

Juhlajulkaisu
Esko Hoppu
1935 – 15/1 – 2005

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

ISBN 951-855-239-8

Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2005

Tomas Lindholm

Näkökohtia välimiehen esteellisyydestä – erityisesti asianajajan näkökulmasta*

IBA:n¹ esteellisyyttä kansainvälisessä välimiesmenettelyssä koskevat ohjeet²

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 esteellisyyssarviointien kannalta relevantteja tilanteita ilmenee yhdentyvässä maailmassa enenevässä määrin. Välimies joutuu nykypäivänä usein hyvin vaikeiden ja moniulotteisten esteellisyyssitilannearviointien eteen. Sovellettavista laeista ja välimiesmenettelysäännöistä esteellisyyssäännösten soveltamiselle saatavan johdon voidaan samalla todeta olevan hyvin suurpiirteistä ja vähäistä.

Välimiehelle jää asiassa laaja harkintavaltia. Laajan harkintavallan varjopuolena on se, että olemassa olevia esteellisyyssäännöksiä saatetaan soveltaa hyvin eri tavalla. Ohjeilla pyritäänkin edistämään esteellisyyssarviointien yhdenmukaistumista kansainvälisessä välimiesmenettelyssä. Yhdenmukaisuus edistäisi ja turvaisi välimiesmenettelyn yleistä sujuvuutta ja joutuisuutta monin tavoin.

Ohjeita tarkastellaan tässä Suomessa käytävän välimiesmenettelyn näkökulmasta³. 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 ansaitisi 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 asianajan 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 sovellettaviksi⁶. 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 yleissäännöksen⁷ 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 hoitamiseksi. 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 esteelisyystilanteita asianajajan näkökulmasta, DL 1983 s. 325–342.

⁵ Von und zu Fraunberg, Seppo, Kurinpitolautakunnan ratkaisut esteellisyydestä, DL 1997 s. 189.

⁶ Käsiteltyssä 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 kurinpitolautakunnan 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 esteellisyttä 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 esteellisyysäännöksillä 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 esteellisyysarkinnassaan 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 tutkimuskenttensä, josta on kirjoitettu ulkomailta verrattain paljon.⁸ Mainittu tutkimusaineisto tarjoaa yhdessä niiden pohjalta käydyn kansainvälisen mielipiteiden vaihdon kanssa hyödyllisen lähdeaineiston myös yksittäisten esteellisyysäännösten tarkastelun kannalta. Aineiston hyödyllisyys perustuu suurelta osin siihen, että niin esteellisyttä 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 välimiesmenettelysääntöjen⁹ ja mallilain¹⁰ 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 esteelisyysääntelyn 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. Esteellisyyssysymyksiä 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 International 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.”

Vaatus 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 valitsema välimiehiä, on nähty olevan omiaan lisäämään asianosaisen luottamusta siihen, että hänen argumenttinsa tulevat asianmukaisesti huomioon otetuiksi menettelyssä. Asianosaisen valitsemalla välimiehellä saattaa myös koulu- tuksensa 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 pidättävän 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.

Esteellisyysäännöksiin liittyy olennaisena osana sääntely esteellisyden seuraamuksista. Jotkut lait ja säännöt sisältävät esteellisyden määrittämiseksi tarkemman säännöksen niistä seikoista, joiden vallitessa välimies katsotaan esteelliseksi. Yleisen kehityksen valossa jo arkaaisena pidettävän mallin muodostavat tyhjentävän luettelon sisältävät sääntelyt. 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. ei-neutraaleja (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 viitatus ohjeet sisältävät tarkempia ohjeita niiden asioiden piirin määrittämiseksi, joista välimiehen tulisi ilmoittaa asianosaisille. Ks. sääntöjen kohta 4 (Duty of Disclosure). Ks. myös edellisessä alaviitteessä viitatus AAA – ABA -ohjeet, Canon II.

yleensä asetettu preklusiouhkainen väitteentekemisvelvollisuus tietoonsa saamista esteellisyyssperusteista. Menettelytavat esteellisyysväitteen tekemisen ja sitä koskevien preklusioaika-rajoiden 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 säädetystä 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 esteellisyyssarvioinnin lähtökohdista

Välimiesmenettelylain relevantit säännökset

Välimiesmenettelylain 9 §:n mukaan ”[v]älimiehen tulee tehtävässään olla puolueeton ja riippumaton”. Välimiesmenettelylaki asettaa sellaiselle välimiehen tehtävään pyydetylle, joka ei kieltydy 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 sääntelytapaa¹⁷.

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, artikkelit 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 tuomioistuinelaitokseen, hänen on täytynyt lähteä siitä, että hänellä ei tule olemaan aihetta epäillä niiden henkilöiden*

siin seikkoihin, jotka kuitenkin ilmoitusvelvollisuus laiminlyötyessä eivät voi johtaa siihen, että henkilö julistettaisiin esteelliseksi, mitään yleistä merkitystä välimiesmenettelyn kannalta.

Lain sanamuodon lähtökohtana on, että (vain) esteellisyystupaukset 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 epätydyttäviä tilanteita kaikkien kannalta. Vaikka arviointi ei tällaisessa myöhäisessä menettelyn vaiheessa johtaisikaan välimiehen esteelliseksi julistamiseen tai välitystuomion kumoamiseen, vie esteellisyyssysymyksen 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 tilanteissa, 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 esteellisyyssperusteeksi 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 esteellisyyssperustearviointiin asti. Tämä ei liene lain sanamuodon mukaista, joka ilmentää selvästi objektiivista harkintaa.

piirin osalta voidaan viitata asianajajalain 5c §:n²¹ ja tapaohjeiden 19 §:n²² 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. Toimeksiantosuhte 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 yritysyhmään kuuluva yritys on satunnaisesti ollut toimiston asiakas”, ”toimeksianton 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 päättämään 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 apulaisansa 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 asianajajotavan 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 väljästi 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 esteellisyssäännösten uudistuksella lienee ollut vain vähäinen käytännön tason vaikutus välimiehen esteellisyyden arviointiin.

Välimiehen ja tuomarin esteellisyssäännösten tietynlaisesta rinnastettavuudesta huolimatta on syytä muistaa, että välimiehen esteellisyysperusteille on annettu hyvin erilainen merkitys kuin tuomarin esteellisyysperusteille. Tässä suhteessa keskeisen eron muodostaa tuomarin esteellisyssäännösten pakottavuus. Tuomarin toiminnassa lähtökohdana on, että tuomioistuinten on tutkittava puolueettomuutensa omasta aloitteestaan, eikä esteellinen tuomari lähtökohteisesti edes ryhdy käsittelemään asiaa. Taustalla vaikuttaa tuomarin virkavastuu. Vanhat oikeudenkäymiskaaren esteellisyssäännökset 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 epäilyn 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 intressentinä 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 säädettyssä 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 säännökset³². Esi-merkkinä tässä mainittakoon Keskuskauppakamarin välityslautakunnan säännöt³³.

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-asoiden 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 palkkioriihta-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 vapaaehtoisien (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 tulleen 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) valmistelee Departmental Advisory Committeeen raportista ilmenee, että laissa on tietoisesti valittu UNCITRALin mallilakia suppeampi esteellisyysperusteiden määrittely. 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 asiassa³⁸. 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 tiedotusvälineistä³⁹. Samassa yhteydessä puolueettomuus on nähty asianosaisten ja asiaa käsittelevän tuomarin väliin 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 skiljemannen som inte träffas med parterna gemensamt är ogiltiga. Har ena parten ställt hela säkerheten, får parten dock ensam medge att skiljemannen 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 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 käsiteltävänä 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 elatusta⁴¹. Jos puolueettomuusvaatimus yhdistetään välimiehen ja asianosaisten välisten kytkösten arviointiin, edellisessä virkkeessä määritelty riippumattomuusvaatimus vaikuttanee vain eräänlaisena puolueettomuusvaatimuksen alatekijänä.

Käytännössä esteellisyytilanteissa 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 miltei osin synnytä puolueettomuusepäilyjä, lienee harvinaista.⁴³

IBA:n esteellisyyttä kansainvälisessä välimiesmenettelyssä koskevat ohjeet⁴⁴

Yleistä⁴⁵

Edellisessä jaksossa on pyritty taustoittamaan välimiesmenettelyä koskevien esteellisyyssääntösten 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 asianosaisten 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 todetuina 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 viitatu 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 harkintavaltia. Yleissäännöt jättävät soveltajan usein vaikean tehtävän eteen.

Esteellisyysarvioinnissa eteen tulevien tilanteiden kirjo on huomattava ja niiden määrän on nähty ainakin asianajajien osalta olevan kasvussa⁴⁶. 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 välimiesmenettelyssä⁴⁸. 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 esteellisyysskysymysten 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 jääväämiselle. 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) välimieheksi 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 säättää 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 soveltune suuressa mittakaavassa ongelmitta niihin esteellisyydsarviointeihin, 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 esteellisyysarvioinnille edellä todetuin tavoin objektiiviset kriteerit. Ilmoitusvelvollisuuden osalta työryhmä on päätenyt 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 esteellisyysarvioinnin kannalta. Työryhmä ilmoittaa antaneensa tässä suhteessa painoarvoa monien välitysinstituuttien näkemyksille, jotka peilaavat ilmoitusvelvollisuuden osalta juuri asianosaisten näkökulmaa⁵⁶.

Työryhmä ei ole kuitenkaan pitänyt subjektiivisuutta rajoitukseksi, 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 viitatuksen 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 accept 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 eliminomaan *”the misunderstanding that disclosure demonstrates doubts sufficient to disqualify the arbitrator”*.

⁵⁵ Esiin nousevien esteellisyyskysymysten kielteisten vaikutusten suuruus riippuu usein siitä, missä vaiheessa esteellisuuden mahdollisesti synnyttävä seikka on tullut relevanttien tahojen tietoon. Suullisen käsittelyn jälkeen tehtävällä esteellisuuden toteavalla ratkaisulla saattaa olla asianosaisten kannalta merkittäviä negatiivisia vaikutuksia paitsi menetetyt 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 esteellisyys-arvioinnin 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 säättää 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 pyydetäisiin 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 peruseriaatetta.

*Kuudes standardi – kytkökset (Relationships)*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 todettu 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 esteellisyyssratkaisujen 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, minälaisia toimiston relevantit toimet ovat olleet luonteeltaan ja laajuudeltaan sekä siihen, milloin toimia on suoritettu. Tähän kantaan voidaan käsityksemme mukaan yhtyä myös Suomesa 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 selonottovelvollisuus⁶⁵ 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 jääväämiseen 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-esimerkit⁶⁶

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 poimintoissa 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 lista⁶⁷

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 esimerkkitalanteesta 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 arbitrator⁶⁹ 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 jäävämiseen. 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 elämäkumppania (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 tahdonautonomiia 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 esimerkkitalanne tuntuu selkeän dispositiiviselta tilanteesta, jossa välimiehen omistus asianosaisena olevassa yhtiössä on pieni. Omistuksen ollessa huomattavan suuri ollaan jo tilanteesta, 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 ilmevin 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 esimerkkitalanne 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 esimerkkitalanteet 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 esimerkkitalanteet ovat ohjeellisia ja asteikkollisia. 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 vähäinkin 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 arvionnin 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 toteaaakin 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 asiantunteuksensa puolesta sopivimpia välimieheksi 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 kuvatuslaisessa tilanteessa. Kohdan 4.3.1 osalta voidaan niin ikään todeta, että tilanteesta riippuen voi olla asianmukaista, että välimies ilmoittaa tietämästään kytköksestä asianosaisten ja kuvatuslaisen yhteistyötoimiston välillä.⁷⁶

Lopputoteamuksia

IBA:n työryhmä aikoo julkaista asiassa tekemiään tutkimuksia valottavan "Background and History" -selvityksen⁷⁷. 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 viitatu 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 viitatu 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 perus-olettamuksen 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 fuusioilla⁷⁹ ja kansainvälistymisellä on ollut merkittävä vaikutus esteellisyysskentän 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 esteellisyyssitilanne voi muodostua esimerkiksi siitä, että toinen asianosainen fuusioituu välimiesmenettelyn aikana välimiehenä toimivan asianajajan toimiston suuren asiakkaan kanssa.