteekkimaksu on perusteltua nähdä veroksi, jolla pyritään tasaamaan apteekkien välisiä kannattavuuseroja.

Valtion talousarviossa apteekkimaksu on arvonlisäveron tapaan liikevaihdon perusteella kannettavien verojen ja maksujen osastossa. Verona apteekkimaksu onkin arvonlisäveron sukulainen, mutta myös poikkeaa siitä erinäisissä kohdin. Arvonlisäveroa maksetaan vaihdannan kaikissa vaiheissa, kun taas apteekkimaksu maksetaan vain lääkkeiden vähittäismyyntiportaassa. Apteekkimaksun voidaan katsoa sisältyvän apteekissa myytävien tavaroiden hintoihin. Maksun vyöryttämistä kuluttajien maksettavaksi rajoittaa kuitenkin lääketaksa. Arvonlisävero ja apteekkimaksu ovat toistensa tyyppisiä myös siinä mielessä. että ne molemmat perustuvat kulutuksen verottamiseen.

Apteekkimaksussa on kysymys vanhasta instituutiosta, sillä apteekkimaksua eri muodoissaan on maassamme kannettu vuodesta 1857 alkaen. Toisaalta kysymyksessä on kansainvälisesti poikkeuksellinen vero, eikä se olekaan EU-ajan verojärjestelmän luonnollinen rakenneosa vaan sen olemassaolo selittyy ennen muuta historiallisilla tekijöillä.

Apteekkimaksulla on se erityinen piirre, että maksu määräytyy liikevaihdon perusteella, mutta se on progressiivinen (0–11 %). Apteekkimaksua alkaa mennä, kun apteekin vuosiliikevaihto ylittää 582 205 euroa. Alin marginaaliveroprosentti on 6. Ylin marginaaliveroprosentti on 11, jota suoritetaan vuosiliikevaihdon 4 171 717 euroa ylittävältä osalta. Yksityiset apteekit maksavat apteekkimaksun valtiolle, kun taas Helsingin yliopiston apteekki ja Kuopion yliopiston apteekki suorittavat apteekkimaksun omistajayliopistolleen.

Apteekkimaksu sisältyy lääkkeiden hintoihin ja sitä maksetaan pääasiassa vain lääkemyynnistä väestölle. Apteekkimaksu on kuitenkin myös tarkoitettu vaikuttamaan apteekkien talouteen. Progressiivinen maksu johtaa siihen, että samanhintaisesta lääkkeestä pieni apteekki saa vähän isomman osuuden kuin iso apteekki. Näin maksu tasaa erikokoisten apteekkien tuloksia ja mahdollistaa pienten apteekkien toiminnan ja edistää koko maan kattavan apteekkiverkoston ylläpitämistä. Maksu tuottaa vuositasolla valtiolle yli 110 miljoonaa euroa.

## Lääkkeistä terveydenhuollon menoina

Verot vaikuttavat lääkkeiden hintatasoon, ja tällä on puolestaan terveyspoliittista ja finanssipoliittista merkitystä. Huomionarvoista on, että Suomessa terveydenhuollon kokonaismenojen suhde bruttokansantuotteeseen on matalimpia OECD-maissa. Vuoden 2001 lukujen valossa

[7] Ks. rajanvedosta esim. *Kaarlo Tuori,* Onko maksu maksu vai vero?, teoksessa Juhlakirja *Pekka Hallberg 1944 – 12/6 – 2004, s. 463–.*

mainittu suhde oli esimerkiksi USA:ssa 13,9 % ja Suomessa 7,0 %. Ruotsissa luku oli 8,7 % ja Isossa-Britanniassa 7,6 %.[8] Suomen sijoitus ei kerro niinkään terveydenhuollon kansainvälisesti vertaillen matalasta tasosta vaan siitä, että terveydenhuoltojärjestelmämme on ilmeisesti tehokkaampi kuin monessa muussa maassa. Lähtökohtatilanne ei siten vaikuta Suomessa julkisen talouden menorasituksen näkökulmasta huonolta.

Lääkkeillä ei ole hallitsevaa asemaa terveydenhuollon kokonaismenoissa. Nämä olivat 10,2 mrd. euroa vuonna 2002. Tästä vuodeosastohoidon menot muodostivat suurimman osuuden (39,2 %), kun taas lääkkeiden osuus oli 1,6 mrd. euroa eli 15,9 %.[9] Eurooppalaisessa lääkkeiden hintavertailussa Suomen sijoitus riippuu siitä, käytetäänkö vertailuperusteena tukkuhintoja vai verollisia vähittäishintoja. Suomessa oli vuonna 2003 Euroopan maista viidenneksi alhaisimmat lääkkeiden tukkuhinnat, mutta vähittäishinnoin Suomi nousi kuudenneksi kalleimmaksi. Pohjoismaista Suomessa oli halvimmat lääkkeiden tukkuhinnat, mutta verollisin vähittäishinnoin ainoastaan Tanska oli Suomea kalliimpi.[10]

Lääkkeen hinta muodostuu Suomessa siten, että lääketehdas ja lääketukkukauppa saavat hinnasta 62 %, apteekki 24 % sekä valtio arvonlisäverona ja apteekkimaksuna 14 %. Apteekkien bruttomyynti oli 1,9 mrd. euroa vuonna 2002. Reseptilääkkeillä on myynnissä keskeinen asema (81 %).[11] Lääkkeiden aiheuttamat kustannukset katetaan merkittävältä osalta lääkekorvauksilla. Vuonna 2003 maksettiin lääkkeiden perusteella sairausvakuutuskorvauksia 917 milj. euroa.

Lääkevalmisteiden myynnin kasvu on usean vuoden ajan ylittänyt kansantulon kasvun. Lääkekustannusten nousun hillitseminen on tärkeä haaste terveydenhuoltopolitiikalle. Tähän liittyen otettiin huhtikuussa 2003 käyttöön lääkevaihto, joka mahdollistaa ns. geneerisen substituution. Lääkelaitos vahvistaa listan vaihtokelpoisista lääkkeistä. Apteekki vaihtaa lääkärin määräämän lääkkeen edullisempaan, vaihtokelpoiseen valmisteeseen, jos sellainen on tarjolla. Lääkäri voi kuitenkin kieltää vaihdon tekemällä siitä merkinnän reseptiin. Asiakas voi kieltää vaihdon ilman perusteluja.

## Tulevaisuudennäkymiä

Lääkkeiden aiheuttamiin kustannuksiin voidaan vaikuttaa myös verotuksellisin keinoin. Painetta tähän tulee muun muassa tarpeesta hillitä lääkekorvausten kasvua. Lisääntyvä merkitys on myös kansainvälisellä kilpailulla. Tämä koskee erityisesti hintaeroa Viroon.[12] Ainakaan toistaiseksi Virosta hankituista lääkkeistä ei makseta sairausvakuutuskorvauksia, mutta itsehoitolääkkeiden hankinta Virosta saattaa olla suomalaiselle kuluttajalle houkuttelevaa.

---

[8] Lääkealan taskumuistio 2004, Lääketietokeskus, s. 13 (Lähde: OECD Health Data 2003).
[9] Lääkealan taskumuistio 2004, s. 12 (Lähde: Stakes 2004).
[10] Lääkealan taskumuistio 2004, s. 8 (Lähde: IMS Consulting 2004).
[11] Lääkealan taskumuistio 2004, s. 14.
[12] Mainittakoon, että Yliopiston Apteekki on perustanut Viroon tytäryhtiön, joka on keväällä 2004 avannut apteekin Tallinnassa.

Yksi keino vaikuttaa hintoihin olisi laskea alennettua arvonlisäverokantaa nykyisestä 8 prosentista. Tällöin on kuitenkin huomattava, että kyseisen verokannan alentaminen koskisi myös joukkoa muita hyödykkeitä, kuten muun muassa henkilökuljetuksia ja kirjoja. Jos arvonlisäverotuksessa tullaan toteuttamaan kevennyksiä, on todennäköistä, että ensi sijalla on elintarvikkeiden arvonlisäveron alentaminen 17 prosentista. Kansainvälisessä vertailussa tämä verotaso on poikkeuksellisen korkea ja se erottuu yleisestä eurooppalaisesta linjasta selvemmin kuin lääkkeiden veroprosentti. Ilmeistä onkin, ettei lääkemenojen kasvuhidastinta löydy arvonlisäverokohtelun suunnalta.

Tällöin apteekkimaksun tulevaisuus nousee esille. Ajankohtainen kysymys onkin, pitäisikö apteekkimaksusta luopua. Sosiaali- ja terveysministeriön syksyllä 2003 julkaisemassa Lääkepolitiikka 2010 -asiakirjassa on määritelty kuluvan vuosikymmenen keskeiset tavoitteet lääkepolitiikalle. Lääkekustannusten kasvun rajoittamiskesi siinä muun muassa esitetään poistettavakasi apteekkimaksu ja muutettavaksi tähän liittyen lääketaksaa, jolloin lääkkeiden hintoja voitaisiin alentaa 7 prosenttia.

Tähän liittyen sosiaali- ja terveysministeriö on kirjeellä 26.1.2004 pyytänyt Lääkelaitosta tekemään selvityksen apteekkimaksun poistamisen ja lääketaksan alentamisen sekä asiaan liittyen muiden mahdollisten tasausmallien käyttämisen vaikutuksista ja mahdollisuuksista. Selvityksessä tulee arvioida apteekkimaksun poiston merkitystä eri toimijoille ja erityisesti erikokoisille apteekeille. Tällöin tulee otettavaksi huomioon maksun apteekin liikevaihtoon sidottu progressiivisuus ja se, että maksu on tilitykseen asti apteekkarin käytettävissä. Selvityksen perusteella Lääkelaitoksen tulee tehdä tarvittavat säädösehdotukset. Määräaika selvitykselle päättyy 30.11.2004.

Apteekkimaksun poistamisesta esiintyy lääkealalla erilaisia näkemyksiä. Jonkinasteinen lääkekustannuksia hillitsevä vaikutus sillä olisi ja suomalaisten apteekkien kilpailukyky erityisesti virolaisiin apteekkeihin nähden jonkin verran paranisi. Ongelmat liittyvät ennen muuta lääkkeiden saatavuuden turvaamiseen. Suurimmat apteekit näyttäisivät hyötyvän apteekkimaksun poistamisesta, vaikka lääketaksaa muutettaisiin ja lääkkeiden hintoja alennettaisiin, koska niiden nyt maksama apteekkimaksu on suurempi kuin apteekkimaksun poistamiseen liittyvästä lääketaksan muutoksesta aiheutuva lääkkeiden myyntikatteiden pieneneminen. Pienimmät apteekit eivät tällä hetkellä maksa apteekkimaksua lainkaan tai maksavat sen matalan veroprosentin mukaan. Näin ollen lääkkeiden hintojen laskeminen merkitsisi niille apteekin kannattavuuden laskemista, mikä voisi joissakin tapauksissa johtaa kannattamattoman apteekin lopettamiseen. Arvion mukaan hieman yli puolet apteekeista hyötyy nykyisin apteekkimaksusta.

Asiaan liittyy siten myös aluepoliittista väritystä. Ministeriö onkin pyytänyt lääkelaitosta selvittämään tapoja, joilla lääkkeiden nykyinen saatavuus turvataan ja lääkeneuvonnan mahdollistava lääkejakelu luodaan alueille, joilla lääkkeet nykyään toimitetaan potilaille postitse tai muilla vastaavilla tavoilla. Tällöin tarkasteluun tulevat muun muassa kannattamattomien apteekkien korvaaminen sivuapteekeilla ja uudentyyppisten lääkekaappien kehittäminen.

Apteekkimaksun poistamiseen liittyvässä keskustelussa on myös esitetty, että 7 prosentin hinnanalennuksesta on takeita vain korvausjärjestelmässä olevien lääkkeiden osalta. Suurin

säästön saaja olisi joka tapauksessa Kansaneläkelaitos. Muun muassa Suomen Apteekkariliitto on tuonut esiin apteekkimaksun säilyttämistä tukevan kantansa.

Apteekkimaksulla on huomattava merkitys Helsingin yliopiston taloudessa. Yliopiston Apteekin historialliset juuret ovat pitkät, ja apteekin perustaminen ajoittuu vuoteen 1755, jolloin kuningas Adolf Fredrik antoi Turun akatemialle erioikeuden pitää apteekkia Turun kaupungissa. Nykyisin Yliopiston Apteekilla on Helsingissä sijaitsevan pääapteekin lisäksi 16 sivuapteekkia eri puolilla Suomea. Yliopiston Apteekki tukee toimintansa kautta tutkimus- ja opetustoimintaa sekä on lisäksi maamme suurin farmaseuttisen henkilöstön työllistäjä. Yliopiston Apteekin liikevaihto oli 206 milj. euroa vuonna 2003. Samana vuonna Apteekki tilitti yliopistolle 30,9 milj. euroa. Tästä summasta apteekkimaksun osuus oli 20 milj. euroa.

Helsingin yliopistolle on erioikeuksien lakkaaminen noudatetun käytännön mukaan kompensoitu. Almanakkaerioikeuden loppuminen korvattiin suoraan rahamääräisesti maksujen ajoittuessa usealle vuodelle. Lainsäädännöllisin toimenpitein siirrettiin Helsingin yliopiston Kuopion sivuapteekki Kuopion yliopistolle. Kompensaationa Yliopiston Apteekki sai lisätoimiluvan. Jos apteekkimaksu poistetaan, tulee kompensaatiomenettelyn muoto arvioitavaksi.

Verojärjestelmän yleinen kehitys on kulkenut varsinkin EU-jäsenyyteen valmistauduttaessa ja sen aikana kohdennetuista erityisveroista luopumisen suuntaan. Saattaa olla, että tulevan ajan verojärjestelmään on apteekkimaksun tyyppinen erityinen kulutusvero vaikeasti sijoitettavissa. Lääkkeiden saatavuuden turvaaminen maan kaikissa osissa on tärkeä lääkepoliittinen tavoite, mutta sen toteuttamiseen on ehkä löydettävissä muitakin tarkoituksenmukaisia keinoja kuin apteekkimaksu.

Mikko Tulokas

# Takuuajan jälkeinen vastuu aliurakoitsijan virheistä

## Tulkintakysymys

Rakennusurakoitsija vastaa, paitsi omista ja henkilökuntansa virheistä ja laiminlyönneistä sopimuksen täyttämisessä, myös käyttämiensä aliurakoitsijoiden ja muiden yrittäjien, kuten tavarantoimittajien töistä ja toimituksista.

Urakoitsijan vastuu kattaa takuuajan, joka uusissa yleisissä ehdoissa on pidennetty vuodesta kahteen vuoteen. Takuuajan jälkeenkin urakoitsija vastaa, kunnes 10 vuotta on kulunut rakennuskohteen vastaanottamisesta, virheistä, joiden tilaaja näyttää aiheutuneen urakoitsijan törkeästä laiminlyönnistä tai täyttämättä jääneestä suorituksesta.

Tulkinnanvaraiseksi on osoittautunut kysymys urakoitsijan vastuusta aliurakoitsijan ja tavarantoimittajan virheistä ja laiminlyönneistä, jotka ilmenevät takuuajan umpeuduttua. Kysymys on siitä, vastaako urakoitsija ainoastaan omasta kvalifioidusta tuottamuksestaan vai johtaako vastuuseen myös alihankkijoiden vastaavanlainen menettely. Lopputuloksella on huomattava merkitys tilaajan kannalta, koska aliurakoitsijoiden käyttö on yleistä.

## Sopimusehdot ja niiden arviointi

Rakennusalan oikeuskysymysten arvioinnin lähtökohtana ovat yleiset sopimusoikeudelliset periaatteet. Samalla on kuitenkin otettava huomioon rakennusurakan erityispiirteet.[1] Niitä ilmentävät alalla vakiintuneet yleiset ehdot.

Rakennusurakan yleisten sopimusehtojen (YSE 1998) 24 § ja 25 §, joista edellinen koskee rakennusurakan sopijapuolten yleistä vastuuta ja jälkimmäinen vastuun sisältöä, määrittelevät urakoitsijan vastuun lähtökohdat. Esillä olevan kysymyksen kannalta merkitystä on 24 §:n 3 kohdalla, jonka mukaan

> ”Sopijapuoli vastaa alaistensa ja asiantuntijoidensa sekä urakan täyttämisessä mahdollisesti käyttämiensä muiden osapuolten töistä ja toimenpiteistä, mikäli näissä yleisissä sopimusehdoissa tai muissa kaupallisissa asiakirjoissa ei ole muuta sanottu.”

[1] Hoppu, Esko, Vastaväittäjän lausunto Juha Laineen väitöskirjasta ”Rakennusvirheistä”, LM 1993 s. 653.

Takuuajan jälkeistä vastuuta koskee 30 §. Sen mukaan

> ”Urakoitsija vastaa takuuajan jälkeenkin sellaisista virheistä, joiden tilaaja näyttää aiheutuneen urakoitsijan törkeästä laiminlyönnistä, täyttämättä jääneestä suorituksesta tai olevan seurausta sovitun laadunvarmistuksen olennaisesta laiminlyönnistä ja joita tilaaja ei ole kohtuuden mukaan voinut havaita vastaanottotarkastuksessa eikä takuuaikana. – –”

Ehdot vastaavat sanamuodoltaan suurin piirtein aikaisempien yleisten ehtojen (YSE 1983) 8 ja 14 §:n sisältöä.[2] Ehtojen systematiikkaa on jossain määrin muutettu.

Rakennusurakan ehdot tähtäävät siihen, että rakennuttajan ja urakoitsijan keskinäiset välit saataisiin suhteellisen pian selvitetyiksi kohteen valmistumisen ja luovuttamisen jälkeen. Urakoitsijalla on normaali sopimusvastuu takuuaikana ilmenevistä vioista ja puutteista. Takuuajan jälkeen todistustaakka kääntyy rakennuttajalle ja vastuulle asetetaan verraten korkea kynnys, urakoitsijan törkeä laiminlyönti tai täyttämättä jäänyt suoritus, joihin perusteisiin uusissa ehdoissa on vielä siis lisätty laadunvarmistuksen olennainen laiminlyönti.

Viime vuosina rakentamisen laatuongelmat ovat lisänneet tarvetta urakoitsijan vastuun kiristämiseen. Tämä näkyy takuuajan pidentämisenä, mutta paine näyttäisi kasvaneen myös takuuajan jälkeisen vastuun osalta. Selvää kuitenkin on, että takuuajan jälkeinen vastuu on luonteeltaan poikkeuksellista ja erityisiin edellytyksiin sidottua.

Urakoitsijan vastuuta koskevat ehtokohdat muodostavat oikeussuhteen lakkaamiseen tähtäävän portaittaisen järjestelyn, joka kytkeytyy rakennusurakalle tyypillisiin osapuolten välisiin toimituksiin. Ehtoihin sisältyy vastuunrajoituksen elementtejä siltä osin kuin ne johtavat jossain suhteessa lievempään vastuuseen kuin mihin päädyttäisiin ilman kyseisiä ehtoja. Miltä osin näin tapahtuu, ei ole aivan helposti määriteltävissä. Vertailussa on otettava huomioon muun muassa saamisen vanhentumista ja reklamaatiota sekä todistustaakan jakoa koskevat säännökset ja oikeusperiaatteet, mutta myös rakennusurakkasopimuksen erityispiirteet. Lopputuloksella on merkitystä tulkinnan kannalta; vastuunrajoitusta tulkitaan yleensä suppeasti.

Ehto saattaa myös olla pätemätön siltä osin kuin se on ristiriidassa tai voi johtaa ristiriitaan pakottavan säännöksen tai oikeusperiaatteen kanssa. Oikeuskäytäntö on 1970-luvulta alkaen ollut sillä kannalla, etteivät vastuunrajoitusehdot sovellu grynderirakentamiseen, koska urakkasopimus siinä syntyy itsekontrahoinnilla.[3] Myös kuluttajansuojaa koskevien pakottavien säännösten soveltaminen voi johtaa pätemättömyyteen tai ehtojen sovitteluun.

---

[2] Takuuajan jälkeistä vastuuta koskeva ehto oli pääosin samanlaisena jo v. 1957 RT-ehdoissa. Ks. Erma, Reino, YSE 1983 Rakennusurakka, Helsinki 1991 s. 114.

[3] Ks. lähemmin Rudanko, Matti, Vastuusta grynderirakentamisessa, Helsinki 1982.

## Oikeuskirjallisuuden kannanottoja

Rakennusalan oikeuskirjallisuudessa päähuomion kohteena näyttää olleen se, milloin on kysymyksessä takuuajan jälkeisen vastuun laukaiseva törkeä laiminlyönti. *Reino Erma* kirjoittaa seuraavasti:[4]

> ”Siihen sisältyy ensinnäkin kaikki se, mitä urakoitsijaliikkeen on itse tehtävä. Jos jokin osa suunnittelusta kuuluu urakoitsijan urakkaan hänen vastuunsa täyttää sopimusvelvoituksensa sovitulla tavalla alkavat jo siitä. Muutoin lähtökohdaksi tulevat materiaalihankinnat ja ammattitaitoisen työvoiman käyttö sekä urakoitsijan oma valvonta. Rakentamisen kaikissa vaiheissa voi tapahtua laiminlyöntejä, joiden seurauksena aikaansaatava työntulos tulee sovitusta poikkeavaksi. Hankitut aineet eivät ehkä vastaa asetettuja vaatimuksia. Työ tehdään toisin kuin sopimus tai hyvä rakennustapa yleensä edellyttävät. Rakennustyöhön sisältyy siis virheaihio, jota ei työn aikana vastaanottotarkastuksessa eikä takuuaikana huomata.”

Erman esitys viittaa siihen, että vastuun aiheuttava törkeä laiminlyönti voi ilmetä millä tahansa urakoitsijan vastuulla olevalla sektorilla.

*Juha Laine* tulkitsee YSE 1983 14 §:ää sanamuodon mukaisesti niin, että urakoitsija vastaa takuuajan jälkeen vain oman törkeän tuottamuksensa perusteella: ”Vaikka rakennusvirhe olisi aiheutettu aliurakoitsijan tai -hankkijan törkeällä tuottamuksella, on urakoitsija takuuajan jälkeen vastuusta vapaa, ellei hän aliurakoitsijan tai -hankkijan valinnassa tai valvonnassa itse ole syyllistynyt törkeään tuottamukseen.”[5] Laine viittaa kantansa tueksi selostamaansa Helsingin HO:n tuomioon 13.9.1978, jossa urakoitsijan ei katsottu vastaavan aliurakoitsijan suorittamasta peltikaton puutteellisesta kiinnittämisestä alustaansa.

Viimeksi asiaa on käsitellyt *Aaro Liuksiala* Rakennussopimukset-teoksen uudessa painoksessa[6]. Siinä kirjoittaja päätyy oikeuskäytäntöä tarkasteltuaan varsin selväsanaisesti kannattamaan tulkintaa, jonka mukaan urakoitsija vastaa takuuajan jälkeen myös aliurakoitsijan ja tavarantoimittajan kvalifioidusta tuottamuksesta. Liuksialan mukaan vastakkainen kanta johtaisi siihen, ettei urakoitsijalla olisi rakennuksen elinkaareen verrattuna varsin lyhyen takuuajan jälkeen mitään vastuuta edes törkeällä tuottamuksella aiheutetuista vahingoista silloin, kun urakoita ja hankintoja ketjutetaan eteenpäin niin kuin tänä päivänä yhä lisääntyvässä määrin tehdään. Seuraukset tällaisesta vastuuttomuudesta olisivat erittäin kohtalokkaat rakennusalalle, ja ne heijastuisivat koko yhteiskuntaan lukuisine turvallista rakentamista vaarantavine riskeineen.

---

[4] Erma, Reino, YSE 1983 Rakennusurakka, Helsinki 1991 s. 116.
[5] Laine, Juha, Rakennusvirheistä, Helsinki 1993 s. 234.
[6] Liuksiala, Aaro, Rakennussopimukset, käytännön käsikirja, Helsinki 2004 s. 106 ss.

## Kaksi välitystuomiota

*Välitystuomio 21.2.2002*, välimiehenä *Mika Hemmo* (YSE 1983): Rakennuttajan kanteella vaadittiin vahvistettavaksi, että urakoitsija oli vastuussa takuuajan jälkeen ilmenneestä kerrostalojen julkisivujen betonielementtien puuttuvasta pakkaskestävyydestä ja oikeasta paksuudesta. Viallisiksi osoittautuneet elementit oli valmistanut urakoitsijan kanssa samaan konserniin kuulunut alihankkija, joka oli tilannut valmisbetonin alan yhtiöltä.

Välimiesoikeus hylkäsi kanteen. Betonimassan valmistuksessa oli syyllistytty törkeään laiminlyöntiin. Sen sijaan elementtien valmistajalta ja rakennusurakoitsijalta katsottiin puuttuneen tuottamus. Urakoitsija ei vastannut oman organisaationsa ulkopuolisten tahojen virheistä ja laiminlyönneistä takuuajan jälkeen. Tuomiota on perusteltu ehtojen 14 §:n sanamuodolla ja valmisteluhistorialla, takuuajan jälkeisen vastuun poikkeusluonteisuudella ja sillä, että urakoitsija on voinut luottaa ulkopuolisen, tunnetun betoninvalmistajan toimintaan, jota urakoitsija ei ole voinut ohjata tai valvoa.

Sama kysymys on tullut esille uudelleen rappaushalkeamia koskeneessa välimiesmenettelyssä.

*Välitystuomio 18.6.2003*, välimiehinä *Robert Liljeström, Pekka Sirviö, Mikko Tulokas* (pj), (YSE 1983): Rakennuttajan kanteella vaadittiin urakoitsijalta korvausta uudistalon julkisivurappauksen halkeamien korjauskustannuksista. Rappauksen oli suorittanut aliurakoitsija. Välimiesoikeus katsoi urakoitsijalla olevan sopimusehtojen mukaan vastuu myös aliurakoitsijan törkeästä laiminlyönnistä:[7]

”Sanamuodon mukaan YSE 14 § koskee vain urakoitsijan vastuuta. Tällä perusteella ei vastuuta aliurakoitsijoista kuitenkaan voida sulkea pois, koska samaa sanontaa käytetään myös takuuajan vastuun osalta 13 §:ssä. Pikemminkin sanamuoto ja urakoitsijan vastuuta koskevan jakson systematiikka puoltavat sitä, että 8 § (Vastuu alaisista ja asiantuntijoista) kattaa kummankin tilanteen. Rakennusurakkaa koskevan sopimusjärjestelmän ja rakennuttajan tarpeiden kannalta ei ole aihetta arvioida 13 ja 14 §:n vastuutilanteita eri tavoin sikäli kuin kysymys on urakoitsijan apulaisista ja aliurakoitsijoista. Myös takuuajan jälkeisten vaateiden osalta on tärkeätä, että ne voidaan selvittää ja toteuttaa sopimuskumppanien välillä. Rakennuttajan asema ei voi huonontua sen vuoksi, että törkeään huolimattomuuteen on syyllistynyt urakoitsijan sijasta tämän ottama aliurakoitsija, johon rakennuttaja ei ole sopimussuhteessa.”

Yhteistä näyttäisi olevan se, että kummassakin tuomiossa argumentoidaan ehtojen sanamuodolla, mutta myös yleisillä sopimusoikeudellisilla perusteilla ja reaalinäkökohdilla. Tosiseikaston osalta molemmissa välitystuomiossa tulee esille sama kysymys, vaikkakin jossain määrin eri sävyisenä. Pakkasvaurioita koskevassa asiassa törkeään huolimattomuuteen oli syyllistynyt aliurakoitsijan tavarantoimittaja, kun taas rappausvauriotapauksessa moitteet kohdistuivat rappaustyön tehneeseen aliurakoitsijaan.

[7] Kanne kuitenkin hylättiin, kun – ottaen huomioon rakennuttajan antajat rappauslaastin koostumusta koskevat määräykset – oli jäänyt näyttämättä, että vauriot olivat seurausta urakoitsijan tai aliurakoitsijan virheestä tai laiminlyönnistä sopimuksen täyttämisessä.

## Sopimusoikeudelliset periaatteet vertailukohteena

Sopimusoikeudessa on lähtökohtana, että sopimuksen osapuoli vastaa paitsi omista toimenpiteistään myös sopimuksen tekemisessä ja täyttämisessä käyttämiensä apulaisten virheistä ja laiminlyönneistä. Sopimusoikeudellinen vastuu apulaisista poikkeaa useissa suhteissa vahingonkorvauslain 3 luvussa säännellystä isännänvastuusta.[8]

Vastuun edellytyksenä oleva tuottamus ilmenee sopimusoikeudellisessa apulaisvastuussa päämiehen tekemän sopimuksen vastaisena menettelynä, josta aiheutuu sopimusrikkomus. Päämies vastaa yleensä myös ns. itsenäisistä apulaisista, ellei sopimustyypistä tai olosuhteista ilmene, että sopimuspuolet ovat tarkoittaneet tällaisen apulaisen olevan suoraan vastuussa tilaajalle.[9] Varsinkin kuljetusoikeudessa näyttää usein esiintyvän epätietoisuutta siitä, onko asianomaisen katsottava esiintyvän vastuullisena sopimuspuolena vai palvelun välittäjänä.

Sopimusoikeudellisen apulaisvastuun rakenteesta antaa hyvän kuvan kauppalain 27 §. Myyjä voi vapautua ns. kontrollivastuusta vain osoittamalla, että sopimusrikkomus johtui sekä hänen itsensä että hänen käyttämänsä apulaisen tai tavarantoimittajan vaikutusmahdollisuuksien ulkopuolella olevasta esteestä, jonka huomioonottamista kaupantekohetkellä ei voitu kohtuudella edellyttää eikä seurauksia välttää.[10] Pykälän 4 momentin mukaan ostajalla on aina oikeus korvaukseen, jos viivästys tai vahinko johtuu huolimattomuudesta myyjän puolella.

Säännöksestä ilmenee, että kauppalaissa lähdetään laajan apulaisvastuun käsitteestä. Sopimuksen täytäntöönpanoapulaiseen rinnastetaan myyjän tavarantoimittajat sekä ”muu aiempi myyntiporras”. Ei liene aivan selvää, onko näin pitkälle menevä vastuuperiaate sovellettavissa analogisesti muihin sopimustyyppeihin.[11]

Kauppalain virhesäännösten mukaan ostaja voi menettää oikeutensa esittää vaatimuksia virheellisen suorituksen johdosta, jos hän laiminlyö tavaran tarkastuksen tai reklamaation. Oikeudenmenetystä ei kuitenkaan 33 §:n mukaan tapahdu, jos myyjä on menetellyt törkeän huolimattomasti tai kunnianvastaisesti ja arvottomasti. YK:n kauppalain 40 artiklan mukaan sama sääntö pätee, jos virhe liittyy seikkoihin, joista myyjä oli tietoinen tai joista hän ei voinut olla tietämättä ja joista hän ei ilmoittanut ostajalle. Lainkohdista ei ilmene, missä määrin myyjän apulaisten menettely ja tietoisuus otetaan huomioon. Tätä kysymystä ei juuri ole käsitelty myöskään kommentaariteoksissa. Lienee perusteltua tulkita asetelmaa niin, että merkitystä on ainakin niiden henkilöiden menettelyllä ja tietoisuudella, jotka myyjän puolella ovat olleet olennaisessa roolissa sopimassa kaupasta tai valmistelemassa ja hoitamassa toimitusta.[12] Joka tapauksessa irtaimen kauppaa koskevat säännökset vahvistavan sellaisen periaatteen

---

[8] Ks. lähemmin Selvig, Erling, Det såkalte husbondsansvar, Oslo 1968 s. 80 ss., jossa sopimusvastuun osalta käytetään termiä ”kontrakts-hjelper-ansvar”.

[9] Ks. lähemmin Selvig, mts. 86 ss., Taxell, Lars Erik, Avtal och rättsskydd, Åbo 1972 s. 111 ss.

[10] Vrt. YK:n kauppalaki 79 art.

[11] Vrt Taxell, Skadestånd vid avtalsbrott, Åbo 1993 s. 74, jossa huomautetaan: ”Här frångår man det direkta sambandet med den verksamhet som avser avtalets fullgörelse.”

[12] Ks. Ramberg, Jan – Herre, Johnny, Internationella köplagen (CISG), Göteborg 2001 s. 262.

olemassaolon, jonka mukaan sopimuspuolen kvalifioitu tuottamus voi vaikeuttaa normaalia vastuusta vapautumista.

Apulaisvastuun lähtökohtana on pohjimmiltaan se periaate, ettei sopimusvelvoitetta ole mahdollista ilman velkojan suostumusta siirtää toisen täytettäväksi itsensä samalla vastuusta vapauttaen. Velkojan asemassa olevan sopimuspuolen ei tarvitse tyytyä selvittelemään sopimushäiriöitä ja niiden seurauksia vastapuolen käyttämän apulaisen kanssa, vaan hän voi luottaa valitsemansa sopimuskumppanin sitoumukseen ja vastuukykyyn. Urakkasopimuksen solmimisessa urakoitsijan vakavaraisuudella ja sopimuksen maksu- ja vakuusjärjestelyillä on oma merkityksensä.

Sopimusoikeudellinen oikeussuojajärjestelmä muodostaa vakiintuneen ja selkeän pohjan suoritushäiriöiden ratkaisemiselle sopimuspuolten keskinäisessä suhteessa. Monenlaisia ongelmia voi sen sijaan tulla eteen, jos loukattu sopimuspuoli ryhtyy esittämään vaatimuksia suoraan toisen osapuolen käyttämälle apulaiselle. Kun sopimussuhde riidan osapuolten välillä puuttuu, vaatimukset joudutaan perustamaan joko siirrettyyn oikeuteen tai vahingonkorvauslakiin, joka kuitenkin on tarkoitettu aivan toisenlaisiin vahinkotilanteisiin ja vahinkoihin.[13]

Painavat sopimusoikeudelliset näkökohdat puoltavat sitä, että vastuu apulaisen virheistä kanavoidaan apulaista käyttäneelle sopimuskumppanille. Tästä perusratkaisusta on rakennusurakan osalta lähdetty, kuten edellä mainituista ehtokohdista ilmenee. Sopimusjärjestelmä on rakennusalalla verraten selvä myös siltä osin, milloin urakoitsija on vastuussa työnsuorittajasta tai tavarantoimittajasta ja milloin taas asianomainen toimii rakennuttajan lukuun (aliurakka/sivu-urakka).

Liittyisikö aliurakoitsijan törkeään huolimattomuuteen sellaisia erityisiä näkökohtia, joiden vuoksi vastuuta ei tulisi kanavoida urakoitsijalle? Vahingonkorvauslain mukaista isännänvastuuta on pyritty rajoittamaan sellaisissa tapauksissa, joissa työntekijä on aiheuttanut sivulliselle vahinkoa esim. rikoksella tai muulla tahallisella menettelyllä.[14] Isännänvastuu edellyttää, että apulaisen virhe tai laiminlyönti on tapahtunut ”työssä”. Työnantajan vastuun perusta on toisin sanoen siinä, että sivullinen kärsii vahinkoa työantajan lukuun tapahtuvasta toiminnasta.[15]

Sopimussuhteessa tilanne on toinen. Kuten *Taxell* toteaa, apulaisvastuuta tarkastellaan sopimuksen näkökulmasta. Merkitystä on vain niillä virheillä ja laiminlyönneillä, jotka liittyvät sopimukseen ja sen täyttämiseen. Se seikka, että apulainen tällöin menettelee tahallisesti

---

[13] Hyvänä esimerkkinä apulaista vastaan ajetun kanteen ongelmallisuudesta ovat KKO:n täysistuntoratkaisut 1992:165 ja 166. Kummassakin jutussa kanne työntekijää vastaan hylättiin, koska a) kysymys ei ollut hänen osaltaan sopimusvastuusta ja b) työntekijän virhe oli tapahtunut ainoastaan työnantajan sopimusvelvoitteen täyttämisessä eikä kysymys siten ollut vahingonkorvauslain edellyttämästä tuottamuksesta. Oikeuskirjallisuudessa ratkaisuja arvioitaessa ei ole kiinnitetty huomiota siihen, että juttujen tosiseikasto oli eräässä suhteessa erilainen. Kummassakin tapauksessa työntekijän menettely oli ristiriidassa työantajaa sitovan sopimusvelvoitteen kanssa, mutta jälkimmäisessä asiassa työntekijä rikkoi samalla myös yleisen lain normia (kirjanpitolakia), jolloin vahingonkorvauslain mukainen tuottamusvaatimus täyttyi.

[14] Ks. lähemmin Routamo, Eero – Ståhlberg, Pauli, Suomen vahingonkorvausoikeus, Helsinki 2000 s. 142 ss.

[15] Selvig: mts. 7 käyttää tästä nimitystä ”driftsherreansvar”.

velvollisuuksiensa vastaisesti tai syyllistyy rangaistavaan menettelyyn, ei sulje pois päämiehenä olevan sopimuspuolen vastuuta sopimuskumppanilleen.[16]

Mainitunlainen lopputulos onkin ainoa mahdollinen. Olisi vaikea hyväksyä päämiehen vapautuvan vastaamasta apulaisensa aiheuttamasta sopimusrikkomuksesta juuri niissä tapauksissa, joissa rikkomus on ollut pahinta laatua. Kysymys voi olla esim. siitä, että työssä on tahallaan käytetty kelvottomia materiaaleja tai virheellisen työn havaitseminen on estetty. Tuolloinhan loukatun sopimuspuolen oikeussuojan tarve on suurin.

## Loppuarviointia

Edellä olevan tarkastelun valossa päämies vastaa yleisten sopimusoikeudellisten periaatteiden mukaan apulaistensa – myös itsenäisten apulaisten – sopimuskumppanille aiheuttamista sopimusrikkomuksina ilmenevistä vahingoista. Tämä koskee myös törkeällä huolimattomuudella tai tahallisesti aiheutettuja vahinkoja, kunhan ne liittyvät päämiehen sopimusvelvoitteisiin.

YSE 1998 30 § sisältää siten selkeän vastuunrajoituksen, jos kyseinen ehtokohta on tulkittava niin, että takuuajan jälkeisen urakoitsijan vastuun perusteeksi kelpaa vain urakoitsijan oma törkeä laiminlyönti tai täyttämättä jäänyt suoritus, mutta ei aliurakoitsijan tai tavarantoimittajan vastaava menettely.

Hyvällä syyllä voidaan kuitenkin kysyä, onko tällainen ehdon tulkinta oikea. Tulkintaa ei voida perustaa pelkästään 30 §:n sanamuotoon, vaan huomioon on otettava ehtojen kirjoitustapa myös muilta osin samoin kuin ehtojen systematiikka. Näyttäisi siltä, että ehdoissa tapahtuu kautta linjan samastamista siten, että urakoitsijalla ja tilaajalla itse asiassa tarkoitetaan urakoitsijapuolta ja tilaajapuolta. Esimerkiksi 29 §:ssä ”Vastuu takuuaikana” todetaan, että ”Urakoitsija vastaa suorituksensa sopimuksenmukaisuudesta takuuajan – –”. Vastaavasti 34 §:n mukaan ”Tilaaja vastaa oman myötävaikutusvelvollisuutensa sopimuksenmukaisesta täyttämisestä – –”. Selvää lienee, että näissä kohdissa tarkoitetaan myös apulaisten osuutta sopimuksen täytäntöönpanossa. Tällaista kirjoitustapaa on voitu ehdoissa käyttää sen vuoksi, että ehtojen 3 luvussa jaksossa ”Sopijapuolten vastuu” 24 §:n 3 kohdassa on aikaisemmin siteerattu yleismääräys siitä, että sopijapuoli vastaa apulaistensa ja ”käyttämiensä muiden osapuolten töistä ja toimenpiteistä”. Samastus on siten molempien sopimuspuolten osalta lausuttu julki jo ehtojen yleisissä määräyksissä. Ehtojen rakenne ja systematiikka viittaavat siten apulaisvastuun olemassaoloon myös 30 §:n tilanteissa.

Vasta-argumenttina voidaan tietenkin esittää, että takuuajan jälkeinen vastuu on luonteeltaan poikkeuksellista ja rajoitettua, jolloin sitä koskevaa ehtoa tulee lukea eri tavoin kuin esim. takuuajan vastuuta koskevia ehtoja. Tällä tiellä tulevat kuitenkin vastaan ne erityiset tulkinta- ja sovittelusäännöt, joita sovelletaan vastuunrajoituksiin.

---

[16] Taxell: Avtal och rättsskydd s. 112.

Thomas Wilhelmsson

# Välityslausekkeen sovittelu elinkeinonharjoittajien välisessä suhteessa

## Aiheen ajankohtaisuus

Korkein oikeus on vuonna 2003 annetussa ratkaisussa katsonut kahden elinkeinonharjoittajan välisessä sopimuksessa olevan välityslausekkeen soveltamisen johtavan kohtuuttomuuteen ja tämän vuoksi OikTL 36 §:n nojalla jättänyt lausekkeen huomioon ottamatta.[1] Ratkaisu ei juridisesti ole yllättävä, koska periaatteessa mahdollisuus soveltaa OikTL:n yleislauseketta välityslausekkeeseen on sinänsä ollut selvä.[2] Silti se herättää huomiota ja ansaitsee tarkemman erittelyn. Korkein oikeus on nimittäin aiemmassa ratkaisussaan vuonna 1996 viestittänyt suhteellisen nihkeää suhtautumista välityslausekkeen sovitteluun elinkeinonharjoittajien välisissä suhteissa: vaikka yhteistoimintasopimuksen osapuolet korkeimman oikeuden mukaan eivät olleet tasaveroisessa asemassa sopimusta solmiessaan eikä heikompi osapuoli todennäköisesti olisi voinut sanottavasti vaikuttaa sopimuksen sisältöön, korkein oikeus ei tässä tapauksessa kuitenkaan nähnyt perustetta välityslausekkeen huomioon ottamatta jättämiselle.[3] Onko korkein oikeus muuttanut mieltään, vai poikkeaako uusi tapaus jollakin olennaisella tavalla edellisestä? Mitkä olivat ne seikat, jotka johtivat korkeinta oikeutta uudessa tapauksessa sovittelumyönteisemmälle kannalle?

Uuden oikeustapauksen esille tuomien kysymysten erittely on erityisen paikallaan Esko Hopulle omistetussa juhlakirjassa. Häntä arvostetaan muun muassa aktiivisena ja etevänä välimiehenä, joka on monella tapaa vaikuttanut välimiesmenettelyinstituution kehittymiseen maassamme. On ollut ilo työskennellä hänen kanssaan silloin kun tiemme ovat vieneet saman välimiesoikeuden jäseniksi.

---

[1] KKO 2003:60.

[2] Jo OikTL 36 §:n esitöissä todetaan, että ehtoa, jonka mukaan kuluttaja tai häneen verrattava osapuoli velvoitetaan suorittamaan välimiesmenettelystä aiheutuneet kulut, voidaan yleensä pitää kohtuuttomana, HE 247/1981 s. 15. Ks. myös Ruotsin esityöt Generalklausul i förmögenhetsrätten, SOU 1974:83 s. 188 sekä oikeuskirjallisuudessa Möller, Gustaf, Om jämkning av skiljeavtal, JFT 1996 s. 441–462; sama, Välimiesmenettelyn perusteet, Helsinki 1997 s. 34–36; Wilhelmsson, Thomas, Vakiosopimus, 2. painos, Helsinki 1995 s. 149 ja Hemmo, Mika, Sopimusoikeus II, 2. painos, Helsinki 2003 s. 83.

[3] KKO 1996:27.

Kirjoituksessani lähden liikkeelle korkeimman oikeuden ratkaisuista, mutta pyrin samalla erittelemään kysymystä myös muun tarjolla olevan aineiston valossa. Voidaanko tällä hetkellä – korkeimman oikeuden ratkaisun jälkeen – sanoa jotakin täsmällisempää ja konkreettisempaa elinkeinonharjoittajien välisessä sopimuksessa olevan välityslausekkeen sovittelusta kuin se, että sovittelu on periaatteessa mahdollista?

Rajaus elinkeinonharjoittajien välisiin sopimuksiin seuraa siitä tosiasiasta, että aihe on ajankohtainen lähinnä näissä suhteissa. Kuten jäljempänä todetaan, välityslausekkeen käyttöön kuluttajasuhteissa on puututtu pakottavalla lainsäädännöllä, ja yksityishenkilöiden välisissä suhteissa välityslausekkeiden käyttö lienee harvinaista.

Tarkastelen tässä sellaista sopimuksessa olevaa lauseketta, joka koskee vastaisuudessa sopimuksen johdosta mahdollisesti syntyvän riidan ratkaisemista välimiesmenettelyssä. Jo syntynyttä riitaa koskevan välityssopimuksen sovittelu vaatinee vieläkin vahvemmat perustelut kuin vastaisuudessa syntyvää riitaa koskevan välityslausekkeen sovittelu.[4]

## Mitä korkein oikeus opettaa?

Korkeimman oikeuden vuoden 2003 ratkaisu koski sijoituspalvelusopimukseen liittyvää riitaa, jossa pankkiiriliike oli vaatinut yksityisen elinkeinonharjoittajan vastakanteen tutkimatta jättämistä viitaten sopimuksessa olevaan välityslausekkeeseen. Elinkeinonharjoittaja vaati puolestaan välityslausekkeen huomiotta jättämistä OikTL 36 §:n nojalla, koska välityssopimus oli hänen taloudellisen vararikon vuoksi käynyt kohtuuttomaksi eikä hänellä ollut taloudellisia mahdollisuuksia saada asiaansa tutkittavaksi välimiesmenettelyssä. Korkein oikeus hyväksyi hänen vaatimuksensa. Se piti selvitystä siitä, ettei elinkeinonharjoittajalla ollut varoja eikä ansiotuloja, relevanttina kahdesta syystä.

Ensinnäkin korkein oikeus viittasi välimiesten oikeuteen vaatia ennakkoa tai vakuutta heille tulevasta korvauksesta sekä yleiseen käytäntöön, jonka mukaan kumpaakin asianosaista kehotetaan suorittamaan puolet tästä. Tästä syystä elinkeinonharjoittajan varattomuudesta seurasi vaara, ettei hän voisi saada asiaansa tutkituksi välimiesmenettelyssä:

> ”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.”

[4] Kuluttajansuojalain 12:1d:ssä (laki 16/1994) oleva välitysmenettelyn kielto koskee vain ennen riidan syntymistä tehdyn sopimuksen välimiesmenettelyä koskevaa ehtoa. Möller 1996 s. 449 katsoo sovittelun voivan ”käytännössä” koskea vain vastaista riitaa koskevia välityslausekkeita. Vaikka sovittelukynnyksen täytyykin olla jo syntynyttä riitaa koskevan välityssopimuksen osalta korkea, on kuitenkin todettava, että oikeustoimilain 36 §:n on tarkoitettu kattavan koko sopimuskentän (ks. tarkemmin esim. Wilhelmsson 1995 s. 101–107), joten jo riidan synnyttyä tehdyn välityssopimuksen sovitteluun ei ole periaatteellista estettä, jos siihen jossakin erityistapauksessa on tarvetta (esimerkiksi sopimuksen syntymiseen liittyvien tekijöiden vuoksi).

Korkein oikeus käyttää siis *oikeuden saatavuutta (access to justice) koskevaa argumenttia* perustelemaan välityslausekkeen sovittelua. Jos välityslauseke käytännössä johtaa siihen, ettei varaton osapuoli lainkaan saa asiaansa käsiteltyä, lausekkeen sovitteluun on aihetta. Tapausta koskevissa keskusteluissa on esitetty epäilyksiä siitä, onko asianmukaista olettaa, että välimiehet yleensä vaativat ennakkoa tai vakuutta ja että vastapuoli ei tarjoudu vastaamaan siitä kokonaisuudessaan. Itse en kuitenkaan pidä näitä epäilyksiä kovin vakavina. Pääsääntöisesti voidaan olettaa välimiesten ja vastapuolen toimivan näin, jos kantaja on varaton, ja tämän tulisi riittää realistisessa sovitteluharkinnassa.

Lainatun kappaleen viimeistä lausetta on vaikea tulkita. Toteaako korkein oikeus siinä vain sen suhteellisen itsestään selvän asian, että välityslauseke estää asian tutkimista yleisissä tuomioistuimissa, vaikka sitä ei saataisikaan tutkituksi välimiesmenettelyssä, ellei lauseketta sovitella? Vai haluaako tuomioistuin mahdollisesti kertoa, että oikeuden saatavuutta koskeva argumentti ei vielä riitä sovittelun perusteeksi, vaan siihen vaaditaan vielä jotakin lisää? Lauseen merkityksen ollessa epäselvä en halua spekuloida sillä, mitä viisi oikeusneuvosta mahdollisesti on sillä tarkoittanut. Korkeimman oikeuden ratkaisuista ei tule lukea enempää kuin mitä niihin on kirjoitettu. Palaan sen sijaan kysymykseen oikeuden saatavuutta koskevan argumentin riittävyyteen sovitteluperusteena hahmottaessani lopussa kokonaiskuvaa välityslausekkeen sovittelusta.

Vuoden 2003 tapauksessa korkein oikeus on joka tapauksessa oikeuden saatavuutta koskevan argumentin lisäksi käyttänyt toistakin argumenttia, jota voisi luonnehtia vaikkapa *oikeudellisen avun saatavuutta koskevaksi argumentiksi*:

> ”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 ammattitaitoista avustajaa kykenisi valvomaan etuaan ja oikeuttaan välimiesmenettelyssä eikä hänellä ole taloudellisia mahdollisuuksia kustantaa itselleen tällaista avustajaa.”

Oikeuden saatavuudesta siirrytään tässä argumentissa oikeuden laatuun. Vaikka elinkeinonharjoittaja olisikin saanut asiansa tutkittua välimiesmenettelyssä hänen oikeussuojansa laatu olisi jäänyt huonoksi, koska hän ei itse olisi ollut kykeneväinen huolehtimaan riittävän ammattitaitoisella tavalla asiansa ajamisesta välimiesmenettelyssä eikä hänellä olisi ollut varaa avustajan palkkaamiseen. Tuomioistuinprosessissa maksuttoman oikeudenkäynnin mahdollisuus voi sen sijaan (jossain määrin) korjata tämän puutteen.[5]

Korkeimman oikeuden argumentaatio vuoden 2003 tapauksessa erottaa sen selkeästi vuoden 1996 tapauksesta. Siinäkin tapauksessa oli kysymys pienyrittäjä/elinkeinonharjoittajan ja suuremman yrityksen, Rautakirja Oy:n, välisestä sopimuksesta. Näiden välisessä yhteistoimintasopimuksessa oli välityslauseke. Lausekkeen sovittelun puolesta pienyrittäjä viittasi lähinnä sopimuksen tekemisen yhteydessä vallinneisiin olosuhteisiin: hän oli sopimusta tehtäessä ollut

[5] Möller 1996 s. 452 ja sama 1997 s. 34–35 mainitsee tämän sovitteluargumentin, kuten myös argumentin, että oikeusturvavakuutus ei yleensä kata välimiehille tulevaa korvausta.

heikommassa asemassa, ei pystynyt vaikuttamaan sopimuksen vakioehtoihin eikä ”sopimusta solmiessaan ollut ymmärtänyt välityslausekkeen soveltamisen johtavan kohtuuttomuuteen siinä tapauksessa, että hänellä ei olisi taloudellisia mahdollisuuksia saattaa vaatimuksiaan ratkaistavaksi välimiesoikeudessa”.

Viimeksi mainittu perustelu sisältää myös väitteen lausekkeen soveltamistilanteen kohtuuttomuudesta. Se on sisällöltään hyvin samankaltainen, vain hiukan yleisempi kuin ne argumentit, joiden perusteella korkein oikeus sovitteli välityslauseketta vuoden 2003 tapauksessa. Tätä taustaa vasten on yllättävää, että korkein oikeus vuoden 1996 tapauksessa vain ohimennen mainitsee heikomman sopijapuolen taloudellisten mahdollisuuksien relevanssin sovitteluperusteena: korkeimman oikeuden mukaan välityslausekkeen sovittelu ”voi tulla kysymykseen erityisesti, jos ehdon soveltaminen välimiesmenettelyn kustannuksista johtuen kohtuuttomasti heikentäisi toisen osapuolen mahdollisuuksia saada oikeussuojaa”. Oikeuden saatavuutta koskeva ongelma on tässä muotoiltu *kustannusargumentin* muotoon. Tämän yleisen mainin-nan jälkeen korkein oikeus ei kuitenkaan näytä millään tavoin ottavan huomioon argumenttia eikä korkein oikeus myöskään perustele, miksei argumenttia ole po. tapauksessa otettu huomioon. Tältä osin onkin lähellä ajatus, että korkein oikeus vuoden 2003 tapauksessa todella on muuttanut kantaansa tai ainakin hyväksynyt perusteita, joihin se ei aiemmassa ratkaisussa kiinnittänyt huomiota. Tapausten vertailua tosin vaikeuttaa se seikka, että vuoden 1996 tapauksen perustelut ovat analyyttisesti sekavat, kun sopimuksen solmimistilanteeseen ja sen soveltamistilanteeseen liittyvät argumentit eivät riittävän selkeästi erotu toisistaan.

Lausekkeen soveltamistilanteeseen kiinnitetään vuoden 1996 tapauksessa kyllä huomiota eräässä erityistapauksessa. Jos riita on yksinkertainen ja intressi pieni, kustannusargumentti saattaa puoltaa välityslausekkeen sovittelua:

> ”Lisäksi välityslauseketta voidaan pitää kohtuuttomana muun muassa silloin, kun riitakysymys on selvä ja yksinkertainen ja sen taloudellinen arvo on vähäinen, jolloin välimiesmenettelystä sopijapuolelle aiheutuvat kustannukset olisivat sopimussuhde kokonaisuudessaan huomioon ottaen kohtuuttomat.”

Korkein oikeus suhtautuu tähän *pienriita-argumenttiin* vakavammin kuin yleiseen kustannusargumenttiin. Oikeus erittelee tapauksen yksityiskohtia ja päätyy siihen, ettei kyse ole määrältään pienestä eikä laadultaan selvästä vaatimuksesta. Vaatimusta tuskin voidaankaan pitää kovin selvänä sen koskiessa sopimuksen väitettyyn perusteettomaan irtisanomiseen liittyvää vahingonkorvausvelvollisuutta, mutta määrän osalta korkein oikeus kutistaa pienriita-argumenttinsa soveltamisalaa kovin pieneksi: 130 000 markan vaatimusta tuomioistuin ei pidä välimiesmenettelyssä vähäisenä vaatimuksena![6]

---

[6] Oikeuskirjallisuudessa Möller 1996 s. 456 ja 462 on lisäksi todennut, ettei pienriita-argumentti yksinään riittäisi perustelemaan välityslausekkeen sovittelua, koska sopimussuhde kokonaisuudessaan on otettava huomioon. En kuitenkaan pysty lukemaan korkeimman oikeuden ratkaisusta tältä osin varaumaa. Prosessuaalisen selkeydenkin vuoksi – johon palataan myöhemmin – olisi pikemminkin syytä hyväksyä argumentti periaatteessa riittäväksi myös yksinään, jos riidan arvo on hyvin pieni. On toinen asia, että oikeustoimilakin 36 §:ään liittyvä kokonaisharkinta jossakin yksittäistapauksessa voisi mahdollistaa tehokkaan vasta-argumentoinnin.

Muilta osin korkein oikeus keskittyy perusteluissaan sopimuksen solmimistilanteeseen liittyvään argumentaation. Argumentit – vaikuttamismahdollisuus ehtojen sisältöön, ehdon yllätyksellisyys, mahdollisuus tutustua sopimustekstiin etukäteen, oikeudellisen asiantuntemuksen käyttö, taloudellinen riippumattomuus – ovat samat, joita voidaan käyttää mitä tahansa sopimusehtoa soviteltaessa. Sama koskee ratkaisun mainintaa siitä, että sovittelu tulee kysymykseen ”erityisesti silloin, kun heikommassa asemassa oleva sopimuspuoli on verrattavissa työntekijään tai kuluttajaan”.[7] Vuoden 1996 ratkaisu ei näiltä osin sisällä mitään erityistä välityslausekkeen sovittelua koskevaa informaatiota, muutoin kuin että sellaiset yleiset sovitteluargumentit kuin *sopimuksen solmimiseen liittyvät argumentit* ja *heikomman sopijapuolen erityiseen suojantarpeeseen liittyvät argumentit* luonnollisesti ovat relevantteja myös välityslauseketta soviteltaessa.

Vaikka vuoden 1996 tapaus ensi lukemalta vaikuttaa kovin sovittelukielteiseltä,[8] kun korkein oikeus nimenomaan toteaa, etteivät osapuolet olleet tasaveroisessa asemassa, mutta silti jättää välityslausekkeen sovittelematta, perustelujen lähiluku siis paljastaa varsin laajan kirjon argumentteja, joiden relevanssi periaatteessa tunnustetaan. Korkein oikeus perustelee suhteellisen laajasti ja useisiin seikkoihin viitaten, miksi sopimuksen solmimistilanteessa vallinnut epätasavertaisuus tässä tapauksessa ei johtanut sovitteluun: heikompi osapuoli sai tutustua ehtoihin viikon ajan ennen sopimuksen allekirjoittamista, hänellä oli käytettävissään oikeudellista asiantuntemusta ja hän oli taloudellisesti riippumaton vastapuolesta. Jossakin toisessa tapauksessa, jossa faktat ovat erilaiset, punninta voi johtaa toisenlaiseen tulokseen. Ratkaisu saattaa myös riippua sopimustyypistä. Koska korkeimman oikeuden mukaan nimenomaan kaupallisessa yhteistoimintasopimuksessa välityslauseke ei ollut epätavallinen tai yllätyksellinen, tämäkin puhui esillä olevassa tapauksessa sovittelua vastaan.

Ehkä sovittelukielteinen ratkaisu vuoden 1996 tapauksessa loppujen lopuksi vain heijastaa korkeimman oikeuden pyrkimystä seurata Ruotsin korkeimman oikeuden antamaa esimerkkiä. Viimeksi mainittu tuomioistuinhan oli vain muutama vuosi aikaisemmin hylännyt kaupalliseen yhteistoimintasopimukseen otettua välityslauseketta koskevan sovitteluvaatimuksen,[9] mahdollisesti tarkistaen aikaisempaa sovittelumyönteisempää linjaansa,[10] perusteluilla, jotka vahvasti muistuttavat Suomen korkeimman oikeuden muutamaa vuotta myöhemmin kirjoittamia argumentteja.[11] Jos näin on, Suomen korkeimman oikeuden vuoden 2003 ratkaisu

---

[7] Juuri tältä osin ratkaisun epäanalyyttisyys on erityisen ongelmallista. Korkein oikeus ei nimittäin anna mitään vihjettä sen suhteen, tarkoittaako se työntekijään tai kuluttajaan verrattavan elinkeinonharjoittajan suojantarvetta sopimuksen tekemisen vai välityslausekkeen soveltamisen yhteydessä.

[8] Möller 1997 s. 35 katsookin tapauksen viittaavan siihen, että välityslauseketta voidaan vain ääritapauksissa pitää OikTL 36 §:n tarkoittamana kohtuuttomana sopimusehtona.

[9] NJA 1992 s. 290.

[10] Ks. elinkeinonharjoittajien välisiä suhteita koskevat tapaukset NJA 1979 s. 666 ja NJA 1987 s. 639. Hagstrøm, Viggo (i samarbeid med Magnus Aarbakke), Obligasjonsrett, Universitetsforlaget, Oslo 2003 s. 289 viittaa käytännön muuttumiseen (nyansoitumiseen).

[11] ”Parterna i ett franchiseavtal kan inte anses helt likställda. I själva företeelsens natur ligger nämligen att franchisetagaren intar en i vissa avseenden underlägsen ställning. För franchisetagaren torde valet bli att ingå avtal på samma villkor som godtagits av andra eller att avstå från att sluta något avtal. Franchisetagarens ekonomiska resurser är också ofta mer begränsade. Avtalet är emellertid av utpräglat kommersiell natur. Franchisetagaren befinner sig

voitaisiin mahdollisesti katsoa vieneen Suomen oikeuden Ruotsin oikeutta sovittelumyönteisemmälle linjalle välityslausekkeita arvioitaessa. Kun välityslauseketta ei missään tapauksessa kummassakaan maassa pidetä tyyppikohtuuttomana ehtona ja sovittelun näin ollen tulee perustua yksittäistapaukselliseen kokonaisharkintaan, väite heijastaa kuitenkin vain muutaman oikeustapauksen aikaansaamaa mielikuvaa, eikä oikeudellista todellisuutta laajemmassa mielessä.

## Voidaanko eurooppaoikeudesta oppia?

Suomen oikeudesta löytyy enää vain harvoja mielenkiintoisia sopimusoikeudellisia kysymyksiä, joihin ei olisi mielekästä avata myös eurooppalainen näkökulma. Tämä koskee myös välityslausekkeen sovittelua koskevaa ongelmaa.

EY:n sekundäärilainsäädännössä välityslausekkeen mahdolliseen kohtuuttomuuteen otetaan nimenomaisesti kantaa Neuvoston direktiivissä kuluttajasopimusten kohtuuttomista ehdoista.[12] Direktiivin liitteessä on ohjeellinen esimerkkiluettelo ehdoista, joita voidaan pitää kohtuuttomina, ja siinä mainitaan, kohdassa 1(q), ehdot, joiden tarkoituksena tai seurauksena on ”kuluttajan oikeus nostaa kanne tai käyttää muita oikeuskeinoja poissulkeminen tai rajoittaminen, erityisesti vaatimalla kuluttajaa viemään riitatapaukset yksinomaisesti välitysmenettelyyn, jota oikeudelliset säännökset eivät koske…”. Sinänsä direktiivi kuluttajansuojadirektiivinä ei koske elinkeinonharjoittajien välisiä suhteita ja sen merkitys nyt esillä olevan teeman kannalta on siten vain epäsuora. On kuitenkin syytä mainita, että direktiivin yleislauseke on lähes sanasta sanaan otettu Euroopan sopimusoikeuskomission laatimiin Euroopan sopimusoikeusperiaatteisiin[13] sovellettavaksi myös elinkeinonharjoittajien välisiin vakiosopimuksiin (sopimusehtoihin, joista ei ole erikseen neuvoteltu) ja artiklan perusteluissa on toistettu direktiivin esimerkkiluettelo. Luettelon on todettu voivan olla hyödyllinen nimenomaan tuomioistuimille ja välimiehille, erityisesti kun asia koskee pienten ja suurten yritysten välisiä sopimuksia.[14]

Direktiivistä saatava edes epäsuora johto on kuitenkin direktiivin sanamuodon epämääräisyyden vuoksi loppujen lopuksi varsin pieni. Jo sivulause ilmaisussa ”yksinomaisesti välitysmenettelyyn, jota oikeudelliset säännökset eivät koske” – englanniksi ”exclusively to arbitration not covered by legal provisions” – on mitä suurimmassa määrin epäselvä. Vaikka useim-

---

normalt inte i något tvångsläge gentemot franchisegivaren när avtalet ingås. Affärsmässiga överväganden styr parternas handlande och avtalet är ofta – så som i förevarande fall – förenat med ett avsevärt ekonomiskt åtagande från franchisetagaren.” Siksi sovitteluun on ryhdyttävä vain, jos ”avtalet har likheter med ett anställningsförhållande eller då en resurssvag franchisetagare behöver samma skydd som en konsument mot kostnadsriskerna med ett skiljeavtal.”

[12] Direktiivi 93/13/ETY, jäljempänä kohtuuttomuusdirektiivi.

[13] Lando, Ole – Beale, Hugh (eds.), Principles of European Contract Law, Parts I and II, Prepared by the Commission on European Contract Law, Kluwer Law International, The Hague 2000, artikla 4:110.

[14] Lando – Beale 2000 s. 268.

missa maissa ilmaisu on ymmärretty yleiseksi kielteiseksi kannanotoksi välityslausekkeiden käyttämiseen kuluttajasuhteissa, esimerkiksi Saksassa välityslauseketta, jossa siviiliprosessilainsäädännön säännöksiä välimiesmenettelystä oli noudatettu täsmälleen, on eräässä tuomioistuinratkaisussa pidetty mainitun sivulauseen valossa ongelmattomana.[15] Direktiivi on myös vain minimidirektiivi, mikä mahdollistaa tiukempien normien omaksumisen jäsenmaiden lainsäädännössä. Siten esimerkiksi Ruotsissa ja Suomessa pakottavalla lainsäädännöllä on estetty se, että vetoamalla välityslausekkeeseen elinkeinonharjoittaja voi estää kuluttajaa viemästä asiansa oikeuteen.[16]

Kohtuuttomuusdirektiivin epäselvän sanamuodon erittelyä mielenkiintoisempaa onkin katsoa millaista argumentointia on käytetty, kun välityslausekkeita on kansallisella tasolla soviteltu direktiiviin perustuvan lainsäädännön nojalla. Useimmissa maissa ei nimittäin ole päädytty Suomen ja Ruotsin valitseman linjan mukaiseen täyskieltoon, vaan on tyydytty sovittelumahdollisuuteen. Välineen kansallisen käytännön seuraamiseen tarjoaa laaja eurooppalainen kuluttajasopimusten kohtuuttomia sopimusehtoja koskeva tiedosto, CLAB Europa, joka on koottu kohtuuttomuusdirektiivin implementoinnin seurannan yhteydessä ja on kaikkien vapaasti käytettävissä.[17] Olen toisessa yhteydessä kuvannut tiedoston välityssopimuksen kohtuuttomuutta koskevaa aineistoa ja mainitsen tässä vain joitakin johtopäätöksiä.[18] Todettakoon että johtopäätökset tiedoston useiden ongelmallisten piirteiden vuoksi eivät voi olla kovin täsmällisiä.

Aineistosta voidaan poimia muun muassa seuraavanlaisia välityslausekkeen sovitteluun liittyviä argumentteja:

– Vakiosopimusoikeudelliset argumentit, eli argumentit, joita kutsuin edellä *sopimuksen solmimiseen liittyviksi argumenteiksi*: onko välityslausekkeesta neuvoteltu tai annettu erikseen informaatiota ja onko lauseke riittävän selkeä? Puutteet näiltä osin ovat saattaneet puoltaa lausekkeen sovittelua.
– *Kustannusargumentti* on mainittu muuallakin. Argumenttiin liittyen on viitattu myös siihen, ettei oikeusturvavakuutus yleensä kata välimiesmenettelyn kustannuksia. Tässä tunnistaa aiemmin mainitun *oikeudellisen avun saatavuutta koskevan argumentin*.
– Lisäksi välimiesoikeuden mahdollisesti yksipuolinen kokoonpano on mainittu sovitteluperusteena. *Menettelyn tasapuolisuus-argumentti* on luonnollisesti tärkeä. Tämä argumentti voi välimiesoikeuden kokoonpanon lisäksi kohdistua myös mahdollisiin menettelyä koske-

---

[15] OLG Düsseldorf 23.5.1996 (6 U 114/95), kortti DE000767 jäljempänä mainitussa tiedostossa CLAB Europa.
[16] Suomessa kuluttajansuojalaki 12:1d (laki 16/1994) ja Ruotsissa lagen om skiljeförfarande (1999:116) § 6. Suomen lain sanamuodon mukaan (”ei sido kuluttajaa”) kuluttaja voinee halutessaan vedota välityslausekkeeseen, kun taas Ruotsissa kielto lienee molemminpuolinen, ks. Goldman, Björn – Magnusson, Kristofer, Verkan av skiljeklausul i konsumentförhållande, Juridisk Tidskrift 2003–2004 s. 410–414.
[17] Verkko-osoite on http://europa.eu.int/clab/index.htm.
[18] Ks. tarkemmin artikkelini Vad CLAB Europa förtäljer om skiljeklausulers skälighet, teoksessa Festskrift till Per Henrik Lindblom, Iustus förlag, Uppsala 2004 s. 781–800. Tiedostossa sain 113 osumaa hakusanalla ”arbitration” sekä yhden relevantin tapauksen lisää hakusanalla ”conciliation”.

viin määräyksiin. Kuluttajasuhteissa on esimerkiksi saatettu painottaa kuluttajan oikeutta prosessata lähellä hänen kotipaikkaansa.

Muualla Euroopassa käytetyt argumentit muistuttavat läheisesti Suomen korkeimman oikeuden elinkeinonharjoittajien välisiä suhteita koskevissa ratkaisuissa käyttämiä perusteluja. Menettelyn tasapuolisuutta koskeva argumentointi, johon ei korkeimman oikeuden ratkaisuissa ollut aihetta mennä, on luonnollisesti merkityksellinen Suomessakin.[19] Katsaus muualle Eurooppaan pikemminkin tukee ja syventää kuin muuttaa kuvaa siitä, mihin Suomessa on syytä edetä.

## Perusoikeusnäkökulma

Ihmis- ja perusoikeudet ovat viime vuosina tulleet yhä enemmän esille oikeudellisessa päätöksenteossa ja saavuttaneet merkittävän aseman suomalaisessa oikeustieteellisessä keskustelussa. Vaikka mielestäni usein ylikorostetaankin perusoikeuksien kykyä tuottaa ratkaisuja hyvin vaihtelevaan kirjoon sekä sisällöllisiä että systemaattisia oikeudellisia ongelmia, perusoikeusnäkökulma on monissa tapauksissa hyödyllinen. Näkökulma on omiaan tuomaan selkeämmin esille oikeudelliseen ratkaisutoimintaan sisältyviä arvovalintoja ja tekemään oikeudellisesta argumentaatiosta läpinäkyvämpää.

Esillä olevaa teemaa käsiteltäessä – kun puhutaan oikeuden saatavuudesta ja oikeuden laadusta – on ilmeistä, ettei perusoikeuksia voi kokonaan sivuuttaa. Suomen perustuslain tässä yhteydessä keskeinen säännös on sen oikeusturvaa koskeva 21 §, jonka mukaan jokaisella on oikeus saada asiansa käsitellyksi asianmukaisesti ja ilman aiheetonta viivytystä lain mukaan toimivaltaisessa tuomioistuimessa tai muussa viranomaisessa sekä oikeus saada oikeuksiaan ja velvollisuuksiaan koskeva päätös tuomioistuimen tai muun riippumattoman lainkäyttöelimen käsiteltäväksi. Pykälän toisen momentin mukaan lailla turvataan käsittelyn julkisuus sekä oikeus tulla kuulluksi, saada perusteltu päätös ja hakea muutosta, samoin kuin muut oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin ja hyvän hallinnon takeet. Perustuslain 21 §:n vahvistama perusoikeus heijastaa Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimuksen 6 artiklaa, jossa säännellään oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin.

Ensi silmäyksellä välityslauseke, jonka käyttö estää turvautumisen yleisiin tuomioistuimiin, näyttää todellakin olevan perustuslain 21 §:n valossa ongelmallinen. Säännöksen mukaanhan jokaisella on oikeus saada asiansa käsitellyksi toimivaltaisessa tuomioistuimessa tai muussa viranomaisessa. Säännös on merkityksellinen myös elinkeinonharjoittajien välisissä suhteissa.

[19] Möller 1996 s. 449–451 ja sama 1997 s. 34 mainitsee myös nämä argumentit. Myös menettelyn alkamista koskevat määräykset voivat yksipuolisina joutua sovittelun kohteiksi, kuten ruotsalaisesta tapauksesta NJA 1979 s. 666 ilmenee (vahvemmalle osapuolelle oli annettu oikeus valita riidanratkaisufoorumiksi välimiesoikeus tai yleinen tuomioistuin).

Vaikka perusoikeussuojan yleensä katsotaan kuuluvan ensisijaisesti luonnollisille henkilöille oikeushenkilöiden suojan ollessa välillistä, on pidetty perustuslain 21 §:n vastaisena poiketa oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksista silloinkin, kun oikeushenkilö on oikeudenkäynnin osapuolena.[20] Lisäksi kysymys välityslausekkeen sovittelusta tullee usein esille tilanteissa, joissa heikompana osapuolena on yksityinen elinkeinonharjoittaja, ja perusoikeussuoja koskee joka tapauksessa tällaista osapuolta suoraan.

Kysymys välimiesmenettelyn suhteesta perusoikeuksiin ei tästä huolimatta näy herättäneen paljoakaan kiinnostusta. Lienee pidetty selvänä, että osapuoli voi sopimuksin luopua oikeudestaan viedä asiansa tuomioistuimeen, ainakin jos samalla turvaudutaan sen korvikkeeksi lailla säädettyyn välimiesmenettelyyn; osapuolten autonomia (sopimusvapaus) kuuluu sekin oikeusjärjestyksen keskeisiin periaatteisiin. Perusoikeusnäkökulma ei kuitenkaan ole merkityksetön, kun pohditaan välityslausekkeen pätevyyden rajoja. Se tuo eräitä hyödyllisiä lisäpiirteitä välityslausekkeen kohtuullistamista koskevaan keskusteluun.

Ensinnäkin se seikka, että perustuslaki takaa oikeuden oikeusturvaan perusoikeutena, asettanee joitakin vaatimuksia sen suhteen, miten kansalainen voi sopimuksin luopua tästä oikeudestaan. Perusoikeuden voidaan ajatella korostavan *sopimuksen solmimiseen liittyvien argumenttien merkitystä*. Kun kansalainen luopuu perusoikeudestaan, hänen tulee ainakin tietää menettelevänsä näin. Autonomian ja sopimusvapauden käytön tulisi olla todellista eikä vain muodollista, kun ne asetetaan vastakkain oikeusturvaa koskevan perusoikeuden kanssa. Näin ollen oikean ja ymmärrettävän informaation antaminen välityslausekkeesta sopimuksen solmimisvaiheessa korostuu. Argumentin kantavuus on kuitenkin rajallinen. Elinkeinonharjoittajien välisissä suhteissa välimiesmenettelyn käyttö on niin yleistä, jopa säännönmukaista, että välityslauseketta koskevan informaatiovelvollisuuden korostaminen monesti näyttäisi jopa naurettavalta. Perusoikeusmyönteisessä tulkinnassakaan ei elinkeinonharjoittajien välisissä suhteissa siten ole syytä korostaa välityslauseketta koskevaa informaatiovelvollisuutta yleisenä sääntönä, vaan on kiinnitettävä huomiota myös heikomman osapuolen ammattitaitoon ja perehtyneisyyteen elinkeinoelämän ja kyseisen alan tapoihin. Erityisesti tilanteessa, jossa henkilö vasta ryhtyy elinkeinonharjoittajaksi solmimalla sopimuksen alalla toimivan elinkeinonharjoittajan kanssa, olisi asianmukaista antaa hänelle erityistä informaatiota siitä, että sopimuksen sisältämä välityslauseke rajoittaa hänen oikeuttaan viedä asiansa tuomioistuimeen, jos sopimuksesta myöhemmin syntyy riita.[21] Vaikka perustuslain 21 § onkin katsottu soveltuvan myös oikeushenkilöiden turvaksi, em. argumentointi näyttää erityisen luontevalta myös siksi, että elinkeinonharjoittajaksi vasta ryhtyvä on luonnollinen henkilö (joka ryhtyy yksityiseksi elinkeinonharjoittajaksi tai sopimuksen solmimisen yhteydessä vasta perustaa oikeushenkilön) ja luonnolliset henkilöt ovat joka tapauksessa perusoikeussuojan ensisijaisia kohteita.

---

[20] Viljanen, Veli-Pekka, Perusoikeuksien soveltamisala, teoksessa Hallberg, Pekka (ym.), Perusoikeudet, Helsinki 1999 s. 118.

[21] Heikomman sopijapuolen puuttuva kokemus elinkeinon harjoittamisesta näyttää myös ruotsalaisessa oikeustapauksessa NJA 1987 s. 639 olleen keskeinen peruste sille, että välityslauseketta soviteltiin heikommansuojaperusteella.

Perusoikeusnäkökulmassakin *heikomman sopijapuolen erityinen suojantarve* tulee tällä tavoin selvästi näkyviin.

Toiseksi perusoikeusnäkökulma korostaa *oikeuden saatavuutta koskevan argumentin* merkitystä. Vaikka sopimuksessa onkin luovuttu asian viemisestä tuomioistuimeen, tuomioistuimen tilalle on sovittu välimiesoikeus. Jos jostakin syystä välityslausekkeen tarkoittama välimiesmenettely käytännössä ei tule kysymykseen, on luontevaa palauttaa sopijapuolelle oikeus kääntyä tuomioistuimen puoleen. Korkeimman oikeuden vuoden 2003 ratkaisussa on kysymys juuri tällaisesta esimerkkitilanteesta, vaikka korkein oikeus ei nimenomaisesti viittaakaan perustuslakiin.

*Oikeuden laatua* koskevat vaatimukset voidaan niin ikään perustaa perustuslain 21 §:ään. Asianosaisella on oikeus saada asiansa käsiteltyä asianmukaisesti. Mahdolliset laatuongelmat välimiesmenettelyn yhteydessä näkyvät yleensä pikemminkin prosessin yhteydessä, ja niihin voidaan puuttua jälkeenpäin välimiesmenettelystä annetun lain 40 ja 41 §:n nojalla. Välityslausekkeen sovittelua koskevassa etukäteisharkinnassa laatuharkinta voi kuitenkin näkyä ainakin kahdella tavalla. Toisaalta *oikeudellisen avun saatavuus* vaikuttaa välimiesmenettelyssä annettavan oikeuden laatuun, ja tähän korkein oikeus onkin asianmukaisesti kiinnittänyt huomiota vuoden 2003 tapauksessa. Toisaalta välityslauseke saattaa sisältää *välimiesten valintaa* tai *välimiesmenettelyä* koskevia määräyksiä, joiden perusteella menettelyn tasapuolisuus ja asianmukaisuus voi joutua kyseenalaiseksi. Menettelyn tasapuolisuusvaatimuksella on ilmeinen perusoikeusulottuvuus.

## Tehokkuusvaatimus

Perustuslain 21 §:n mukaan asianosaisella on oikeus saada asiansa käsitellyksi ilman aiheetonta viivytystä. Vaikka mainittu perustuslain pykälä muutoin lähinnä korostaa eräiden välityslausekkeen sovittelua puoltavien argumenttien painoarvoa, säännökseen sisältyvä nopeus- ja tehokkuusvaatimus puolestaan puhuu lähinnä sovittelua vastaan, ainakin eräissä tilanteissa.

Yleisesti ottaen prosessin tehokkuusvaatimus puoltaa mahdollisimman selkeitä ja yksiselitteisiä ratkaisuja. Mitä joustavampi lähestymistapa omaksutaan välityslausekkeen sovittelua koskevaan kysymykseen, sitä useammin joudutaan käymään oikeutta siitä, missä elimessä itse asiaa koskevia kysymyksiä tulee käsitellä. Riidanratkaisumenettelyä koskevia menettelyjä tulee kuitenkin mahdollisimman pitkälle välttää. Vaikka olenkin eräiden aineellisoikeudellisten kysymysten osalta arvioinut oikeuden kehittyvän tilannesidonnaisempaan suuntaan ja nähnyt tässä kehityksessä myönteisiäkin piirteitä,[22] olen välityslausekkeen sovittelun osalta joustavuuden suhteen pidättyväinen. Prosessin tehokkuusvaatimus johtaa välityslausekkeen sovittelukysymykseen liittyvässä tilanneharkinnassa painottamaan pikemminkin täsmällisyyttä kuin joustavuutta.

[22] Ks. teokseni Senmodern ansvarsrätt, Privaträtt som redskap för mikropolitik, Helsingfors 2001.

Vahva sovittelukielteisyys on yksi tapa päästä tähän tavoitteeseen. Väitteet siitä, että on suhtauduttava erittäin pidättyväisesti välityslausekkeiden sovitteluun elinkeinonharjoittajien välisissä suhteissa, ovat tässä mielessä ymmärrettäviä. Nähdäkseni korkein oikeus on vuoden 2003 ratkaisussaan kuitenkin omaksunut hiukan toisenlaisen lähestymistavan. Se on hyväksynyt sovittelun, mutta pyrkinyt lausumaan täsmällisemmin kriteereistä, joiden perusteella sovitteluun voidaan ryhtyä. Uudessa ja ehkä hiukan sovittelumyönteisemmässä lähestymistavassa korkein oikeus pyrkimällä käyttämään täsmällisempiä argumentteja haluaa välttää liiallisen liukumisen tilanteeseen, jossa usein joudutaan prosessaamaan prosessista. Sovittelumyönteisemmänkin näkökulman puitteissa välityslausekkeen sovittelu jää luonnollisesti poikkeustapaukseksi.

Vaatimuksesta asian ratkaisemisesta ilman aiheetonta viivytystä voidaan myös johtaa eräitä sovittelun käyttöä ja seuraamuksia koskevia näkökohtia. Yleensä oikeudenkäynnin jatkaminen elimessä, jossa se on aloitettu, on tehokkaampaa kuin sen aloittaminen uudestaan toisessa elimessä. Tämän perusteella saatetaan väittää, että tuomioistuimessa ja välimiesoikeudessa tulisi suhtautua eri tavoin välityslausekkeen sovitteluvaatimukseen. Väite kuulostaa kerettiläiseltä, ja periaatteessa on vaikea ajatella, että kysymykseen välimiesoikeuden toimivallasta annettaisiin eri ratkaisu riippuen siitä, missä prosessi ensiksi on alkanut. Käytännössä en kuitenkaan ole kuullut yhdestäkään tapauksesta, jossa välimiesoikeus olisi sovitellut välityslauseketta ja todennut itseltään tällä perusteella puuttuvan toimivallan, ei edes silloin kun sopimuksen mukaan ulkopuolinen taho on nimennyt välimiehet tai kun välimiesmenettelyä vastustava osapuoli on kieltäytynyt osallistumasta välimiesten valintaan ja tuomioistuin on määrännyt välimiehen.[23] Sovitteluratkaisu syntyy yleensä tuomioistuimessa, kun osapuoli, joka ei halua välimiesmenettelyä, vie asiansa tuomioistuimen käsiteltäväksi. Vaikka tällainen ero tuomioistuinten ja välimiesoikeuksien lähestymistavassa onkin periaatteessa ongelmallinen, sitä voidaan ehkä tiettyyn pisteeseen saakka puolustaa sillä, että menettelyn jatkaminen sinänsä on omiaan vähentämään ajan turhaa kulumista. Jos kehittymässä oleva sovittelukriteeristö selkeästi osoittaa olevan syytä sovitteluun, välimiesoikeudenkin tulisi toki noudattaa sitä.[24]

Toiseksi periaate siitä, että oikeudenkäynnin tulisi mieluiten jatkua elimessä, jossa se on aloitettu, puoltaa sisällöltään ongelmallisen välityslausekkeen huomiotta jättämistä pikemminkin kuin sen muuttamista. Jos esimerkiksi välimiesoikeuden kokoonpanoa koskeva määräys ei ole tasapuolinen ja asia viedään tuomioistuimen ratkaistavaksi, on usein joutuisampaa

---

[23] Välimiehen määräämistä koskevassa menettelyssä sovitteluvaatimus ei voine menestyä, kun tuomioistuimen on välimiesmenettelystä annetun lain 17 §:n mukaan nimettävä välimies, jollei ole ilmeistä, ettei välimiesmenettelylle ole laillisia edellytyksiä.

[24] Vuoden 2003 korkeimman oikeuden ratkaisu luo välimiesoikeudelle tässä suhteessa periaatteessa ongelmallisen tilanteen. Jos on selkeästi nähtävissä, että välimiesoikeus vaatimalla vakuutta kantajalta, joka on varaton, aiheuttaa hänelle oikeuden saatavuutta koskevan ongelman, välimiesoikeudella on periaatteessa vain kaksi huonoa vaihtoehtoa käytettävissään: joko se jättää vaatimatta vakuutta tai ennakkoa tai se toteaa välityslausekkeen soveltamisen muuttuvan vaadittavan vakuuden tai ennakon vuoksi kohtuuttomaksi. Käytännössä tuskin meneteltäisiin viimeksi mainitulla tavalla, vaan vaadittaisiin vakuus tai ennakko ja lopetettaisiin menettely vakuuden jäätyä asettamatta tai ennakon jäätyä maksamatta. Silloin tuomioistuin joutuisi ensimmäisenä ottamaan kantaa sovitteluvaatimukseen, jos kantajalla edelleen olisi voimia viedä asia tuomioistuimeen välimiesoikeudessa suoritetun kierroksen jälkeen.

jättää sisällöltään kohtuuton välimieslauseke kokonaan soveltamatta ja jatkaa oikeudenkäyntiä tuomioistuimessa kuin muuttaa kokoonpanoa koskevaa määräystä sovitteluratkaisulla ja osoittaa osapuolet aloittamaan prosessi uudelleen näin muutetun määräyksen perusteella asetettavassa välimiesoikeudessa.

## Johtopäätökset

Edellä sanotun perusteella on selvää, että elinkeinonharjoittajienkin välisissä suhteissa välityslauseke on soviteltavissa. Vaatimus asioiden tehokkaasta ja joutuisasta ratkaisemisesta edellyttää kuitenkin mahdollisimman selväpiirteisten sovittelun edellytyksiä koskevien kriteerien muodostamista. Koska OikTL 36 §:n tunnusmerkistö on tarkoitettu olemaan sillä tavoin avoin, että sopimusoikeus voi järkevällä ja oikeudenmukaisella tavalla muuntua uusiin tilanteisiin ja reagoida yllättäviin tapauksiin, kyse on kuitenkin periaatteessa vain esimerkkiluettelosta, joka voi täydentyä ja muuttuakin.

Edellä esitetyn mukaisesti välityslauseketta voidaan sovitella *sopimuksen tekemiseen*, *osapuolen varallisuusasemaan*, *riidan merkittävyyteen* ja *lausekkeen sisältöön* liittyvien näkökohtien perusteella. Jokainen peruste on itsenäinen, mutta useampi argumentti yhdessä saattaa alentaa sovittelukynnystä.

1) Jos sopimuksen solmimisen yhteydessä ei ole toimittu siten kuin sopimuksen solmimiseen liittyvät erityiset näkökohdat ja heikomman sopijapuolen erityinen suojantarve edellyttävät, sovittelu on mahdollinen.[25] Kuten edellä perusoikeusajattelun merkitystä koskevassa jaksossa on todettu, elinkeinonharjoittajien välisissä suhteissa ei kuitenkaan yleisesti ottaen ole tarvetta asettaa mitään erityisiä välityslauseketta koskevia informaatiovaatimuksia. Jos on kysymys elinkeinonharjoittajaksi vasta ryhtyvästä henkilöstä, joka ei vielä tunne elinkeinoelämää, hänen suojantarpeensa voi sen sijaan puoltaa erityisen informaatiovelvollisuuden asettamista.

2) Oikeuden saatavuutta koskeva argumentti on hyvin keskeinen. Jos osapuoli on varaton tai vähävarainen eikä näin ollen voi saavuttaa oikeuksiaan välimiesmenettelyssä, koska välimiesoikeus näissä tapauksissa yleensä vaatii vakuuden asettamista tai ennakon maksamista, välityslauseketta voidaan sovitella. Argumentin vahva perusoikeuskytkentä puhuu sen riittävyyden puolesta yksinomaisenakin sovitteluargumenttina. Korkein oikeus ei ole myöskään liittänyt argumenttia suoraan heikommansuoja-ajatteluun, joten sen käytön rajaaminen vain erityisen heikkojen ryhmien suojaamiseen ei perusoikeuskytkennän vuoksi liene tarpeellista. Parhaiten argumentti sopii varattomien luonnollisten henkilöiden aseman parantamiseen.

Hyvin lähellä oikeuden saatavuutta koskevaa argumenttia on myös oikeudellisen avun

[25] Edellytän luonnollisesti että välimiesmenettelystä annetun lain 3 §:n mukaisia minimivaatimuksia on noudatettu. Sovittelukysymys on ajankohtainen vain jos välityssopimus on näiden vaatimusten valossa ylipäänsä pätevä. Sovittelusäännöksen mukaiset vaatimukset tulevat siten välimiesmenettelystä annetun lain vaatimusten lisäksi.

saatavuutta koskeva argumentti. Tämänkin argumentin nojalla päädytään varattoman ja vähävaraisen osapuolen oikeuksien turvaamiseen. Jos osapuoli voisi saada maksuttoman oikeudenkäynnin yleisessä tuomioistuimessa ja näin ollen saavuttaa oikeutensa varattomuudestaan huolimatta, vaikka hänellä ei välimiesoikeudessa olisi tätä mahdollisuutta, välityslauseketta voidaan sovitella varattoman osapuolen hyväksi. Näyttö oikeusturvavakuutuksen olemassaolosta – eli siitä että oikeusturva olisi paremmin saavutettavissa tuomioistuimessa kuin välimiesoikeudessa – voi myös jossakin tapauksessa alentaa välityslauseketta koskevaa sovittelukynnystä.

3) Kustannus-hyöty-ajattelun näkökulmasta pienriita-argumentti on varsin ymmärrettävä. Tunnustetaan se, ettei välimiesmenettely, ainakaan siinä perusmuodossa, jossa se tunnetaan Suomessa,[26] ole sovelias väline pienriitojen ratkaisemiseksi. Vielä on kuitenkin hyvin epäselvää, missä pienriitojen raja kulkee. Korkein oikeus on vuoden 1996 ratkaisussaan vetänyt rajan yllättävän alhaiselle tasolle. Nykyisillä välimiesmenettelyn kustannuksilla se voisi olla korkeammallakin.

4) Jos välityslausekkeeseen sisältyvät määräykset välimiesmenettelyn aloittamisesta, välimiesoikeuden kokoonpanosta tai menettelystä eivät ole tasapuolisia tai muutoin rikkovat asianmukaisen menettelyn vaatimuksia, välityslauseketta voidaan sovitella. Tarve oikeudenkäynnin joutuisaan jatkamiseen puoltaa näissä tapauksissa pikemminkin välityslausekkeen jättämistä kokonaan huomioon ottamatta kuin pelkästään sen sisällön muuttamista.

[26] Joissakin Euroopan maissa on kokeiltu erityistä kuluttaja-asioihin soveltuvaa välimiesmenettelyä, ks. esim. José Luis Pérez-Serrabona González, Réflexions sur le système d'arbitrage de consommation en Espagne, Revue européenne de droit de la consommation 2002 s. 198–212.

Juhani Wirilander

# Kiinteistöriidat ja välimiesmenettely

Välimiesmenettelystä annetun lain (967/1992) 2 §:n mukaan yksityisoikeudellinen riitakysymys, josta voidaan tehdä sovinto, saadaan määrätä asianosaisten välisin sopimuksin välimiesten lopullisesti ratkaistavaksi. Riitakysymys on siis määritelty kahden kriteerin avulla: riitakysymyksen tulee olla luonteeltaan ”yksityisoikeudellinen” ja riitakysymyksen tulee olla sellainen, että siitä ”voidaan tehdä sovinto”.

Ensiksi mainittu kriteeri sulkee välimiesmenettelyn ulkopuolelle muut kuin yksityisoikeudelliset riitakysymykset. Tällaisia ovat yleensä tuomioistuimissa käsiteltävät hakemusasiat ja hallintolainkäyttöasioina käsiteltävät hallintoriidat. Hallintoriidasta on annettu 1.1.2004 voimaan tulleessa hallintolainkäyttölain 69 §:n 1 momentin muutoksessa (435/2003) seuraavanlainen määritelmä: ”Julkisoikeudellista maksuvelvollisuutta tai muuta julkisoikeudellisesta oikeussuhteesta aiheutuvaa velvollisuutta koskevan riidan samoin kuin hallintosopimusta koskevan riidan, johon haetaan viranomaisen ratkaisua muuten kuin muutoksenhakuteitse (hallintoriita-asia), käsittelee hallinto-oikeus.” Säännöksen alle vuoden 2003 Suomen Laki II -teokseen on otettu joukko korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisuja tapauksista, jotka on tullut käsitellä hallintoriitoina. Tällaisia ovat olleet esimerkiksi maanmittausmaksun palautusvaatimus, joka perustui siihen, että maksu oli erehdyksessä suoritettu (KHO 1989 A 100), hakemus työvoiman liikkuvuudesta annetussa asetuksessa tarkoitetun, perusteettomasti maksetun alkuavustuksen takaisin suorittamisesta (KHO 1990 A 92), toimeentulotuen saajan vaatimus sen vahvistamisesta, ettei myönnettyä tukea voida periä takaisin tuen saajan varoista hänen kuoltuaan (KHO 1990 A 113), kysymys ulkomaalaisen oikeudesta saada YK:n ihmisoikeuskomitean päätöksen perusteella korvausta Suomen valtiolta (KHO 1991 A 47), rantakaavan kuulutuskustannusten perimistä koskeva asia (KHO 1991 A 66), kysymykset yleiseksi vesi- ja viemärilaitokseksi hyväksytyn vesiosuuskunnan velvollisuudesta sallia vesijohtoonsa liittyminen ja kunnan velvollisuudesta huolehtia käyttöveden toimittamisesta kiinteistölle (KHO 1993 A 49) sekä, kun kaupungin ja yksityisen yhdistyksen välillä tehty lasten päivähoitopalvelujen järjestämistä koskeva ostosopimus katsottiin julkisoikeudellista oikeussuhdetta koskevaksi sopimukseksi, päivähoitopalvelujen korvausta koskeva asia (KHO 1993 A 10).

Toinen välimiesmenettelystä annetun lain 2 §:n mukaisista määrittelykriteereistä on se, että yksityisoikeudellisesta riitakysymyksestä ”voidaan tehdä sovinto”. Tämä lausuma viittaa ns. dispositiivisiin riita-asioihin eli riitoihin, joissa ”sovinto on sallittu”. Tällaisten riitojen joukkoa

määriteltäessä on lähdetty yksityisoikeuden alalla voimassa olevasta sopimusvapauden periaatteesta.[1] Pääsääntönä on pidetty, että mikäli oikeussubjektien välillä syntyy sopimusvapauden piiriin kuuluvista asioista riitoja, ne voidaan ratkaista sopimalla. Tästä lähtökohdasta käsin on sitten pyritty rajaamaan niiden yksityisoikeudellisten riitojen joukko, joissa sovinto ei ole sallittu, eli ns. indispositiiviset riita-asiat.[2] Millaisia riita-asioita nämä ovat?

OK 20 luvussa on säännöksiä sovinnosta. Sanotun luvun 3 §:n mukaan ”kuninkaan asiamiehellä ei ole valtaa sovinnon kautta vähentää kruunun oikeutta, ei kahdella riitapuolella kolmannen tai jonkun muun oikeutta, eikä talonpojalla veronalaista maata, olkoonpa siitä riita kylän naapurusten taikka eri emäkyläin välillä”. Saman luvun 4 §:stä käy ilmi, että sovinto ei ole sallittu rikosasiassa rikoksen ja siitä seuraavan rangaistuksen osalta kysymyksen ollessa säännöksessä luonnehdituista rikoksista, mutta on sallittu rikokseen perustuvan vahingonkorvauksen osalta. Näiden säännösten perusteella voidaan päätellä, että riidan kohteen tulee olla yksityisoikeudellinen ja että sovinto ei ole sallittu, jos sillä loukataan kolmannen oikeutta.

Kirjallisuudessa indispositiivisten riita-asiain joukkoa on luonnehdittu eri tavoin. *Tirkkonen* toteaa, että pääsääntönä yksityisoikeuden alalla on, että yksityisoikeudelliset säännökset ovat tahdonvaltaisia (dispositiivisia). Siitä johtuen yksityisoikeudelliset riitakysymykset yleensä ovat sellaisia, että niistä voidaan tehdä sovinto. Mutta mikäli yksityisoikeudelliseen säännökseen liittyy julkisoikeudellisiakin näkökohtia (lähinnä julkisoikeudellinen intressi), muuttuu tilanne toisenlaiseksi: Säännös on silloin ehdoton (absoluuttinen), ja vastaavasti on myös riitakysymys sellainen, ettei sovinnonteko siinä ole mahdollinen.[3] *Möller* puolestaan lausuu, että välimiesmenettely saattaa tulla kysymykseen vain sellaisissa asioissa, joissa sovinto on sallittu (VML 2 §). Tällaisia ns. dispositiivisia asioita ovat ne, joista asianosaiset voivat laillisesti sopia ilman viranomaisen myötävaikutusta. Julkisen oikeuden alaan kuuluvissa asioissa ei välimiesmenettelyä voida yleensä käyttää. Yksityisoikeudellisista asioistakin osa, esimerkiksi isyyttä ja lapsen huoltoa koskevat asiat, ovat sellaisia, joissa sovinto ei ole sallittu. Se, että riidan ratkaisemiseen joudutaan soveltamaan ns. pakottavia säännöksiä, ei sinänsä merkitse, ettei sovinto asiassa voisi olla sallittu. Ainoastaan, jos kanteessa vaaditaan jotakin sellaista, jota ei voida saada aikaan laillisesti asianosaisten välisin sopimuksin ilman viranomaisen myötävaikutusta, on kyseessä sellainen sovinnontekomahdollisuuden ulkopuolelle jäävä asia, jota ei voida ratkaista välimiesmenettelyssä.[4] *Lappalainen* luonnehtii indispositiivisia juttuja lausumalla, että sopimusvapauden puuttumisen syynä on oikeussuhteeseen liittyvä julkinen intressi. Näissä jutuissakin kyllä noudatetaan dispositiivista periaatetta tietyssä laajuudessa, mutta

---

[1] Ks. esim. KKO 1998 II 152, jossa korkein oikeus perusteluissaan lausui mm.: ”Välimiesmenettely on lisäksi luonteeltaan sopimusvapauteen ja menettelyn osapuolten keskinäiseen sopimukseen perustuvaa yksityistä lainkäyttöä.” Ks. myös *Lappalainen, Juha*, Siviiliprosessioikeus I. Helsinki 1995, s. 86, *Virolainen, Jyrki*, Lainkäyttö. Helsinki 1995. s. 267 ss.

[2] Indisposiivisista riita-asioista ks. *Tirkkonen, Tauno*, Suomen siviiliprosessioikeus I. SLY B-sarja n:o 105. 2. p. Porvoo 1974, s. 143 ss., *Lappalainen* mts. 87, *Virolainen* mts. 285 ss. Välimiesmenettelyn kannalta ks. myös *Tirkkonen, Tauno*, Välimiesmenettely. SLY B-sarja n:o 2. Vammala 1943, s. 52 ss., *Möller, Gustaf*, Välimiesmenettelyn perusteet. Helsinki 1997, s. 15 ss.).

[3] *Tirkkonen*, Välimiesmenettely s. 52.

[4] *Möller*, mts. 15–16.

selvästi rajoitetummin kuin dispositiivisissa jutuissa. Indispositiivisissa jutuissa asianosaisten yksimielisyys sellaisenaan ei määrää tuomion lopputulosta. Kanne on hyväksyttävissä vain, jos tuomioistuin katsoo lain vaatimien ulkoprosessuaalisten edellytysten olevan olemassa. Indispositiivisessa jutussa tuomioistuimella on myös valta ottaa (väittämistaakka syrjäyttäen) määrätyssä laajuudessa huomioon sellaisiakin oikeustosiseikkoja, joihin asianosaiset eivät ole vedonneet.[5]

Ehkä seikkaperäisimmin dispositiivisten ja indispositiivisten asioiden erottelua on käsitellyt *Virolainen*. Hän toteaa mm., että siviiliasiat ovat aineellisoikeudellisten säännösten perusteella jaettavissa sopimusvapauden suhteen, ei kahteen, vaan kolmeen ryhmään seuraavasti: (1) asiat, joissa asianosaisilla on sopimusvapaus ja sovinnonteko-oikeus ennen riidan syntymistä (oikeudenkäyntiä) ja sen jälkeen eli oikeudenkäynnissä; (2) asiat, joissa asianosaisilla ei ole pakottavista säännöksistä johtuen sopimusvapautta ennen oikeudenkäyntiä, mutta sitä vastoin oikeudenkäynnissä ja (3) asiat, joissa asianosaisilla ei ole sopimusvapautta sen enempää oikeudenkäynnissä kuin sitä ennen (oikeudenkäynnin ulkopuolella). Dispositiivisia riita-asioita prosessilain tarkoittamassa mielessä ovat 1 ja 2 kohdassa tarkoitetut, indispositiivisia 3 kohdassa mainitut asiat.

Virolainen jatkaa hieman myöhemmin esityksessään, että OK:sta löytyy indispositiivista asiaa havainnollisemmin luonnehtiva säännös, nimittäin oikeudenkäyntikulujen korvausvelvollisuutta sanotussa asiassa koskeva OK 21:2: ”Jos asia koskee oikeussuhdetta, josta lain mukaan ei voida määrätä muutoin kuin tuomioistuimen ratkaisulla – –”. Asia on siis indispositiivinen, jos tavoiteltava oikeusseuraamus ei ole saatavissa aikaan asianosaisten keskinäisin sopimuksin, vaan se vaatii tuomioistuimen tai jonkin muun viranomaisen vahvistamisen.

Virolainen tarkastelee kysymystä myös sopimusvapauden epäämistä tai rajoittamista koskevien oikeuspoliittisten motiivien kannalta. Hän lausuu, että niistä käytetään usein sanontaa ”julkinen intressi”. Hänen mukaansa nuo motiivit vaihtelevat erityyppisissä indispositiivisissa asioissa. Lähinnä tulevat kysymykseen seuraavat perusteet: (1) asia koskee olennaisella tavalla myös muuta henkilöä kuin riidan asianosaista; esimerkkinä lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta sekä elatusta koskeva kysymys avioeroasiassa; (2) asia koskee muita henkilöitä, joiden piiriä ei voida ennen prosessia tarkemmin määritellä; esimerkiksi tietyt ympäristöoikeudelliset asiat, jolloin perusteena asian indispositiivisuudelle on kolmannen henkilön suojaaminen; (3) kysymys on intressistä, jota erityistä suojelua kaipaava asianosainen ei kykene itse riittävästi valvomaan ja jonka loukkaamattomuus tuomioistuimen on turvattava; esimerkiksi isyys- ja holhousasiat, sekä (4) asiassa on yksityisten intressien ohella kysymys vahvasta yhteiskunnallisesta intressistä. Näistä syistä johtuen tuomioistuimen on valvottava viran puolesta, että oikeussuhteen muuttumiselle tai kumoamiselle on olemassa lainmukaiset edellytykset ja että ratkaisu perustuu todelliseen selvitykseen eikä asianosaisten määräämistoimiin. Indispositiivisista asioista käytetäänkin toisinaan nimitystä virallisvalvontaiset asiat.[6]

---

[5] *Lappalainen*, mts. 87.
[6] *Havansi,* Prosessioikeus s. 178, *Virolainen* mts. 285 ss.

*Kiinteistöriitojen* osalta kysymys välimiesmenettelyn mahdollisuudesta on usein epäselvä. Kiinteistöoikeudellisella oikeussuhteella voi olla liittymiä julkisoikeuteen ja epäselvää on, kuuluuko riita yleisen tuomioistuimen vaiko hallintotuomioistuimen tai hallintoviranomaisen käsiteltäviin asioihin. Siinäkin tapauksessa, että riitakysymyksen tutkiminen sinänsä kuuluu yleisen tuomioistuimen toimivaltaan, voi olla epäselvää, olisiko kanteella tavoiteltu lopputulos saatavissa aikaan pelkästään asianosaisten sopimuksin, vai edellyttäisikö se julkisen vallan orgaanin tai muun riidan ulkopuolisen tahon myötävaikutusta. Tarkastelen seuraavassa eräitä kiinteistöoikeuden osa-alueita välimiesmenettelyn kannalta.

*Kiinteistönmuodostamislain* mukaan kiinteistötoimituksen asianosaiset voivat monessa tapauksessa edistää kiinteistötoimituksen suorittamista sopimuksin, mutta sopimiseen liittyy yleensä toimitusmiesten lakiin perustuva kontrolli. Niissäkin tapauksissa, joissa toimituksen asianosaiset saavat sopia joistakin toimitukseen liittyvistä kysymyksistä, niin kuin on sanotun lain 201 §:n 2 momentin mukaan tilikorvauksen määrän ja muiden korvaukseen liittyvien kysymysten osalta, ainoa vaihtoehto sopimiselle on toimitusmiesten päätös. Tästä syystä välimiesmenettely tuskin tulee kysymyksen kiinteistönmuodostamislain mukaisten asioiden osalta.

Harkittaessa välimiesmenettelyn mahdollisuutta *maankäyttö- ja rakennuslaissa* käsiteltyjen asioiden osalta huomio kiintyy lain 91 b §:ssä säänneltyyn maankäyttösopimukseen sekä rakennusrasitteita ja yhdyskuntateknisten laitteiden sijoittamista koskeviin säännöksiin lain 21 luvussa. Muissa tapauksissa välimiesmenettely tuskin tulee kysymykseen.

Ennen nykyisen maankäyttö- ja rakentamislain voimaantuloa joillakin kunnilla oli etenkin 1950- ja 1960-luvuilla tapana tehdä rakennusyritysten kanssa joskus varsin laajojakin sopimuksia eri alueiden kaavoituksesta, rakentamisesta ja alueen muusta kuntoonpanosta sekä siitä aiheutuvien kustannusten jaosta ja korvauksista. Usein tällaisiin aluerakentamissopimuksiin oli otettu lausekkeita erimielisyyksien ratkaisemisesta välimiesmenettelyssä. Sopimuksesta aiheutuvat riidat saatettiin tällöin riitakysymyksen laadusta riippuen laillisesti käsitelläkin välimiesmenettelyssä. Esimerkkinä voidaan mainita ratkaisu KKO 1986 II 162. Sen mukaan vuokralainen oli kunnan kanssa tekemässään asuntoalueen vuokraa tarkoittavassa vuokrasopimuksessa sitoutunut maksamaan kunnalle korvauksen kunnan myöhemmin määräämistä tontin kuntoonpanokustannuksista. Kunta oli sopimuksen perusteella vaatinut välimiesmenettelyssä vuokralaiselta korvausta alueen yhdyskuntarakentamisesta aiheutuneista kustannuksista. Korkein oikeus katsoi, että kun vaatimus ei koskenut lakiin tai muuhun säädökseen perustuvaa julkisoikeudellista maksuvelvollisuutta, välimiesoikeus tutkiessaan kanteen ei ollut mennyt toimivaltaansa ulommaksi.

Aluerakentamissopimusten teko vaimeni asuntotuotannon edistyessä ja kunnat siirtyivät suppea-alaisempiin kaavoitus- tai maankäyttösopimuksiin. Voimassa olevaan maankäyttö- ja rakennuslakiin sisällytettiin alun alkaen 11 § maankäyttösopimuksista, mutta se kumottiin, kun lakiin lisättiin 1.7.2003 voimaan tulleella lailla (222/2003) uusi 12 a luku kunnalle yhdyskuntarakentamisesta aiheutuvien kustannusten korvaamisesta. Sanottuun lukuun on sisällytetty 91 b §, joka koskee maankäyttösopimuksia. Säännöksessä tällaisen sopimuksen tekemiselle ja sisällölle on asetettu tiettyjä edellytyksiä ja rajoituksia. Maankäyttösopimukset koskevat

säännöksen mukaan kaavoitusta ja kaavojen toteuttamista, mutta niissä ei voida sitovasti sopia kaavojen sisällöstä. Kun kaavoitus koskee muitakin tahoja kuin sopijapuolia, nimittäin kunnan jäseniä yleisesti, on säännökseen otettu ehtoja, joiden tavoitteena on turvata kuntalaisten mahdollisuus vaikuttaa kaavan sisältöön ja samalla maankäyttösopimusten sisältöön. Tähän on pyritty maankäyttösopimuksesta tiedottamista koskevin säännöksin. Kumotussa 11 §:ssä tarkoitettuja maankäyttösopimuksia pidettiin yksityisoikeudellisina sopimuksina,[7] mutta tälle kannalle voidaan tuskin enää asettua lainmuutoksen jälkeen. Maankäyttösopimuksella, joka liittyy läheisesti maanomistajan lakisääteiseen velvollisuuteen osallistua yhdyskuntarakentamisen kustannuksiin, on asianomaisen hallituksen esityksen mukaan (HE 167/2002 vp.) pyritty ennen kaikkea tällaisten kustannusten ja kaavoituksesta aiheutuvan maan arvonnousun jakamiseen kunnan ja maanomistajan kesken. Maankäyttösopimukset liittyvät näin kunnan lakisääteisten tehtävien, kaavoituksen ja kaavojen toteuttamisen suorittamiseen. Kysymys on kunnallishallinnon käyttöön luodusta välineestä, jonka avulla kunta voi pyrkiä toteuttamaan julkisoikeudellista tehtäväänsä. Tähän nähden lähtisin siitä, että kaavoitussopimukset koskevat julkisoikeudellista oikeussuhdetta, jota koskevat riidat jäävät välimiesmenettelyn ulkopuolelle.

Rakennusrasitteista ja yhdyskuntateknisten laitteiden kuten kiinteistöä palvelevien johtojen sijoittamisesta on säännöksiä maankäyttö- ja rakennuslain 158–163 §:ssä. Rakennusrasitteiden perustaminen edellyttää kiinteistöjen omistajien sopimusta, mutta sanotun lain 158 §:n 4 momentin mukaan rakennusrasitteen perustamisesta, muuttamisesta ja poistamisesta päättää kunnan rakennusvalvontaviranomainen. Asian vireillepanotapa on hakemus. Tähän liittyvät riidat sulkeutuvat näin ollen välimiesmenettelyn ulkopuolelle. Erimielisyydet ratkaistaan pääsääntöisesti hakemus- ja valitusmenettelyssä. Mainituista toimenpiteistä johtuvasta korvauksesta voidaan sopia, mutta ellei asiasta sovita, asia ratkaistaan lain 160 §:n 2 momentin mukaan lunastuslain mukaisessa järjestyksessä eli lunastustoimituksessa. Myös korvausta koskevat riidat sulkeutuvat siten välimiesmenettelyn ulkopuolelle. Rasitealueen tai muun rasitteen kohteen kunnossapidosta ei laissa ole säännöksiä. Kunnossapidosta voidaan sopia. Kunnossapitoa koskeva riita voi sen vuoksi olla välimiesmenettelyn kohteena.

Maankäyttö- ja rakennuslain 161–163 §:ssä tarkoitettujen yhdyskuntateknisten laitteiden osalta voidaan todeta, että vaihtoehtoisia tapoja perustaa niiden sijoittamista koskeva oikeus, ovat sopimus ja kunnan rakennusvalvontaviranomaisen päätös (Maankäyttö- ja rakennuslaki 161 §:n 1 momentti ja 163 §). Rakennusvalvontaviranomaisen päätös muodostaa ainoan vaihtoehdon sopimukselle. Sen sijaan yhdyskuntateknisten laitteiden muuttaminen ja poistaminen edellyttävät kunnan rakennusvalvontaviranomaisen päätöstä (162 §). Sijoittamisesta, muuttamisesta ja poistamisesta johtuvat riidat eivät voi olla välimiesmenettelyn kohteena. Sijoittamisesta aiheutuvasta vahingosta tai haitasta johtuvasta korvauksesta voidaan sopia, mutta ellei sopimusta saada aikaan, asia ratkaistaan lunastuslain mukaisessa järjestyksessä. Vastaavalla tavalla asianlaita on yhdyskuntateknisen laitteen muuttamisesta ja poistamisesta aiheutuvan

[7] *Ekroos, Ari – Majamaa, Vesa*, Maankäyttö- ja rakennuslaki. Helsinki 2000, s. 74.

korvauksen osalta. Sanotunlaisten laitteiden kunnossapidosta ei lakiin sisälly säännöksiä. Kunnossapidosta voidaan sopia. Kunnossapidosta johtuvat riidat voivat sen vuoksi olla välimiesmenettelyn kohteena.

*Omistajan suojakeinoja ulkopuolisten taholta tulevaa häirintää vastaan* ovat virka-avun ohella omistajankanteet, vahingonkorvauskanne ja mahdollisuus rangaistusvaatimuksen esittämiseen häiritsijää vastaan. Omistajankanteita ovat hallintakanne, jossa kantaja omistajan asemaansa nojautuen vaatii vastaajan velvoittamista luovuttamaan esineen hallinta, kieltokanne, jossa kantaja omistajanasemaansa vedoten vaatii vastaajan velvoittamista pidättäytymään kantajan hallinnan häirinnästä, ja ennallistamiskanne, jossa kantaja omistajanasemaansa nojautuen vaatii vastaajan velvoittamista palauttamaan rikkomansa olosuhde ennalleen. Välimiesmenettelyä silmällä pitäen huomiota on aiheellista kiinnittää omistajankanteisiin ja vahingonkorvauskanteeseen. Kaikissa niissä tapauksissa, joissa näiden kanteiden käyttö tulee kysymykseen, kanteella tavoiteltu oikeustila voidaan saada aikaan myös sopimuksin. Välimiesmenettely tulee näin ollen pääsääntöisesti kysymykseen kanteiden kohteena olevien riita-asioiden ratkaisukeinona.

*Saannonmoitekanteissa* on kysymys paremmasta oikeudesta esineeseen. Näissä tapauksissa kantaja, lähtien siitä, että hän on esineen, kiinteistön, oikea omistaja, vaatii vastaajan saannon pätemättömäksi julistamista ja tähän liittyen tavallisesti myös riidanalaisen esineen hallinnan palauttamista ja kiinteistöön vastaajalle mahdollisesti myönnetyn lainhuudon mitättömäksi julistamista. Välimiesmenettelyn mahdollisuutta saannonmoiteriitojen ratkaisukeinona käsitellään tarkemmin jäljempänä.

*Maakaaressa* on säännöksiä kiinteistön saannosta, saannon ja kiinteistöön kohdistuvien erityisten oikeuksien kirjaamisesta ja kiinteistöpanttioikeudesta. Kirjaamisasiat ovat hakemusasioita ja niitä koskevat erimielisyydet ratkaistaan hakemus- ja valitusmenettelyssä. Saannoista kiinteistön ja maakaaressa siihen rinnastetun yksikön luovutus samoin kuin panttaus perustuvat sopimukseen. Sopimusteitse voidaan myös muuttaa ja purkaa aikaisemmin tehtyjä sopimuksia. Sopimuksia koskevat riita-asiat ovat pääsääntöisesti dispositiivisia. Kaikki riita-asiat eivät kuitenkaan ole sellaisia, että niiden osalta sopimus olisi sallittu ja ne voisivat olla välimiesmenettelyn kohteena. Seuraaviin näkökohtiin on aiheellista kiinnittää huomiota.

Kiinteistöjen vaihdantaan liittyy huomattava yleinen intressi, joka koskee tiedonsaantia kiinteistöjen omistussuhteista ja kiinteistöihin kohdistuvista erilaisista oikeuksista. Tiedonsaannin intressi on sekä julkisen vallan orgaaneilla kuten vero- ja kaavoitusviranomaisilla että yksityisillä, jotka tarvitsevat tietoa esimerkiksi kiinteistöjen hintatasosta määrätyllä alueella tehtyjen kauppojen valossa. Tiedonsaanti on pyritty turvaamaan kaupan vahvistamista ja erilaisten rekistereiden pitoa koskevin säännöksin ja järjestelyin. Silloin kun kysymys on kiinteistön luovutuksesta, keskeinen tiedon välittäjä on kaupanvahvistaja. Kaupanvahvistaja vahvistaa kiinteistön kauppakirjan (MK 2: 1 § 1). Sama koskee kauppakirjan mukaisten ehtojen muuttamista ja kaupan purkamissopimusta (MK 2: 5 §), kiinteistön kaupan esisopimusta (MK 2: 7 § 2), kiinteistöjen vaihtoa (MK 4: 1 §), kiinteistön lahjoittamista (MK 4: 2 §), kiinteistön luovuttamista apporttina osakeyhtiöön (MK 4: 3 §), määräosin omistetun kiin-

teistön jakosopimusta (MK 4: 3 §) sekä kiinteistön omistusoikeuden luovuttamista näihin verrattavalla oikeustoimella (MK 4: 3 §). Kaupanvahvistajan ilmoituksista viranomaisille on säädetty kaupanvahvistaja-asetuksen 7 §:ssä. Sen mukaan ilmoitukset kiinteistöjen luovutuksista on lähetettävä maanmittaustoimistolle ja kunnalle. Maanmittaustoimistosta tiedot välittyvät edelleen kiinteistöjen kauppahintarekisteriin, kirjaamisviranomaisille, joiden on valvottava mm. lainhuudatusvelvollisuuden noudattamista, ja verohallinnon rekistereihin.

MK 6 luvun 13 §:n mukaan tuomioistuimen on ilmoitettava kirjaamisviranomaiselle vireille tulleesta asiasta, joka koskee kiinteistön saannon purkamista tai pätemättömyyttä taikka parempaa oikeutta kiinteistöön, sekä ratkaisustaan ja siitä, onko sen antama ratkaisu saanut lainvoiman. Sama koskee kannetta, jossa vaaditaan kirjaamisen julistamista mitättömäksi tai sen oikaisemista. Tällä säännöksellä on pyritty turvaamaan lainhuuto- ja kiinnitysrekisteriin saannosta merkittyjen tietojen pysyminen ajan tasalla. Tuomioistuimella on säännöksessä tarkoitettu yleistä tuomioistuinta.

Järjestelmä muodostuu siis kaiken kaikkiaan sellaiseksi, että kiinteistön luovutuksesta ja sen keskeisistä ehdoista samoin kuin luovutuksen ehtojen muuttamisesta sopimuksin ja luovutuksen purkusopimuksesta ja muista edellä mainituista oikeustoimista tieto mm. lainhuuto- ja kiinnitysrekisteriin välittyy kaupanvahvistajalta, jonka on vahvistettava nuo oikeustoimet oikeiksi.

Jos taas kiinteistön saanto puretaan tai julistetaan pätemättömäksi tuomiolla tai jos tuomio koskee moitetilanteissa parempaa oikeutta kiinteistöön, tuomioistuimen tulee ilmoittaa ratkaisustaan kirjaamisviranomaiselle lainhuuto- ja kiinnitysrekisteriin tehtävää oikaisua varten.

MK 6 luvun 13 § koskee yleisiä tuomioistuimia. Sen sijaan säännöksessä tarkoitettujen juttujen asianosaisilla sen enempää kuin välimiesoikeudellakaan ei ole vastaavanlaista ilmoitusvelvollisuutta. Asianosaiset eivät voi keskinäisin sopimuksin, ilman kaupanvahvistajan tai tuomioistuimen myötävaikutusta, sopia pätevästi kiinteistön luovutuksesta, luovutuskirjaan merkittyjen ehtojen muuttamisesta tai luovutussopimuksen purkamisesta sopimuksin taikka sopia jälkikäteen, että aikaisemmin tehty luovutussopimus on pätemätön. Näitä kysymyksiä koskevat riita-asiat jäävät myös välimiesmenettelyn ulkopuolelle. Niin ikään moitekanteet, joissa on kysymys paremmasta oikeudesta kiinteistöön, jäävät välimiesmenettelyn ulkopuolelle. Jossain määrin epäselvä on hinnanalennuskanteen asema välimiesmenettelyn näkökulmasta. Kiinteistön kauppakirjaan merkityn kauppahinnan alentaminen sopimuksin edellyttää kaupanvahvistajan vahvistusta. Asianosaiset eivät voi pelkästään keskinäisin sopimuksin saada tuota seurausta juridisesti sitovalla tavalla aikaan. Toisaalta myyjä voi jättää osan kauppahintaa perimättä ja lisäksi asianosaiset voivat hinnanalennuskanteen ollessa tuomioistuimessa vireillä tehdä sitovan sovinnon, jolla myyjä luopuu osasta kauppahintavaadettaan. Tähän nähden lienee mahdollista käsitellä kauppahinnan alennuskanteita myös välimiesoikeudessa.

Muunlaisten kiinteistön luovutussopimusta koskevien riitojen ratkaiseminen voidaan sen sijaan jättää välimiehille. Tällaisia ovat esimerkiksi kiinteistön luovutussopimuksen ja sen ehtojen tulkintaa koskevat riidat, kanteet, joissa vaaditaan sopijapuolen velvoittamista täyttämään sopimusvelvoitteensa ja sopimusrikkomuksista johtuvat vahingonkorvauskanteet.

Kiinteistöpanttioikeuden perustaminen, muuttaminen ja kumoaminen edellyttävät kukin sopimuksen ohella kirjaamisviranomaisen myötävaikutusta. Asianosaiset eivät voi pelkästään sopimuksin saada mainittuja seurauksia aikaan. Lisäksi kysymys on hakemuslainkäytön piiriin kuuluvista asioista. Ne jäävät selvästi välimiesmenettelyn ulkopuolelle. Välimiesmenettelyn ulkopuolelle jäävät myös etuoikeusjärjestystä koskevat vaatimukset. Sen sijaan panttaussopimuksen tulkintaa ja sisällön vahvistamista koskevat kysymykset samoin kuin pantinhaltijan vaatimus velallisen velvoittamisesta täyttämään suoritusvelvollisuutensa voivat tulla välimiesoikeuden tutkittaviksi.

*Yhteisomistussuhteiden* osalta voinevat välimiesten ratkaistaviksi tulla kysymykset yhteisesti omistetun esineen (kiinteistön) osuuksien suuruuden vahvistamisesta. Tässä yhteydessä on aiheellista kiinnittää huomiota siihen, että kiinteistönmääritystoimituksessa ei voida ratkaista tätä kysymystä muutoin kuin ehkä ennakkoluontoisena kysymyksenä. Kiinteistönmääritystoimituksessa voidaan sen sijaan ratkaista yhteisen alueen tai yhteisen erityisen etuuden osakaskiinteistöt ja niille kuuluvien osuuksien suuruudet (Kiinteistönmuodostamislaki 101 § 1 momentti 5. kohta). Sen sijaan riidat, jotka koskevat oikeutta käyttää yhteistä esinettä tai yhteisen esineen jakoa sulkeutuvat välimiesmenettelyn ulkopuolelle, koska näitä riitoja varten lakiin eräistä yhteisomistussuhteista on otettu erityissäännöksiä niiden ratkaisumekanismeista. Välimiesoikeudessa voitaneen sen sijaan ratkaista vahingonkorvausvaatimukset, jotka perustuvat siihen, että yhteisen esineen osakas on yhteistä esinettä käyttäessään ylittänyt oikeutensa. Niin ikään yhteisen esineen hallinnan tai käytön jakoa koskevasta sopimuksesta johtuvat riidat voinevat tulla välimiesoikeuden ratkaistaviksi.

*Naapuruuslainsäädännön* piiriin kuuluvista jutuista immisioita koskeviin asioihin liittyy huomattava ympäristönsuojelua koskeva intressi, mistä johtuen tällaiset jutut ovat selvästi indispositiivisia. Sama koskee myös muunlaisia *ympäristön suojelua koskevia asioita*. *Vesiasioissa*, jotka pääosin ovat hakemus- tai virka-apuasioita, vesiviranomaisen valvonta on lähes kauttaaltaan kuvassa mukana, minkä vuoksi tällaisten asioiden käsittely ei juuri tule kysymykseen välimiesoikeudessa. Naapuruuslain piiriin kuuluvista jutuista oikeastaan vain sanotun lain 16 §:ssä tarkoitetut jutut, joissa on kysymys naapurin velvollisuudesta sallia naapurin tai lähellä asuvan vetää kotitarvekäyttöä palvelevia puhelin- ja sähköjohtoja tiluksiensa kautta, näyttäisivät voivan tulla välimiesmenettelyssä käsitellyiksi. Näissä tapauksissa on nimittäin edellytetty, että osapuolet voivat sopia johtojen sijoittamisesta ja niiden paikoista sekä korvauksista, mutta ellei sopimusta saada aikaan, nämä kysymykset ratkaistaan yleisessä alioikeudessa.

Jutut, jotka koskevat tilusten rauhoittamista kotieläinten vahingonteoilta, mm. naapurien keskinäistä aitausvelvollisuutta tai yhteisen metsämaan laiduntamista, jäänevät sen sijaan välimiesmenettelyn ulkopuolelle, sillä asianomaisessa laissa on sopimuksen kanssa vaihtoehtoiseksi riidan ratkaisukeinoksi osoitettu erityinen menettely, jonka osalta on tässä tyydyttävä viittaamaan po. lakiin (6 §, 35 § ja 36 §).

Vuokralainsäädäntömme niin *maanvuokran* kuin *huoneenvuokrankin* osalta lähtee sopimusvapauden pohjalta, vaikka sekä maanvuokralakiin että asuinhuoneiston ja liikehuoneiston vuokrausta koskeviin lakeihin sisältyy pakottavia säännöksiä.

Maanvuokralain 84 §:ssä säädetään nimenomaisesti, että vuokrakirjassa voidaan sopia, että vuokrasopimuksesta johtuvat erimielisyydet on välimiesten ratkaistava niin kuin välimiesmenettelystä annetussa laissa on säädetty. Säännöksessä jatketaan, että asiaa, josta on voimassa välityssopimus, ei asutuslautakunta tai oikeastaan sitä nykyään vastaava kunnan maaseutuelinkeinoviranomainen saa ottaa soviteltavakseen. On aiheellista kiinnittää huomiota siihen, että säännös koskee nimenomaan vuokrasopimuksesta johtuvia erimielisyyksiä, ei sen sijaan mitä hyvänsä maanvuokrasuhteeseen liittyvää riitaa. Niinpä erilaiset kollisiotilanteet kuten kysymys maanvuokrasopimuksen sitovuudesta kohdekiinteistön omistajanvaihdoksissa tai vuokraoikeuden siirron sitovuudesta siirtäjän velkoja- ja seuraajatahoon nähden, jäävät myös kolmansien miesten oikeutta koskevina välimiesmenettelyn ulkopuolelle. Siirtosopimuksesta sinänsä johtuvat riidat voinevat sen sijaan olla välimiesmenettelyn kohteina.

Pääpiirteissään vastaavalla tavalla välimiesmenettelyn mahdollisuutta voidaan arvioida myös huoneenvuokrasopimusten osalta. Käytännössä välityslausekkeita näyttää käytetyn pääasiassa liikehuoneiston vuokraamista koskevissa sopimuksissa ja tällaisia juttuja on välimiesoikeuksissa ollut myös vireillä.

Samalla tavoin näyttäisi voitavan arvostella myös *metsästysoikeuden ja kalastusoikeuden vuokraamista* koskevien sopimusten välimiesmenettelykelpoisuutta. Kalastuslain 20 §:n 2 momentissa edellytetään, että kalastusoikeutta koskevan sopimuksen purkamista koskeva asia on erimielisyyden sattuessa pantava vireille kanteella yleisessä alioikeudessa. Säännös on yhdenmukainen sen kanssa, mitä edellä lausuttiin kiinteistön luovutussopimuksen purkamisesta maakaaren valossa.

*Kiinteistöeläkkeen eli syytingin* perustaminen tapahtuu normaalisti siten, että tilan kauppakirjaan otetaan siitä ehto. Syytinki muodostaa tavallisesti osan tilan myyjälle suoritettavaa vastiketta. Ehdon ottaminen kauppakirjaan perustuu sopimusvapauteen ja niin ehdosta johtuvat riidat voivat olla välimiesmenettelyn kohteena. Tässäkin tapauksessa kiinteistön kaupan purkamista ehdon noudattamatta jättämisen vuoksi ja kaupan pätemättömäksi julistamista koskevat riidat samoin kuin riidat, joissa on kysymys paremmasta oikeudesta kiinteistöön, jäävät kuitenkin välimiesmenettelyn ulkopuolelle.

*Metsänhakkuun* ja *maa-ainesten ottamisen* osalta lähtökohtana on sopimusvapaus. Maanomistaja voi myydä alueeltaan metsää ja maa-aineksia periaatteessa haluamillaan ehdoilla. Sekä metsänhakkuuseen että maa-ainesten ottamisen liittyy kuitenkin toisaalta huomattava ympäristönsuojelullinen intressi. Sen huomioon ottaminen on laissa järjestetty valvonta- ja lupalainsäädännöllä. Julkisen viranomaisen valvonta ei koske itse sopimuksen tekoa, vaan sen toimeenpanoa. Aiotusta hakkuusta on pääsäännön mukaan tehtävä metsälautakunnalle hakkuuilmoitus. Maa-ainesten ottamisen osalta taas on tehtävä ottamissuunnitelma, jonka perusteella kunnan asianomaiselta elimeltä tulee ennen ottamisen aloittamista hakea ja saada ottamislupa.

Käytännössä menetellään metsänhakkuun ja maa-ainesten ottamisen osalta usein siten, että maanomistaja tai hänen valtuuttamanaan ostaja arvioittaa asiantuntijoilla, kuinka paljon ja minkälaatuista puutavaraa maanomistajan metsästä voidaan hakata tai kuinka paljon ja

minkälaatuista maa-ainesta hänen alueeltaan voidaan ottaa, ja tekee sen jälkeen ennen sopimuksen tekoa tarpeelliset ilmoitukset viranomaisille tai hakee näiltä tarvittavat luvat. Vasta ilmoitusten jälkeen tai kun luvista on lainvoimainen ratkaisu, tehdään metsänhakkuusta tai maa-aineksen ottamisesta ilmoituksen tai lupapäätöksen asettamissa puitteissa sopimus. Tällöin on selvää, että julkisen viranomaisen valvontaa koskevien erimielisyyksien ratkaiseminen jää välimiesmenettelyn ulkopuolelle. Sen sijaan sopimuksen tulkintaa ja sopimuksesta johtuvien velvoitteiden täyttämistä koskevat riidat ja laiminlyönneistä johtuvat vahingonkorvauskanteet voivat tulla välimiesmenettelyssä ratkaistaviksi.

Useissa *valtion liikelaitoksia* koskevissa laeissa on nimenomaisia säännöksiä siitä, että ao. laitos kantaa ja vastaa valtion puolesta ja valvoo sen etua liikelaitoksen toimialaan kuuluvissa asioissa mm. välimiesmenettelyssä. Tämä onkin luonnollista, kun kysymys on liiketoimintaa harjoittavista orgaaneista. Välimiesmenettely on nimenomaan liiketoimintaan liittyvää yksityistä lainkäyttöä. Laki valtion liikelaitoksista ei sisällä tällaista nimenomaista säännöstä, vaan sen 17 §:n mukaan liikelaitos kantaa ja vastaa valtion puolesta sekä valvoo tuomioistuimissa, viranomaisissa ja toimituksissa valtion etua ja oikeutta liikelaitosta koskevissa asioissa. Säännös on kuitenkin niin väljä, ettei se näyttäisi muodostuvan esteeksi välimiesmenettelylle. Valtion laitoksia, jotka joutuvat tekemisiin kiinteän omaisuuden kanssa ja joiden osalta välimiesmenettelyä on nimenomaisesti pidetty mahdollisena, ovat tiehallinnon keskushallinto (VNA tiehallinnosta 14 §), museovirasto (A museovirastosta 17 §), metsäntutkimuslaitos (A metsäntutkimuslaitoksesta 14 §), riista- ja kalatalouden tutkimuslaitos (A riista- ja kalatalouden tutkimuslaitoksesta 15 §) ja säteilyturvakeskus (A säteilyturvakeskuksesta 13 §).

Edellä mainittujen säännösten olemassaolo ei tietenkään vielä sellaisenaan ratkaise sitä, voidaanko esiin nouseva riita käsitellä välimiesoikeudessa. Sanotut säännökset ovat toimivaltasäännöksiä, jotka sinänsä eivät ratkaise kysymystä, mutta osoittavat varautumista myös välimiesmenettelyn mahdollisuuteen. Kussakin tapauksessa on kuitenkin erikseen harkittava, voitaisiinko mahdollisella kanteella tavoiteltuun lopputulokseen päästä vaihtoehtoisesti pelkästään osapuolten sopimuksin. Jos näin on, asia voidaan ratkaista myös välimiesmenettelyssä.

# Esko Hopun bibliografia 1962–2003

## 1962

Voiko osakeyhtiö sulautua avoimeen tai kommandiittiyhtiöön? Defensor Legis 1962, s. 255–276.

Lähilausekkeesta matkarahtauksessa I. Defensor Legis 1962, s. 341–374.

Brecht, Christoph Heinrich, Zur Haftung der Shiffer im antiken Recht, München 1962. Kirja-arvostelu. Lakimies 1962, s. 638–639.

## 1963

Oikeustieteellisen tiedekunnan tohtoripromootio 23.4.1963. Lakimies 1963, s. 179–181.

Lähilausekkeesta matkarahtauksessa II. Defensor Legis 1963, s. 189–210.

Scandinavian Studies in Law, Volume 6, Uppsala 1962. Kirja-arvostelu. Lakimies 1963, s. 156–158.

## 1964

Pohjoismainen merioikeusseminaari. Lakimies 1964, s. 303–304.

Holhousviranomaisen luvan puuttumisen aiheuttamasta pätemättömyydestä kiinteistönkaupassa. Lakimies 1964, s. 415–446.

Otillbörlig konkurrens och god affärssed, Yttranden avgivna av näringslivets opinionsnämnd, Stockholm 1963. Kirja-arvostelu. Lakimies 1964, s. 616–618.

## 1965

Pohjoismaiden merioikeusinstituutin puitteissa tapahtuvasta yhteistyöstä. Lakimies 1965, s. 619–627.

## 1966

Rahdinottajan tavaravastuusta silmällä pitäen vastuuvarausoikeutta matkarahtauksessa. Väitöskirja. Vammala 1966, xxxx + 336 s.

Peters, Rainer, Der Beginn der Liegezeit nach See- und Binnenschiffahrtsrecht unter Berücksichtigung gebräuchlicher Charterformulare, Berlin 1964. Kirja-arvostelu. Lakimies 1966, s. 988–989.

Scandinavian Studies in Law, Volume 9, Uppsala 1965. Kirja-arvostelu. Lakimies 1966, s. 980–985.

## 1967

Kiinnitysrekisterin julkisuudesta. Defensor Legis 1967, s. 396–404.

## 1968

Näkökohtia kaupan ja kuljetussopimuksen keskinäisestä suhteesta I. Defensor Legis 1968, s. 15–34.

Om huvudmannens reklamationsskyldighet då fullmäktigen överskrider sin behörighet. Juridiska Föreningens Tidsskrift 1968, s. 51–85.

Valtion oikeudesta luopua saatavistaan. Tutkimus lainlievennysvallan käyttämisestä maksuvapautuslain nojalla. Vammala 1968, xvii + 298 s.

Asianajajien kysyntä ja tarjonta Suomessa vuosina 1970–1980. Defensor Legis 1968, s. 61–63.

Suomen oikeus- ja yhteiskuntajärjestys. R. A. Wreden samannimisen teoksen pohjalta toim. Inkeri Anttila – Yrjö Blomstedt – Erik Castren – Esko Hoppu – Heikki Jokela – Paavo Kastari – Ilmari Melander – V. Merikoski – Arvo Sipilä – Tauno Tirkkonen – Matti Ylöstalo – Simo Zitting. Porvoo 1968, xvi + 472 s.

## 1969

Oikeusturvavakuutus ja oikeus valita asianajaja. Defensor Legis 1969, s. 43–45.

Näkökohtia kaupan ja kuljetussopimuksen keskinäisestä suhteesta II ja III. Defensor Legis 1969, s. 17–39 ja 284–303.

Veneliikennelaki. Defensor Legis 1969, s. 225–228.

Oikeusturvavakuutus ja asianajajan lasku. Defensor Legis 1969, s. 239–241.

Asianajajalain 7 §:n 2 momentin tulkintaa erään hovioikeusratkaisun valossa. Defensor Legis 1969, s. 241–242.

Maksuttomasta oikeudenkäynnistä valtiolle aiheutuneet kustannukset. Defensor Legis 1969, s. 242–245.

Lulu-problemet i finsk rättspraxis. Juridiska Föreningens Tidsskrift 1969, s. 279–291.

Holhoojan palkkio. Oikeustapausselostus. Defensor Legis 1969 II, s. 29–31.

## 1970

Kunnan oikeudesta vapauttaa virkamies vahingonkorvausvelvollisuudesta. Lakimies 1970, s. 681–694.

Hinaus. Oikeustapausselostus. Defensor Legis 1970 II, s. 17–22.

Kurinpitoasioita. Defensor Legis 1970, s. 427–430.

Suomen oikeus- ja yhteiskuntajärjestys. R. A. Wreden samannimisen teoksen pohjalta toim. Inkeri Anttila – Yrjö Blomstedt – Erik Castren – Esko Hoppu – Heikki Jokela – Paavo Kastari – Ilmari Melander – V. Merikoski – Arvo Sipilä – Tauno Tirkkonen – Matti Ylöstalo – Simo Zitting. 2. painos, Porvoo 1970, xvi + 478 s.

## 1971

The carrier's liability under the Scandinavian bills of lading acts in case of concurrent causes. Julkaisussa Scandinavian Studies in Law, Volume 15. Uppsala 1971, s. 107–127.

Suomen nimismiesyhdistys 50 vuotta. Defensor Legis 1971, s. 360–361.

Rakennusliikkeen toimihenkilön oikeudesta tehdä rakennusliikettä sitovia oikeustoimia. Rakennustaito 1971, s. 763–766.

Oikeudenkäyntikulujen korvausvastuu vastuu-, liikenne-, meri- ja takuuvakuutuksessa I. Defensor Legis 1971, s. 375–398.

## 1972

Alistamisesta rakennusurakassa, Sivu-urakan alistamista pääurakkaan koskeva oikeudellinen tutkimus. Vammala 1972, xvi + 168 s.

Alivakuutusperiaatteiden soveltaminen aluksen kaskovakuutuksessa. Lakimies 1972, s. 512–521.

Oikeusturvavakuutus. Vammala 1972, xxiii + 373 s.

Vastuunrajoitusehdoista kaupassa. Julkaisussa Liike-elämän sopimusoikeutta, Lakimiesliiton Koulutuskeskuksen julkaisuja nro 6. Vammala 1972, s. 82–103.

Oikeudenkäyntikulujen korvausvastuu vastuu-, liikenne-, meri- ja takuuvakuutuksessa II–V. Defensor Legis 1972, s. 11–34, 113–128, 228–245 ja 337–355.

Oikeusturvavakuutus ja yleisen oikeusaputoiminnan laajentaminen. Suomen Vakuutusvuosikirja nro 30 1972, s. 27–34.

(& Väinö Vihma) Velvoiteoikeuden pääkohdat. Moniste. Helsinki 1972, 68 s.

Maksutonta oikeudenkäyntiä koskevan vakuutuksen todistaminen. Defensor Legis 1972, s. 166–167.

Kurinpitoasioita. Defensor Legis 1972, s. 77–80, 379–380 ja 534–536.

## 1973

Stadens ansvar för djupförhållandena i hamn. Juridiska Föreningens Tidsskrift 1973, s. 185–196.

Suomalainen Lakimiesyhdistys 75 vuotta. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen juhlajulkaisu. Toimituskunta: Antti Suviranta – Esko Hoppu – Paavo Kekomäki – Mikko Kämäräinen – Juhani Wirilander. Vammala 1973, vi + 382 s.

Urakkasopimuksen osapuolten vastuu kolmatta kohtaan. Julkaisussa Vastuusta rakentamisessa, Lakimiesliiton Koulutuskeskuksen julkaisuja nro 9. Vammala 1973, s. 139–149.

Asianajajalaitos. Julkaisussa Kodin lakikirja. Keuruu 1973, s. 954–957.

Oikeusturvavakuutuksen soveltamisalan peruskysymyksiä. Defensor Legis 1973, s. 79–95.

Nimi. Julkaisussa Kodin lakikirja. Keuruu 1973, s. 198–202.

Vahingonkorvaus. Julkaisussa Kodin lakikirja. Keuruu 1973, s. 1060–1063.

(& Ari Saarnilehto) Vuokra-asunto. Julkaisussa Kodin lakikirja. Keuruu 1973, s. 308–320.

## 1974

Oikeustieteelliset opinnot uudistuvat. Lakimies 1974, s. 649–650.

Pääurakoitsijan oikeudet alistettavaa sivu-urakkaa solmittaessa ja purettaessa. Rakennustuotanto 1974, s. 8–11.

Suomen oikeus- ja yhteiskuntajärjestys. R. A. Wreden samannimisen teoksen pohjalta toim. Inkeri Anttila – Yrjö Blomstedt – Erik Castren – Esko Hoppu – Heikki Jokela – Paavo Kastari – Ilmari Melander – V. Merikoski – Arvo Sipilä – Tauno Tirkkonen – Matti Ylöstalo – Simo Zitting. 2. painoksesta muuttumaton lisäpainos, Porvoo 1974, xvi + 478 s.

Sähköurakan alistaminen. Sähköurakoitsija 1974, s. 16–18.

Vahingonkorvauslainsäädännön uudistus heijastuu myös vakuutustoimintaan. Vakuutussanomat 1974, s. 16–18.

## 1975

Julkisyhteisön ja virkamiehen vastuu. Lakimiesliiton Koulutuskeskuksen julkaisuja nro 15. Vammala 1975, s. 74–100.

Kanavointisääntö vahingonkorvausoikeudessa. Julkaisussa Juhlajulkaisu Urho Kaleva Kekkonen 1900 – 3/9 – 1975. Vammala 1975, s. 345–355.

Juhlajulkaisu Urho Kaleva Kekkonen 1900 – 3/9 – 1975. Toimituskunta: Esko Hoppu – Erkki Ailio – Edward Andersson – Pertti Muukkonen – Ilkka Saraviita – Kauko Sipponen – Antti Suviranta – Mikael Hiden. Vammala 1975.

(& Väinö Vihma) Velvoiteoikeuden pääkohdat. Moniste. 2. painos. Helsinki 1975, 64 s.

Armas Arti, Vahingonkorvauslaki selityksineen, Forssa 1975. Kirja-arvostelu. Vakuutussanomat 1975, s. 19 ja Försäkringstidning 1975, s. 40.

Asianajajalaitos. Julkaisussa Kodin lakikirja. 2. uudistettu painos, Keuruu 1975, s. 982–985. (Tämän jälkeen teoksesta on otettu useita uudistettuja painoksia.)

Vahingonkorvauslain tulkintakysymyksiä, Vaasan hovioikeuspiirin VI tuomarikokous 29. ja 30.5.1975. Vaasa 1975, s. 76–87.

Vahingonkorvauslaki ja vakuutus. Lakimies 1975, s. 99–108.

(& Reino Erma) Sivu- ja alaurakan oikeudellisia kysymyksiä. Vammala 1975, 113 s.

Nimi. Julkaisussa Kodin lakikirja. 2. uudistettu painos, Keuruu 1975, s. 207–211.

Vahingonkorvaus. Julkaisussa Kodin lakikirja. 2. uudistettu painos, Keuruu 1975, s. 1090–109.

(&Ari Saarnilehto) Vuokra-asunto. Julkaisussa Kodin lakikirja. 2. uudistettu painos, Keuruu 1975, s. 313–329.

## 1976

Avustajan määrääminen maksuttomasta oikeudenkäynnistä annetun lain mukaan. Defensor Legis 1976, s. 9–19.

(& Pirkko-Liisa Aro) Kustannustason nousu ja rakennusurakkasopimus. Helsinki 1976, 77 s.

(& Reino Erma) Vahingonkorvauksesta ja sopimusvastuusta rakennusurakassa. Helsinki 1976, vi + 233 s.

## 1977

Kurinpitomenettelystä Suomen Asianajajaliitossa. Defensor Legis 1977, s. 71–81.

(& Eero Routamo) Suomen vahingonkorvausoikeus. Vaasa 1977, xxiv + 340 s.

Vakuutuskuluttaja hyvässä asemassa. Vakuutussanomat 1977, s. 12–16.

## 1978

Skadestånd – försäkring, Nuläge och utvecklingstendenser. Föredrag. Det 28. Nordiske juristmötet i Köpenhamn 23.–25.8.1978.

## 1979

Merioikeus. Julkaisussa Otavan suuri ensyklopedia 6. Helsinki 1979, s. 4254–4255.

Merivahinko. Julkaisussa Otavan suuri ensyklopedia 6. Helsinki 1979, s. 4263.

Monivakuutus. Vahinkovakuutusta koskeva tutkimus. Helsinki 1979, s. vii + 150 s.

Mikko Tulokas, Öljyvahingoista erityisesti aluksista aiheutuvien vahinkojen korvaamisen kannalta, Vammala 1978. Virallisen vastaväittäjän lausunto. Lakimies 1979, s. 199–202.

## 1980

Kauppa- ja varallisuusoikeuden pääpiirteet. Helsinki 1980, xvi + 322 s.

(& Reino Erma ja Hannu von Herzen) Tavarakaupan yleiset sopimusehdot (TYSE Suomi – SEV). Espoo 1980, xiv + 431 s.

## 1981

Antero Palaja, Aikarahtauksesta, Vammala 1980. Virallisen vastaväittäjän lausunto. Lakimies 1981, s. 186–192.

## 1982

Handels- och förmögenhetsrätten i huvuddrag. Helsingfors 1982, xvii + 314 s.

Vahingonkorvausvastuu. Julkaisussa Lakitieto. Toim. Heikki Simola. Helsinki 1982, s. 820–833.

## 1983

Aluerakentamissopimuksista. Lakimies 1983, s. 922–930.

(& Kalle Achté) Lääkärin taitovirhe ja vahingonkorvausvastuu. Helsinki 1983, xiv + 350 s.

Vastuu tuontitavaran taljauskustannuksista. Suomen merioikeusyhdistys, Merioikeudellisia kirjoituksia. Helsinki 1983, s. 41–51.

## 1984

Reino Erma, Rakennusurakan sopimusehdot II, Välimiestulkintoja vuosilta 1957–1980, Helsinki 1983. Kirja-arvostelu. Defensor Legis 1984, s. 85–87.

Suomi on kuluttajan luvattu maa. Suomen kiinteistölehti 1984, s. 15–17.

## 1985

Handels- och förmögenhetsrätten i huvuddrag. 2. övers. och kompl. upplaga, Helsingfors 1985, xviii + 312 s.

Kauppa- ja varallisuusoikeuden pääpiirteet. 2. uud. ja täyd. painos, Helsinki 1985, xvii + 324 s.

Kurinpitomenettelystä Suomen Asianajajaliitossa. Julkaisussa Asianajajaoikeutta. Toim. Matti Ylöstalo. Porvoo 1985, s. 106–116.

Omistajanvaihdoksen merkitys oikeusturvavakuutuksessa. Julkaisussa Juhlajulkaisu Simo Zitting 1915 – 14/2 – 1985. Helsinki 1985, s. 115–123.

Ramberg, Jan, Spedition och fraktavtal med kommentar till Nordiskt Speditörsförbunds allmänna bestämmelser, Lund 1983. Kirja-arvostelu. Lakimies 1985, s. 130.

## 1987

Ajoneuvon omistajan toiselle omistamalleen ajoneuvolle aiheuttaman liikennevahingon korvaamisesta. Julkaisussa Juhlajulkaisu Matti Ylöstalo 1917 – 4/2 – 1987. Helsinki 1987, s. 165–173.

Förmögenhets- och handelsrätt. Julkaisussa Finsk privaträtt. Red. Erkki Aurejärvi. Helsingfors 1987, s. 5–236.

Varallisuus- ja kauppaoikeus. Julkaisussa Suomen yksityisoikeus. Toim. Erkki Aurejärvi. Helsinki 1987, s. 3–152.

## 1988

(& Eero Routamo) Suomen vahingonkorvausoikeus. 2. uud. painos, Helsinki 1988, xxv + 318 s.

Vahingonkorvausvastuusta kauppalain mukaan. Lakimies 1988, s. 51–65.

## 1989

Aluksen merikelpoisuus ja yhteishaverin selvitys. Julkaisussa Festsskrift Curt Olsson 1919 – 28/9 – 1989. Helsinki 1989, s. 156–167.

Kauppa- ja varallisuusoikeuden pääpiirteet. 3. uud. ja täyd. painos, Helsinki 1989, xviii + 316 s.

Blom, Birgitta, Sjölagens bestämmelser om rederansvar, Stockholm 1985. Kirja-arvostelu. Lakimies 1989, s. 269–271.

## 1990

(& Eero Routamo) Suomen vakuutusoikeus. Helsinki 1990, xvii + 325 s.

Heikki Halila, Suomen Asianajajaliitto yhdistyksenä, Helsinki 1988. Kirja-arvostelu. Lakimies 1990, s. 1114–1116.

## 1991

Kuljetuskauppa. Helsinki 1991, 122 s.

## 1993

Kauppa- ja varallisuusoikeuden pääpiirteet. 4. uud. painos, Helsinki 1993, xvii + 320 s.

Palkkaturvalakiin perustuvan maksuvapautuksen oikeusvaikutuksista. Julkaisussa Juhlajulkaisu Antti Suviranta 1923 – 30/11 – 1993. Helsinki 1993, s. 61–70.

Juhlajulkaisu Antti Suviranta 1923 – 30/11 – 1993. Toimituskunta: Pekka Hallberg – Esko Hoppu – Juhani Wirilander – Tuulikki Keltanen. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1993.

Juha Laine, Rakennusvirheistä, Hämeenlinna 1993. Virallisen vastaväittäjän lausunto. Lakimies 1993, s. 651–656.

Välimiesmenettely keskuskauppakamarin välityslautakunnan sääntöjen mukaan. Defensor Legis 1993, s. 627–632.

## 1994

Eero Routamo 60 vuotta. Lakimies 1994, s. 129–130.

Huolinta. Julkaisussa Encyclopædia Iuridica Fennica, Osa I. Jyväskylä 1994, s. 178.

Skadeståndsansvaret vid lotsning. Juridiska Föreningens Tidsskrift 1994, s. 176–182.

Vakuutus. Julkaisussa Encyclopædia Iuridica Fennica, Osa I. Jyväskylä 1994, s. 948–953.

Vastuuvakuutuksen sisällöstä asianajotoiminnassa. Julkaisussa Asianajajan työkentältä – Från advokatens arbetsfält. Helsinki 1994, s. 109–121.

## 1996

Matti L. Aho in memoriam. Lakimies 1996, s. 181–182.

## 1997

Försäkringens inverkan på skadeståndsskyldighet i finsk rättspraxis. Julkaisussa Festsskrift till Jan Sadström. Göteborg 1997, s. 219–224.

Gustaf Möller, Välimiesmenettelyn perusteet, Helsinki 1997. Kirja-arvostelu. Defensor Legis 1997, s. 802–803.

Suomen vakuutusoikeus. 2. uud. painos, Helsinki 1997, xix + 380 s.

Vakuutuksenantajan takautumisoikeudesta. Julkaisussa Juhlajulkaisu Aulis Aarnio 1937 – 14/5 – 1997, Oikeustiede – Jurisprudentia 1997, s. 92–99.

## 1998

Kauppa- ja varallisuusoikeuden pääpiirteet. 5. uud. ja täyd. painos, Helsinki 1998, xvii + 321 s.

Oikeudenkäynti merivakuutusasioissa I ja II. Defensor Legis 1998, s. 2–8 ja 177–182.

Pirkko-Liisa Haarmann 60 vuotta. Lakimies 1998, s. 4–5.

Vahingonkorvauksen kehityslinjoja. Lakimies 1998, s. 1048–1056.

## 1999

Moottoriajoneuvon liikenteeseen käyttämisestä, LiikvakL 1 §:n tulkintaa. Julkaisussa Juhlajulkaisu Jukka Peltonen. Helsinki 1999, s. 91–101.

## 2000

Täydentäviä näkökohtia välimiehen vastuusta. Defensor Legis 2000, s. 413–415.

## 2001

Vakuutusyhtiön tiedonantovelvollisuudesta vakuutussopimusta solmittaessa. Kuluttajien vakuutustoimisto & vakuutuslautakunta 30 vuotta. Jyväskylä 2001, s. 104–119.

## 2002

Matti Ylöstalo in memoriam. Lakimies 2002, s. 1052–1055.

## 2003

(& Kari Hoppu) Kauppa- ja varallisuusoikeuden pääpiirteet. Porvoo 2003, 407 s.

"Navigare necesse est" – niin myös merioikeus. Julkaisussa Miten meistä tuli oikeustieteen tohtoreita. Toim. Heikki Halila ja Pekka Timonen. Jyväskylä 2003, s. 76–79.

## Esko Hopun toiminta oikeusalan julkaisuissa

Defensor Legis, toimitussihteeri 1969–1976

Bibliografia Juridica Fennica – Suomen lainopillinen kirjallisuus, toimituskunnan jäsen 1969–1981

Suomen Laki I, toimituskunnan jäsen 1970–1992

Oikeustiede – Jurisprudentia -vuosikirja, toimituskunnan jäsen 1971–2000

Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen kirjasarjatoimikunnan puheenjohtaja 1974–2001

Oikeuskäytäntö kirjallisuudessa, toimituskunnan puheenjohtaja 1976–1995

Encyclopædia Iuridica Fennica, toimituskunnan jäsen 1990–1999

# Kirjoittajat

*Andersson, Edward,* professori emeritus
*Castrén, Martti,* professori emeritus
*Esko, Timo,* asianajaja, Asianajotoimisto Timo Esko & Sami Uoti Oy, dosentti
*Eskuri, Seppo,* vastaava lakimies, Keskinäinen Vakuutusyhtiö Fennia
*Haarmann, Pirkko-Liisa,* oikeusneuvos
*Halila, Heikki,* urheiluoikeuden professori, Helsingin yliopisto
*Havansi, Erkki,* prosessioikeuden professori, Helsingin yliopisto
*Hemmo, Mika,* vakuutus- ja vahingonkorvausoikeuden professori, Helsingin yliopisto
*Honka, Hannu,* kansainvälisen kauppaoikeuden professori, Åbo Akademi
*Hoppu, Kari,* yritysjuridiikan lehtori, Helsingin kauppakorkeakoulu
*Häyhä, Juha,* oikeusneuvos, korkein oikeus
*Kangas, Urpo,* siviilioikeuden professori, Helsingin yliopisto
*Kivivuori, Antti,* professori emeritus
*Laine, Juha,* professori, Teknillinen korkeakoulu
*Lappalainen, Juha,* prosessioikeuden professori, Helsingin yliopisto
*Lindholm, Tomas,* asianajaja, Roschier Holmberg Asianajotoimisto
*Mattson, Robert,* laamanni, Asianajotoimisto Hannes Snellman Oy
*Mäntyniemi, Lea,* johtaja, Vakuutusyhtiöiden Keskusliitto ry.
*Möller, Gustaf,* oikeusneuvos, korkein oikeus
*Norio-Timonen, Jaana,* dosentti, vakuutustieteen yliopettaja, Tampereen yliopisto
*Nuolimaa, Risto,* kauppaoikeuden professori, Tampereen yliopisto
*Oesch, Rainer,* immateriaalioikeuden dosentti, Helsingin yliopisto
*Peltonen, Jukka,* asianajaja, Asianajotoimisto Peltonen, Ruokonen & Itäinen Oy
*Rissanen, Kirsti,* kansliapäällikkö, oikeusministeriö
*Routamo, Eero,* professori emeritus
*Saarnilehto, Ari,* professori, Turun yliopisto
*Sisula-Tulokas, Lena,* siviilioikeuden professori, Helsingin yliopisto
*Ståhlberg, Pauli,* Kuluttajavalituslautakunnan puheenjohtaja
*Tepora, Jarno,* siviilioikeuden professori, Helsingin yliopisto
*Tikka, Kari S.,* finanssioikeuden professori, Helsingin yliopisto
*Tulokas, Mikko,* oikeusneuvos, korkein oikeus
*Wilhelmsson, Thomas,* siviili- ja kauppaoikeuden professori, Helsingin yliopisto
*Wirilander, Juhani,* oikeusneuvos