

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

Erkki Havansi

Välimiespalkkion ennakko/vakuus asianosaisen konkurssissa

1. Välimiesmenettelyn normaaleihin kuvioihin kuuluu välimiehelle menettelyn myötä muodostuvien palkkio- ja kulukorvaussuhteiden ennakollinen turvaaminen. On luonnollista, että välimies¹ tultuaan nimetyksi ja ryhtyessään kyseiseen ehkä suuritöiseen ja pitkäkestoiseen tehtävään ei halua ottaa 'luottotappioriskiä', ts. hän ei halua jättää työ- ja kulupanoksistaan syntyvää, määrältään merkittävää saamistaan alttiiksi osapuolen maksukyvyttömyyden tai maksuhaluttomuuden riskille. Siksi välimiesmenettelyn käynnistymisvaiheeseen sijoittuva ennakon maksaminen tai vakuuden asettaminen on ilmiö, joka noteerataan sekä laissa (VML 46.3 §)² että institutionaalisesti välimiesmenettelyjä hallinnoivien kauppakamarien yms. säännöissä.³ Jatkossa pidän ensisijaisesti silmällä ad hoc -välimiesmenettelyä ja pohjaudun VML-normistoon myös sikäläkin, että lähtökohtaisesti oletan asianomaisten jättäneen käyttämättä sopimusvapauden sallimia toisin sopimisen mahdollisuuksiaan.⁴

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

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

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

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

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

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

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

Konkurssin osalta on päähuomioni kohteena oleva uusi, 1.9.2004 voimaan tullut *konkurssilaki* (L 20.2.2004/120, lyh. KonkL). Vanha konkurssisääntö (1868, lyh. KS) mainitaan vain muutamain paikoin, vanhan ja uuden lain vertailun ollessa erityisen kiintoisaa. Ylimenovaiheen siirtymänormituksen eli KonkL 24 luvun mittavan 2 §:n osalta tässä todettakoon yleisesti, että uusi KonkL on varsin laajalti voimassa 'vanhoissakin' konkurseissa eli konkurseissa, joissa tuomioistuimen päätös velallisen asettamisesta konkurssiin on tapahtunut viimeistään 31.8.2004.⁸

2. Syntyykö välimiehen korvaussaatava vaiheittaisesti eli menettelyn etenemisen myötä kumuloituen, sen mukaan kuin menettelyn vaatimaa välimiehen työ- ja kulupanostusta kulloinkin on syntynyt ja kertynyt? Vai syntyykö koko korvaussaatava yhdessä hetkessä eli vasta välitystuomion antamisen päivänä, sen kautta ja samalla kun asianosaiset eli partit⁹ välitystuomiossa VML 47.1 §:n mukaisesti maksuun velvoitetaan? Kolmas vaihtoehto olisi katsoa, että kulujen osalta korvaussaatava kyllä aina syntyy heti kyseisen kuluerän realisoiduttua, mutta palkkiosaatava pysyy 'nollassa' aina välitystuomion antamiseen saakka. Laki (VML) vaikenee tässä valintatilanteessa.

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Konkurssioikeuteen siirryttäessä on aluksi on syytä todeta insolvenssioikeudellinen perusselviö: välimiehen korvaussaatava on konkurssin alkamiseen¹² mennessä syntyneeltä osaltaan tavallisen eli etuoikeudettoman saamisen luonteinen konkurssisaatava, arg. KonkL 1:5 kesto-velkasuhdemainintoinen.¹³ Noilta osin välimiehen korvaussaatavan konkurssioikeudellinen asema on siten heikko; tunnetustihan etuoikeudettomien saatavien osinkoprosentti jää konkurssikäytännössä varsin usein lähelle nollaa.

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

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

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

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

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

kus voi syntyä näytöllisiä vaikeuksia arvioida oikea jakauma. Näyttöongelmia ei kylläkään esiintyne niinkään kulukorvausten osalta, koska konkreettisten eri kuluerien syntyajankohta on yleensä suuremmitta vaikeuksista todettavissa riittävällä tarkkuudella. Sen sijaan palkkio-saatavan osalta jakauman arviointi voi in casu olla hankalampaa, mutta se on silti 'vain' teknisluonteinen ongelma¹⁵, jonka ratkaisuun tulee tuomioistuimen tarvittaessa pystyä, riitauksen ratkaisumenettelyssä (ks. siitä KonkL 13:14.1 verr. 13:11.2).

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

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

4. Kyseinen vakuus, so. asianosaisen eli nykyisen konkurssivelallisen omasta 'VML-velastaan' antama vakuus, on käytännössä aina pantti. Periaatteessa tosin on ajateltavissa muukin esinevakuus, esim. esinekohtainen pidätysoikeus¹⁶ sekä (lain ehkä hyväksymissä muodoissa/tilanteissa) vakuusluovutus.¹⁷

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

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

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

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

Jotta välimiehen partilta saama panttivakuus olisi oikeudellisesti tehokas partin konkurssissa, edellytetään tietysti, että jo ajoissa on panttiobjektin suhteen vakuudenantositoumuksen lisäksi toteutettu se *esineoikeudellinen julkivarmistus*, jota kyseisen varallisuustyyppin kohdalla esinevakuusoikeuden säännöt vaativat. Esimerkiksi jos vakuudeksi järjestetään partin omissa nimissään ja omiin nimiinsä avaama ja suorittama, puolueettoman kolmannen tahon (esim. pankin) hallinnoitava rahamääräinen tilitalletus, niin järjestelyn on oltava ollut ajoissa eli (pääsääntöisesti) ennen konkurssin alkamisminuuttia¹⁸ esineoikeudellisestikin valmis. Tämän 'valmiuden' sisältöelementteinä on, että jo oli ehditty toteuttaa (1) rahamäärän maksutekninen siirto ja (2) tätä siirtosummaa hallinnoivan kolmannen informointi ns. denuntiatiolla siitä, että tili toimii vakuutena välimiehen hyväksi (arg. VKL 31.1 § ja 10 §).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁷ Sinänsä samantekevää on, onko tuo raha muodoltaan tilirahatyypistä (ja siis sähköisestäkin liikuteltavissa) vai käteistä.

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

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

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

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

Eri asia kuin nämä asialegitimaation siirtymiskysymykset ja -mahdollisuudet on se, että välimiehet voivat vielä nyt vaatia parteilta – etenkin konkurssivelalliselta, jonka ’uusikaan’ maksukyky ei herättäne luottamusta – (lisä- tai uus)ennakkoa/vakuutta, uhalla että he jättävät välimiesmenettelyn sillensä.³¹ Pesältä ei kuitenkaan voida vaatia enää vakuutta saati ’ennakkoa’ siltä osin kuin kyse on jo ennen konkurssin alkua syntyneistä saamisieristä³²; muutoin rikottaisiin sitä ’painostusetuilun’ kirjoittamatonta konkurssioikeudellista kieltoa, jota ilmentävät mm. KKO 1977-II-32, 1984-II-73 ja 2003:1.

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

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

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

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

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

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

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

³⁴ Tämän kustannusnäkökohdan merkittävydestä ks. myös *Heuman* 1999 s. 105–106.