

Helsinki Law Review

2013/1



Helsinki Law Review is published and edited by Finnish undergraduate law students. Its primary purpose is to provide Finnish law students with a forum for practicing their skills in academic writing and assessment as well as an opportunity to follow and participate in the work of their peers and seniors.

Helsinki Law Review is supervised by an Academic Council that consists of a number of senior academic staff members in the Faculty of Law. Each article is evaluated anonymously by a referee chosen among academic professionals. A referee evaluating an article written by an undergraduate student is advised of the author's background.

www.helsinkilawreview.fi

Articles in Finnish

- | | | |
|-----------------------|--|-------|
| Olli Mäkelä | Tuomarin välimiestehtävät riippumattomuuden ja puolueettomuuden näkökulmasta
Arbitrator Assignments of a Judge with Regard to Independence and Impartiality | p. 5 |
| Katja Lehtonen | Pääsuunnittelijan ja erityissuunnittelijan yhteisvastuu rakennussuunnittelussa
The Joint Liability of the Principal Designer and the Special Designer in a Construction Design Project | p. 35 |

Articles in English

- | | | |
|--------------------------|---|-------|
| Oskari Juurikkala | The New Legal Paternalism: Light-Touch Regulation for Consumer Mortgages | p. 55 |
|--------------------------|---|-------|

Moot Court Competitions

- | | | |
|--|--|-------|
| Johanna Ahola,
Nathaniel Gilkey,
Maiju-Juulia
Jokinen,
Sanna Kiviranta,
Jussi Kukko,
Antti Lindholm,
Dina Stolt | Willem C. Vis Commercial Arbitration Moot 2012–2013 -oikeustapauskilpailu: lapsityövoima sopimusrikkomuksena tavaran kaupassa, kirjallisen todistajanlausunnon käyttäminen ilman mahdollisuutta suulliseen kuulemiseen, CISG 96 artiklan mukaisen kansallisen varauman vaikutus sopimuksen muotovapauteen ja siitä poikkeaminen sopimalla | p. 87 |
|--|--|-------|

Published by Pykälä ry 2013

ISSN 1797-6251

Sponsored by

DITTMAR & INDRENIUS

Board of Editors

Editor-in-chief

Martina Castrén

Editors

Sonja Heiskala

Sanni Partanen

Tapio Puurunen

Mikko Rudanko

Elli Sistonen

Mirjam Supponen

Janina Tahvanainen

Heini Tuura

Authors

Johanna Ahola

Nathaniel Gilkey

Maiju-Juulia Jokinen

Oskari Juurikkala

Sanna Kiviranta

Jussi Kukko

Katja Lehtonen

Antti Lindholm

Olli Mäkelä

Dina Stolt

Academic Council

Professor Jukka Kekkonen LL.D., trained on the bench

Professor Heikki Halila, LL.D., trained on the bench

Adjunct Professor, Senior Lecturer Ari Hirvonen, LL.D.

Lecturer Jarna Petman, LL.M., M.Soc.Sc.

Helsinki Law Review sincerely thanks the referees.

Special Thanks

Professor, Dean Kimmo Nuotio, LL.D., trained on the bench

Professor, Vice Dean Pia Letto-Vanamo, LL.D., trained on the bench

Professor, Jaana Norio-Timonen, LL.D.

Helsinki Law Review 2013, 7th annum. © Pykälä ry and the respective contributors.

Contact information: Board of Editors: hlr-toimitus@pykala.fi. Editor-in-chief: martina.castren@helsinki.fi. Secretary: hlr-secretary@pykala.fi.

Publisher: Pykälä ry, the law students' association in Helsinki (est. 1935). **Contact information:** Address: Mannerheimintie 3 B, 00100 HELSINKI, Finland. Tel: +35892785003. Email: toimisto@pykala.fi.

Layout: *ibid* Oy.

Printed in Hakapaino, Helsinki.

ISSN 1797-6251

On Submissions

Articles and other contributions may currently be submitted to the Board of Editors in the email address hlr-toimitus@pykala.fi or through our website at www.helsinkilawreview.fi.

Articles are selected for editing shortly after the publication of the previous issue of the *Review*. The *Review* accepts articles and other writings in Finnish, Swedish and English. Submissions should not exceed the length of 25 size A4 sheets. Each submission selected for publication will be edited in active co-operation with the author(s) as well as evaluated anonymously by a referee chosen by the Board of Editors.

In addition to research articles and case commentaries, *Helsinki Law Review* is also interested in publishing other types of writings, such as book reviews.

Any contributor wishing to publish an article based on a Master's thesis is requested to draft the article within the requested length limit before submitting. A copy of the original Master's thesis may be included for the Board's reference as a separate appendix, but not submitted alone.

For further information, please contact the Board of Editors.

Thank you for your submission!

On Subscriptions

Helsinki Law Review is currently available for free subscription at www.helsinkilawreview.fi to organizations. Free copies are distributed to various libraries, faculties and student organisations. To obtain a free personal copy, please visit the Pykälä ry office (open Tuesday till Thursday, 12 p.m. – 5 p.m.) or contact the Board Secretary. See inner front cover for contact details.

Helsinki Law Review

2013/1

In co-operation with

DITTMAR & INDRENIUS



Helsinki Law Review 2013/1

Articles in Finnish

- p. 5 **Olli Mäkelä: Tuomarin välimiestehtävät riippumattomuuden ja puolueettomuuden näkökulmasta**
Arbitrator Assignments of a Judge with Regard to Independence and Impartiality
- p. 35 **Katja Lehtonen: Pääsuunnittelijan ja erityissuunnittelijan yhteisvastuu rakennussuunnittelussa**
The Joint Liability of the Principal Designer and the Special Designer in a Construction Design Project

An English Abstract is provided in the beginning of each article.

Articles in English

- p. 55 **Oskari Juurikkala: The New Legal Paternalism: Light-Touch Regulation for Consumer Mortgages**

Moot Court Competitions

- p. 87 **Willem C. Vis Commercial Arbitration Moot 2012–2013 -oikeustapauskilpailu: lapsityövoima sopimusrikkomuksena tavaran kaupassa, kirjallisen todistajanlausunnon käyttäminen ilman mahdollisuutta suulliseen kuulemiseen, CISG 96 artiklan mukaisen kansallisen varauman vaikutus sopimuksen muotovauteen ja siitä poikkeaminen sopimalla**
Johanna Ahola, Nathaniel Gilkey, Maiju-Juulia Jokinen, Sanna Kiviranta, Jussi Kukko, Antti Lindholm, Dina Stolt

On the Review

Helsinki Law Review is published and edited by Finnish undergraduate law students. Its primary purpose is to provide Finnish law students with a forum for practicing their skills in academic writing and assessment as well as an opportunity to follow and participate in the work of their peers and seniors.

The *Review* is published twice a year. The *Review* is prepared to publish articles and other contributions in Finnish, Swedish and English. English Abstracts are provided for articles not fully written in English. The *Review* is available for free subscription at www.helsinki.lawreview.fi to organizations.

Helsinki Law Review is supervised and counselled by an Academic Council that consists of a number of senior academic staff members in the University of Helsinki Faculty of Law. Each article is evaluated anonymously by a referee chosen among academic professionals. A referee evaluating an article written by an undergraduate student is advised of the author's background.

The *Review* may be cited as *Hel. L. Rev.*

From the Editors

The very first issue of *Helsinki Law Review* saw the light of day in 2007. Now, after six years of hard and persistent work it is my pleasure to present the tenth issue of the *Review*. This jubilee issue of the *Review* represents the end one era and the beginning of another. Namely, after a dozen of successful issues it is safe to say that the *Review* has established a reputation as a leading student-edited law review in Finland. However, many challenges still lie ahead and it is essential to find new ways to develop the *Review*.

In 2013 our editorial team has especially focused on improving the *Review* in order to ensure its future. As one result of our project we have established two interesting collaborations: Firstly, in cooperation with *European Law Students' Association (ELSA)* *Helsinki Law Review* organised a writing competition in medical and bio law. The winning article of this competition can be read in the next issue of the *Review*. By being involved in organising the competition we wish to encourage law students to improve their writing skills. Secondly, due to our collaboration with the *Helsinki Vis Moot Team* this issue of the *Review* contains information on this year's *Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot*. With this association we hope to promote moot court competition activities as well as attract new readers to the *Review*. Cooperations with both *ELSA* and the *Vis Moot Team* will hopefully continue in the future.

How would you like us to improve the *Review*? Please let us know by sending much appreciated feedback.

Or would you like to be the one to develop the *Review*? Please contact and amaze us with your fresh ideas. We will welcome editor applications in August 2013.

Martina Castrén
Editor-in-Chief

Arbitrator Assignments of a Judge with Regard to Independence and Impartiality

Keywords: judge, independence, impartiality, bias, arbitration, secondary occupation

Olli Mäkelä

English Abstract

Arbitration has a long history in Finland, and traditionally judges have also worked as arbitrators. The role of an arbitrator is a natural one for a judge, but conversely, the impartiality and independence required of a judge limit the permissibility of secondary occupations. This article discusses broadly the following questions: how can a judge's arbitrator assignments affect his or her independence and impartiality, and how can society regulate this?

The article concludes that arbitrator assignments can endanger a judge's independence and impartiality in a number of ways. The current legislation on judges' secondary occupations is ineffective in preventing such endangerment, both in theory and in practice. A ban on judges' arbitrator assignments is, however, held to be excessive and unnecessary. To resolve the problem, a number of de lege ferenda as well as soft law changes are proposed. To emphasise and illustrate the point of the article, the article also presents different scenarios wherein a judge can be considered biased due to earlier arbitration assignments.

Full Article in Finnish

Tuomarin välimestehtävät riippumattomuuden ja puolueettomuuden näkökulmasta

Asiasanat: tuomarit, riippumattomuus, puolueettomuus, esteellisyys, välimiesmenettely, sivutoimi

1 Johdanto

Välimiesmenettely on vaihtoehtoinen riidanratkaisukeino, jonka juuret vievät pitkälle suomalaisen ja eurooppalaisen kaupankäynnin menneisyyteen. Välimiehiä on käytetty Suomessa ratkaisemaan riitoja jo pitkään, ja menettely on ollut ennen kaikkea liike-elämän suosiossa. Välimiehinä käytetään tyypillisesti oikeudellisia asiantuntijoita, esimerkiksi professoreita ja asianajajia. Myös tuomarit voivat toimia välimiehinä. Tuomarin näkökulmasta välimiehenä toimiminen on varsin luonnollinen tehtävä, sillä onhan hän riitojen ratkaisun asiantuntija jo ammatiltaan.

Tuomioistuinten lainkäyttöä ja yleisemmin tuomareita säännellään kuitenkin monin tavoin, esimerkiksi säännöksillä tuomareiden nimittämisestä tai esteellisyydestä. Näillä pyritään turvaamaan muun muassa lainkäytön objektiivisuus. Yhteiskunnan kannalta ei ole täysin samantekevää, mitä tuomari tekee vapaa-ajallaan tai sivutoimenaan. Vaikka tuomari ei itse sitä aina tiedostaisi, hänen hoitamillaan välimestehtävillä on myös vaikutus hänen tuomarinvirkaansa ja toimintaansa tuomarina. Erityisesti niillä voi olla vaikutus tuomarin riippumattomuuteen ja puolueettomuuteen.

Tässä artikkelissa pyrin selvittämään, miten välimestehtävät voivat vaikuttaa tuomarin riippumattomuuteen ja puolueettomuuteen, sekä miten yhteiskunta voi puuttua tähän vaikutukseen. Ensimmäisessä osassa käsittelem eräitä tekstin kannalta merkittäviä yleiskäsitteitä. Toisessa osassa esittelen ja arvioin nykyistä tuomarien välimestehtävien sääntelykehystä ja erityisesti sen onnistumista tuomioistuinten riippumattomuuden ja puolueettomuuden turvaamisessa. Kolmannessa osassa pohdin *de lege ferenda* tuomarien välimestehtävien sallittavuutta sekä esittelen joitakin parannusehdotuksia nykyiseen lainsäädäntöön. Neljännessä osassa käyn läpi yksityiskohtaisesti

tuomarin esteellisyyttä välimiestehtävien perusteella käytännön esimerkkinä välimiestehtävien vaikutuksesta riippumattomuuteen ja puolueettomuuteen. Lopuksi esitän muutamia kokoavia kommentteja.

2 Peruskäsitteistä

2.1 Riippumattomuudesta ja puolueettomuudesta

Tuomioistuimen riippumattomuus ja puolueettomuus on keskeinen oikeusvaltioperiaate sekä oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin edellytys. Perustuslain kontekstissa riippumattomuuden ymmärretään kattavan sekä tuomioistuimen riippumattomuuden suhteessa toimeenpanovaltaan että puolueettomuuden suhteessa eri asiapuoliin.¹ Prosessioikeudessa riippumattomuus ja puolueettomuus voidaan käsitteinä erottaa siten, että riippumattomuus tarkoittaa tuomioistuimen päätösvallan itsenäisyyttä yleisesti eli rakenteellisesti, ja puolueettomuus viittaa riippumattomuuteen yksittäisessä tapauksessa.² Voidaan puhua myös joko tuomarin tai tuomioistuimen riippumattomuudesta, mutta tällaista erottelua on harvoin tarpeen tehdä: tuomioistuimen riippumattomuuden edellytyksenä on yksittäisen tuomarin riippumattomuus ja päinvastoin.³

Riippumattomuus koostuu useammasta elementistä: perinteisesti sillä on tarkoitettu erityisesti riippumattomuutta muusta valtiovallasta, eli lainkäytössä tuomaria sitoo ainoastaan laki.⁴ Tämän valtiosääntöoikeudellisen riippumattomuuden lisäksi tunnetaan tuomioistuinten rakenteellinen ja hallinnollinen riippumattomuus muista valtion elimistä sekä prosessioikeudellinen riippumattomuus muista tuomioistuimista.⁵ Lopuksi voidaan vielä puhua sosiaalisesta riippumattomuudesta, jolla tarkoitetaan riippumattomuutta yhteiskunnassa vaikuttavista eri etujärjestöistä, painostusryhmistä ja tiedotusvälineissä esitetyistä kannanotoista.⁶ Riippumattomuutta turvaavat esimerkiksi tuomarin nimitysjärjestelmä ja virassapysymisoikeus. Puolueet-

1 Hallberg 2011, s. 799.

2 Erottelun voidaan katsoa vakiintuneen ainakin kirjallisuudessa, ks. esimerkiksi Jokela 2005, s. 203, Virolainen 1995, s. 338–339, ja Tapanila 2007, s. 60–61.

3 HE 109/1999 s. 6.

4 Ks. muun muassa Tirkkonen 1974, s. 104.

5 Jokela 2005, s. 204–207.

6 Jokela 1985, s. 516.

tomuuden – tapauskohtaisen riippumattomuuden – katsotaan taas sisältävän esteettömyyden eli objektiivisuuden suhteessa asianosaisiin ja vapauden ennakkoluuloista käsiteltävässä asiassa.⁷ Tuomarin puolueettomuus turvataan erityisesti oikeudenkäymiskaaren (OK, 1734/4) 13 luvun esteellisyyssäännöksillä, jotka uudistettiin vuonna 2001.

2.2 Välimiehistä ja välimiesmenettelystä

Välimiesmenettely on vaihtoehto perinteiselle tuomioistuinprosessille dispositiivisissa riita-asioissa, ja varsin tavallinen riidanratkaisukeino keski suurten ja suurten yritysten välisissä liikesuhteissa. Välimiesmenettelyn etuina pidetään muun muassa sen nopeutta, joustavuutta, ratkaisijoiden asiantuntemusta, luottamuksellisuutta (ei-julkisuutta) sekä osapuolten mahdollisuutta valita itse välimiehet.⁸ Välimiesmenettelystä säädetään laissa välimiesmenettelystä (VäliML, 1992/967).

Välimiesmenettely voi olla joko *ad hoc* -tyyppistä, institutionaalista tai näiden sekamuoto. *Ad hoc* -menettelyssä osapuolet vastaavat kaikilta osin menettelystä kuten esimerkiksi välimiesten valitsemisesta. Institutionaalisessa menettelyssä asianosaiset taas turvautuvat olemassaolevaan välityslautakuntaan, joka hallinnoi menettelyä. Käytännössä suurten yhtiöiden välisissä riidoissa käytetään lähes aina institutionaalista menettelyä. Suomessa ja Ruotsissa käytetyimpiä ovat Keskuskauppakamarin (KKK) välityslautakunta sekä Tukholman kauppakamarin ja Kansainvälisen kauppakamarin vastaavat elimet.⁹ Menettelyn tyyppistä tai instituutiosta riippumatta osapuolet maksavat välimiehille palkkion asian ratkaisemisesta, ja lopullisesti välimiespalkkiot tuomitaan muiden oikeudenkäyntikustannusten mukana hävinneen osapuolen maksettavaksi. Välimiesten palkkion määrä tyypillisesti hinnoitellaan muun muassa riidan arvon ja asian monimutkaisuuden perusteella, ja palkkion määrä saattaa nousta huomattavan suureksi. Välityslautakunnilla on yleensä omat riidan arvoon sidotut palkkiosuosituksensa.¹⁰

7 Jokela 2005, s. 203. Ks. myös HE 109/1999, s. 6.

8 KM 1997:12, s. 6–7. Ks. myös esim. Havansi 2012, s. 1281.

9 Roschier Disputes Index, s. 6. Tämä on Roschier Asianajotoimisto Oy:n tilaama ja TNS SIFO Prosperan järjestämä kysely Suomen ja Ruotsin suurimmille yrityksille, jolla tutkittiin näiden riidanratkaisukäytäntöjä.

10 KM 1997:12, s. 42.

Osapuolilla on lähtökohtaisesti täysi sopimusvapaus välimiesten henkilöistä ja määrästä. *Ad hoc* -menettelyssä VäliML määrää valitsemismenettelystä, institutionaalisissa menetelmissä taas instituution säännöt. Tavallisesti valitaan joko yksi tai kolme välimiestä. Kolmen välimiehen kokoonpanossa tyypillisesti kumpikin osapuoli valitsee yhden välimiehen. Välimiesmenettelylain mukaisessa menetelmässä välimiehet valitsevat keskenään puheenjohtajan, kun taas edellä mainittujen instituutioiden säännöissä tämän tekee lautakunta.¹¹

Välimiehen kelpoisuudesta säädetään VäliML:ssa sekä välityslautakuntien säännöissä. Välimiehen tulee olla puolueeton ja riippumaton (VäliML 9 §); puheenjohtajalle voidaan asettaa vielä erityinen neutraalisuusvaatimus, koska hänen äänensä usein ratkaisee.¹² Lautakuntien säännöt tai VäliML eivät aseta rajoituksia sille, minkälaisen uran välimies on tehnyt tai missä hän saa työskennellä välimiestehtäviensä ohella. Täten myös tuomarit voivat toimia varsin vapaasti välimiehinä. Toisaalta välimiestehtävät vaikuttavat varsin merkittävästi tuomarin riippumattomuuteen ja puolueettomuuteen, ja tästä syystä yhteiskunnalla on syitä säännellä tuomareiden välimiestehtäviä. Seuraavissa luvuissa käsitellään tämän sääntelyn sisältöä ja toimivuutta sekä selostetaan, miten tuomarin välimiestehtävät voivat vaikuttaa tämän riippumattomuuteen ja puolueettomuuteen.

3 Tuomarin välimiestehtävien sääntely

3.1 Lainsäädäntökehys

Tuomareiden toimintaa on säännelty muun muassa laissa tuomareiden nimittämisestä (NimittL, 2000/205) ja valtion virkamieslaissa (VirkamL, 1994/750). NimittL 14 §:n mukaan vakinaiseen tuomarin virkaan nimittävänä esitettävän henkilön on ennen nimittämistä annettava valtion virkamieslainsäädännössä tarkoitettu selvitys sidonnaisuuksistaan. Säännös viittaa VirkamL:n 18 §:än, jossa säädetään muun muassa:

11 International Chamber of Commerce (ICC) Rules of Arbitration, art. 12; [Tukholman kauppakamarin] Arbitration Rules 2010, art. 13; Keskuskauppakamarin välityslautakunnan säännöt, 6 §.

12 Havansi 2012, s. 1283.

” – Tuomari tai tuomioistuimen esittelijä ei saa ottaa vastaan tai pitää mitään sivutoimintaa, ellei tuomioistuin hakemuksesta myönnä siihen lupaa. Sivutoimilupa voidaan antaa myös määräajaksi ja rajoitettuna. – –

Harkittaessa sivutoimiluvan myöntämistä on otettava huomioon, että virkamies ei saa sivutoimen vuoksi tulla esteelliseksi tehtävässään. Sivutoimi ei myöskään saa vaarantaa luottamusta tasapuolisuuteen tehtävän hoidossa tai muutenkaan häitätä tehtävän asianmukaista hoitamista taikka kilpailevana toimintana ilmeisesti vahingoittaa työnantajaa.

– –

Sivutoimen harjoittamista koskevan ilmoituksen tai lupahakemuksen yhteydessä esitetyt tiedot välimiesoikeusriidan asianosaisista ovat salassa pidettäviä.”

On huomattava, että sivutoimista saaduille tuloille ei ole asetettu mitään rajoja.¹³ Lisäksi ilmoituksen antamisen laiminlyöntiä ei ole mitenkään sanktioitu.¹⁴

3.2 Empiirisiä havaintoja ja sääntelyn historia

Teoreettisesti tarkasteltuna järjestelmä näyttää varsin uskottavalta. Tuomarin on haettava välimiestehtäviinsä lupa tuomioistuimelta, ja lupaedellytykset ovat tiukat. Tuomarilla on myös ilmoitusvelvollisuus sidonnaisuuksistaan. Järjestelmä ei kuitenkaan toimi kovin hyvin. Seuraavaksi kuvailen lyhyesti nykytilanteen sääntelyhistoriaa sekä lukumääräistä empiiristä tietoa tuomareiden toimimisesta välimiehinä. Keskityn erityisesti korkeimman oikeuden (KKO) havainnointiin, sillä alemmista tuomioistuimista ei ole saatavilla yhtä kattavaa ja yksityiskohtaista tietoa.¹⁵

Vuonna 1997 tehdyn kyselyn mukaan 6,3 prosenttia kyselyyn vastanneista tuomareista oli toiminut välimiehinä vuosina 1993–1997. Tuona aikana KKO:n kahdestakymmenestä oikeusneuvoksesta kolmetoista oli hoitanut välimiestehtäviä, ja heistä kuusi oli hoitanut yli kaksi välimiestehtävää. Näistä kuudesta oikeusneuvoksesta eniten hoitanut oli toiminut yhdeksästätoista välimiesoikeudessa ja vähiten hoitanut oli toiminut yhdeksässä vä-

13 Näin tehdään taas esimerkiksi Tanskassa. Ks. lausunto OH2012/178.

14 Tapanila 2007, s. 371.

15 Lisäksi KKO:lla on korostunut merkitys maan ylimpänä tuomioistuimena. Näistä syistä ilmeisesti myös julkisessa keskustelussa on keskitytty KKO:n välimiestehtäviin. OKV 683/1/2012.

limiesoikeudessa.¹⁶ Voitiin siis puhua huomattavasta välimiestehtävien keskittymästä tietyille KKO:n oikeusneuvoksille. 1990-luvulla velloi julkinen keskustelu tuomareiden välimiestehtävistä muutenkin erityisen vahvana.¹⁷ Oikeuskansleri totesi päätöksessään 28.8.1997, että KKO:n käytäntö yleisluontoisista ja yksilöimättömistä ilmoituksista jäsenten sivutoimista ei vastannut valtion virkamiesten sivutoimien valvontaa koskevan lainsäädännön vaatimuksia.¹⁸ Päätös käynnisti lainmuutoksen, joka johti nykyisen sivutoimilupajärjestelmän käyttöönottoon tuomareille.¹⁹

Oikeustoimittajat ry:n tekemän selvityksen mukaan vuosina 2008–2012 eräät tuomioistuimet myönsivät yhteensä 41 sivutoimilupaa välimiestehtäviä varten. Selvitys kattoi KKO:n, korkeimman hallinto-oikeuden (KHO), kaikki hovioikeudet ja työtuomioistuimen, mutta käräjäoikeuksista vain Helsingin käräjäoikeuden. Valtaosan – yhteensä 27 – noista välimiestehtävistä sai KKO. Välimiestehtäviä hoiti kahdeksan KKO:n oikeusneuvosta, ja heistä kuudella oli tuona aikana vähintään kolme välimiestehtävää. Keskimääräinen välimiessivutoimen kesto oli kymmenen kuukautta: lyhyin oli alle kuukauden ja pisin lähes kaksi ja puoli vuotta. Eniten välimiestehtäviä hoitanut oikeusneuvos hoiti tuona aikana seitsemän välimiestehtävää. Verotiedoista selviää myös, että KKO:n oikeusneuvokset ovat saaneet välimiestehtävistä ansioita, jotka ovat parhaimmillaan kolminkertaisia heidän normaaliin virkapalkkaansa nähden.²⁰ Lisäksi kahdessatoista tapauksessa tuomarin oli nimennyt välimieheksi KKK:n välityslautakunta; vuonna 2012 samassa välityslautakunnassa toimi kaksi KKO:n jäsentä, yksi puheenjohtajana ja toinen varsinaisena jäsenenä.²¹

16 KM 1997:12, s. 20–25.

17 Uhlbäck 1997, s. 1. Ks. myös Virolainen 1997, s. 117–164, joka kirjoitettiin paljolti vastauksena tuohon julkiseen keskusteluun. Jyrki Virolainen on pitkään kritisoinut tuomareiden välimiestehtäviä, viime aikoina esim. blogissaan 6.6.2012, 17.12.2012 ja 15.1.2013.

18 OKV 244/1/1997.

19 Virolainen on luonnehtinut tätä lainmuutosta ”torsoksi”; ks. Virolainen, Jyrki: ‘604. KKO:n jäsenten salaiset ja suurituloiset välimiestehtävät ovat merkki tuomarietiikan rapautumisesta’. Jyrki Virolaisen blogi 6.6.2012. Haettu osoitteesta <http://jyrkivirolainen.blogspot.fi/> 10.2.2013. Sääntelyn arvioinnista lisää jäljempänä.

20 Pietiläinen, Tuomo: Salaisilta tahoilta 370000 euroa välimiespalkkaa KKO:n tuomarille. Helsingin Sanomat 3.11.2011.

21 Välityslautakunnassa oli tuolloin yhteensä kahdeksan jäsentä. KKO:n oikeusneuvokset muodostivat siis neljäosan koko välityslautakunnasta.

Toisaalta vuosina 2010–2012 vain neljä KKO:n oikeusneuvosta hoiti välimiestehtäviä ja vuonna 2012 KKO myönsi vain yhden sivutoimiluvan välimiestehtävään.²² Useampia samanaikaisia välimiestehtäviä ei sallita KKO:n käytännön mukaan.²³ Nykyisessä KKK:n välityslautakunnan kokoonpanossa ei ole tuomarijäseniä. Viime aikoina siis tuomarien välimiestehtävät KKO:ssa ovat vähentyneet. Tämä ei kuitenkaan poista asian laajempaa yhteiskunnallista merkitystä, ja muutaman vuoden muutos voi yhtä hyvin olla tilapäinen notkahdus. Mainittakoon vielä, että KKO:n oikeusneuvokset eivät toimi riidan osapuolen nimeäminä välimiehinä, vaan pelkästään välimiesmenettelyn puheenjohtajana tai ainoana välimiehenä. Korkeimman oikeuden mukaan tällainen välimies ei ole toiminnassaan riippuvainen kummastakaan asianosaisesta.²⁴

Välimiestehtävien lukumäärääkin huomionarvoisempaa on, että KKO:sta saamani tiedon mukaan KKO ei ole evännyt 118 haetusta sivutoimiluvasta yhtäkään koko sääntelyn voimassaoloaikana.²⁵ Myöskään KHO:ssa ei ole evätty lupia, mutta sieltä saamani tiedon mukaan hallintoneuvokset tiedustelevat jo etukäteen epävirallisesti hakemuksen menestymismahdollisuuksista ja täten vain menestymiskelpoisia hakemuksia jätetään. Lisäksi KHO:ssa on hakemuksia vain puolisenkymmentä vuosittain, verrattuna KKO:n noin kymmeneen. Kaupallisia sivutoimia on vain vähän, ja välimiestehtäviä ei hoideta.²⁶ Mikään muukaan tuomioistuin ei ollut vuosina 2008–2012 evännyt sivutoimilupaa taikka pyytänyt tietoa välimiespalkkion suuruudesta.²⁷

Välimiestehtävät ovat siis ainakin KKO:n osalta merkittävästi vähentyneet 1990-luvun puoliväliin verrattuna. Osa tästä laskusta johtunee uudesta sääntelystä, vaikka vuosien 1993–1997 korkeat luvut voitaneen olettaa

22 Pia Sive: KKO valvoo välimiestehtäviä. Kauppalehti 17.01.2013. Kirjoittaja on KKO:n viestintäpäällikkö.

23 Lausunto OH2012/178.

24 Korkeimman oikeuden tiedote: KKO:n jäsenet eivät toimi riidan osapuolen nimeäminä välimiehinä. 6.6.2012. Ks. myös lausunto OH2012/178.

25 Sain nämä tiedot sähköpostikyselyllä korkeimpaan oikeuteen; minulle vastasi KKO:n hallinnollinen sihteeri 12.11.2012.

26 Sain nämä tiedot sähköpostikyselyllä korkeimpaan hallinto-oikeuteen; minulle vastasi KHO:n viestintäpäällikkö 22.11.2012.

27 Oikeustoimittajat ry:n selvitys: Välimiestehtävät keskittyvät korkeimpaan oikeuteen. 5.6.2012.

myös lamavuosien aiheuttamiksi poikkeuksiksi eikä normaalitilaksi.²⁸ Toisaalta välimiestehtävät edelleen keskittyvät tietyille KKO:n jäsenille, ja merkittävää on, ettei KKO ole evännyt yhtäkään sivutoimilupaa.

3.3 Sääntelyn arviointia

Ainakin KKO on tähän asti hyväksynyt *kaikki* jäsentensä sivutoimilupahakemukset, joten voidaan perustellusti kysyä, toimiiko järjestelmä vain paperilla mutta ei käytännössä.²⁹ On tietenkin mahdollista väittää, että kuten KHO:ssa, KKO:n oikeusneuvokset tekisivät vain sellaisia sivutoimilupahakemuksia, joiden he voivat olettaa tulevan hyväksytyksi. Tämä argumentti ei kuitenkaan ole nähdäkseni kovin kestävä, jos KKO:ssa on vuosittaisia hakemuksia noin kaksinkertaisesti KHO:een verrattuna. Kun KKO:n tietyt oikeusneuvokset hoitavat välimiestehtäviä säännöllisesti, on kyseenalaista harkitseeko tuomioistuimien todella VirkamL 18 §:n 2 momentissa mainittuja seikkoja eli sivutoimen synnyttämää esteellisyyttä, luottamuksen vaarantumista tai haittaa tehtäville. Alun perin tarkaksi seulaksi³⁰ tarkoitettua sivutoimilupajärjestelmästä on tullut enemmänkin kumileimasin KKO:n välimiestehtäville. Jos maan ylimmässä tuomioistuimessa kontrolliin suhtaudutaan välinpitämättömästi, voiko tilanne olla parempi muissakaan tuomioistuimissa?

Ongelmallinen on myös VirkamL 18 §:n 5 momentti, jonka mukaan tiedot välimiesoikeusriidan asianosaisista ovat salassa pidettäviä. Kuten jäljempänä 5. luvussa esitetään, välimiestehtävät voivat vaarantaa tuomarin puolueettomuuden myös konkreettisesti yksittäistilanteessa tekemällä tämän esteelliseksi. Tällaisessa tilanteessa on asianosaisen tekemällä esteellisyysväitteellä suuri merkitys. Asianosainen ei kuitenkaan voi esittää esteellisyysväitettä, jos hän ei voi saada tietää kenelle tuomari on hoitanut välimiestehtäviä. Voidaan vielä kysyä, miten nykyinen järjestelmä vaikuttaa yleiseen luotta-

28 Virolainen, Jyrki: '17. KKO:n oikeusneuvokset välimiehinä'. Jyrki Virolaisen blogi 9.9.2008. Haettu osoitteesta <http://jyrkivirolainen.blogspot.fi/>, vierailupäivä 10.2.2013.

29 Virolainen, Jyrki: '604. KKO:n jäsenten salaiset ja suurituloiset välimiestehtävät ovat merkki tuomarietiikan rapautumisesta'. Jyrki Virolaisen blogi 6.6.2012. Haettu osoitteesta <http://jyrkivirolainen.blogspot.fi/>, vierailupäivä 10.2.2013.

30 Näin voidaan ainakin päätellä tuomaritoimikunnan osamietinnöstä KM 1997:12, vaikkei sitä suoraan lausutakaan.

mukseen tuomioistuimiin ja sitä kautta lainkäytön legitimizeettiin.³¹ Ongelmallisinta on juuri välimiesmenettelyn osapuolien ei-julkisuus: jos tiedot olisivat julkisia, asianosaiset sekä ulkopuoliset voisivat tehokkaasti kontrolloida tuomareiden esteellisyyttä yksittäistapauksissa. Tuomareiden salaiset ja korkeat välimiespalkkiot tuntemattomilta suuryrityksiltä heikentävät tuomioistuinten ja niiden tuomioiden uskottavuutta yleisön silmissä.³² Tiilannetta ei auta, vaan oikeastaan vain pahentaa, että laki jopa nimenomaan sallii tämänkaltaisen salailun. Turun yliopiston prosessioikeuden professorin Antti Jokelan sanoin: “Jos järjestelmä antaa mahdollisuuden rakenteelliseen korrupioon, se pitää korjata.”³³

4 De lege ferenda -kysymyksiä tuomarin välimiestehtävistä

4.1 Tulisiko tuomareiden ylipäänsä saada toimia välimiehinä?

Yhtenä ratkaisuna edellä käsiteltyihin ongelmiin on esitetty tuomareiden välimiestehtävien kieltämisestä kokonaan tai ainakin KKO:n osalta.³⁴ Asiasta tehtiin vuonna 1997 lakialoite,³⁵ ja myös julkinen keskustelu oli vilkasta kyseisenä vuotena. Monessa maassa, kuten Yhdysvalloissa, Isossa-Britanniassa ja Itävallassa, tuomareiden välimiestehtävät on eri tavoilla kielletty

31 Ylimmät oikeusasteet ja niiden ratkaisut käytännössä muovaavat merkittävästi julkista käsitystä oikeuden tilasta ja tuomioistuinten toiminnasta. Ks. myös OKV 683/1/2012.

32 Asiasta on kirjoitettu tiedotusvälineissäkin silloin tällöin. Ks. viime ajoilta esim. Pietiläinen, Tuomo: Salaisilta tahoilta 370000 euroa välimiespalkkaa KKO:n tuomarille. Helsingin Sanomat 3.11.2011. Myös Vihavainen, Suvi: KKO:n tuomareilla on eniten välimiestehtäviä. Helsingin Sanomat 06.06.2012. 1990-luvulla Välimiesoikeus ja tuomarit. Helsingin Sanomat 4.12.1995. Ks. myös Virolainen 1997, s. 156–160 ja Virolainen – Pölönen 2004, s. 459–460.

33 Vihavainen, Suvi: KKO:n tuomareilla on eniten välimiestehtäviä. Helsingin Sanomat 6.6.2012.

34 Virolainen on vaatinut tätä lukuisissa teksteissä jo useamman vuosikymmenen. Ks. esim. Virolainen 1997, s. 156 sekä Virolainen, Jyrki: ‘604. KKO:n jäsenen salaiset ja suurituloiset välimiestehtävät ovat merkki tuomarietiikan rapautumisesta’. Jyrki Virolaisen blogi 6.6.2012. Haettu osoitteesta <http://jyrkivirolainen.blogspot.fi/> vierailupäivä 10.2.2013. Myös Kaarlo Tuori on kritisoinut asiaa, ks. Tuori 1996, s. 498 ja Tuori 2000, s. 1057.

35 Markku Pohjola /sd ym.: Lakialoite laiksi välimiesmenettelystä annetun lain 8 §:n muuttamisesta, LA 30/1997 vp. Aloitteen mukaan VäliML 8 §:än olisi lisätty 3 momentti seuraavasti: ”Välimiehenä eivät kuitenkaan saa toimia korkeimman oikeuden tai korkeimman hallinto-oikeuden presidentit tai jäsenet. Valtioneuvosto voi, yleisen edun tai muun painavan syyn niin vaatiessa, yksittäistapauksessa myöntää poikkeuksen tästä kiellosta.” Aloite herätti runsaasti keskustelua eduskunnassa ja se lähetettiin lakivaliokuntaan. Se ei kuitenkaan johtanut lakimuutokseen.

joko lainsäädännössä tai muissa ohjeissa.³⁶ Muissa maissa, kuten Saksassa ja Ranskassa, niitä on taas muuten säännelty tai asetettu luvanvaraiseksi.³⁷ Euroopan unionin tuomioistuimen perussäännön 4 artikla kieltää kaiken palkallisen ammattitoiminnan, ellei siihen saada lupaa, ja käytännössä tuomioistuimen tuomarit eivät toimi välimiehinä.³⁸

Tuomareiden välimiestehtävien kieltämistä on perusteltu usein juuri tuomioistuinten riippumattomuudella, kun taas mahdollinen esteellisyys ja sen kontrolli on jäänyt vähemmälle huomiolle.³⁹ Ensinnäkin on pidetty ongelmallisena välimiestehtävien vaikutusta tuomioistuinten arvovaltaan ja uskottavuuteen.⁴⁰ Tässä merkityksellisintä ei ole se vaikuttavatko välimiestehtävät *de facto* puolueettomuuteen tai riippumattomuuteen, vaan se, millä asia näyttää ulkopuoliselle. Toiseksi joidenkin tuomareiden suurilukuisia välimiestehtäviä on pidetty merkinä tuomarietiikan rapautumisesta ja siten erityisesti eettisenä ja moraalisenä ongelmana.⁴¹

Tämän lisäksi on myös esitetty eri tapoja, joilla välimiestehtävät voivat konkreettisesti vaikuttaa tuomareiden riippumattomuuteen. Välimiestoimaksiannot voivat synnyttää lojaalisuussuhteita, jotka voivat tehdä tuomarin esteelliseksi. Tällainen lojaalisuus voi vaikuttaa sekä valitusluvan saamiseen että itse jutun ratkaisemiseen. Korkeimman oikeuden osalta on pelätty, että koska KKO nimittää itse omat jäsenensä, sen välimiesjäsenet saattavat valita uusiksi jäseniksi muita välimiesmenettelyiden asiantuntijoita, ja näin välimiehet vähitellen valtaavat KKO:n enemmistön.⁴²

36 *ibid.*, s. 196–197. Esimerkiksi Irävallassa tuomareiden välimiestoiminta on kielletty täysin lailla, kun taas Yhdysvalloissa se on kielletty American Bar Associationin ohjeilla, jotka koskevat myös tuomareita.

37 KM 1997:12, s. 31–36. Ranskassa tuomarin välimiestehtäviin vaaditaan tuomioistuinten lupa, ja Saksassa tuomari saa toimia välimiehenä vain jos molemmat osapuolet tai riippumaton elin on nimennyt tuomarin välimieheksi.

38 KM 1997:12, s. 35.

39 Antti Tapanila on tosin pitänyt esteellisyyttä merkittävämpänä ongelmana (Tapanila 2007, s. 173). Hän on toisaalta myös tehnyt väitöskirjansa tuomarin esteellisyydestä, joten tämä lienee ymmärrettävää.

40 Virolainen, Jyrki: '556. KKO:n jäsenten salaiset välimiestehtävät tulisi kieltää.' Jyrki Virolaisen blogi 12.3.2012. Haettu osoitteesta <http://jyrkivirolainen.blogspot.fi/> vierailupäivä 10.2.2013.

41 Virolainen, Jyrki: '604. KKO:n jäsenten salaiset ja suurituloiset välimiestehtävät ovat merkki tuomarietiikan rapautumisesta'. Jyrki Virolaisen blogi 6.6.2012. Haettu osoitteesta <http://jyrkivirolainen.blogspot.fi/> vierailupäivä 10.2.2013.

42 Virolainen, Jyrki: '688. KKO:n presidentiltä yksipuolinen lausunto oikeusneuvosten välimiestehtävistä'. Jyrki Virolaisen blogi 15.1.2013. Haettu osoitteesta <http://jyrkivirolainen.blogspot.fi/> vierailupäivä 10.2.2013.

On myös korostettu tuomioistuinten sosiaalista riippumattomuutta, eli vapautta eri yhteiskunnallisista erityisintresseistä. Kaarlo Tuori on katsonut, että sidonnaisuudet tällaisiin intresseihin johtavat tuomioistuimet sille poliittisen päätöksenteon alueelle, jonka tulisi demokraattisessa oikeusvaltiossa kuulua lainsäätäjälle. Hän on pitänyt juuri näiden sidonnaisuuksien havaitsemista ongelmallisena ja niiden estämistä tärkeimpänä keskusteltaessa tuomareiden välimiestehtävistä.⁴³ Nähdäkseni hän tarkoittaa tällä sitä, että tuomareiden lukuisat välimiestehtävät voivat synnyttää tuomareille liiallisia sidonnaisuuksia elinkeinoelämään ja sen intresseihin. Jyrki Virolainen on paljon suorasanaisempi puhumalla “rakenteellisesta korruptiosta” ja “hyvä veli -kerhoista”⁴⁴ sekä väittämällä, että vakavin uhka on tuomareiden samastuminen talouselämän ja muun yhteiskunnan eturyhmiin ja niiden erityisintresseihin.

4.2 Vasta-argumentteja

Tuomareiden välimiestehtävien puolesta on kuitenkin esitettävissä monia hyviä perusteluja. Ensinnäkin voidaan mainita jo johdannossa esiin tuotu ajatus siitä, että tuomarit ovat riitojen ratkaisun ammattilaisina varsin luonnollisia välimiesehdokkaita. Tuomareilla on ammattinsa puolesta sellaisia taitoja, että heitä halutaan välimiehiksi.⁴⁵ Tuomareilla on käytännössä enemmän kokemusta puolueettomana pysymisestä kuin esimerkiksi asianajajilla, ja heidän puolueettomuuttaan ja riippumattomuuttaan arvostetaan. Yleisesti ottaen voidaan katsoa, että tuomareiden välimiestehtävistä on etuja yhteiskunnalle, välimiesmenettelyn laadulle ja tasolle sekä tuomareille itselleen.⁴⁶

Tuomareiden sulkeminen välimiesoikeuksien ulkopuolelle luonnollisesti vähentäisi potentiaalisten välimiesten määrää Suomessa. On jopa väitetty, että Suomessa on pulaa puolueettomista ja riippumattomista henkilöistä,

⁴³ Tuori 2000, s. 1057.

⁴⁴ Virolainen, Jyrki: ’681. Oikeuskanslerilta kesy kannanotto tuomareiden välimiestehtävistä’. Jyrki Virolaisen blogi 17.12.2012. Haettu osoitteesta http://jyrkivirolainen.blogspot.fi/vierailupäivä_10.2.2013. Myös Antti Jokela on puhunut ”mahdollisuudesta rakenteelliseen korruptioon”, ks. alaviite 33 edellä.

⁴⁵ KM 1997:12, s. 39.

⁴⁶ Tätä mieltä olivat varsin monet tahot antaessa lausuntoa nykyisen lupajärjestelmän ehdotuksesta. Ks. Uhlbäck 1998, s. 3. Ks. myös lausunto OH2012/178.

jotka voisivat toimia välimiehinä.⁴⁷ Pienempi valinnanvapaus olisi omiaan vähentämään välimiesmenettelyn houkuttelevuutta Suomessa. Lisäksi vaikka joissakin maissa onkin kielletty tuomareiden välimiestoiminta, on kansainvälisesti huomattavan paljon yleisempää, että se on sallittua.⁴⁸

Heikki Halila on katsonut, että ”on paitsi asianomaisia loukkaavaa myös naiivia esittää, että asianomaiset [välimiehet] tulisivat tämän [välimiestoiminnan] perusteella niin myönteisiksi elinkeinoelämän intressejä kohtaan, etteivät voisi toimia ammattituomareina.”⁴⁹ Itsekin luottaisin välimiestuomareiden hyvään harkintaan ja puolueettomuuteen, mutta tämä ei välttämättä riitä. Kuten edellä on selitetty, tuomioistuinten riippumattomuutta ei voida tarkastella vain siltä kannalta, ovatko tuomarit todellisuudessa riippumattomia, vaan on myös huomioitava, miltä asia näyttää ulkopuolisille.

Välimiestehtäviä on perusteltu myös talous- ja kauppapoliittisilla näkökulmillä. Helsingin on silloin tällöin ehdotettu profiloituvan kansainväliseksi välimieskeskukseksi, jossa ratkaistaisiin paljon idänkauppaa koskevia riitoja.⁵⁰ Tämä taas lisäisi Suomen houkuttelevuutta suuryritysten sijoittautumispaikkana sekä yleisesti vaikuttaisi Suomen taloudelliseen kilpailukykyyn. Mahdollisen välimiespoolin rajoittaminen sotisi tätä ajatusta vastaan.⁵¹ On myös esitetty, että kun välimiesmenettelyn houkuttelevuus laskisi, tällä olisi vaikutus välityslausekkeiden käyttöön kansainvälisissä liikesopimuksissa. Tämä puolestaan laskisi suomalaisten suuryritysten kansainvälisten kauppasopimusten määrää ja sitä kautta vaikuttaisi epäsuorasti esimerkiksi työllisyyteen.⁵² Tämä argumenttiketju on kuitenkin niin pitkä ja epävakaalla pohjalla, etten koe sitä kovin perusteltuna. Välimieskeskusargumentti taas on sinänsä uskottava.⁵³

47 *ibid.*, s. 3.

48 KM 1997:12, s. 40.

49 Halila 2002, s. 107.

50 Helsingistäkö välimiesmenettelykeskus. Helsingin Sanomat 23.4.1997. Mykkänen, Päivi: Sveitsi kisaa yritysriidoista Suomen kanssa. Kauppalehti 10.5.2012. Heikkinen, Tuomo: Kauppariidoissa itää iso bisnes. Kauppalehti 5.9.2012.

51 Näin katsoi Olavi Heinonen vuonna 1997 haastattelussa. Helsingistäkö välimiesmenettelykeskus. Helsingin Sanomat 23.04.1997.

52 KM 1997:12, s. 39.

53 Toisaalta esim. Itävallassa ja Yhdysvalloissa toimii monia kansainvälisiä välityskeskuksia, vaikka niissä tuomarit eivät toimi välimiehinä. Ks. Virolainen 1997, s. 150–153.

Samastuminen elinkeinoelämän intresseihin, josta ainakin Tuori ja Viro-lainen ovat varoittaneet, ei ole täysin vakuuttava argumentti. Onhan tuomarilla, varsinkin KKO:n tuomarilla, aina tausta, joka väkisinkin vaikuttaa hänen asenteisiinsa. Tuomarin tehtävänä on ratkaista käsiteltävä asia antamatta asenteiden vaikuttaa ratkaisuun. Erityisesti monet KKO:n oikeusneuvokset ovat ennen tuomarinuraansa toimineet esimerkiksi asianajajina, välimiehinä tai muuten yritysmaailmassa. Täten he ovat jo aloittaessaan tuomarina saattaneet “samastua elinkeinoelämän intresseihin”, mikäli tällaisesta voidaan puhua: tuomarinuran aikaiset välimiestehtävät tuskin muuttavat heidän asenteitaan sen enempiä kuin aiemmat tehtävät. Vastaavasti tuomari on saattanut toimia pitkään valtiolla esimerkiksi ministeriössä, jolloin hänen voidaan väittää samastuneen valtion intresseihin. Epämääräistä samastumista jonkin ryhmän tai asian intresseihin voidaan väittää johtuvan varsinkin monesta tehtävästä. Muutenkin väitteet tuomareiden “hyvä veli -kerhoista” vaikuttavat varsinkin liioitelluilta.

4.3 Ratkaisuehdotuksia

Kaiken edellä esitetyn huomioiden en näe tuomareiden välimiestehtävien täyskieltoa parhaimpana vaihtoehtona edes KKO:n tuomareille. Tuomioistuinten riippumattomuus ja tuomioistuinlaitoksen uskottavuus voidaan turvata tuomareiden välimiestehtäviin vähemmän puuttuvalla tavalla. Toisaalta nykyinen asiantilakaan ei ole tyydyttävä.

Yhdeksi vaihtoehdoksi on esitetty tuomareiden sivutoimivälimiesmenettelyiden osapuolten tekemistä julkiseksi eli käytännössä VirkaML:n 18 §:n 5 momentin poistamista.⁵⁴ Tämä on kuitenkin ongelmallista, sillä välimiesmenettelyn yksi tarkoitus on juuri hoitaa riita piilossa julkisuudelta. Sekä kansainvälinen käytäntö että välimiesmenettelyn periaatteet puoltavat sitä, ettei tieto riidan asianosaisista tule julkisuuteen muutoin kuin jos välimiesriidan asianosaiset niin haluavat.⁵⁵ Lisäksi osapuolten julkisuus ei ratkaise tuomareiden esteellisyyden ongelmia täysin, sillä tietoa ei olisi tuomarin välimiestehtävistä ajalta ennen hänen toimintaansa tuomarina.

54 Antti Jokela haastattelussa. Vihavainen, Suvi: KKO:n tuomareilla on eniten välimiestehtäviä. Helsingin Sanomat 6.6.2012.

55 HE 26/1999, s. 8.

Eräs ehdotettu vaihtoehto tuomarin puolueettomuuskontrolliin on VäliML:n 9.2 §:ää vastaava menettely, jonka mukaan välimieheksi pyydetyn henkilön tulee heti ilmoittaa kaikki seikat, jotka ovat omiaan vaarantamaan hänen puolueettomuuttaan tai riippumattomuuttaan välimiehenä taikka aiheuttamaan näissä suhteissa perusteltuja epäilyksiä. Tämä on käytännössä ongelmallista monestakin syystä: ilmoittaminen lisää byrokratiaa ja työmäärää, hidastaen siten ennestään oikeudenkäyntejä. Tuomari saattaisi kokea velvollisuudekseen ilmoittaa lähes kaikesta mahdollisesta, mikä vaarantaisi myös hänen yksityisyytensä.⁵⁶

Itse näkisin jonkinlaisen kovan sääntelyn tiukentamisen ja pehmeän sääntelyn käyttöönoton parempana vaihtoehtona, ja seuraavaksi esittelen joitakin omia ehdotuksiani. Aluksi olisi aiheellista kieltää lailla tuomareiden toimiminen osapuolten nimeäminä välimiehinä. Näin on käytäntö jo esimerkiksi KKO:ssa, mutta laintasoinen sääntely lisää uskottavuutta, ja tuomareiden välimiestehtävissä on kyse myös tuomioistuinten riippumattomuuden uskottavuudesta. Ainakin Saksassa on vastaavaa sääntelyä, joten idea ei ole edes uusi.

Toiseksi jonkinlaista soft law -tyyppistä sääntelyä, esimerkiksi tapaohjeet, voisi ottaa käyttöön myös tuomareille. Näissä voitaisiin korostaa juuri tuomareiden riippumattomuutta ja tarvetta turvata yleisön luottamus tuomioistuimiin, sekä tarkemmin käsitellä asioita, jotka saattavat vaikuttaa riippumattomuuteen ja yleisön luottamukseen. Välimiestehtävät voitaisiin erikseen mainita esimerkkinä tehtävistä, jotka saattavat liiallisina vaarantaa tuomioistuinten riippumattomuuden sekä luottamuksen siihen. Olennaista olisi juuri saada tuomarikunta, sekä varsinkin paljon välimiestehtäviä hoitavat tuomarit, ymmärtämään asian merkitys.

Kolmantena näkisin, että myös ulkopuolisten laillisuusvalvojien roolia voisi korostaa. Eduskunnan oikeusasiamiehelle ja valtioneuvoston oikeuskanslerille on jo perustuslain 108 ja 109 §:ssä asetettu tehtäväksi muun muassa tuomioistuinten toiminnan laillisuusvalvonta. Sinänsä nämä laillisuusvalvojat voisivat nähdäkseni jo nykytilanteessa antaa huomautuksen esimerkiksi KKO:lle sen jäsenten lukuisista välimiestehtävistä. Näin oikeuskansleri teki

⁵⁶ *ibid*, s. 1303–1304.

1990-luvulla⁵⁷, ja vaikka tilanne on hieman parantunut tuosta ajasta, ei se silti ole tyydyttävä. Laillisuusvalvojen riippumattomuuden vuoksi niitä ei kuitenkaan voi määrätä kiinnittämään tähän ongelmaan huomiota.

Lainsäädännöllä voisi myös asettaa erikseen tuomareiden sivutoimien valvonnan toiselle laillisuusvalvojalle. Tämä voisi toimia esimerkiksi siten, että tuomioistuin myöntäisi sivutoimiluvat, mutta laillisuusvalvoja valvoisi lupien myöntämistä tarkastelemalla vuosittain tarkemmin tuomareiden välimiestehtävien yksityiskohtia ja antamalla epäkohdista tarvittaessa huomautuksia. Tiedot välimiesmenettelyjen asianosaisista voisivat olla edelleen salassa pidettäviä, mutta tuomioistuimen ohella myös laillisuusvalvojalla olisi pääsy niihin. Oikeudenkäynnin asianosainen voisi pyytää laillisuusvalvojalta tiedon, onko tuomari sivutoimien takia mahdollisesti esteellinen; tarkempia yksityiskohtia hän ei saisi. Sinänsä tämä järjestely saattaisi olla ongelmallinen, koska juuri tuomioistuinten riippumattomuuden vuoksi oikeusasiamiehen ei tule puuttua tuomioistuimessa vireillä olevaan asiaan. Toisaalta kyseessä olisi vain tiedon antaminen asianosaiselle, ei puuttuminen toimintaan.⁵⁸

Edellä esitetyn mallin etuna olisi se, että välimiestehtävien osapuolet olisivat tuomioistuimen ulkopuolisen tahon tiedossa, mutteivät kuitenkaan julkisia. Välimiesmenettelyn osapuolet pitäisivät riitansa salaisena, mutta oikeudenkäynnin osapuoli voisi varmistua siitä, että tuomarin mahdolliset välimiestehtävät eivät tee tuomaria esteelliseksi. Tuomarin puolueettomuuden turvaamisen lisäksi malli tukisi tuomareiden riippumattomuutta, ja ulkopuolinen valvonta tekee myös riippumattomuuden uskottavammaksi kuin tuomioistuimen sisäinen valvonta. Ongelmaksi järjestelyssä voi nähdä sen, ettei tuomareiden vanhoja, tuomioistuinuraa edeltäviä välimiestehtäviä olisi tiedossa. Kontrolli oikeudenkäynnissä riippuisi asianosaisen omasta ak-

57 OKV 244/1/1997. Oikeuskansleri käsitteli aihetta myös päätöksessään OKV 683/1/2012. Koska asia on tällä hetkellä oikeusministeriön asettaman työryhmän arvioitavana, oikeuskansleri ei ottanut kovin vahvaa kantaa. Kriitikoista ks. Virolainen, Jyrki: '681. Oikeuskanslerilta kesy kannanotto tuomareiden välimiestehtävistä'. Jyrki Virolaisen blogi 17.12.2012. Haettu osoitteesta <http://jyrkivirolainen.blogspot.fi/> vierailupäivä 10.2.2013.

58 Oikeusasiamiehen tuomioistuinten laillisuusvalvonnan valtiosäännöllisestä problematiikasta ks. esimerkiksi Jääskeläinen 2010, s. 178–190.

tiivisuudesta, ja järjestelmä saattaisi myös muodostua varsin byrokraattiseksi ja lisäresursseja vaativaksi.

5 Tuomarin esteellisyys välimiestehtävien perusteella

5.1 Yleistä

Kuten aiemmin on tuotu esiin, eräs konkreettinen ongelma tuomareiden välimiestehtävissä on esteellisyyden, eli puolueettomuuden vaarantumisen, mahdollisuus. OK:n 13 luvun esteellisyyssäännökset ovat laajat ja paikoin varsin avoimet, joten esteellisyyssykymykset voivat aktualisoitua moninlaisissa tilanteissa. Tässä osiossa käsitelen ja systematisoin eri esteellisyystilanteita käytännön esimerkkinä välimiestehtävien vaikutuksesta riippumattomuuteen ja puolueettomuuteen.

5.2 Kahden instanssin jäävi

Oikeudenkäymiskaaren 13:7:n mukaan tuomarin on esteellinen, mikäli hän on käsitellyt samaa asiaa toisessa tuomioistuimessa, muussa viranomaisessa tai välimiehenä. Tämä kahden instanssin jäävi eli oikeusaste-esteellisyys estää sen, että tuomarilla olisi jo valmiiksi ennakkokäsitys asiasta.⁵⁹ Tuomari on esimerkiksi esteellinen vahvistamaan tai kumoamaan välitystuomion, jonka antamiseen hän on itse osallistunut välimiehenä. Tuomari on myös esteellinen käsittelemään riitaa, jota on jo käsitellyt välimiesoikeudessa, mutta joka on tullut jostain syystä vireille tuomioistuimessa. Asia on näin riippumatta siitä, kuinka kauan ennen oikeudenkäynnin alkamista tuomari on toiminut välimiehenä.⁶⁰ Toisin kuin jäljempänä käsiteltävät tilanteet, OK 13:7 ei myöskään ole harkinnanvarainen.

Kahden instanssin jäävistä on kirjoitettu paljon oikeuskirjallisuudessa yleisesityksiä myöten⁶¹, ja se voi joskus aiheuttaa hankalia tulkintakysymyksiä. Välimiesmenettely on yleensä kuitenkin täysin irrallinen varsinaisesta tuomioistuinmenettelystä eikä välitystuomioon voi hakea muutosta. Lisäk-

⁵⁹ Jokela 2005, s. 336.

⁶⁰ Tapanila 2007, s. 213.

⁶¹ Ks. esim. Jokela 2005, s. 336–339, Lappalainen 2012, s. 274–279 ja Tirkkonen 1974, s. 220. Tarkempi käsittely ks. esim. Tapanila 2007, s. 199–224.

si kahden instanssin jäävin suhdetta välimiesmenettelyyn pidettiin varsin selvänä kirjallisuudessa jo ennen kuin OK 13:7 nimenomaisesti säädettiin kattamaan välimiesmenettelyn.⁶² Tulkintaongelmia ei siis juurikaan ilmene, vaan yleensä on selvää aiheutuuko tuomarille tämän aikaisempien välimies-tehtäviensä perusteella oikeusaste-esteellisyys.

5.3 Erityinen suhde asianosaiseen ja sen lainsäädäntöpohja

Oikeudenkäymiskaaren 13:6:n 1 momentin 2 kohdan mukaan tuomari on esteellinen, jos tuomarilla on palvelussuhteen perusteella tai muuten asianosaiseen sellainen suhde, että se, erityisesti käsiteltävänä olevan asian laatu huomioon ottaen, antaa perustellun aiheen epäillä tuomarin puolueettomuutta asiassa. Kyseessä on varsin laaja sekä tärkeä esteellisyysperuste, jota kutsutaan erityiseksi suhteeksi asianosaiseen. Se on lisäksi harkinnanvarainen, eli se ei johda automaattisesti esteellisyyteen. Lain esitöiden mukaan ”säännöksen tarkoitus on kattaa sellaisia tilanteita, joissa jonkun asianosaisen ja myös ulkopuolisen silmin katsottuna vaarana voi olla yhden asianosaisen suosiminen tai syrjiminen.” Suhteen on myös oltava ”tuomarille syystä tai toisesta tärkeä ja merkityksellinen”.⁶³ Itse laissa (OK 13:6,3) soveltamisalaa rajataan siten, että tavanomainen asiakkuuteen, omistukseen tai niihin verrattavaan seikkaan perustuva suhde asianosaiseen ei aiheuta esteellisyttä. Esitöissä ja säännöksessä mainitaan myös, että on erityisesti otettava huomioon käsiteltävänä olevan asian laatu, mutta lisäksi esitöiden mukaan on otettava huomioon myös muut olennaiset olosuhteet.⁶⁴ Voitaneen siis päätellä, että mikä tahansa epäily ei riitä tekemään tuomaria esteelliseksi, ja on katsottava asiaa kokonaisuutena ottaen huomioon sekä tuomarin, asianosaisen että ulkopuolisen perusteltu näkökulma.

Esitöiden mukaan palvelussuhteeseen voidaan rinnastaa myös toimeksiantosuhte. Välimiessuhde voidaan useissa tapauksissa mieltää toimeksiantosuhteeksi: toimeksiantaja valitsee välimiehen hoitamaan toimeksiantannon ja maksaa tälle tehdystä työstä palkkion. Vaikkei riidan osapuoli itse valitsikaan välimiestä ja toimeksiantokonstruktio ei soveltuisi, voi näiden välillä silti olla sellainen suhde, että se saattaa antaa perustellun aiheen epäillä

62 Lappalainen 1995, s. 175.

63 HE 78/2000, s. 37.

64 *ibid.*, s. 36–37.

tuomarin puolueettomuutta OK 13:6:n 1 momentin 2-kohdan mukaisesti. Tällöin erityinen suhde on lähinnä taloudellinen side riidan osapuolen ja välimiehen välillä sekä laajemmin välimiehen mahdollinen sidonnaisuus tiettyyn intressipiiriin.⁶⁵ Varsinkin tällaisessa arvioinnissa korostuu objektiivisen puolueettomuuden vaatimus, jolloin asiaa ei voida tarkastella vain tuomarin omasta näkökulmasta.⁶⁶ Toisaalta kun osapuoli ei itse valitse välimiestä, on esteellisyyskynnyksen oltava lähtökohtaisesti korkeampi. On kuitenkin mahdotonta antaa minkäänlaisia tiukkoja sääntöjä siitä, milloin tuomari on esteellinen välimiestoimeksiannon perusteella. Joitakin tyyppi-tilanteita voidaan tosin erottaa, ja käsitellän näitä seuraavaksi.

5.4 Yksi aiempi välimiestehtävä

Lienee varsin tavallista, että välimiehen ratkaistua riidan hän ei ole enää osapuoliin yhteydessä. Voidaan kysyä, voiko yksi päättynyt välimiestehtävä tehdä tuomarin esteelliseksi. Lain esitöissä asiaa käsitellään epäsuorasti käyttämällä esimerkkinä kirjanpitoa:

“Palvelussuhteeseen voidaan rinnastaa toimeksiantosuhte. Esimerkiksi yhtiön kirjanpidon laatinut henkilö ei voi olla tuomarina asiassa, jos kirjanpidolla juuri hänen laatimaltaan ajalta on asiassa merkitystä. Jos taas näin ei ole eikä tuomarilla ole toimeksiantosuhteen päätyttyä muuta yhteyttä asianosaisena olevaan yhtiöön, tuomaria ei voida pitää esteellisenä.”⁶⁷

Esitöissä todetaan myös, että “mikäli tuomari on sen sijaan toiminut asiamiehenä vain jossakin yksittäisessä tehtävässä tai lyhyen aikaa, se ei yksin riitä perusteeksi jääviyteen.”⁶⁸ Ottaen huomioon, että asiamiehenä toimiminen on jopa välimiestehtävää henkilökohtaisempaa ja luottamuksellisempaa, katsoisin, ettei päättynyt välimiestoimeksianto voi näillä perusteilla

65 Taloudellinen side muodostuu lähinnä osapuolen välimiehelle maksamasta palkkiosta. Intressipiirillä taas tarkoitan lähinnä riidan osapuolen laajempaa intressipiiriä, enkä niinkään aiemmin käsiteltyä yleisen elinkeinoelämän intressipiiriä, josta mm. Tuori ja Virolainen ovat olleet huolestuneita. Tällainen intressipiiri voisi olla esim. osapuoliyhtiön konserni tai mahdollisesti jokin suppea toimiala.

66 Objektiivisen puolueettomuuden vaatimuksen mukaan tuomioistuimen on näytettävä ulospäin puolueettomalta, ja tuomioistuimen kokoonpanossa ei saa olla sellaisia ulkoisia tekijöitä, jotka antaisivat perusteltua epäilystä tuomioistuimen puolueettomuudesta. Ks. Jokela 2005, s. 329 tai Tapanila 2007, s. 64–71.

67 HE 78/2000, s. 37.

68 *ibid.*

tehdä tuomaria esteelliseksi. Samoin toteaa Antti Tapanila väitöskirjassaan, tosin suppeammin perusteluin.⁶⁹

Ottaen kuitenkin huomioon välimiesten korkeat palkkiot, yksikin välimiestehtävä voi muodostaa huomattavaan taloudellisen siteen tuomarin ja asianosaisen välille.⁷⁰ Tuomari voi saada välimiestehtävistä jopa virkapalkkaansa suurempia tuloja.⁷¹ Vaikka suuri palkkio maksettaisiinkin vain yhdestä ratkaisusta, se voi synnyttää jonkinlaisia lojaalisuussuhteita. En siis kategorisesti sulki pois sitä mahdollisuutta, että jo yksikin päätynyt välimiestoimeksianto voi tehdä tuomarin esteelliseksi suhteessa asianosaiseen. Kynnyksen on tällöin oltava kuitenkin huomattavan korkea, ja nähdäkseni on ainakin edellytettävä, että välimies olisi asianosaisen eikä esimerkiksi instituutin nimeämä. On myös huomioitava säännöksessä mainittu asian laatu sekä esitöissä mainitut muut olennaiset olosuhteet.⁷² Katsoisin, että on otettava huomioon ainakin välimiespalkkion suuruus, sen suhde tuomarin muihin tuloihin, välimiestoimeksiannosta kulunut aika, ja tuomarin mahdollisesti hoitamat muut toimeksiannot.

Eri asia on sekin, että osapuolten valitsema välimies saattaa joissakin tapauksissa toimia avoimen puolueellisesti eli ajaa hänet valinneen osapuolen asiaa välimiesoikeuden jäsenenä. Tämä on luonnollisesti kiellettyä, sillä välimiehen tulee olla puolueeton ja riippumaton kuten tuomarinkin. Tästä huolimatta on kirjallisuudessa kuvattu tapauksia, joissa välimiehet ajavat häikäilemättömästi valitsijansa asiaa.⁷³ Tämänkaltaiseen toimintaan syyllystyneen välimiestuomarin esteellisyyttä olisi tietenkin arvioitava ankarammin.

69 Tapanila 2007, s. 172. Tapanila katsoo, ettei oikeudenkäyntiä edeltävällä yksittäisellä tehtävällä ole samaa merkitystä kuin oikeudenkäynnin aikana hoidetulla tehtävällä. Hänen mukaansa tuomaria voidaan pitää esteellisenä vain, jos tämä on toiminut useissa välimiesoikeudenkäynneissä, joissa oikeudenkäynnin asianosainen on ollut osapuolena.

70 Virolainen katsoo, että jo tämä synnyttää sellaisen riippuvuussuhteen, että vastapuolella on oikeudenkäynnissä perusteltua aihetta epäillä tuomarin puolueettomuutta. Ks. Virolainen 1997, s. 142.

71 Esimerkiksi ICC:n välityslautakunnan suosituksen mukaan 5–10 miljoonan dollarin arvoisen riidan ratkaisemisesta maksetaan välimiehille n. 32 000–140 000 dollaria; vrt. KKO:n oikeusneuvoksen vuosipalkka n. 120 000 euroa ja suomalaisen keskipalkka n. 40 000 euroa.

72 HE 78/2000, s. 37.

73 Esimerkiksi Ståhlberg 1996, s. 452, jossa hän kuvaa, että on ollut mukana kokoonpanoissa, joissa välimies on pyrkinyt näkemään kaiken nimeäjänsä silmälasien läpi ja jopa kuvannut asianosaista ”päämieheksen”.

5.5 Useampi aiempi välimiestehtävä

Asiaa tulee arvioida eri tavalla, jos tuomari on välimiehenä ratkaissut useamman asianosaisen riidan. Useamman välimiestehtävän hoitaminen samalle taholle synnyttää jo helposti sellaisia taloudellisia ja muita siteitä, joita yksi toimeksianto välttämättä ei vielä aiheuta.⁷⁴ Jos asianosainen on ollut niin tyytyväinen tuomarin toimintaan välimiehenä että on valinnut tämän uudestaan, ei suhdetta enää voida pitää niin tavanomaisena ja neutraalina, ettei esteellisyyttä syntyisi. Tuomari näyttäytyy tällaisessa tilanteessa tavallaan asianosaisen ”luottomiehenä”. Vaikka tuomari ei olisi toiminut asianosaisen valitsemana välimiehenä, on hän joka tapauksessa huomattavasti suuremmassa määrin sitoutunut asianosaiseen ja tämän intressipiiriin sekä välimiestehtävistä saatuun taloudelliseen hyötyyn.⁷⁵

On myös huomattava, että *wälimiehen* esteellisyyssperusteena pidetään toimimista toistuvasti ilman hyväksyttävää syytä saman asianosaisen nimeämänä välimiehenä.⁷⁶ Katsoisin, ettei tuomarin esteellisyyksivaatimuksia voida asettaa alemmalle tasolle kuin välimiehen, sillä tuomioistuimen on täytettävä objektiivisen puolueettomuuden vaatimus, kun taas välimiehillä ei tällaista velvollisuutta ole.⁷⁷ Välimiehen esteellisyys on viime kädessä pitkälti dispositiivinen asia⁷⁸, kun taas tuomioistuimen on nautittava yleisön luottamusta eikä asianosainen voi edes suostumuksellaan olla osallisena puolueelliseen oikeudenkäyntiin.⁷⁹

Tilanne, jossa tuomari on toiminut vain kerran asianosaisen välimiehenä, eroaa siis merkittävästi tilanteesta, jossa tuomari on tehnyt näin useamman kerran. Nähdäkseni kynnys tuomarin toteamiseksi esteelliseksi on huomattavasti alempana jäljemmässä, erityisesti jos asianosainen on itse nimennyt tuomarin välimieheksi. Tässäkään tilanteessa ei kuitenkaan voida automaatt-

74 Virolainen katsoi jo ennen OK 13 luvun uudistusta, että useampi välimiestehtävä synnyttäisi automaattisesti esteellisyyden. Virolainen 1997, s. 141.

75 Tapanila 2007, s. 172.

76 HE 202/1991, s. 14–15, Tapanila 2007, s. 172, Kurkela 1996, s. 40.

77 Sinänsä VäliML 10 § edellyttää, että välimies on esteellinen käsittelemään asiaa aina kun tuomarikin olisi. Kun välimiesmenettelyt ovat kuitenkin suurelta osin salaisia eivätkä ne tule yleisön tietoon, ei mielestäni välimiehen esteettömyyden edellytys voi olla objektiivinen puolueettomuus samalla tavalla kuin yleisellä tuomioistuimella. Samaa mieltä myös asianosaisten valitsemista välimiehistä Turunen 2005b, s. 102.

78 Lindholm 2005, s. 202.

79 Tapanila 2007, s. 44.

tisesti syrjäyttää tuomaria esteellisenä, vaan huomioon on otettava taas asian laatu ja muut olennaiset seikat. Tuomaria ei liene syytä aina katsoa esteelliseksi erityisesti jos hän on valikoitunut välimieheksi muun kuin asianosaisen valinnalla, jos välimiesmenettelyt ovat olleet taloudellisten arvojen ja palkkioiden osalta vähäisiä, tai jos menettelyä ei ole viety loppuun esimerkiksi sovinnon takia.

5.6 Oikeudenkäynnin aikainen välimiestehtävä

Välimiehenä toimiminen oikeudenkäynnin asianosaiselle samaan aikaan kuin oikeudenkäynti on vireillä voi sekin tehdä tuomarin esteelliseksi. Ero aiempiin tyyppitilanteisiin on oikeudenkäynnin ja välimiestehtävien samanaikaisuus. Tuomari ei myöskään ole saanut palkkiotaan mahdollista ennakkoa lukuun ottamatta. Oikeudenkäynnin aikainen välimiestoimeksianto voi johtaa siihen, että jos tuomari samastuu asianosaisen tilanteeseen tai tavoitteisiin välimiesmenettelyssä, tämä asenne voi vaikuttaa myös oikeudenkäyntiin. Keskenalaisessa välimiesmenettelyssä välimies ei vielä ole saanut palkkiotaan ainakaan kokonaisuudessaan, jolloin taloudellinen lojaalisuussuhde tavallaan myös korostuu ja aktualisoituu; välimiestuomarilla on tilanteessa muutenkin vaara tulla syrjäytetyksi esimerkiksi esteellisyysväitteen perusteella. Tällaisessa tilanteessa tuomari voi kokea helpommaksi ratkaista tuomioistuinasiaa hänet valinneen asianosaisen hyväksi.

Voidaan myös perustellusti kysyä, voiko välimies ylipäänsä olla puolueeton silloin jos hänet on nimennyt asianosainen itse. Santtu Turunen katsoo, että välimies on, ottaen huomioon välimiesten tyyppillisesti korkeat palkkiot, jonkinlaisessa kiitollisuudenvelassa nimennyttä asianosaista kohtaan ja saattaa ratkaistessaan asiaa ajatella tulevia mahdollisuuksiaan tulla nimetyksi välimieheksi vastaaviin tapauksiin.⁸⁰ Hänen on käytännössä otettava huomioon ammatillinen tulevaisuutensa eikä hänellä ole mahdollisuutta luottaa saavansa ansionsa lopun elämäänsä riidanratkaisutoiminnasta, elleivät päätökset ainakin yleensä miellytä alan vakio toimijoita.⁸¹ Näin kieltämättä voi ollakin, ja välimiesten *de facto* riippumattomuus ja puolueettomuus voidaan

⁸⁰ Turunen 2005a, s. 107. Näin katsoi myös Eduskunnan oikeusasiamies Lauri Lehtimaja lausunnossaan tuomaritoimikunnan osamietinnöstä (KM 1997:12); ks. Uhlbäck 1998, s. 8.

⁸¹ Turunen 2005b, s. 101.

perustellusti kyseenalaistaa. Tällainen puolueellisuus voi myös vaikuttaa samaan aikaan vireillä olevaan oikeudenkäyntiin, ja tälläkin perusteella voitaneen katsoa, että tuomari voisi olla esteellinen toimiessaan samaan aikaan asianosaisen valitsemana välimiehenä.

Kuitenkin vahvin peruste esteellisyyden syntymiselle tämänkaltaisessa tilanteessa on objektiivisen puolueettomuuden vaatimus. Ulkopuolisen voi olla hyvinkin vaikeaa nähdä sellaista tuomaria puolueettomana, joka ratkaisee kahta riitaa samanaikaisesti, mutta saa toisessa palkan valtiolta ja toisessa palkkion riidan asianosaiselta. Näin on varsinkin sellaisessa tilanteessa, jossa tuomari ratkaisee ensin välimiesriidan ja sitten tuomioistuinriidan saman asianosaisen hyväksi.

5.7 Asiamies välimiehen valitsijana

Silloinkin kun välimies on toimeksiantosuhteessa asianosaiseen, on yleistä, että välimiehen valitsee tosiasiallisesti päämiehen asianajaja tai muu asiamies eikä asianosainen itse.⁸² Kun *de facto* valinnan tekee asianajaja, on kysyttävä, voiko tuomari olla esteellinen suhteessa asianosaisen asiamieheen? Itse en näe syytä siihen, etteikö myös suhde asiamieheen voisi tehdä tuomaria esteelliseksi. Tätä voi perustella sillä, että myös tuomarin läheisyys asiamieheen voi tehdä tuomarin esteelliseksi (OK 13:4). Suhteessa asiamieheen ei tosin soveltuisi OK 13:6.1, sillä se koskee vain asianosaisen ja tuomarin välistä suhdetta. Esteellisyyden oikeusperusta olisi tällöin OK 13:7,3:n yleislauseke. Tuomari voisi nähdäkseni olla esteellinen suhteessa asiamieheen, vaikka hänellä ei olisi mitään erityistä suhdetta itse asianosaiseen. Esteellisyyden perustelut ovat kuitenkin varsin erilaiset, sillä asiamies ei maksa välimiehen palkkiota.

Koska välimiehen valitsee käytännössä usein asianajaja, välimies voi kokea olevansa Turusen katsomalla tavalla ”kiitollisuudenvelassa” asianajajalle. Välimies voi myös kokea tulevien nimityksiensä riippuvan siitä, että hän ratkaisee kyseessä olevan asian edullisesti asianajajalle ja tämän päämiehelle.⁸³

82 Virolainen – Pölonen 2004, s. 459 ja Virolainen, Jyrki: ‘604. KKO:n jäsenten salaiset ja suurituloiset välimiestehtävät ovat merkki tuomarietiikan rapautumisesta’. Jyrki Virolaisen blogi 6.6.2012. Haettu osoitteesta <http://jyrkivirolainen.blogspot.fi/> vierailupäivä 10.2.2013.

83 Vrt. Turunen 2005b, s. 102, joka tosin koskee vain suhdetta asianosaiseen.

Näin ollen toive saada välimiestoimeksiantoja ja -palkkioita myös jatkossa voi muodostaa eräänlaisen epäsuoran taloudellisen siteen.⁸⁴ On myös huomattava, että välimiesmenettelyssä välimiestä saatetaan pitää esteellisenä, jos sama asianajoyhteisö tai muu vastaava organisaatio nimeää toistuvasti tai samanaikaisesti saman välimiehen.⁸⁵ Jos tätä ei hyväksytä välimiesmenettelyssä, ei sitä voida hyväksyä myöskään julkista luottamusta edellyttävässä tuomioistuimenmenettelyssä.⁸⁶

Kynnys esteellisyyden toteamiselle suhteessa asiamieheen pitäisi olla korkeampi kuin suhteessa asianosaiseen, sillä asiamies ei aina valitse välimiestä eikä maksa tämän palkkiota. En pitäisi realistisena, että ainakaan yksi päättynyt välimiestoimeksianto voisi tehdä tuomaria esteelliseksi vain sillä perusteella, että asianosaisen asiamies on ollut mukana kyseisessä välimiesmenettelyssä. Myöskään kaksi toimeksiantoa ei välttämättä johtaisi esteellisyyteen, joskin tapauskohtainen harkinta korostuu taas. Mitä useammin asiamies on toiminut tuomarin kanssa samassa välimiesmenettelyssä, sitä perustellumpaa olisi kuitenkin katsoa tuomari esteelliseksi suhteessa asiamieheen.

6 Lopuksi

On selvää, että tuomareiden toimiminen sivutoimisina välimiehinä ei ole ongelmatonta yhteiskunnan kannalta, sillä luottamus tuomioistuimiin ja lainkäytön legitimitettiin edellyttävät tuomioistuinten riippumattomuuden ja puolueettomuuden turvaamista. Nykyjärjestelmässä, jossa tuomareiden sallitaan toimia välimiehinä mutta valvonta- ja lupa-asiat eivät saa asianmukaista huomiota, tuomareiden välimiestehtävät vaarantavat selvästi tuomioistuinten riippumattomuuden ja puolueettomuuden. Tuomareiden välimiestehtävien kieltämiselle ei tästä huolimatta ole riittäviä perusteita, ja tässä artikkelissa olen esittänyt joitakin mahdollisia muutosehdotuksia.

Tuomareiden välimiestehtävät voivat myös tehdä tuomarin esteelliseksi varsin erilaisissa tilanteissa, joskus yllättävästikin. Säännösten avoimuuden

84 Myös valtioneuvoston oikeuskansleri katsoo, että taloudellisia riippuvuussuhteita voi syntyä suhteessa asiamiehiin. OKV 683/1/2012.

85 Kurkela 1996, s. 40.

86 Ks. kohdassa 5.5 esittämäni vastaava argumentaationi esteellisyydkynnyksen erosta tuomioistuinten ja välimiesoikeuksien välillä.

vuoksi tarkkoja sääntöjä ei voida esittää, mutta olosuhteista riippuen tuomari voinee tulla esteelliseksi joskus jopa yhden päättyneen välimiestehtävän perusteella. Tuomarin esteellisyyttä on kuitenkin aina harkittava tapauskohtaisesti ja eri näkökulmia on punnittava huolellisesti.

On vielä huomautettava, että merkitystä ei ole vain sillä, vaarantavatko tuomarit todellisuudessa riippumattomuuttaan tai puolueettomuuttaan. Merkitystä ei myöskään tulisi olla sillä, mitä yksittäiset ihmiset tästä uskovat. Olennaista asiassa on järjestelmän läpinäkyväisyys, tämän vaikutus tuomioistuinten ja koko oikeusjärjestelmän uskottavuuteen, ja sitä kautta lainkäytön legitimitettiin.

Lähteet

Kirjallisuus

Halila, Heikki: Neljältä vuosikymmeneltä. Helsinki, Lakimiesliiton kustannus, 2002. (Halila 2002)

Hallberg, Pekka: Oikeusturva. Teoksessa Hallberg et. al: Perusoikeudet. Helsinki, WSOY, 2011. (Hallberg 2011)

Havansi, Erkki: Välimiesmenettely. Teoksessa Lappalainen et. al: Prosessioikeus. Helsinki, Sanoma Pro, 2012. (Havansi 2012)

Jokela, Antti: Tuomioistuimet ja välimiesmenettely. LM 1985 s. 510–524. (Jokela 1985)

Jokela, Antti: Oikeudenkäynnin perusteet. Helsinki, Talentum, 2005. (Jokela 2005)

Jääskeläinen, Petri: Tuomioistuinten valvonnan perusteet, rajoitukset ja sisältö. Teoksessa Eduskunnan oikeusasiamies 90. Helsinki, Eduskunnan oikeusasiamies, 2010. (Jääskeläinen 2010)

Kurkela, Matti S: Välimiesmenettelylaki. Helsinki, Lakimiesliiton kustannus, 1996. (Kurkela 1996)

Lappalainen, Juha: Siviiliprosessioikeus I. Helsinki, Lakimiesliiton kustannus, 1995. (Lappalainen 1995)

Lappalainen, Juha: Tuomari ja tuomarinvirka. Teoksessa Lappalainen et. al: Prosessioikeus. Helsinki, Sanoma Pro, 2012. (Lappalainen 2012)

Lindholm, Tomas: Näkökohtia välimiehen esteellisyydestä – erityisesti asianajajan näkökulmasta. Teoksessa Juhlajulkaisu Esko Hoppu 1935 - 15/1 – 2005. Helsinki, Suomalainen lakimiesyhdistys, 2005. (Lindholm 2005)

Ståhlberg, Kaarlo: Näkökohtia välimiehen esteellisyydestä välimiesmenettelystä 23.10.1992 annetun lain mukaan. DL 1996 s. 451–456. (Ståhlberg 1996)

Tapanila, Antti: Tuomarin esteellisyys. Jyväskylä, Suomalainen lakimiesyhdistys, 2007. (Tapanila 2007)

Turunen, Santtu: Välimiehen riippumattomuus ja puolueettomuus – käsitteellinen mahdollisuus? Teoksessa Riidanratkaisun uusi maailma. Helsinki, Edita, 2005. (Turunen 2005a)

Turunen, Santtu: Vaihtoehtoinen riidanratkaisija – unohtunut oikeudellinen näkökulma. Teoksessa Vaihtoehtoista riidanratkaisua vai vaihtoehtoista konfliktinratkaisua? Helsinki, COMI, 2005. (Turunen 2005b)

Tirkkonen, Tauno: Suomen siviiliprosessioikeus I. Porvoo, WSOY, 1974. (Tirkkonen 1974)

Tuori, Kaarlo: Domstolarnas och domarnas oavhängighet. JFT 1996 s. 492–501. (Tuori 1996)

Tuori, Kaarlo: Tuomarit ja tuomioistuimet suomalaisessa oikeuskulttuurissa. LM 2000 s. 1049–1059. (Tuori 2000)

Uhlbäck, Jarmo: Lausunnot Tuomarit välimiehinä, tuomaritoimikunnan osamietinnöstä 1997:12, tiivistelmä. Helsinki, Oikeusministeriö, 1998. (Uhlbäck 1998)

Virolainen, Jyrki: Lainkäyttö. Helsinki, Lakimiesliiton kustannus, 1995. (Virolainen 1995)

Virolainen, Jyrki: Korkein oikeus kriisissä. Rovaniemi, Pandecta, 1997. (Virolainen 1997)

Virolainen, Jyrki – Pölönen, Pasi: Rikosprosessioikeus 2, rikosprosessin osalliset. Helsinki, WSOY, 2004. (Virolainen – Pölönen 2004)

Virallislähteet

Hallituksen esitys Eduskunnalle tuomareiden nimittämistä koskevaksi lainsäädännöksi (109/1999)

Hallituksen esitys Eduskunnalle tuomarin esteellisyyttä koskevaksi lainsäädännöksi (78/2000)

Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi välimiesmenettelystä sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi (202/1991)

Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi valtion virkamieslain 18 §:n muuttamisesta (26/1999)

Markku Pohjola /sd ym.: Lakialoite laiksi välimiesmenettelystä annetun lain 8 §:n muuttamisesta. LA 30/1997 vp.

Tuomarit välimiehinä, tuomaritoimikunnan osamietintö. KM 1997:12.

Lausunto tuomarien välimieskäytännöstä. Pauliine Koskelo, KKO:n presidentti, 5.10.2012. OH2012/178.

Muut lähteet

Arbitration Institute of the Chamber of Commerce: Arbitration Rules 2010. Haettu osoitteesta <http://www.sccinstitute.com/skiljedomsregler-4.aspx>, 10.2.2013.

ICC Rules of Arbitration. Haettu osoitteesta <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/>, 10.2.2013.

Keskuskauppakamarin välityslautakunnan säännöt. Haettu osoitteesta http://arbitration.fi/en/files/FCC_saannot.pdf, 10.2.2013.

Roschier Disputes Index. Haettu osoitteesta <http://www.roschier.com/files/c9892a989183de32e976c6f04e700201.pdf>, 10.2.2013.

Oikeustoimittajat ry:n selvitys: Välimiestehtävät keskittyvät korkeimpaan oikeuteen. 5.6.2012, ja tämän pohjana oleva KKO:n kansliapäällikön päätös OH2012/105 liitteineen, annettu 8.5.2012. Haettu osoitteesta <http://www.oikeustoimittajat.fi/>, 10.2.2013.

Virolainen, Jyrki: '17. KKO:n oikeusneuvokset välimiehinä'. Jyrki Virolaisen blogi 9.9.2008. Haettu osoitteesta <http://jyrkivirolainen.blogspot.fi/>, 10.2.2013.

Virolainen, Jyrki: '556. KKO:n jäsenten salaiset välimiestehtävät tulisi kieltää.' Jyrki Virolaisen blogi 12.3.2012. Haettu osoitteesta <http://jyrkivirolainen.blogspot.fi/> 10.2.2013.

Virolainen, Jyrki: '604. KKO:n jäsenten salaiset ja suurituloiset välimiestehtävät ovat merkki tuomarietiikan rapautumisesta'. Jyrki Virolaisen blogi 6.6.2012. Haettu osoitteesta <http://jyrkivirolainen.blogspot.fi/> 10.2.2013.

Virolainen, Jyrki: '681. Oikeuskanslerilta kesy kannanotto tuomareiden välimiestehtävistä'. Jyrki Virolaisen blogi 17.12.2012. Haettu osoitteesta <http://jyrkivirolainen.blogspot.fi/> 10.2.2013.

Virolainen, Jyrki: '688. KKO:n presidentiltä yksipuolinen lausunto oikeusneuvosten välimiestehtävistä'. Jyrki Virolaisen blogi 15.1.2013. Haettu osoitteesta <http://jyrkivirolainen.blogspot.fi/> 10.2.2013.

Oikeustapaukset

Valtioneuvoston oikeuskansleri

OKV 244/1/1997 (28.8.1997)

OKV 683/1/2012 (26.11.2012)

The Joint Liability of the Principal Designer and the Special Designer in a Construction Design Project

Keywords: joint liability, construction projects, design errors, the Finnish Land Use and Building Act

Katja Lehtonen

English Abstract

The purpose of the article is to first discuss the possibility of joint liability of the principal designer and the special designer towards the builder in a construction design project subject to the Land Use and Building Act (132/1999, amendment 222/2003 included). Secondly, attention will be given to the division of liability between the two designers, should the liability be considered joint. As the characteristics of construction projects vary significantly, the joint liability issues have in this article been presented on a general level only. Subject to the aforementioned Act, the builder appoints a principal designer that shall be in charge of the design in its entirety and design quality as well – this is done to ensure that the building design and any special designs form a complete entity which meets the requirements set for it. This “job description” of the principal designer has in the construction design field been perceived as rather wide-ranging. It may, as further discussed in this article, judicially be interpreted to even overlap the responsibilities of the special designer to some extent, thus providing for the possibility of joint liability. The final division of liability between the designers depends, however, mostly on factors that are determined on a case-by-case basis, and is thus difficult to generalize.

Full Article in Finnish

Pääsuunnittelijan ja erityissuunnittelijan yhteisvastuu rakennussuunnittelussa

Asiasanat: yhteisvastuu, rakennushankkeet, suunnitteluvirheet, maankäyttö- ja rakennuslaki

1 Johdanto ja kysymyksenasettelu

Rakennuttajalla on maankäyttö- ja rakennuslain (5.2.1999/132, jäljempänä MRL) 120.2 §:n mukaan velvollisuus nimetä rakennushankkeeseen pääsuunnittelija, jonka tehtävänä on huolehtia suunnittelukokonaisuuden laadusta ja valvoa erityissuunnittelijoiden laatimien suunnitelmien yhteensopivuutta.¹ Pääsuunnittelija toimii suunnitteluorganisaatiossa yhteistyössä erityissuunnittelijan kanssa: suunnittelijoiden tehtävien onnistuneet loppuunsaattamiset ovat jopa tietystä määrin riippuvaisia toisistaan. Käytännössä pääsuunnittelijan tehtäväkenttä on hyvin laaja ja se on käytännön suunnittelukentällä koettu epäselväksi.²

Kun erityissuunnittelijan suoritus on tietystä määrin riippuvainen pääsuunnittelijan suorituksesta ja toisin päin, voi yhden suunnittelijan tehtävien laiminlyönti siten ainakin teoriassa myös myötävaikuttaa toisen suunnittelijan virhevastuun syntymiseen rakennuttajaa kohtaan. Rakennuttajalle aiheutuu vahinkoa suoritushäiriöstä, joka tavallaan riippuu kummastakin suunnittelijasta. Arvioitavaksi tulee tällöin ensinnäkin se, voiko rakennuttaja vaatia suunnittelijoita korvaamaan aiheutuneen vahingon solidaarisesti. Toiseksi arvioidaan, voiko vahingon rakennuttajalle korvannut suunnittelija tämän jälkeen vaatia korvausta toiselta suunnittelijalta siitä osuudesta rakennuttajalle korvaamastaan vahingosta, jonka aiheutumiseen toinen suunnittelija on myötävaikuttanut.

Tässä artikkelissa käsitellään pääsuunnittelijan ja erityissuunnittelijan yhteisvastuun mahdollisuutta rakennuttajaa kohtaan rakennuttajavetoisessa jaetussa suunnittelussa. Aihe on sikäli ajankohtainen, että MRL:n muu-

1 Pääsuunnittelijan tehtävistä ks. RT 10-10764: Pääsuunnittelijan tehtäväluettelo PS 01 2001. Esimerkkejä yhteensopivuusvirheistä ks. Koskela 2004, s. 63. Suunnittelijan vastuusta yleisesti ks. Laine 1993, s. 30 ja Rudanko 1989, s. 116.

2 Koskela 2004, s. 9.

toistyö on parhaillaan käynnissä, ja pääsuunnittelijan laajasta tehtäväkentästä aiheutuvat ongelmat olisi tärkeää huomioida myös tulevassa lainsäädännössä. Kirjoituksessa tarkastellaan ensin rakennuttajaan kohdistuvan yhteisvastuun edellytyksiä, minkä jälkeen arvioidaan vastuun viimekätistä jakautumista suunnittelijoiden välillä. Lopuksi esitetään yhteenveto ja johdopäätökset.

Kirjoituksen lähtökohtana on, että suunnittelijan sopimisvelvoitteiden virheetön täyttäminen ei aiheuta vahinkoja rakennuttajalle. Tarkastelun pohjaksi otetaan näin ollen suunnittelijoiden sopimusvelvoitteet rakennuttajaa kohtaan. Kirjoituksessa ei käsitellä rakennusvalvontaviranomaisiin kohdistuvia velvoitteita, vaan tarkastelu rajautuu suunnittelijoiden velvollisuuksiin rakennuttajaa kohtaan. Tarkastelu rajautuu laatuvirheisiin, eli viivästysvahingot sivuutetaan, minkä lisäksi virheistä aiheutuvat vahingot rajataan varallisuusvahinkoihin, jotka aiheutuvat rakennuttajalle suunnittelijoiden täyttäessä sopimusvelvoitteitaan rakennuttajaa kohtaan. Suunnittelijoiden puhtaasti kolmansina mahdollisesti aiheuttamat fyysiset vahingot jäävät näin ollen tutkimuksen ulkopuolelle.

2 Suunnittelijoiden yhteisvastuu rakennuttajaa kohtaan

2.1 Yhteisvastuun edellytykset

Yhteisvastuulla tarkoitetaan vahingonkärsijän näkökulmasta tilannetta, jossa yhtä useampi taho vastaa kukin vahingosta kokonaisuudessaan vahingonkärsijää kohtaan. Toissijaisesti vahingonaiheuttajien näkökulmasta on merkityksellistä se, miten korvausvastuu viimekätisesti jakautuu. Vahingonkorvauslain 6 luvun 2 §:n mukaan vahingonaiheuttajat vastaavat vahingosta yhteisvastuullisesti, jos vahinko on kahden tai useamman aiheuttama. Lain 1 §:n mukaan laki ei kuitenkaan koske sopimukseen perustuvaa vastuuta, minkä vuoksi se ei sovellu sellaisenaan yhteisvastuun perustaksi tarkasteltavana olevassa tilanteessa: suunnittelijoiden rakennuttajaan kohdistuvat velvoitteethan ovat sopimusperusteisia. Solidaarisesta vastuusta on määrätty myös velkakirjalain 2 §:ssä, joskaan tätäkään säännöstä ei sovelleta sellaisiin sopimussuhteisiin, jotka eivät perustu velkakirjaan.³

³ Ks. esim. Hakulinen 1965, s. 23 ja Halila 2011, s. 4.

Kysymys yhteisvastuusta rakennuttajaa kohtaan ilman lain määräämää tilannetta on sopimusvapauden näkökulmasta ongelmallinen. Lähtökohtaisesti jokainen vastaa korvausvelkojalle vain omasta suorituksestaan, ellei erikseen ole muuhun sitoutunut. Ajatuksen taustalla on se, ettei sopijapuolta voi asettaa vastuuseen toisen suorituksesta, johon hän ei ole voinut vaikuttaa.⁴ Jos kahden eri tahon sopimuksiin perustuvat velvoitteet sen sijaan voidaan katsoa keskenään päällekkäisiksi, on tilanne eri: tällöin yhteisvastuu ei koidu kummankaan vahingonaiheuttajan vahingoksi, sillä vahinko olisi toisen suorituksesta riippumatta aiheutunut itsenäisesti myös ilman toisenkin osapuolen laiminlyöntiä.⁵ Kun kumpikin on tahollaan suoritushäiriöllä aiheuttanut vahingon, on loogista, että kumpikin tahollaan myös vastaa suoritushäiriöstä aiheutuneista vahingoista oman sitoumuksensa puitteissa riippumatta siitä, olisiko vahingon aiheuttanut samaan aikaan sattumalta myös toisen tahon suoritushäiriö.

Yllä kuvatunlaisesta tilanteesta oli kyse esimerkiksi ratkaisussa KKO 2003:61, jossa välityslieke ja asunnon myyjä velvoitettiin yhteisvastuullisesti suorittamaan ostajille vahingonkorvausta asunnon pinta-alavirheen perusteella. Välityslieke oli laiminlyönyt laissa säädetyn selonottovelvollisuuden ostajia kohtaan ja oli siten korvausvelvollinen. Toisaalta asunnon myyjä oli suoraan asuntokauppalain 6 luvun 16 §:n nojalla velvollinen suorittamaan ostajille asunnon virheen perusteella hinnanalennusta tuottamuksestaan riippumatta. Myyjä olisi siten ollut velvollinen suorittamaan ostajille hinnanalennusta myös siinä tapauksessa, että kiinteistövälitysliekin ei olisi katsottu menetelleen huolimattomasti ostajia kohtaan. Yhteisvastuu ei koitunut kummankaan osapuolen vahingoksi, sillä kumpikin osapuoli olisi ollut vastuussa pinta-alavirheestä ostajaa kohtaan myös yksin. Vastuu oli ostajaa kohtaan solidaarista. Viimekätisesti vastuu kohtasi välitysliekkettä.

Yhteisvastuu saattaisi siten tulla kyseeseen ensinnäkin, jos vahingon aiheuttaneet tahot ovat sitoutuneet samaan suoritukseen tai toisaalta jos vahinko on kahden erillään toimineen tahon aiheuttama niin, että kumpikin on

⁴ Halila 2011, s. 2 ja 5–6. Halila myös korostaa sen merkitystä, ettei rakennusurakan yleisissä sopimusehdoissakaan ole otettu kantaa asiaan. Todettakoon, että sama pätee KSE 1995 -ehtoihin.

⁵ Hoppu 1997, s. 5–6.

aiheuttanut vahingon myös yksinään, kuten ratkaisussa KKO 2003:61.⁶ Suunnittelijoiden yhteisvastuuta rakennuttajaa kohtaan tarkastellaan seuraavassa juuri näiden edellytysten valossa: yhtäältä arvioitavaksi tulee, voidaanko suunnittelun laatu jossakin määrin nähdä suunnittelijoiden yhteisenä velvoitteena rakennuttajaa kohtaan. Toisaalta pohditaan, voivatko suunnittelijoiden huolellisuusveloitteiden laiminlyönnit kukin tahollaan aiheuttaa rakennuttajalle sellaisen vahingon, jota voidaan pitää suunnittelijoiden yhteisesti aiheuttamana. Lopuksi asetelmaa tarkastellaan lyhyesti myös reaalisten argumenttien valossa.

2.2 Suunnitelmien laatu suunnittelijoiden yhteisenä veloitteena

MRL 120 §:ssä määrätään rakennussuunnittelusta seuraavasti (kursivointi tässä):

”Rakentamista koskeva suunnitelma on laadittava siten, että se täyttää tämän lain ja sen nojalla annettujen säännösten ja määräysten sekä hyvän rakennustavan vaatimukset.

Rakennuksen suunnittelussa tulee olla *suunnittelun kokonaisuudesta ja sen laadusta* vastaava pätevä henkilö, joka huolehtii siitä, että rakennussuunnitelma ja erityissuunnitelmat muodostavat kokonaisuuden, joka täyttää sille asetetut vaatimukset (*pääsuunnittelija*).

Kustakin erityissuunnitelmasta vastaava henkilö huolehtii siitä, että *suunnitelma* täyttää sille asetetut vaatimukset. Jos erityissuunnitelman on laatinut useampi suunnittelija, näistä yhden tulee olla nimetty tämän erikoisalan kokonaisuudesta vastaavaksi suunnittelijaksi.”

Edelleen RakMK A2-osan määräys 3.1.1-kohdan mukaan (kursivointi tässä):

”Pääsuunnittelijan tehtävänä on huolehtia rakennushankkeen *suunnitelmien riittävästä laadusta ja laajuudesta* niin, että suunnitelmilla voidaan osoittaa rakentamiselle asetettujen vaatimusten täyttäminen.”

Yhteisvastuun näkökulmasta voidaan siis arvioida ensinnäkin sitä, onko *suunnitelmien laatu* rakennuttajaan nähden viime kädessä suunnittelijoi-

⁶ Ks. esim. Halila 2011, s. 2–3 ja 7–8, Norros 2012, s. 205, Hoppu 1997, s. 5–6, Kivimäki – Ylöstalo 1973, s. 509 ja Hakulinen 1965, s. 344. KKO:n ratkaisukäytännöstä ks. esim. KKO 2008:62, jossa urakoitsijan vastuu perustui sopimukseen ja rakennusvalvontaviranomaisen vastuu sopimuksenulkoiseen normistoon.

den yhteinen velvoite.⁷ MRL 120 § jaottelee vastuun *suunnittelun* muodostamasta kokonaisuudesta pääsuunnittelijalle ja *suunnitelmien* laadusta erityissuunnittelijalle. Suoraa konfliktia ei liene käsillä. Sen sijaan RakMK A2-osan 3.1.1-kohdan mukaan pääsuunnittelijan velvollisuutena on huolehtia myös *suunnitelmien* riittävästä laadusta. Siten käytännössä sama MRL 120 §:ssä erityissuunnittelijalle määrätty velvollisuus on RakMK A2-osassa määrätty myös pääsuunnittelijalle. Velvoitteet vaikuttavat tältä osin hyvinkin päällekkäisiltä, joskin lähtökohtaisesti hierarkkisesti ylempi säädös syrjäyttää alemman. Säädöshierarkiaan turvautuminen poistaisi velvoitteiden näennäisen päällekkäisyyden, kun RakMK A2-osaan sisältyvä säännös väisyyti.⁸ Tämä toisaalta edellyttäisi sitä, että säädökset nähtäisiin keskenään ristiriitaisina, eikä täydentävinä.

MRL 120.2 §:n ja RakMK A2-osan määräyksen säädöshierarkkinen suhde ei kuitenkaan anna kysymykseen tyhjentävää vastausta. Pääsuunnittelijan vastuulla on nimittäin joka tapauksessa se, että *suunnittelukokonaisuus* täyttää sille asetetut vaatimukset. Näinä vaatimuksina pidettäneen ainakin 120.1 §:ssä määrättyjä MRL:n ja sen nojalla annettujen säännösten, määräysten sekä hyvän rakennustavan mukaisuutta.⁹ Olennainen kysymys on, voiko suunnitelmien muodostama kokonaisuus olla laadukas, jos siihen sisältyy tarpeeksi huonolaatuinen erityissuunnitelma. Kieltävä vastaus johtaisi siihen, että erityissuunnittelijan tekemä laatuvirhe rakennuttajaan nähden voisi yhtä lailla olla pääsuunnittelijankin laatuvirhe, jolloin rakennussuunnittelun laatu tietyiltä osin vaikuttaisi olevan suunnittelijoiden yhteinen velvoite.

Kysymys lienee viime kädessä rakennustekninen, eikä sitä tarkoituksenmukaisuussyistä voi tämän kirjoituksen puitteissa arvioida kovin syvällisesti. Rakennusprojektit voivat tapauksesta riippuen erota toisistaan hyvin paljon: monimutkaisissa kohteissa yksityiskohtainen suunnittelu voi olla materiaalisesti kaukana suunnittelukokonaisuuden laadusta ja hallinnasta, kun taas osassa projekteja toinen ei välttämättä juuri eronne toisesta. Pääsääntö ei kuitenkaan missään nimessä saisi olla, että pääsuunnittelija joutui-

7 Vastaavasti ks. Halila 2011, s. 7 ja Hoppu 1997, s. 5–6.

8 *Lex superior derogat legi inferiori* -periaate. Ks. myös Koskela 2004, s. 40.

9 Suunnittelijoiden tehtävistä ks. esim. Liuksiala 2004, s. 20–22.

si korvausvelvolliseksi erityissuunnittelijan virheistä, vaan kyse saisi korkeintaan olla poikkeustapauksista. Suunnitelmien muodostama kokonaisuus voi hyvin olla laadukas, vaikka sen osissa esiintyisikin pieniä virheitä. Lisäksi en katsoisi pääsuunnittelijan voivan viime kädessä olla vastuussa varsinaisesta erityissuunnitelman sisällön *laatimisesta*; kyseessä lienee pikemmin jonkinasteinen havaitsemis- ja huomauttamisvelvollisuus suunnittelukokonaisuuden laadunvarmistuksen puitteissa. Yhteisvastuun mahdollisuus vaikuttaisi kuitenkin tältä osin olevan käsillä.

2.3 Huolellisuusvelvoitteiden laiminlyöminen yhteisvaikutus

Suunnitelmien laadun lisäksi voidaan huomata kummankin suunnittelijan suoritukseen olennaisena osana sisältyvä asiantuntijan huolellisuusvelvoite.¹⁰ Asiantuntijapalveluna pidetään aineetonta palvelua, joissa toimeksisääjän suorituksen ydinsisältönä on hänen asiantuntemuksensa tarjoaminen asiakkaalle.¹¹ Yhteisvastuu voisi teoriassa tulla kyseeseen, jos saman virheen olisi aiheuttanut kummankin suunnittelijan huolellisuusvelvoitteen laiminlyönti.¹²

Pääsuunnittelijan vastuulla on käydä erityissuunnittelijoiden laatimat suunnitelmat läpi tehtäviään suorittaessaan.¹³ Herää kysymys, voidaanko pääsuunnittelijan ammattitaitonsa ja huolellisuusvelvoitteensa vuoksi edellyttää huomaavan myös erityissuunnittelijoiden suunnitelmissaan tekemät virheet. Varmana voitaneen nimittäin pitää sitä, että mikäli pääsuunnittelija on huomannut virheitä muiden laatimissa suunnitelmissa, on hänellä rakennuttajaan kohdistuvaan sopimusoikeudelliseen lojaliteettiin perustuva velvollisuus huomauttaa tästä rakennuttajalle. Pääsuunnittelijan tulee huomauttaa erityissuunnittelijan tekemistä virheistä vaikka virheet eivät riittäisikään tekemään suunnittelun muodostaman kokonaisuuden laatua huonoksi: kyse ei välttämättä ole pääsuunnittelijan omaan suoritukseen vai-

10 Asiantuntijan huolellisuusvelvoitteista ks. esim. Takki 1988, s. 54 ja Hemmo – Hoppu 2006, s. 166.

11 Norros 2008 s. 637.

12 Ks. vastaavasti Hoppu 1997, s. 7–8 ja Halila 2011, s. 5.

13 Ks. esim. Koskela 2004, s. 40. Myös Liuksialan 2004, s. 20 mukaan pääsuunnittelija vastaa siitä, että suunnitelmia on keskenään verrattu ja että ne ovat yhteensopivat.

kuttavasta tekijästä, vaan rakennuttajan intressistä.¹⁴ Tältäkin osin on siis kyse laatimisvelvollisuuden sijaan lähinnä huomauttamisvelvollisuudesta.

On vaikea sanoa yksiselitteisesti, voidaanko pääsuunnittelijan ammattitaidon katsoa riittävän arvioimaan myös erityissuunnittelijan laatimien suunnitelmien laatua, ja jos, niin missä määrin. Liuksiala on todennut, ettei pääsuunnittelijalla ole vastuuta muiden suunnittelijoiden laatimien suunnitelmien sisällöstä. Kantaansa Liuksiala perustelee sillä, ettei pääsuunnittelijalta voi edellyttää samantasoista tietämystä erikoissuunnitelmista kuin vastaavan alan erityissuunnittelijoilta.¹⁵ Myös Koskela on suhtautunut yhteisvastuun mahdollisuuteen pidättyvästi korostaen sitä, että pääsuunnittelijan vastuun tulisi rajautua siihen, mitä häneltä *ammattitaitonsa ja kokemuksensa puitteissa* voidaan edellyttää.¹⁶ Tämä pitää tietenkin paikkansa — pääsuunnittelijan ei voine olettaa pystyvän valvomaan erityissuunnittelijan suunnitelman sisältöä kokonaisuudessaan. Asiantuntijan huolellisuusvelvoitteen arvioinnissa on kuitenkin kyse siitä, mitä pääsuunnittelija ammattitaitonsa puitteissa *tosiasiassa kykenee* havaitsemaan.

Ottaen jälleen huomioon tämän kirjoituksen juridinen luonne, ei tosiasialiseen ammattitaitokysymykseen ole mahdollista ottaa kovin syvällisesti kantaa. Ammattitaitoa on oikeuskäytännössä tutkittu lähinnä asiantuntija-aseman kautta. Ammattitaidolla ja asiantuntija-aseamalla voitaneekin osin tarkoittaa samoja asioita. Tässä tarkoitetaan ammattitaidolla kuitenkin suunnittelijan tosiasiallista kykyä huomata virheitä, ja asiantuntija-aseamalla sitä, kuinka pitkälle menevää huomaamista häneltä voidaan asemansa puolesta edellyttää tosiasiallisista kyvyistä huolimatta.

Asiantuntijalla on laaja vastuu toimeksiannon tavoitteiden mahdollisimman laajasta saavuttamisesta¹⁷, ja oletusarvona asiantuntijapalvelussa on toimeksiannon ulottuminen kaikkiin samaan asiayhteyteen liittyviin toimenpiteisiin.¹⁸ Huomauttamisvelvollisuuden voisi siten nähdä ulottuvan erityissuunnittelijan virheisiin siltä osin kuin suunnitelmien laatu pääsuun-

14 Lojaliteetista ks. esim. Ämmälä 1994, s. 3.

15 Liuksiala 2004, s. 20.

16 Ks. Koskela 2004, s. 40–41.

17 Hemmo 2003, s. 291. Toimeksiannon tarkoituksenmukaisesta rajaamisesta ks. myös tilitoimistoa koskenut ratkaisu KKO 2001:128.

18 Norros 2008, s. 638.

pahtumien muodostaman ketjun sijaan *projekteina*. Projektiajattelussa keskeistä merkitystä annetaan useista toimista muodostuvalle kokonaisuudelle ja niille tavoitteille, jotka projektin taustalla ovat.²³ Sopimusoikeudellisessa argumentaatiossa voidaan myös yleisesti antaa merkitystä osapuolten tai osapuolen tarkoitukselle, jonka painoarvoa argumenttina toisen osapuolen tietoisuus kasvattaa.²⁴ Toisaalta on otettava huomioon, että mainitunlainen tarkastelu edellyttää huomattavan tapauskohtaista harkintaa, ”tilanneherkkyttä”. Oikeudellisen harkinnan tilanneherkkyuden aiheuttama uhka oikeusnormien soveltamisen epäyhtenäisyydestä on ristiriidassa yhdenvertaisen kohtelun periaatteen kanssa, eikä niitä siksi voida soveltaa aivan kyseenalaistamatta.²⁵

Rakennuttaja voi suunnitteluorganisaatiota muodostaessaan solmia suunnittelusopimukset yhden pääsuunnittelijan kanssa, johon puolestaan muut suunnittelijat ovat sopimussuhteessa, tai kunkin suunnittelijan kanssa erikseen (*rakennuttajavetoinen jaettu suunnittelu*).²⁶ Jaettuun suunnitteluun pohjautuvassa rakennuttajavetoisessa suunnitteluorganisaatiossa suunnittelijat eivät siten ole keskenään sopimussuhteessa, vaan ainoastaan kukin tahollaan rakennuttajaan. Kun rakennuttajavetoisessa jaetussa suunnittelussa järjestelyn tarkoituksena nimenomaisesti on muodostaa yhtenäinen suunnittelukokonaisuus, kuulostaisi projektina tarkastelu tässä käsiteltävänä olevassa tapauksessa ainakin periaatteen tasolla tarkoituksenmukaiselta. Rakennuttajan tavoitteena on suunnitelmien muodostama yhtenäinen kokonaisuus, eikä monta yksittäistä suunnitelmaa, jotka toivottavasti sopivat yhteen. Tämä tavoite on kaikkien osapuolten tiedossa. Rakennuttajalle voi aiheutua vahinkoa sellaisista teoista, jotka eivät palaudu kenenkään yksittäisen toimijan vastuualueelle. Jos rakennuttaja joutuisi itse kantamaan riskin tästä suunnittelijoiden vastuiden ”rajapinnasta”, ei kokonaisjärjestely ainakaan hänen näkökulmastaan olisi kovinkaan tarkoituksenmukainen. Tällaisenkin tarkastelutavan voitaneen nähdä puoltavan yhteisvastuuta. Toisaalta argumentti voidaan taloustieteellisestä näkökulmasta kyseenalais-

23 Pöyhönen 2000, s. 153–154.

24 Hämö 2003, s. 50.

25 Pöyhönen 2000, s. XVII. Oikeustaloustieteellisen argumentoinnin omaksumisen ongelmallisuudesta säädännäisen oikeuden analysoinnissa ja tutkimustraditiossa ks. esim. Timonen (1998), s. 100.

26 Rudanko 1989, s. 104.

taa huomauttamalla, että rakennuttaja saa pääsääntöisesti suunnitelmien rajapintaan liittyvästä riskistään vastapainoksi myös huomattavan voiton, jolloin riskin ja odotettavissa olevan tuoton suhde joka tapauksessa säilyy tarkoituksenmukaisena. Mainitunlaisella taloustieteellisellä näkökulmalla ei kuitenkaan ole kovin painavaa juridista merkitystä.

On tietenkin varottava tekemästä yhteisvastuun soveltuvuuden suhteen liian suoria johtopäätöksiä, kun tilanne voi vaihdella tapauskohtaisesti hyvin paljon riippuen rakennusprojektin tyypistä ja koosta. Kaiken kaikkiaan en kuitenkaan pitäisi suunnittelijoiden yhteisvastuuta kategorisesti poissuljettuna mahdollisuutena. Vaikka suunnittelijoiden velvoitteita rakennuttajaa kohtaan ei nähtäisikään yhteisinä, ovat suoritukset silti toisistaan siinä määrin riippuvaisia, että erilliset laiminlyönnit yhdessä voivat aiheuttaa rakennuttajalle vahinkoa. Tällaisessa tilanteessa yhteisvastuuta on oikeuskirjallisuudessa puollettu. Yhteisvastuu riippuu viime kädessä yhtäältä siitä, minkälaisia seikkoja asiantuntijan huolellisuusveloitteen piiriin voidaan liittää, ja toisaalta siitä, mitä suunnitelmien muodostaman kokonaisuuden laadulta voidaan vaatia. Seuraavassa luvussa oletetaan, että yhteisvastuu on syntynyt, ja siirrytään suunnittelijoiden keskinäiseen suhteeseen tarkastelemalla viimekätisen vahingonkorvausvastuun jakautumista.

3 Suunnittelijoiden välisen takautumisoikeuden laajuus

3.1 Yhteisvastuun jakautumisesta suunnittelijoiden kesken

Jos yhteisvastuu rakennuttajaa kohtaan tulee kysymykseen, on seuraava kysymys se, miten korvausvastuu viimekätisesti jakautuu suunnittelijoiden välille. Kyse on takautumisoikeudesta. Takautumis- eli regressioikeus on muiden ohessa vahingonkorvauslakiin ja velkakirjalakiin konstruoitu oikeudellinen ilmiö, jota perinteisesti ei ole tavattu pitää sopimussuhteisiin kuuluvana. Oikeuskirjallisuudessa on toisaalta esitetty näkemyksiä ns. ”yleisen takautumisoikeuden” puolesta ja sitä vastaan. Yleisellä takautumisoikeudella tarkoitetaan periaatetta, jonka mukaan toisen puolesta veloitteen suorittaneelle pääsääntöisesti syntyy takautumisoikeus velalliseen nähden. Norros on arvioinut yleisen takautumisoikeuden oikeudessamme voimassaolevaksi periaatteeksi. Periaate on Norroksen mukaan pääsääntö,

josta voidaan poiketa erityisistä syistä.²⁷ Takautumisoikeuteen sinänsä ei syvennyttä tässä tarkemmin, vaan yksinkertaisuuden vuoksi oletetaan, että oikeus takautumiseen on olemassa, jos yhteisvastuukin on yllä kuvatun valossa perusteltua. Sen sijaan käsiteltäväksi tulee takautumisoikeuden laajuus suunnittelijoiden välillä.

Lähtökohtana solidaarisessa vastuussa on jako pääluvun mukaan.²⁸ Olennaista on se, että myös toisen suunnittelijan laiminlyönti muodostaa suoritushäiriön rakennuttajaa kohtaan. Vastuu voi lisäksi olla solidaarista ainoastaan, jos — ja siltä osin kuin — kummankin suunnittelijan laiminlyönti *yksin* olisi riittänyt aiheuttamaan vahingon. Muuten vastuu on jaettua. Kuvattu on siinä mielessä loogista, ettei vastuunjako tällöin koidu kummankaan suunnittelijan vahingoksi. Suunnittelija olisi joka tapauksessa yksin vastuussa aiheuttamastaan vahingosta rakennuttajaa kohtaan, vaikkei toinen suunnittelija olisikaan ollut mukana vahinkoa aiheuttamassa.²⁹ Kyse on lähinnä siitä, voiko suunnittelija vedota edukseen siihen, että toinenkin suunnittelija on rikkonut velvoitteensa.

Toisaalta lienee hyvinkin mahdollista, että esimerkiksi pääsuunnittelijan teko ei olisi yksin riittänyt aiheuttamaan koko vahinkoa. Suunnittelijoiden solidaarinen vastuu rakennuttajaa kohtaan voisi tällaisessa tilanteessa perustellusti tulla kyseeseen ainoastaan yhteisesti aiheutetun vahingon osalta, sillä ainoastaan se on aiheutettu kummankin suunnittelijan toimesta kokonaisuudessaan.³⁰ Kun määritellään yhteisesti aiheutetun vahingon osuutta kokonaisvahingosta, tulisi ottaa kantaa siihen, mikä yhteisesti aiheutetun vahingon määrä olisi ollut, ellei toinenkin suunnittelija olisi vaikuttanut siihen. Varmaa tietoa on jälkikäteen saatavilla ainoastaan siitä, mikä vahingon kokonaismäärä tulee olemaan. Solidaarisen vastuun määrittely perustuu siten toteutuneitten kustannusten sijaan arvioon niistä. Arviointi voi vaatia hyvinkin pitkälle menevää teknistä analyysia, mihin ei tässä esityk-

27 Norros 2012, s. 269–270. Norros on tarkastellut yleistä takautumisoikeutta mm. KKO:n ratkaisujen KKO 1939 II 120 ja KKO 1999:85 valossa. Voidaan tosin huomauttaa, että jälkimmäistä ratkaisua on käsitelty myös Halila 2006, s. 340–342, toden ettei takautumisoikeus ole Suomessa yleinen sääntö ja päätyen siihen lopputulokseen, ettei yleistä takautumisoikeutta voi konstruoida myöskään tarkasteltavana olevan tapauksen myötä.

28 Saxén 1995, s. 137.

29 Vastaavasta perustelusta ks. Halila 2011, s. 4.

30 Samansuuntaisesti ks. Halila 2011, s. 4.

sessä ole mahdollista syventyä: tarkoituksena on ainoastaan havainnollistaa, että jo tässä tarkasteltavassa yksinkertaistetussa asetelmassa on konstruoitavissa hyvin monimutkaisia korvauskysymyksiä.

Kysymys viimekätisestä vastuunjaosta palautuneekin lopulta sen seikan tapauskohtaiseen arviointiin, kumman suunnittelijan laiminlyönti viime kädessä nähdään painavampana.³¹ Erityissuunnittelijan erityiset ansiot tai erityinen pätevyys voivat kasvattaa tältä edellytettävää huolellisuutta ja vastaavasti alentaa pääsuunnittelijan huolellisuusmittapuuta. On esimerkiksi mahdollista, ettei pääsuunnittelija toimi lainkaan huolimattomasti jättäessään ottamatta kantaa sellaisiin seikkoihin, jotka paremmin ovat arvioitavissa erityissuunnittelijan asiantuntemuksen perusteella.³² Suunnitteluvirhe erityissuunnittelmassahan on ensisijaisesti erityissuunnittelijan vastuualueella, ja pääsuunnittelijan velvollisuudet ovat tältä osin lähempänä yleistä laadunvalvontaa yhteensovittamisen näkökulmasta. Konsultin huolellisuusmittapuun on katsottu erityisesti nousevan, jos hän on rajoittanut toimintansa jollekin nimenomaiselle erityisalalle, jonka asiantuntijana hän esiintyy.³³ Erityissuunnittelijan erikoispätevyys tietyltä alueelta voisi näin ollen katsoa pienentävän pääsuunnittelijalta vastaavassa asiassa vaadittavaa huolellisuutta, ellei jopa poistaisi sitä.³⁴

Toisaalta myös pelkän myötävaikutuksen vahinkoon on katsottu riittävän perustamaan korvausvastuun.³⁵ Tehtävän kuulumisen ensisijaisesti erityissuunnittelijan vastuupiiriin ei siksi voine perustellusti katsoa suoraan *poistavan* pääsuunnittelijan vastuuta omien velvoitteidensa tai velvollisuuksiensa täyttämistä. Siltä osin kuin näillä velvollisuuksilla on relevanssia vahinkoon pääsuunnittelijan tosiasiallisten vaikutusmahdollisuuksien piirissä, voinee siis vastuu syntyä. Pääsuunnittelijan velvoite ei kuitenkaan viime kädessä liene erityissuunnittelijan veloitteeseen nähden yhtä painava, jos vahinko on aiheutunut virheestä erityissuunnittelmassa. Suunnitteluvirhe erityissuunnittelmassa on ensisijaisesti nimenomaisesti erityissuunnittelijan vastuualueella, kun taas pääsuunnittelijan velvollisuudet ovat tältä osin vain

31 Hemmo 1994, s. 56–57. Ks. myös ratkaisu KKO 2003:61, jossa viimekätinen vastuu yhteisvastuussa oli kiinteistönvälittäjän, jonka *vastuupiiriin* vahinko oli kuulunut.

32 Soveltaen ks. Taxell 1972, s. 104.

33 Takki 1988, s. 55–56.

34 Taxell 1972, s. 104.

35 Takki 1988, s. 57.

yleistä laadunvalvontaa. Kummankin suunnittelijan vastuuhan on sidottu siihen, mihin he ovat rakennuttajaa kohtaan sitoutuneet.

3.2 Vastuunrajoitusehtojen asema suunnittelijoiden keskinäisessä suhteessa

Yhteisvastuun viimekätisen jakautumisen osalta voi syntyä mielenkiintoisia tilanteita myös silloin, kun suunnittelijoiden vastuunrajoitusehdot eivät vastaa toisiaan tai jos toisella suunnittelijalla ei sopimuksessaan lainkaan ole ollut asianmukaisia vastuunrajoitusehtoja, jotka olisivat rajoittaneet korvausvelvollisuutta rakennuttajaa kohtaan. Tällainen tilanne voisi tulla kyseeseen ainakin sellaisen erityissuunnittelijan osalta, joka esimerkiksi toimii jonkin osa-alueen KVR-urakoitsijana, eli sekä suunnittelusta että varsinaisesta urakoinnista huolehtivana tahona.³⁶ Pääsuunnittelijan vastuu vaikuttaisi rajautuvan enintään hänen vastuunrajoitusehtojensa mukaiseksi. Yhteisvastuuhan perustuu siihen, mihin osapuolet ovat sitoutuneet rakennuttajaa kohtaan.

Vastuunrajoitukset eivät tunnetusti ulotu törkeällä tuottamuksella aiheutetun vahingon korvaamiseen. Yhteisvastuun viimekätinen jakautuminen voi tästä näkökulmasta muodostua mielenkiintoiseksi kysymykseksi kvalifoidun tuottamuksen kynnyksen ylittymisen kannalta. Oikeuskirjallisuudessa on nimittäin katsottu, että törkeän tuottamuksen kynnyks voi ylittyä myös sopimusrikkomuksen aiheuttaneiden eri tahojen laiminlyöntien tai virheiden muodostaman *kokonaisuuden* perusteella, vaikka tahojen tuottamukset yksinään eivät riittäisi kvalifioimaan kutakin rikkomusta erikseen törkeäksi.³⁷ Näin ollen on mielenkiintoinen kysymys, voiko myös pää- ja erityissuunnittelijan tekojen yhteisvaikutus olla rakennuttajaa kohtaan kvalifoidun tuottamuksellinen, vaikka teot yksinään tarkasteltuina olisivat ainoastaan tavallisen tuottamukselliset. Yhteisvastuun perusteella vahingot rakennuttajalle solidaarisesti korvannut suunnittelija olisi tällöin korvannut törkeällä tuottamuksella aiheutetun vahingon; vastuunrajoitusehdot hänen ja rakennuttajan välillä eivät olisi rajoittaneet korvattavaa vahinkoa, vaikka osapuolet olisivat sopineet tällaisista ehdoista. Korvauksen määrä on saatta-

36 Ks. RT 16-10660: Rakennusurakan yleiset sopimusehdot YSE 1998 25 §, jossa vahinkoja ei ole rajattu välittömiin vahinkoihin.

37 Hahto 2008, s. 112–113.

nut nousta hyvinkin suureksi.³⁸ Vahinko ei kuitenkaan ole jaettavissa useaksi törkeällä tuottamuksella aiheutetuksi vahingoksi, vaan useaksi *tuottamuksella* aiheutetuksi vahingoksi, joiden *yhteisvaikutus* on törkeän tuottamuksellinen. Suunnittelijan on perustettava vaatimuksensa toisen suunnittelijan sopimussuhteeseen, ja jos tämä ei ole toiminut törkeällä huolimattomuudella, niin vaikuttaisi ensi katsannossa siltä, että takautumisvaatimus rajoittuisi vastuunrajoitukseen.

Jos suunnittelijat ovat toimineet yhtä suurella tuottamuksella, en näkisi tällaista tilannetta perusteltuna. Vastuu tulisi jakaa puoliksi, kuten solidarisessa vastuussa on lähtökohtana.³⁹ Tällöin olisi kuitenkin saatettava suunnittelijat suurempaan vastuuseen kuin mihin he ovat rakennuttajaa kohtaan sitoutuneet, mikä myös on varsin ongelmallista. Kohtuusperusteinen arviointi lienee tällaisessakin tilanteessa perustelluin vaihtoehto. Toisaalta on epäselvää, voidaanko suunnittelijoiden ylipäätään katsoa aiheuttaneen yhteisvaikutukseltaan kvalifoidun tuottamuksellisen teon, jos kumpikin on toiminut vain tuottamuksellisesti. Kyse on viime kädessä paremmin puolustettavan näkökulman valitsemisesta: joko rakennuttaja saa yhteisvaikutukseltaan kvalifoidun tuottamuksellisesta teosta vain tuottamuksellisen korvauksen, tai suunnittelijat joutuvat korvaamaan tuottamuksellisen teon kvalifoidun tuottamuksen vastuuvaikutuksilla. Kysymys on hankala, eikä siihen ole tässä mahdollisuutta syventyä.

4 Yhteenveto ja johtopäätökset

Suunnittelijoiden yhteisvastuu rakennuttajaa kohtaan lienee viime kädessä hyvin tapauskohtainen ilmiö. Tilanne voi vaihdella hyvinkin paljon riippuen rakennusprojektin tyypistä ja koosta. Kaiken kaikkiaan en kuitenkaan pitäisi suunnittelijoiden yhteisvastuuta kategorisesti poissuljettuna mahdollisuutena. Tämä johtuu suunnittelijoiden MRL:n mukaisten ja asiantuntijan huolellisuudesta seuraavien velvoitteiden keskinäisestä sidonnaisuudesta ja osittaisesta päällekkäisyydestä. Yhteisvastuu riippuu viime kädessä siitä, minkälaisia seikkoja näiden velvoitteiden piiriin voidaan liittää. Suunnittelijoiden keskinäisessä suhteessa puolestaan suunnittelijoiden laiminlyöntien

38 Ks. esim. Erma 1973, s. 101.

39 Saxén 1995, s. 137.

painavuus lienee ratkaiseva tekijä. Yhteisvastuu lienee ennen kaikkea tämän vuoksi käytännössä merkittävästi kapea-alaisempi ilmiö kuin mihin teoriassa, pelkkiä velvoitteita tarkasteltaessa, vaikuttaisi olevan mahdollisuus: erityissuunnittelijalla on joka tapauksessa suurempi vastuu omasta erityissuunnitelmastaan kuin pääsuunnittelijalla.

Siitäkin huolimatta, että yhteisvastuu lienee rajallista tai jopa teoreettista, pidän pääsuunnittelijan asemaa nykytilanteessaan ongelmallisena. Pääsuunnittelijan vastuulle ei tulisi voida säilyttää erikoisosaamista tai siihen liittyvää valvontaa, mutta juridisesti tarkasteltuna siihen vaikuttaisi jäävän mahdollisuus. Pääsuunnittelijan vastuu vaikuttaa siten laajemmalta kuin mitä lainsäätäjän tarkoitus oletettavasti on ollut. Yhteisvastuu voi muodostua ilmiönä ongelmalliseksi myös sellaisessa tilanteessa, jossa vahinko voidaan katsoa aiheutetun kumuloituneella kvalifoidulla tuottamuksella.

Hyvä puoli ongelmassa on se, että siihen voidaan suurelta osin puuttua sopimusteitse kiinnittämällä riittävästi huomiota suoritusvelvoitteiden riittävän tarkkarajaisiin määrittelyihin ja selkeisiin vastuunrajoitusehtoihin. Toisaalta on epäselvää, mistä MRL:n alla ylipäätään voidaan sopia toisin. Laissa pääsuunnittelijan tehtävästä on epämääräisesti määrätty, ja se on oikeuskirjallisuudessa täsmentynyt hyvin laaja-alaiseksi käsitteeksi. Säätely on myös sen verran tuoretta, ettei asiantilaa selventävää oikeuskäytäntökään liene vielä lähiaikoina luvassa.

Lähteet

Kirjallisuus

- Erma, Reino. ”Suunnittelijan vastuu rakentamisessa.” Teoksessa *Vastuusta rakentamisessa*, 97–112. Vammala: Lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisusarja n:o 9, 1973.
- Hahto, Vilja. *Tuottamus vahingonkorvausoikeudessa*. Helsinki: WSOY, 2008.
- Hakulinen, Y.J. *Velvoiteoikeus. 2. laaj. p.* Helsinki: Kirjayhtymä, 1965.
- Halila, Heikki. ”Oikeudellinen asiantuntijalausunto Helsingin käräjäoikeudessa käsitellyssä asiassa, annettu 28.10.2011.” 2011.
- . *Oikeudellistuva urheilu*. Helsinki: Talentum, 2006.
- Hemmo, Mika – Hoppu, Kari. *Sopimusoikeus. Päivitettävä Asiantuntija-sarja, verkkoversio. Viimeisin päivitys 10.5.2012*. Helsinki: Sanoma Pro, 2006–.
- Hemmo, Mika. *Sopimusoikeus I. 2. uud. p.* Helsinki: Talentum, 2003.
- . *Vahingonkorvauksen määräytymisestä sopimussubteissa: siviilioikeudellinen tutkimus*. Helsinki: Suomalainen lakimiesyhdistys, 1994.
- Hoppu, Esko. ”Oikeudellinen asiantuntijalausunto Vantaan käräjäoikeudessa käsitellyssä asiassa. 8.7.1997.” 1997.
- Kivimäki, T.M. – Ylöstalo, Matti. *Suomen siviilioikeuden oppikirja, Yleinen osa. 3. uud. p.* Porvoo: WSOY, 1973.
- Koskela, Timo. *Pääsuunnittelijan sopimusvastuu - käytännön käsikirja*. Helsinki: Rakennustieto, 2004.
- Laine, Juha. *Rakennusvirheistä: tutkimus urakoitsijan virhevastuusta rakennusurakassa*. Helsinki: Rakennustieto, 1993.
- Liuksiala, Aaro. *Rakennussopimukset – käytännön käsikirja*. Hämeenlinna: Rakennustieto, 2004.
- Norros, Olli. ”KKO 2008:31 – Voiko urakoitsija joutua vastuuseen yli välittömän sopimus-suhteen?” *Lakimies*, 2008: s. 644–671.
- Norros, Olli. ”Vahingonkorvaus asiantuntijapalvelussa.” *Lakimies*, 2008: s. 637–643.
- . *Velvoiteoikeus*. Helsinki: Sanoma Pro, 2012.
- Pöyhönen, Juha. *Uusi varallisuusoikeus*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 2000.
- Rudanko, Matti. *Rakennuttajan myötävaikutushäiriöistä rakennusurakassa*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1989.
- Saxén, Hans. *Skadestånd vid avtalsbrott: HD praxis i Finland*. Stockholm: Juristförlaget, 1995.
- Takki, Tapio. *Konsulttisopimus*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 1988.
- Taxell, Lars Erik. *Avtal och rättsskydd*. Turku: Åbo akademi, 1972.

Timonen, Pekka. ”Oikeustaloustiede – mitä se on?” *Lakimies*, 1998: s. 100–114.

Ämmälä, Tuula. ”Lojaliteettiperiaatteesta eräiden sopimustyyppien yhteydessä.” Teoksessa *Lojaliteettiperiaatteesta – Vastapuolen edun huomioon ottamisesta eri oikeuden aloilla*, tekijä: Ari Saarnilehto, s. 3–51. Turku: Turun yliopisto, 1994.

Virallislähteet

Hallituksen esitys eduskunnalle rakennuslainsäädännön uudistamiseksi, HE 101/1998 vp.

RakMK A2 Rakennuksen suunnittelijat ja suunnitelmat. Määräykset ja ohjeet 2002. Ympäristöministeriö, asunto- ja rakennusosasto. Suomen rakentamismääräyskokoelma. (2002)

Ympäristövaliokunnan mietintö 6/1998: Hallituksen esitys rakennuslainsäädännön uudistamiseksi, YmVM 6/1998 vp — HE 101/1998 vp.

RT-kortisto

RT 13-10574: Konsulttitoiminnan yleiset sopimusehdot KSE 1995.

RT 16-10660: Rakennusurakan yleiset sopimusehdot YSE 1998.

RT 10-10764: Pääsuunnittelijan tehtäväluettelo PS 01 (2001).

RT 80278: KVR-urakkasopimus.

Oikeuskäytäntö

KKO 1939 II 120

KKO 1999:85

KKO 2001:128

KKO 2003:61

KKO 2008:62

KKO 2009:81

The New Legal Paternalism: Light-Touch Regulation for Consumer Mortgages

Keywords: behavioral law and economics, bounded rationality, default rules, Consumer Credit Directive (2008/48/EC), EU Mortgage Directive, Finnish Consumer Protection Act, US Truth in Lending Act (TILA)

Oskari Juurikkala

Abstract

Consumer mortgages have provoked extensive public debate, but traditional regulatory responses — more disclosure, product restrictions and usury laws — are widely seen as clumsy and ineffective. This article examines the possibility of improving consumer mortgage markets through light-touch regulations inspired by behavioral economics. Three regulatory strategies are investigated: targeted and simplified disclosure rules, cooling-off regulations, and the designing of a model mortgage. These strategies are examined using examples from recent or proposed EU and US legislation as well as ideas proposed by experts. With respect to novel disclosure and cooling-off rules, the proposed EU Mortgage Directive is found to include several positive ideas such as the European Standardised Information Sheet. Yet the most promising path seems to be the creation of a model mortgage for unsophisticated borrowers. In addition to proposing novel regulatory strategies, the article contributes to the wider debate on the acceptability of legal paternalism.

Full Article in English

1 Introduction

Legal paternalism is here understood as the view that people tend to make mistakes and therefore it is legitimate for the law to intervene.¹ Naturally, paternalism is controversial: many philosophical traditions place an absolute value on human autonomy, or hold that personal freedom can only be

¹ On the concept of paternalism generally, see Dworkin (2010).

limited when it causes harm to others. This skeptical attitude is shared by standard economic analysis of law, because legal paternalism conflicts with the assumption of rational utility maximization.²

The anti-paternalism of mainstream economics has been challenged by so-called *behavioral economics*, which combines economics and psychology—cognitive psychology in particular—to paint a more realistic picture of real human choosing.³ According to behavioral economics, human decision-making is subject to imperfections which lead us to make suboptimal choices. Not surprisingly, advocates of behavioral economics tend to be pro-regulation and paternalistic.⁴

The paternalistic tendencies of behavioral economics have not gone unchallenged. On one hand, there has been extensive *external critique* claiming that behavioral economics is conceptually obscure; that empirical evidence on the limits of economic rationality is inconclusive; and that its practical relevance may be small.⁵ On the other hand, there is *internal critique* to the effect that the regulatory implications of limited rationality are unclear, because regulatory complexity may create more problems, and if everyone is subject to limited rationality, we should be skeptical about the ability of regulators to solve the issues effectively.⁶

The present article accepts much of this criticism, but seeks to establish a more balanced view. The prospects of behaviorally inspired paternalism are

2 Frerichs (2011: 305), Rischkowsky and Döring (2008). A good representative of this tendency in law and economics is Epstein (2006; 2008). In general terms, the rationality postulate implies that bad outcomes can only be explained by external factors such as imperfect information, lack of competition, or weak bargaining power; interventions may be justified to correct these problems, but not to protect individuals from themselves.

3 For an overview, see Frey and Benz (2004) and Rabin (1998). For general application in law, see Jolls, Sunstein and Thaler (1998) and Langevoort (1998).

4 Choi and Pritchard (2003: 4–5), Frerichs (2011: 305), Rischkowsky and Döring (2008). A good representative view is Bar-Gill (2008). Other pro-regulatory arguments from behavioral economics include Cunningham (2002: 770–71), Langevoort (2002: 138–39) and Prentice (2002). An excellent comparison of “traditional” and “behavioral” regulatory approaches can be found in Faure and Luth (2011).

5 See Choi and Pritchard (2003: 9–10) and Posner (1998). Etzioni (2011: 280) also points out that behavioral economists often fail to clearly delineate how universal or particular the anomalies are. Some critics claim that the supposed mistakes made by people are not really mistakes at all (Mitchell 2002; 2003), but it is hardly plausible that behavioral economics is entirely unfounded: see Rachlinski (2003). For a critical assessment, see Juurikkala (2012a: 46).

6 See Juurikkala (2012a: 77–92) as well as Glaeser (2006) and Klick and Mitchell (2006).

studied in the context of consumer mortgages, where there is substantive empirical evidence of problems caused by bounded rationality (see Section 2). In order to overcome the opposition between pro- and anti-regulatory views, the article focuses on so-called *light-touch regulations* inspired by behavioral economics.⁷ In particular, three different types of regulatory response are investigated: disclosure rules based on the findings of behavioral economics (Section 3), cooling-off regulations (Section 4), and the possibility of designing default rules based on a model consumer mortgage (Section 5).

2 Behavioral Paternalism and Its Applicability to Consumer Mortgages

2.1 Problems with Consumer Mortgages

According to studies in cognitive psychology, people tend to make imperfect decisions due to a range of cognitive tendencies called biases. In the economic realm, some of the most important biases include the following.⁸ *Salience bias* means that people tend to overemphasize vivid evidence and emotional experiences, giving too little importance to facts and logic. *Optimism bias* is the tendency to overestimate the chances of personal success, while underestimating risks to oneself. *Overconfidence bias* means that people overestimate their ability to judge facts and situations correctly. *Confirmation bias* signifies that people often prefer information that supports their past decisions. *Status quo bias* denotes the tendency to avoid making changes even when these would improve personal welfare. Because of these biases, people are said to have *bounded rationality* and *bounded willpower*.⁹

One of the issues with behavioral economics is its applicability in different contexts.¹⁰ There is some evidence suggesting that professionals do not fall

7 To be sure, this is not intended as an argument for the light-touch regulatory philosophy employed by the UK Financial Services Authority. On the problems of modern banking regulation, see Dowd et al. (2011) and Juurikkala (2012a: 63–66, 75–77).

8 See for example Rabin (1998), Frey and Benz (2004), and Juurikkala (2012a: 39–45).

9 See Jolls, Sunstein and Thaler (1998) and Frey and Benz (2004). These authors also talk of *bounded self-interest*, but its regulatory implications are different: see Juurikkala (2012a: 38–39).

10 For a study of context-dependence generally, see Kelman, Rottenstreich and Tversky (1996).

into certain behavioral anomalies that are common in the population at large.¹¹ In contrast, the behavioral approach is particularly relevant when decision-makers receive great amounts of complex information but lack practical experience.¹² Therefore, there is reason to believe that bounded rationality is especially significant in the context of consumer credit.¹³ Indeed, a famous empirical study concluded that, although many households do make sound financial decisions, a significant minority — especially those who are poorer and less educated — make large mistakes that have grave financial consequences.¹⁴ Others have also argued that markets in consumer mortgages and credit cards suffer from imperfections that, on one hand, are caused by bounded rationality, and on the other hand they exacerbate the effects of bounded rationality.¹⁵ In fact, some have argued that the recent global financial crisis was partly caused by the development of complex loan agreements that appeared cheaper and less risky than they really were.¹⁶

There are many reasons why paternalistic regulations may be justified in consumer mortgages. Firstly, the stakes are huge for ordinary people, and bad decisions may have dramatic consequences. Secondly, consumers take mortgages only rarely, so that there is little opportunity for learning, and the feedback mechanism is so slow and complex that consumers may never understand what mistakes they made.¹⁷ Thirdly, mortgage products involve highly complex issues, and it has been found that understanding them perfectly is difficult even for finance professionals equipped with sophisticated software.¹⁸ Finally, the incentives of banks and mortgage brokers often con-

11 See List (2003) and Gneezy and List (2006).

12 In fact, the path-breaking work in behavioral economics by Herbert Simon (1947) focused precisely on complex decision-making contexts.

13 Elliehausen (2010).

14 Campbell (2006).

15 Bar-Gill and Warren (2008: 33–43).

16 For example Barr et al. (2008: 8). More generally on the global financial crisis and mortgages, see Gorton (2010) and Turner Review (2009). However, it has been argued that the misbehavior of housing markets was only a symptom of failed monetary policy and unsound inventions in structured finance: see Dowd and Hutchinson (2010), Taylor (2009).

17 Bar-Gill and Warren (2008: 11–14).

18 Shu (2007). A study by the European Commission (2011a: 4) on mortgage also found that “almost 38 % of EU citizens find it very or fairly difficult to compare offers. [...] Consumers also view the information provided as complex and unclear; 59 % of EU citizens find it difficult to understand information on the way their mortgages work and the risks involved.”

flict with those of their customers, and unsophisticated shoppers are especially vulnerable to unhelpful advice.¹⁹

2.2 Traditional Responses and Their Limits

There are three traditional regulatory responses, and none of them seems sufficient. One is to increase *disclosure requirements*. The trouble is that merely requiring more disclosure may backfire — especially if the purpose of the regulation can be avoided by asking applicants to sign complex disclosure forms they do not understand, or do not have time to read carefully.²⁰ The existing empirical evidence from the United States is little less than shocking:

For current disclosures, 87 percent of participants could not correctly identify total up-front charges; 74 percent could not identify charges for optional credit insurance; and 68 percent could not identify the presence of a prepayment penalty. Participants had problems not just with terms of complex mortgages. Fifty-one percent of participants could not correctly identify the loan amount; 32 percent could not identify the interest rate; and 23 percent could not identify closing settlement charges. Responses of subprime borrowers were similar to those of prime borrowers for both simple and complex loans.²¹

The second traditional response is *product regulation*. For example, we could prohibit certain contract features, such as prepayment penalties or short-term adjustable-rate mortgages. The problem is that this might go too far, because unusual products are sensible for some individuals — for example those who are planning to sell the house soon — and some consumers are able to make sound financial decisions. Moreover, it is difficult to design well-targeted prohibitions, as markets often find ways of evading them.

The third response is *usury laws*, i.e. imposing limits on interest.²² But usury laws are rarely sensible in competitive markets: high prices are not exorbitant if they reflect risks and other costs. Moreover, price controls may be ineffective for such complex products as mortgages, because “loan instru-

19 Banks for wealthier clients have stronger incentives to establish a good reputation, and sophisticated buyers are better able to evaluate the quality of the advice they receive. See Bar-Gill and Warren (2008: 17-20), Thaler and Sunstein (2009: 142).

20 Ellinhausser (2010: 31–33).

21 Ellinhausser (2010: 32), summarizing the findings of Lacko and Papalardo (2007).

22 In recent decades, usury laws have seen something of a comeback in the legal literature: see for example Morris (1988) and Rougeau (1996).

ments are so malleable that any limit on one aspect of price can be evaded through restructuring the loan.”²³

2.3 Softer Solutions: The New Legal Paternalism

The objective of the new legal paternalism is to design regulations that reduce cognitive biases and their effects, while limiting personal freedom only marginally. This is “soft” and “weak” paternalism, because it only interferes with the means rather than ends, and because it seeks to ensure knowledgeable decision-making without coercion.²⁴ In the literature on behaviorally inspired economic analysis of law, there are three models of paternalism that serve as reference points here: libertarian paternalism, asymmetric paternalism, and debiasing through law. Although they are related, their logic is slightly different, as is explained next.

Libertarian paternalism is a highly influential proposal by Cass Sunstein and Richard Thaler.²⁵ The objective is to “steer people’s choices in welfare-promoting directions without eliminating freedom of choice.”²⁶ The way to do that is to influence the decision-making context — also called *choice architecture*²⁷ — so that people will make better choices while continuing to enjoy full freedom of choice. This is possible whenever people have unclear preferences and their choice is influenced by the way the options are presented.²⁸

Asymmetric paternalism is similar, but it builds on the idea that some people are better decision-makers than others.²⁹ In such circumstances, “good” decision-makers — people who know what they want and how they can get it — should be given more freedom, while “bad” decision-makers should

23 Willis (2006: 817).

24 These distinctions are discussed in detail in Dworkin (2010).

25 See Sunstein and Thaler (2003) and Thaler and Sunstein (2009).

26 Sunstein and Thaler (2003: 1159).

27 See Thaler and Sunstein (2009: chapter 5).

28 However, Hill (2007) and Mitchell (2005) argue that “libertarian paternalism” is not so libertarian in practice, because it implies that regulators know better what people need, and the policy proposals tend to limit personal autonomy in some ways.

29 Camerer, Issacharoff, Loewenstein, O’Donoghue and Rabin (2003).

be treated more paternalistically.³⁰ In terms of law, the objective is to design regulations that distinguish between good and bad decision-makers.³¹

The third approach is called *debiasing through law*.³² Here, law is used not to influence the decision-making context, but to directly reduce or eliminate psychological biases.³³ For example, the bias known as *over-optimism* may be reduced by employing the *availability heuristic*: people tend to neglect dry, statistical information, whereas concrete, narrative information has a stronger impact on attitudes.³⁴ One challenge, however, is how to distinguish between heterogeneous actors, given that some people may not suffer from biases such as over-optimism.³⁵

Using these ideas as the theoretical framework, the following sections look at three types of light-touch legal strategies to influence behavior and reduce biases: special types of information disclosure, cooling-off regulations, and the design of model contracts.

3 Information Disclosure for Boundedly-Rational Mortgage Shoppers

The problem with traditional disclosure regulations is that there tends to be too much information, which does not help consumers and may even confuse them further. Mortgage-taking decisions often hinge on factors that financial theory would consider insignificant or irrelevant, but that consumers mistakenly believe to be important, for example the size of monthly payments.³⁶ Behavioral theory suggests that regulations should be geared towards less information, putting more emphasis on what information is relevant and how it is presented.³⁷ This section considers five ways of im-

30 Ibid. at 1219.

31 The article by Camerer et al. (2003) provides a range of examples.

32 Jolls and Sunstein (2006).

33 Ibid. at 200.

34 See *ibid.* at 207–213.

35 Rachlinski (2006). This has been acknowledged by Jolls and Sunstein (2006: 229) trying to reduce optimism bias may “distort the behavior of individuals who did not suffer from optimism bias in the first place. For those who previously had an accurate understanding of the situation, such strategies for debiasing through law could produce a kind of unrealistic pessimism.”

36 Barr et al. (2008: 2).

37 Camerer et al. (2003: 1230–1237). See also van Boom (2011) for a detailed discussion on price intransparency and regulation.

proving decision-making: annual percentage rates (APR), standardized information sheets, the disclosure of conflicts of interest, ex-post disclosure standards, and possibilities for countering over-optimism bias.

3.1 Annual Percentage Rate (APR)

Rules that stipulate the calculation and disclosure of the *annual percentage rate* (APR) are a widespread regulatory strategy that simplifies complex information, making it easier for consumers to focus on key facts and to compare different offers. These rules are not perfect, because there is some discretion and variation on which costs must be included in the calculation of APR; indeed, there are different opinions on what is the optimal specification of APR. Nevertheless, they are a significant help to many consumers, and cause little ongoing cost to creditors.

In Europe, the rules for calculating the APR³⁸ have traditionally differed widely across EU member states, and some countries have not specified the matter at all.³⁹ Most countries have adopted a narrow APR, which covers only those costs that the lender levies for its own benefit. In order to reduce variation and discretion, the recent Consumer Credit Directive (2008/48/EC) changed the regulatory landscape by demanding full harmonization of the APRC calculation method, adopting a rather broad definition.⁴⁰ In light of behavioral theory, this is a positive step. Importantly, the Directive does not cover home loans, but some member states have extended their implementing legislation to home loans too,⁴¹ and a new Directive proposed by the Commission would expand the same approach to consumer mortgages.⁴² This would increase the comparability of loan offers from different member states, thereby facilitating cross-border markets in home loans.

38 Also called the Annual Percentage Rate of Charge (APRC).

39 See London Economics (2009: 168–174).

40 See Article 19 and Annex I of the Directive. The attempt to harmonize APR specifications in the EU has a long history: see Soto (2009).

41 Finland, for example: see Consumer Protection Act (20.1.1978/38), Chapter 7 (amended 27.8.2010/746), Section 1; on the calculation of interest, see Section 6 (*luottokustannukset ja todellinen vuosikorko*).

42 See European Commission (2011b).

3.2 Standardized Information Sheets

The APR alone is hardly sufficient, especially as the development of innovative and complex mortgages has rendered it far too simplistic. According to an impact assessment by the European Commission, many problems in home loan markets are due to difficulties at the stage before the conclusion of the contract: advertising information is often “non-comparable, unbalanced, incomplete and unclear,” while pre-contractual information can be “insufficient, untimely, complex, non-comparable and unclear.”⁴³ Indeed, many commentators have argued that the key regulatory goal is to make it easier to compare offers and to facilitate shopping around.⁴⁴

The Consumer Credit Directive (2008/48/EC) and some national laws already stipulate standard information that must be included in advertising: borrowing rate, annual percentage rate of charge (APRC), total amount payable by the consumer, and so on.⁴⁵ The proposed EU Mortgage Directive⁴⁶ — which unmistakably reflects the theories of behavioral economics — would extend similar requirements to consumer mortgages, but it would also add a *broad standard*, so that a “wording that may create false expectations for a consumer regarding the availability or the cost of a credit shall be prohibited” (Article 7). But this broad standard is coupled with another rule, which demands that the standard information be presented “in a clear, concise and prominent way by means of a representative example” (Article 8(2)). Moreover, the standard information “shall be easily legible or clearly audible as appropriate.”

These proposals seem laudable, although they are so broad that their enforceability is an open question. Yet, perhaps the most interesting proposal is the *European Standardised Information Sheet* (ESIS),⁴⁷ a version of which

43 European Commission (2011c: 11–14).

44 Willis (2006: 820–828).

45 See, for example, the Finnish Consumer Protection Act 7:8, which (unlike the Consumer Credit Directive) also applies to consumer mortgages.

46 See European Commission (2011b).

47 See European Commission (2011b: Annex II). It is an updated version of an earlier Voluntary Code of Conduct, drawn up by the Commission in March 2001: see *European Agreement on a Voluntary Code of Conduct on Pre-contractual Information for Home Loans*, available at http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/home-loans/agreement_en.pdf.

was in the Consumer Credit Directive.⁴⁸ It has two objectives: firstly, to make home loan contracts easier to understand by summarizing all the important features of the contract, and secondly, to facilitate the comparison of different offers. An extensive qualitative study of the proposed information sheet suggests that consumers find it helpful in terms of clarity and transparency, although some problems remain.⁴⁹

Similar ideas have attracted attention in the US, and the Consumer Financial Protection Bureau (established in 2011) is investigating options for making mortgage shopping easier. The new regulations of the Department of Housing and Urban Development require all loan originators to issue a new version of the good faith estimate (GFE) to potential borrowers. Among other things, the new GFE is completely standardized across lenders, and it aggregates all fees the lender is charging the potential borrower into one line entitled “Our origination charge.”⁵⁰ This seems important, because the US market has suffered from a proliferation of disaggregated fees, which in total may amount to as much as 10% of the loan value, “presumably as lenders have seen them as an opportunity to increase revenues without encountering customer resistance.”⁵¹

Thaler and Sunstein have taken a step further by proposing that lenders be required to provide a machine-readable “*RECAP report*”⁵². With mortgages, the report would include all the relevant data on fees and interest rates, including the role of possible teaser rates and what the changes to variable rates will depend on.⁵³ This data — which shoppers would acquire from a number of potential lenders — could then be handed on to independent third parties who could offer better advice. In fact, well-designed RECAP reports might lead to the development of efficient online-shopping for mortgages.

48 Consumer Credit Directive (2008/48/EC), Annex II. In principle this is already applicable in Finland, although the implementing legislation is flexible: see Finnish Consumer Protection Act 7:9.

49 See Optem (2009).

50 See Entitle Direct (2010) for a detailed exposition of the new Good Faith Estimate.

51 Bar-Gill and Warren (2008: 54–55).

52 From the words “Record, Evaluate, and Compare Alternative Prices”: Thaler and Sunstein (2009: 102).

53 Thaler and Sunstein (2009: 146–147).

3.3 Revealing Conflicts of Interest

Another concern is that many consumers may rely too much on their bank's advice. Some commentators speculate that consumers may assume that the bank is offering them the best deal, and that they would not be offered the loan unless the bank thought they would be sure to pay the loan.⁵⁴ The extent of this problem is open to debate: the evidence suggests that at least — or should we say, only — a good third of European consumers distrust their bank.⁵⁵ Lack of confidence may be caused by various factors, but especially by the perception that banks have conflicting interests.

In the proposed EU Mortgage Directive, there is one provision that seems to try to reduce this problem by stipulating special rules for *credit intermediaries* (Article 10). Among other things, a credit intermediary (i.e. mortgage broker) must “provide the names of the creditor(s) for which he is acting,” declare his directorship and ownership rights in the creditor(s), and disclose the fee “payable by the consumer to the credit intermediary for his services.” Thus the consumer would become better informed about the specific interests and incentives of the intermediary. This should make it easier for consumers to identify untrustworthy vendors, while improving the incentives of intermediaries to play fair.

However, the proposed rules only apply to credit intermediaries and do not apply to creditors as such. This may be problematic, because when banks and creditors sell their mortgage pools to other investors through securitization or credit derivatives, they too are effectively acting as credit intermediaries as far as their incentives are concerned, and the proposed Directive fails to take this into account.

3.4 Broad Ex-Post Disclosure Standards

As was mentioned earlier, a common difficulty in disclosure rules is that effective compliance with the *spirit* of the rules cannot be externally verified. For example, there may be too much irrelevant information that conceals what really matters, and compliance may become a formality: “Here’s the

⁵⁴ See Barr et al. (2008: 5).

⁵⁵ See European Commission (2011c: 18).

disclosure form I'm supposed to give you, just sign here.”⁵⁶ As a way forward, some have proposed that we should move from strictly *ex ante* disclosure regimes towards *ex post* principles: the focus would be on whether the disclosure was really meaningful and sufficient, using a *reasonable person* test.⁵⁷

Fundamentally, this proposal is not as radical as it seems, because similar ideas have been used in general contract law for decades. For example, the *big red hand rule* in common law holds that if a contract term is particularly onerous, “it would need to be printed in red ink with a red hand pointing to it—or something equally startling.”⁵⁸ What the proposed disclosure regime would do is to develop an analogous principle in disclosure regulation; to be sure, here it goes beyond the requirements of general contract law. Indeed, the proposed EU Mortgage Directive would already take a step in this direction, stipulating that pre-contractual information must be presented “in a clear, concise and prominent way by means of a representative example” (Article 8(2)).

But this approach has its problems.⁵⁹ A broad standard may encourage honesty, but it also creates significant *uncertainty costs*.⁶⁰ The classic common law concept of a “reasonable person” is a useful theoretical tool, but in many concrete cases its application is prone to such subjectivity that it replaces one problem with another.⁶¹ In fact, cognitive psychology suggests that although the clarity of a contract may be easier to verify after the event, *hindsight bias* is likely to distort the judgment; if a case goes to court after something has gone wrong, a boundedly rational judge is likely to infer that the events that took place were more likely than they would have appeared to a reasonable person at the time of making the loan.⁶² This would give undue importance to external events, and one can predict that judgments would be biased in favor of lenders in good times and in favor of borrowers in bad times.

56 Barr et al. (2008: 6).

57 Barr et al. (2008: 6–7).

58 *Thornton v Shoe Lane Parking Ltd* [1971] 2 QB 163, per Denning LJ.

59 See Warren (2006: 817–820).

60 On the choice between narrow rules and broad standards, see Kaplow (2000).

61 See DiMatteo (1997).

62 On this problem generally, see Rachlinski (1998).

3.5 Reducing Optimism

Many mortgage-related tragedies are related to *over-optimism bias*, as borrowers tend to overestimate their financial prospects and to underestimate such risks as unemployment. To reduce this bias, it is usually not sufficient to provide statistical facts, but to appeal to a phenomenon called *loss aversion*.⁶³ Some existing disclosure rules seem to be motivated by this idea. For example, the US Truth in Lending Act (TILA) requires lenders to state: “If you obtain this loan, the lender will have a mortgage on your home. You could lose your home, and any money you have put into it, if you do not meet your obligations under the loan.”⁶⁴ The proposed EU Mortgage Directive includes similar statements in the European Standardised Information Sheet: “Your income may change. Please make sure that if your income falls you will still be able to afford your [frequency] repayment instalments. *(Where applicable)* Your home may be repossessed if you do not keep up with payments.”⁶⁵

Statements such as these include practically no new information; their objective is merely to remind of risks and to encourage consumers to consider the decision carefully. Unfortunately, there is reason to be sceptical about the efficacy of such statements. As Donald Langevoort has explained, “we can readily see why the law’s prized warnings and disclosure will so often have relatively little practical effect, especially if they are formalized into boilerplate. Investors and consumers want to think the warnings are meant for someone else, not them.”⁶⁶

One could imagine more effective ways of *debiasing* overoptimism.⁶⁷ For example, mortgage offers could be combined with information about the amount of payment difficulties in similar types of loans over a specified period of time. But as generalized warnings tend to be ineffective, this could be combined with tragic real-life stories.⁶⁸ Naturally, one must ask how far

63 Jolls and Sunstein (2006: 205–206).

64 15 U.S.C. § 1639(a)(1)(B).

65 European Commission (2011b: Annex II, para. 14).

66 Langevoort (1995: 880).

67 See Sunstein (2006: 261–263).

68 Jolls and Sunstein (2006: 212–216).

it is appropriate to take this, as we do not want to turn people into *over-pessimists*.⁶⁹

4 Taking It Easier: Cooling-Off Rules

Cooling-off periods play a major role in consumer protection laws.⁷⁰ For example, consumers have statutory cancellation rights, which cannot be withdrawn by agreement. Traditionally, the justification for these has been based on informational asymmetries (especially in distance transactions) and situational monopolies (for example in door-to-door selling). Additionally, cooling-off periods are a way of reducing decision-making biases due to lack of self-control and bounded willpower.⁷¹

In consumer protection laws, cooling-off periods normally take the form of *withdrawal periods* (or *cancellation rights*). These are *ex post* cooling-off rules, because they become effective after the transaction has taken place. The other form—much less used in law—is *waiting periods* (*ex ante* cooling-off), during which the transaction cannot be completed. The difference is not huge, but psychology suggests that it may influence outcomes: in light of status quo bias and the so-called endowment effect, people are reluctant to withdraw once they have completed a contract, especially if they are in possession of the goods.⁷² Therefore, waiting periods will have a stronger effect on behavior.

4.1 Cooling-Off in Recent EU and US Mortgage Regulations

In Europe, the proposed EU Mortgage Directive includes some cooling-off features. In terms of traditional *ex post* cooling-off rules, Article 18 requires that member states provide consumers with a right to early repayment. (This is not a cooling-off rule in the strict sense, but it is functionally similar.) The exercise of this right may be subject to certain conditions, and creditors should be entitled to fair compensation, but these conditions must not render the exercise of the right “excessively difficult or onerous for the

69 Jolls and Sunstein (2006: 213–214).

70 See Haupt (2003: 1147–1151).

71 See Camerer et al. (2003: 1238–1247), Sunstein and Thaler (2003: 1188).

72 Haupt (2003: 1149). See also Kahneman, Knetsch and Thaler (1990), discussing empirical evidence on the endowment effect.

consumer”.⁷³ Further, in accordance with the Doorstep Selling Directive (85/577/EEC), consumers “should have a right of withdrawal for credit agreements relating to residential immovable property concluded off-premises and should be informed about the existence of that right.”⁷⁴

In the proposed Mortgage Directive, there is also an interestingly broad *ex ante* cooling-off standard in Article 9(2):

Member States shall ensure that when an offer binding on the creditor is provided to the consumer, it shall be accompanied by an ESIS. In such circumstances, Member States shall ensure that the credit agreement cannot be concluded until the consumer has had sufficient time to compare the offers, assess their implications and take an informed decision on whether to accept an offer, regardless of the means of conclusion of the contract.⁷⁵

In the US, the Mortgage Disclosure Improvement Act of 2008,⁷⁶ an amendment to the Truth in Lending Act (TILA), seeks to improve consumer choice through a strict *ex ante* cooling-off rule known as the “3/7/3 Rule.”⁷⁷ Within three business days after receipt of the loan application, an initial good faith estimate (GFE) disclosure must be provided. Next, a seven business day waiting period follows during which the deal cannot be closed. Finally, the borrower must receive an accurate annual percentage rate (APR) calculation at least three business days prior to closing. If the final APR is off by more than 0.125% from the initial GFE disclosure, then the lender must re-disclose and wait another three business days before closing on the transaction.

It would be interesting to see an empirical study of how the new US rules have influenced behavior, and what the costs are. Also, if the proposed EU directive is approved, empirical comparative studies would be helpful for understanding the effects of different approaches.

73 There is a similar article in the Consumer Credit Directive, which has been implemented in Finland in Consumer Protection Act 7:28 (consumer loans excluding mortgages) and 7:29 (consumer mortgages).

74 European Commission (2011b: preamble 13). On the relevant rules in Finland, see Consumer Protection Act 7:20 and 7:22.

75 European Commission (2011b). Of course, this standard is so broad that it needs more specification at national level. In the current Finnish Consumer Protection Act, there are no specific rules to this effect; there is a general two-week cancellation right (7:20), but it is not applicable to normal home loans (7:3.2).

76 Pub. L. No. 110-289, §§ 2501-03, 122 Stat. 2654, 2855 (2008) (to be codified as amended at 15 U.S.C. § 1638(b)(2)).

77 See Miller (2009).

4.2 Encouraging Search and Competition

Cooling-off rules mainly seek to reduce harm due to transitional emotions, but they could have an additional role as an *accompaniment* to behaviorally motivated disclosure rules.⁷⁸ Consumers rarely shop around for better loan offers, perhaps partly because there are significant application fees, which makes people psychologically more committed to the first offer due to loss aversion bias. Willis has proposed prohibiting significant pre-contract fees, and imposing an explicit *pro-shopping declaration* in the mandatory disclosure sheet:

My proposed language is: “It is possible that this loan is not the lowest priced available. This paper is the Price Tag for this loan. You should use it to shop with other lenders or brokers for the best loan at the best price, just as you would for any major purchase.”; and a non-too-subtle double entendre, “*Time to go shopping!*”⁷⁹

5 Making It Easier: A Model Mortgage

Whereas traditional product regulation tends to go from freedom to prohibitions, behaviorally inspired paternalism suggests a more nuanced approach. Using default rules — with the possibility of opting out — the law may help people make better choices without fundamentally reducing contractual freedom.⁸⁰ There are at least two psychological reasons why default rules are important. On one hand, *status quo bias* means that people tend to stick to default options unless the alternatives are clearly — not just marginally — better. On the other hand, the *anchoring heuristic* implies that, when a different option is chosen, it tends to be “anchored” to the default rule, which forms a standard reference-point for evaluating alternatives. Thus default rules can shape markets fundamentally without imposing any prohibitions. This section discusses the possibility of a particular type of default rule: a ready-made model mortgage.⁸¹

78 See Willis (2006: 823-824).

79 Willis (2006: 824, footnote 462).

80 See Korobkin (1998a, 1998b, 2000) for extensive general discussions on default rules in light of behavioral economics.

81 The idea was first developed seriously by Barr et al. (2008: 8–11).

5.1 A “Plain Vanilla” Mortgage Contract

The idea is simple: a default mortgage contract — a “plain vanilla” mortgage — would be specifically designed by an independent third party, and it would avoid any hard-to-understand details or complex interest rate calculations that exploit common psychological biases. This contract would have to be offered and explained to all mortgage applicants — perhaps with the independent party’s label — before other alternatives can be presented.⁸²

The potential advantages of this approach are numerous. Firstly, a model mortgage would be easier to compare across different offers, reducing transaction costs to unsophisticated shoppers and improving the quality of their choice. Secondly, it would hinder dubious innovation, because people would anchor their choice to the default option, which would be relatively simple and safe. Thirdly, the default rule would function selectively in the sense that it would be especially relied on by unsophisticated customers, who feel uncertain about taking a mortgage; sophisticated shoppers would remain free to explore other options (this is the principle of asymmetric paternalism). Finally, a model mortgage would permit opting out, which may be entirely reasonable if, for example, someone’s circumstances or preferences clearly differ from the standard assumptions — or if the default mortgage is poorly designed. Regulatory costs would thus be small.

There are several questions that would have to be answered in designing a model mortgage (or menu of model mortgages). It is worthwhile to consider them in some detail in order to assess the practical implementation of this idea.

5.2 Which Rate? Variable vs. Fixed-Rate Mortgages

The fundamental variables of any loan include the loan term and the interest rate determination. The issues are complex, but the basic question here is: What would an average consumer prefer if he were capable of making an optimal choice? Some answers can be gathered from finance theory, and the

⁸² See Barr et al. (2008: 8–11). They also speculate with the idea of making default rules “stickier” by imposing different interpretative principles to default and alternative contracts, so that the latter would imply additional legal exposure for lenders through increased scrutiny.

default mortgage could be periodically revised by a relevant regulatory body, for instance using statistical and survey research.

As far as loan term is concerned, the prudent rule would be to avoid very long terms (e.g. 25–30 years), because the longer the loan term, the larger the total interest paid. In fact, psychology suggests that consumers tend to be misled by long-term mortgages, because they give undue importance to the size of monthly payments. Therefore, the model mortgage should be based on a relatively short loan term (e.g. 15–20 years). This would have the indirect benefit of discouraging large loan amounts, which are more likely to cause tragedies.

Regarding interest rates, the question is more complicated. Currently, mortgages in many European countries are predominantly tied to variable short-term rates (e.g. LIBOR or EURIBOR). In the US, fixed-rate mortgages (FRMs) are the standard, but it is precisely complex adjustable-rate mortgages (ARMs) that have caused problems in recent times. The question is highly important, because it has been shown that most consumers do not correctly understand under what conditions one alternative is better than the other.⁸³

Variable (or adjustable) rate mortgages may sometimes be the better option, but overall they contain many disadvantages to consumers. Firstly, they are unlikely to obtain an *efficient allocation of risk*. Due to economies of scale, banks are better able to bear and hedge interest rate risks. Banks also have better access to relevant knowledge and expertise in order to make an accurate risk assessment. Thus variable-rate loans impose the risks on the wrong party.

Secondly, consumers tend to be ignorant of the fact that short-term interest rates tend to change considerably over the lifetime of a mortgage, and they therefore underestimate the risk of rapidly rising interest costs. Thirdly, unhedged interest rate risk also tends to coincide with *macroeconomic downturn risk*, which means that borrowers often end up paying more while be-

83 Campbell (2006: 1577–1580).

ing more likely to be unemployed.⁸⁴ Finally, it has been found that complex variable-rate mortgages often cause *error costs*, which consumers tend to pay without noticing.⁸⁵

The details of a generally optimal mortgage are still debated, but the consensus seems to favor either fixed rates or variable rates indexed to inflation. Reviewing the literature, David Miles concludes that variable-rate mortgages are riskier in terms of default probabilities, as they are more sensitive to both interest rate risk and changes to factors such as payment-to-income ratios.⁸⁶ Miles' study finds that, under most specifications, households should prefer a mortgage based on a long fixed interest rate.⁸⁷ John Campbell writes in a similar fashion (summarizing earlier literature) that "economists have often recommended mortgages that adjust interest and principal payments for inflation, thereby combining the best features of nominal FRMs and ARMs," while more recently some "have proposed an automatically refinancing nominal FRM that would eliminate sluggish refinancing and also save consumers' considerable costs of current refinancing procedures."⁸⁸

5.3 Shaping the Market

Given the extensive expert critique of traditional variable-rate mortgages, one is forced to ask: why on earth are they so common? In the UK, only a quarter of mortgages have a fixed interest rate, and even then of only 2–3 years (which in reality makes it more like a variable-rate mortgage). Only as few as about 2% of all mortgages are fixed for more than 5 years. Miles discusses various hypotheses that could explain this,⁸⁹ concluding that the only convincing explanation is psychological: "imperfect understanding of risks and of the likely profile of future interest rates, a tendency to focus on

84 On the issue of personal macroeconomic risk management, see Shiller (2004) for an extended discussion.

85 A 1995 study by the Federal Savings and Loan Insurance Corporation (FSLIC) found that 50–60% of all US ARMs contained an error regarding the variable interest rate charged to the homeowner. The estimated total amount of interest overcharged to borrowers was over \$8 billion. See Renert (1995).

86 Miles (2004: 91).

87 Miles (2004: 15).

88 Campbell (2006: 1586).

89 Miles (2004: 17–21).

initial payments on mortgages, and a pricing structure that plays to that tendency.”⁹⁰

In other words, variable interest rates make it extremely difficult for non-professionals to estimate the total cost of the mortgage. Given that the risks of variable rates are largely hidden (as future is unknown), and that consumers tend to give too much importance to initial monthly payments, the market will in times of low short-term rates be biased towards variable rates.⁹¹

Interestingly, it turns out that *disclosure rules* may also influence the choice between fixed and variable rate mortgages. Miles explains that in the UK — where there is practically no market for long-term fixed rate mortgages — the APR is calculated under the assumption that *interest rates will not change* during the life of the loan.⁹² But in times of expected increases to interest rates (an upward-sloping yield curve), the APR will *understate* the real expected costs of the mortgage; yet most consumers do not know this and will only pay attention to the APR. That causes a harmful bias towards variable rate mortgages when the spot rates are low. A partial solution, albeit complicated, has been proposed:

A potentially more informative measure of APR could be calculated based on expected interest rates over the life of the debt. This would provide a better figure for comparing the likely cost of variable-rate mortgages with fixed-rate mortgages; it could be used instead of, or in addition to, the standard APR. Such a figure could be based on the forward rates implied by the yield curve.⁹³

Unfortunately, the costs of providing such APR figures might be significant. Besides, it might add to confusion, given that consumers already misunderstand the meaning of APR. Therefore it seems that a model mortgage, based on a fixed rate, would be a better way of guiding the market away from variable rates.

The ongoing proposal may be criticized by claiming that, in an efficient market, variable rate mortgages may be cheaper on average, and some com-

90 Miles (2004: 21).

91 See Campbell (2006: 1588), Miles (2003).

92 Miles (2004: 38–40).

93 Miles (2004: 39).

mentators have favored variable rates for many consumers.⁹⁴ But mortgage markets are unlikely to be efficient given psychological biases, and presently the market for fixed-rate mortgages is underdeveloped in most countries.⁹⁵ As Campbell has pointed out, this is due to the peculiar herding dynamics of loan markets:

[U]nsophisticated households tend to use whatever financial contracts are standard in a particular country, possibly because they follow the lead of relatives and neighbours. It is expensive for would-be financial innovators to reach such households, particularly if they need to explain a complex new financial product.⁹⁶

Moreover, the incentives to offer new products to sophisticated clients may be weak, because “existing products often involve a cross-subsidy from naive to sophisticated households. [...] Sophisticated households gain by pooling with naive households, and will not be attracted to a new mortgage if it is only taken up by other sophisticated households.”⁹⁷

This insight reveals another benefit of the model mortgage approach: by encouraging all consumers to choose a mortgage with a long fixed-term interest, it would also make those mortgages relatively cheaper. In economics jargon, the market is currently stuck in a suboptimal equilibrium, and the model contract is a light-touch intervention that could move the market towards a better equilibrium.

5.4 A Customized Model Contract

It remains true that people have different preferences, and that a variable-rate loan will be optimal to some borrowers. This could be taken into account at least in two ways. One is to create two different model mortgages, one fixed-rate and the other variable-rate — perhaps labeled “safer” and “riskier” respectively, so as to nudge in favor of the former. Both would be based on a relatively short loan lifetime and avoid complexities (e.g. teaser rates and bullet or balloon payments) that exploit cognitive quirks and confuse unsophisticated consumers.

94 See Milevsky (2001).

95 In fact, Milevsky’s study uses Canadian data in which the “fixed rate” refers to a 5-year interest rate.

96 Campbell (2006: 1586).

97 Ibid.

The other way is to develop “smart defaults,” for example by developing a standardized formula that creates a *customized default mortgage* based on key borrower characteristics: age, income, family situation, and other personal finance factors.⁹⁸ This would be consistent with the fact that the optimal contract depends on many factors, such as whether the loan is taken by young parents buying their first home, or a mature couple acquiring a house in the country for retirement purposes. According to one study, a variable-rate loan is better according to some parameters, but a first-time homebuyer should lock in at a fixed rate.⁹⁹

6 Conclusion

Behavioral economics provides an interesting framework for a new legal paternalism, which avoids the pitfalls of traditional regulatory approaches and helps consumers without imposing major costs. This article has demonstrated that the new behavioral paternalism is particularly promising in the context of consumer mortgages. The examples show that policymakers are already taking modest steps in this direction — especially in the design of cooling-off rules and behaviorally-designed information disclosure — but much more could be done by way of default rules. The model mortgage approach seems particularly promising, both as a way of assisting consumers and as a method for guiding markets towards more risk-efficient practices. Note, however, that these regulatory strategies should not be considered in isolation, because they can be combined. For example, different cooling-off periods might be imposed on non-default mortgage offers, so that consumers would be encouraged to consider them more prudently.

While this article has focused on mortgages, similar concerns abound in other areas of consumer finance, particularly in credit cards and instant loans.¹⁰⁰ Proposals have been made to the effect that targeted information

98 See Barr et al. (2008: 10–11).

99 Milevsky (2004).

100 On problems with credit cards, see Bar-Gill (2004), Loewenstein and O’Donoghue (2006: 196–198), Mann (2007), Thaler and Sunstein (2009: 148–150). Instant loans have attracted heated discussion in Finland: see Jakobsson (2008), Määttä (2010), Juurikkala (2012b); recently, tight interest restrictions have been imposed to instant loans of 2000 euros or less (Consumer Protection Act 7:17a (15.3.2013/207)), but it is speculated that providers will simply cease to offer loans of that size.

regulation and default rules might also improve credit card usage.¹⁰¹ In relation to instant loans, it has been argued that the key issue is lack of self-control, so that special cooling-off rules would be appropriate.¹⁰²

We should not, however, get overly excited about the new legal paternalism. Some commentators have raised the concern that behavioral paternalism may cause a flood of new regulations, which seem light and low-cost in isolation but together impose a significant regulatory burden.¹⁰³ Indeed, if the behavioral theory is correct, it implies that lawmakers will tend to *overestimate benefits* and *underestimate costs*, because experts tend to suffer from overconfidence, and there are many non-measurable and dynamic costs that cannot be observed at the time of rulemaking. Some advocates of legal paternalism have raised the defense that “objections to paternalism should be empirical and pragmatic [...] rather than a priori in nature”¹⁰⁴, but perhaps the burden of proof should be on the paternalists’ side.

In any case, empirical work is of critical importance — both on consumer behavior and on the effects of paternalistic policies. At present, our knowledge of the facts is far from perfect. For example, there is an ongoing debate on the extent to which widespread credit card use is rational,¹⁰⁵ and whether credit card users choose optimal deals or not.¹⁰⁶ This being so, there is reason to fear that ideologically motivated commentators will exaggerate their case.¹⁰⁷

Finally, it is worth asking whether it is the government that should intervene. It is notable that almost all the examples of positive “nudging” re-

101 See Barr et al. (2008: 13–15), Thaler and Sunstein (2009: 148–149).

102 Juurikkala (2012b).

103 Ginsburg and Wright (2012), Whitman and Rizzo (2007).

104 Sunstein (1997: 1178).

105 For example, Ausubel (1991) claims that accumulating significant credit card debt is inconsistent with sound financial planning, but Elliehausen (2010: 24–31) presents contrary views. There is clear evidence, however, that credit (and debit) cards have a major effect boosting willingness to buy: see Prelec and Simister (2001) and Moore and Taylor (2011).

106 Brown and Plache (2006) found that most people choose their credit card optimally and are not misled by the difference between short-term and long-term rates in some credit cards; whereas Agarwal, Liu, Souleles and Chomsisengphet (2006) discovered that a substantial fraction (about 40%) of consumers choose suboptimal cards initially, and a small minority persisted in holding substantially suboptimal contracts.

107 For example, Wright (2007) argues that advocates of paternalism exaggerate or misrepresent the findings of behavioral economics, but this seems to happen both ways.

ported by Thaler and Sunstein are taken from the private sector.¹⁰⁸ Maybe that is not surprising: market actors tend to be more innovative and creative, because they are driven by the discovery procedure of entrepreneurship and competition, exploiting vast amounts of decentralized information and learning through trial and error.¹⁰⁹ Firms may lack the incentives to improve consumer decision-making, but that is not always the case — it depends on customer segment, reputational benefits, the relevant time-horizon and other factors — and some regulations might improve and harness the positive creativity of markets for the benefit of consumers. How to do so is an important question for future research.

108 See throughout Thaler and Sunstein (2009).

109 See Hayek (1949), Kirzner (1973; 1997).

Bibliography

Literature

- Agarwal, Sumit, Souphala Chomsisengphet, Chunlin Liu and Nicholas S. Souleles (2006), *Do Consumers Choose the Right Credit Contracts?*, Federal Reserve Bank of Chicago WP 2006-11, November 2006, available online at <http://ssrn.com/abstract=943524>.
- Ausubel, Lawrence M. (1991), The Failure of Competition in the Credit Card Market, *American Economic Review* 81, 50–81.
- Bar-Gill, Oren (2004), Seduction by Plastic, *Northwestern University Law Review* 98, 1373–1434.
- Bar-Gill, Oren (2008), The Behavioral Economics of Consumer Contracts, *Minnesota Law Review* 92, 749–802.
- Bar-Gill, Oren and Elizabeth Warren (2008), Making Credit Safer, *University of Pennsylvania Law Review* 157, 1–101.
- Barr, Michael S., Sendhil Mullainathan and Eldar Shafir (2008), *Behaviorally Informed Financial Services Regulation*, New America Foundation, October 2008, available online at <http://www.fdic.gov/about/comein/behaveApril1a.pdf>.
- Brown, Tom and Lacey Plache (2006), Paying with Plastic: Maybe Not So Crazy, *University of Chicago Law Review* 73, 63–86.
- Camerer, Colin, Samuel Issacharoff, George Loewenstein, Ted O'Donoghue and Matthew Rabin (2003), Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for “Asymmetric Paternalism”, *University of Pennsylvania Law Review* 151, 1211–1254.
- Campbell, John Y. (2006), Household Finance, *Journal of Finance* 61, 1553–1604.
- Choi, Stephen J. and A. C. Pritchard (2003), Behavioral Economics and the SEC, *Stanford Law Review* 56, 1–73.
- Cunningham, Lawrence A. (2002), Behavioral Finance and Investor Governance, *Washington & Lee Law Review* 59, 767–837.
- DiMatteo, Larry A. (1997), The Counterpoise of Contracts: The Reasonable Person Standard and the Subjectivity of Judgment, *South Carolina Law Review* 48, 343–356.
- Dowd, Kevin and Martin Hutchinson (2010), *Alchemists of Loss: How Modern Finance and Government Intervention Crashed the Financial System*, Chichester, UK: Wiley.
- Dowd, Kevin, Martin Hutchinson, Simon Ashby and Jimi M. Hinchliffe (2011), *Capital Inadequacies: The Dismal Failure of the Basel Regime of Bank Capital Regulation*, Cato Institute Policy Analysis No. 681, available online at <http://www.cato.org/sites/cato.org/files/pubs/pdf/pa681.pdf>
- Dworkin, Gerald (2010), Paternalism, in Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2010 Edition)*, available online at <http://plato.stanford.edu/archives/sum2010/entries/paternalism>.

Elliehausen, Gregory (2010), *Implications of Behavioral Research for the Use and Regulation of Consumer Credit Products*, FEDS Working Paper No. 25, available online at <http://ssrn.com/abstract=1783770>.

Entitledirect (2010), *The Smart Consumer's Guide to the New Good Faith Estimate*, available online at <http://www.entitledirect.com/static/entitledirect/The%20Smart%20Consumers%20Guide%20to%20the%20New%20Good%20Faith%20Estimate.pdf>.

Epstein, Richard A. (2006), Behavioral Economics: Human Errors and Market Corrections, *University of Chicago Law Review* 73, 111–132.

Epstein, Richard A. (2008), The Neoclassical Economics of Consumer Contracts, *Minnesota Law Review* 92, 803–835.

Etzioni, Amitai (2011), Behavioural Economics: Next Steps, *Journal of Consumer Policy* 34, 277–287.

European Commission (2011a), *Creating a fair single market for mortgage credit – FAQ*, MEMO/11/205, Brussels, 31.3.2011.

European Commission (2011b), *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Credit Agreements Relating to Residential Property*, COM(2011) 142 final, Brussels, 31.3.2011.

European Commission (2011c), *Impact Assessment, Accompanying document to the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Credit Agreements Relating to Residential Property*, SEC(2011) 356, Brussels, 31.3.2011.

Faure, Michael G. and Hanneke A. Luth (2011), Behavioural Economics in Unfair Contract Terms: Cautions and Considerations, *Journal of Consumer Policy* 34, 337–358.

Frerichs, Sabine (2011), False Promises? A Sociological Critique of the Behavioural Turn in Law and Economics, *Journal of Consumer Policy* 34, 289–314.

Frey, Bruno S. and Matthias Benz (2004), From Imperialism to Inspiration: A Survey of Economics and Psychology, in John B. Davis, Alain Marciano and Jochen Runde (eds.), *The Elgar Companion to Economics and Philosophy*, Cornwall, UK: Edward Elgar, 61–84.

Ginsburg, Douglas H. and Joshua D. Wright (2012), Behavioral Law and Economics: Its Origins, Fatal Flaws, and Implications for Liberty, *Northwestern University Law Review* 106, 1033–1088, available online at <http://www.law.northwestern.edu/lawreview/v106/n3/1033/LR106n3Wright.pdf>.

Glaeser, Edward L. (2006), Paternalism and Psychology, *University of Chicago Law Review* 73, 133–156.

Gneezy, Uri and John A. List (2006), Putting Behavioral Economics to Work: Testing for Gift Exchange in Labor Markets Using Field Experiments, *Econometrica* 74, 1365–1384.

Gorton, Gary B. (2010), *Slapped by the Invisible Hand: The Panic of 2007*, Oxford University Press.

Haupt, Stefan (2003), An Economic Analysis of Consumer Protection in Contract Law, *German Law Review* 4, 1137–1164.

- Hayek, Friedrich A. (1945), The Use of Knowledge in Society, *American Economic Review* 35, 519–530.
- Hill, Claire A. (2007), Anti-Anti-Anti-Paternalism, *NYU Journal of Law & Liberty* 2, 444–454.
- Jakobsson, Niko (2008), Pikaluotot – hämärää markkinointia, kohtuuttomia sopimusehtoja ja koronkiskontaa? (Instant Loans – Unclear Marketing, Unreasonable Terms and Usury?), *Helsinki Law Review* 2008, 145–173.
- Jolls, Christine, and Cass R. Sunstein (2006), Debiasing through Law, *Journal of Legal Studies* 35, 199–241.
- Jolls, Christine, Cass R. Sunstein and Richard Thaler (1998), A Behavioral Approach to Law and Economics, *Stanford Law Review* 50, 1471, available online at http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1765.
- Juurikkala, Oskari (2012a), The Behavioral Paradox: Why Investor Irrationality Calls for Lighter and Simpler Financial Regulation, *Fordham Journal of Corporate & Financial Law* 18, 33–93.
- Juurikkala, Oskari (2012b), Pikavippien sääntely: ei korkokattoa, vaan erityinen harkinta-aika, *Oikeus* 2012/3, 452–460.
- Kahneman, Daniel, Jack L. Knetsch and Richard H. Thaler (1990), Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem, *Journal of Political Economy* 98, 1325–1348.
- Kaplow, Louis (2000), General Characteristics of Rules, in Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Vol. V: Economics of Crime and Litigation*, Cheltenham, UK: Edward Elgar, 502–528.
- Kelman, Mark, Yuval Rottenstreich and Amos Tversky (1996), Context-Dependence in Legal Decision Making, *Journal of Legal Studies* 25, 287–328.
- Kirzner, Israel M. (1973), *Competition and Entrepreneurship*, Chicago: University of Chicago Press.
- Kirzner, Israel M. (1997), *How Markets Work: Disequilibrium, Entrepreneurship and Discovery*, London, UK: Institute of Economic Affairs.
- Klick, Jonathan and Gregory Mitchell (2006), Government Regulation of Irrationality: Moral and Cognitive Hazards, *Minnesota Law Review* 90, 1620–1663.
- Korobkin, Russell (1998a), The Status Quo Bias and Contract Default Rules, *Cornell Law Review* 83, 608–687.
- Korobkin, Russell (1998b), Inertia and Preference in Contract Negotiation: The Psychological Power of Default Rules and Form Terms, *Vanderbilt Law Review* 51, 1583–1652.
- Korobkin, Russell (2000), Behavioral Economics, Contract Formation, and Contract Law, in Cass R. Sunstein (ed.), *Behavioral Law and Economics*, New York: Cambridge University Press, 116–143.
- Lacko, James M. and Janice K. Pappalardo (2007), *Improving Consumer Mortgage Disclosures: An Empirical Assessment of Current and Prototype Disclosure Forms*, Staff Report, Federal Trade Commission, Washington DC.

Langevoort, Donald C. (1995), Ego, Human Behavior, and Law, *Virginia Law Review* 81, 853.

Langevoort, Donald C. (1998), Behavioral Theories of Judgment and Decision Making in Legal Scholarship: A Literature Review, *Vanderbilt Law Review* 51, 1499.

Langevoort, Donald C. (2002), Taming the Animal Spirits of the Stock Markets: A Behavioral Approach to Securities Regulation, *Northwestern University Law Review* 97, 135.

La Porta, Rafael, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer and Robert W. Vishny (1998), Law and Finance, *Journal of Political Economy* 106, 1113–1155.

List, John A. (2003), Does Market Experience Eliminate Anomalies?, *Quarterly Journal of Economics* 118, 41–71.

Loewenstein, George and Ted O’Donoghue (2006), “We Can Do This the Easy Way or the Hard Way”: Negative Emotions, Self-Regulation, and the Law, *University of Chicago Law Review* 73, 183–206.

London Economics (2009), *Study on the Costs and Benefits of the Different Policy Options for Mortgage Credit*, Final report to the European Commission, Internal Market and Services DG, prepared by London Economics and Achim Dübeler (Finpolconsult) in association with institut für finanzdienstleistungen e.V. (iff), November 2009.

Mann, Ronald (2007), Bankruptcy Reform and the “Sweat Box” of Credit Card Debt, *Illinois Law Review* 2007, 375–403.

Miles, David (2003), *The UK Mortgage Market: Taking a Longer-Term View. Interim Report: Information, Incentives, and Pricing*, London: HM Treasury.

Miles, David (2004), *The UK Mortgage Market: Taking a Longer-Term View. Final Report and Recommendations*, London: HM Treasury.

Milevsky, Moshe A. (2001), *Mortgage Financing: Floating Your Way to Prosperity*, Research Report #01-01, IFID Centre, University of Toronto.

Milevsky, Moshe A. (2004), *Mortgage Financing: Should Your Still Float? Four Answers*, IFID Centre, University of Toronto.

Miller, David A. (2009), New Truth in Lending Rules for New Homebuyers, *Article Alley*, July 13, <http://davemillerloans.articlealley.com/new-truth-in-lendingrules-for-new-homebuyers-1008568.html>.

Mitchell, Gregory (2002), Taking Behavioralism Too Seriously? The Unwarranted Pessimism of the New Behavioral Analysis of Law, *William and Mary Law Review* 43, 1907–2021.

Mitchell, Gregory (2003), Why Law and Economics’ Perfect Rationality Should Not Be Traded for Behavioral Law and Economics’ Equal Incompetence, *Georgetown Law Journal* 91, 67.

Mitchell, Gregory, (2005), Libertarian Paternalism Is an Oxymoron, *Northwestern University Law Review* 99, 1245–1277.

Moore, Amy and Michael Taylor (2011), Time to Cut Up Those Debit Cards? Effect of Payment Mode on Willingness to Spend, *Journal of Consumer Policy* 34, 415–422.

- Morris, Robin A. (1988), Consumer Debt and Usury: A New Rationale for Usury, *Pepperdine Law Review* 15, 151–179.
- Määttä, Kalle (2010), Pikaluottojen sääntely oikeustaloustieteellisestä näkökulmasta, *Lakimies* 2010/3, 265–279.
- Optem (2009), *Consumer Testing of Possible New Format and Content for the ESIS on Home Loans*, Final Report, European Commission, Directorate-General for Internal Market and Services, October 2009.
- Posner, Richard A. (1998), Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law, *Stanford Law Review* 50, 1551–1575.
- Prelec, Drazen and Duncan Simister (2001), Always Leave Home Without It: A Further Investigation of the Credit-Card Effect on Willingness to Pay, *Marketing Letters* 12, 5–12.
- Prentice, Robert (2002), Whither Securities Regulation? Some Behavioral Observations Regarding Proposals for Its Future, *Duke Law Journal* 51, 1397.
- Rabin, Matthew (1998), Psychology and Economics, *Journal of Economic Literature* 36, 11–46.
- Rachlinski, Jeffrey J. (1998), A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight, *University of Chicago Law Review* 65, 571–625.
- Rachlinski, Jeffrey J. (2003), The Uncertain Psychological Case for Paternalism, *Northwestern University Law Review*, 97 1167–1225.
- Rachlinski, Jeffrey J. (2006), Cognitive Errors, Individual Differences, and Paternalism, *University of Chicago Law Review* 73, 207–229.
- Renert, Ian L. (1995), Government Study Concludes 50%–60% of All Adjustable Rate Mortgages Contain Errors, *National Public Accountant*, Vol. 40, No. 12 (December 1, 2005).
- Rischkowsky, Franziska, and Thomas Döring (2008), Consumer Policy in a Market Economy: Considerations from the Perspective of the Economics of Information, the New Institutional Economics as well as Behavioural Economics, *Journal of Consumer Policy* 31, 285.
- Rougeau, Vincent D. (1996), Rediscovering Usury: An Argument for Legal Controls on Credit Card Interest Rates, *University of Colorado Law Review* 67, 1–46.
- Shiller, Robert J. (2004), *The New Financial Order: Risk in the 21st Century*, Princeton University Press.
- Shu, Susanne B. (2007), *Choosing for the Long Run: Making Trade-offs in Multiperiod Borrowing*, UCLA Working paper.
- Simon, Herbert A. (1947), *Administrative Behavior: A Study of Decision-Making Processes in Administrative Organizations*, New York: MacMillan.
- Soto, Gloria M. (2009), *Study on the Calculation of the Annual Percentage Rate of Charge for Consumer Credit Agreements*, European Commission, Directorate-General Health and Consumer Protection.
- Sunstein, Cass R. (1997), Behavioral Analysis of Law, *University of Chicago Law Review* 64, 1175.

Sunstein, Cass R. (2006), Boundedly Rational Borrowing, *University of Chicago Law Review* 73, 249–270.

Sunstein, Cass R. and Richard H. Thaler (2003), Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron, *University of Chicago Law Review* 70, 1159–1202.

Taylor, John B. (2009), *Getting Off Track: How Government Actions and Interventions Caused, Prolonged, and Worsened the Financial Crisis*, Stanford, CA: Hoover Institution Press.

Thaler, Richard H. and Cass R. Sunstein (2009), *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness* (revised edition), Penguin.

Turner Review (2009), *The Turner Review: A regulatory response to the global banking crisis*, Financial Services Authority, March 2009, London, available online at http://www.fsa.gov.uk/pubs/other/turner_review.pdf.

van Boom, Willem H. (2011), Price Intransparency, Consumer Decision Making and European Consumer Law, *Journal of Consumer Policy* 34, 359–376.

Willis, Lauren E. (2006), Decisionmaking and the Limits of Disclosure: The Problem of Predatory Lending: Price, *Maryland Law Review* 65, 707–840.

Whitman, Douglas Glen and Mario J. Rizzo (2007), Paternalist Slopes, *NUY Journal of Law & Liberty* 2, 411–443.

Wright, Joshua D. (2007), Behavioral Law and Economics, Paternalism, and Consumer Contracts: An Empirical Perspective, *NUY Journal of Law & Liberty* 2, 470–511.

Willem C. Vis Commercial Arbitration Moot 2012–2013 -oikeustapauskilpailu: lapsityövoima sopimusrikkomuksena tavaran kaupassa, kirjallisen todistajanlausunnon käyttäminen ilman mahdollisuutta suulliseen kuulemiseen, CISG 96 artiklan mukaisen kansallisen varauman vaikutus sopimuksen muotovauteen ja siitä poikkeaminen sopimalla

Asiasanat: Vis Moot, oikeustapauskilpailu, lapsityövoima, todistajanlausunto, IBA Rules of Evidence, CISG 96 artikla

**Johanna Ahola, Nathaniel Gilkey, Maiju-Juulia Jokinen,
Sanna Kiviranta, Jussi Kukko, Antti Lindholm, Dina Stolt**

Helsingin yliopisto 2012–2013 järjestetyssä Vis Moot -oikeustapauskilpailussa

Helsingin yliopisto osallistui luokuvuotena 2012–2013 kymmenennen keran kansainväliseen *Willem C. Vis Commercial Arbitration Moot* -kilpailuun ("Vis Moot"). Kyseessä on maailman suurin oikeustapauskilpailu, joka simuloi välimiesmenettelyä. Kilpailutapauksen oikeudelliset ongelmat vaihtelevat vuosittain, mutta sijoittuvat kuitenkin aina välimiesmenettelyn ja kansainvälisen irtaimen kaupan aloille. Kilpailu sisältää sekä kirjallisen että suullisen osuuden ja huipentuu Hong Kongissa ja Wienissä järjestettäviin loppukilpailuihin. Helsingin yliopistoa edustamaan oli valittu *Johanna Ahola, Nathaniel Gilkey, Maiju-Juulia Jokinen, Sanna Kiviranta, Jussi Kukko, Antti Lindholm* ja *Dina Stolt*.

Helsingin yliopisto ylsi 20 parhaan yliopiston joukkoon Hong Kongissa ja 32 parhaan joukkoon Wienissä. Helsingin yliopisto palkittiin menestyksestään kunniamaininnalla (*Frédéric Eisemann Award*). Lisäksi *Antti Lindholm* sai henkilökohtaisen kunniamaininnan suullisesta esiintymisestä (*Neil Kaplan Award*). Joukkue menestyi myös loppukilpailuja edeltäneissä esikilpailuissa: Prahassa ensimmäinen sija ja samalla *Dina Stolt* valittiin kolmanneksi parhaaksi esiintyjäksi. Tukholmassa ja Münchenissä joukkue sijoittui toiseksi ja Helsingissä kolmanneksi.

1 Johdanto

Tässä kirjoituksessa perehdytään lukuvuoden 2012–2013 Vis Moot -kilpailun tehtävänantoon eli oikeustapaukseen sisältyviin oikeudellisiin ongelmiin ja niiden ratkaisuvaihtoehtoihin antaen samalla kuvaa kilpailun luonteesta.¹ Tavoitteena on ennen kaikkea herättää kiinnostusta ja kannustaa Suomen yliopistojen oikeustieteellisissä tiedekunnissa opiskelevia vastaisuudessaakin osallistumaan kilpailuun. Vis Moot tarjoaa opiskelijoille erinomaisen tilaisuuden erikoistua kansainväliseen sopimusoikeuteen ja välimiesmenettelyyn käytännönläheisesti. Kyseessä on kilpailun muotoon järjestetty oppimista- ja haastava pahtuma. Alan ykkösasiantuntijat niin Suomessa kuin maailmanlaajuisesti ovat aktiivisesti mukana luennoimassa ja lukuisat heistä toimivat opiskelijoiden suoritusten arvioijina ja palautteenantajina. Helsingin yliopistossa Vis Moot kuuluu oikeustieteellisen tiedekunnan opetusohjelmaan. Kurssi alkaa vuosittain syyslukukauden alussa, ja vastuuopettajana toimii *Santhu Turunen*.²

Oikeustapauskilpailuun liittyy luonnollisesti merkittävä määrä oikeustieteellistä tutkimusta, mutta pääasiassa kyse on oikeussäntöjen ja -periaatteiden soveltamisesta oikeustapauksessa annettuihin faktoihin ja tapahtumakulkuun. Oikeustapaus laaditaan vuosittain siten, että molemmilla osapuolilla on tasapuolisesti tarjolla positiivisia ja negatiivisia tosiseikkoja argumentaationsa rakentamiseen. Kilpailun varsinainen haaste onkin valita ja esittää vakuuttavasti, sekä kirjallisesti että suullisesti, juuri ne tosiseikat ja argumentit, jotka ajavat päämiehen etua parhaiten. Kirjallisessa vaiheessa joukkueilla on aikaa pohtia valintojaan perinpohjaisesti, mutta suullisessa kilpailutilanteessa vaaditaan nopeaa päättely- ja ratkaisuntekokykyä. Ennen kunkin suulliseen kilpailukierroksen alkamista osapuolet voivat ainoastaan arvailla, mihin toinen osapuoli tulee vetoamaan ja mihin oikeussäntöihin ja faktoihin käsittely lopulta keskittyy. Kukin kierros on aina enemmän tai

1 Kilpailun kotisivut löytyvät osoitteesta <http://www.cisg.law.pace.edu/vis.html> (tarkistettu 26.5.2013). Vuoden 2012–2013 tehtävänanto on saatavilla kokonaisuudessaan osoitteesta <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/moot/moot20.pdf> (tarkistettu 26.5.2013).

2 Helsingin Vis Moot -joukkueen kotisivut ovat osoitteessa <http://www.visteamhelsinki.fi> (tarkistettu 26.5.2013). Sivulla on tietoa joukkueen valintaprosessista sekä kuvia ja videoita kilpailusuorituksista.

vähemmän yksilöllinen.³ Kilpailun luonteeseen kuuluu, että joukkueet argumentoivat kilpailun edetessä sopimusriidan molempien osapuolten puolesta: sekä kantajan (ostaja) että vastaajan (myyjä).

Vuoden 2012–2013 oikeustapaus koski sopimusriitaa 100 000 pikeepaidan kaupasta. Sopimukseen sovellettiin YK:n kansainvälistä kauppalakia, CISG:tä⁴, ja välimiesmenettelysääntöinä käytössä oli *CEAC Hamburg Arbitration Rules*. Oikeustapausten pääkysymyksiksi nousivat:

- Rikkoiko myyjä osapuolten välistä sopimusta käyttäessään lapsityövoimaa osassa liiketoiminnastaan? Ovatko pikeepaidat tästä johtuen virheellisiä siitä huolimatta, että ne ovat fyysisesti moitteettomia eivätkä juuri kyseiset paidat olleet lasten valmistamia? (artikkelin kappale 2)
- Voiko välimiesoikeus hylätä kirjallisessa muodossa esitetyn todistajalausannon, jos kyseinen todistaja ei saavu kuultavaksi suulliseen käsittelyyn? (artikkelin kappale 3)
- Mikä on CISG 96 artiklan mukaisen kansallisen varauman vaikutus sopimuksen muotovapaudelle, ja voivatko osapuolet pätevästi sopia poikkeavansa sen vaikutuksesta? (artikkelin kappale 4)

2 Lapsityövoima sopimusrikkomuksena tavarankaupassa

Oikeustapaus alkaa tilanteesta, jossa myyjä on valmistanut ja toimittanut ostajalle 100 000 pikeepaitaa. Paidat oli tarkoitettu jälleenmyytäväksi eettisiä tuotteita arvostaville kuluttajille. Myöhemmin julkisuuteen leviää kuitenkin tieto siitä, että paidat on valmistanut lapsityövoimaa käyttävä yritys. Tiedon johdosta pikeepaidat vedetään lopulta pois kaupoista ja ostaja

3 Jotta kilpailijat pystyvät mukautumaan tilanteeseen joustavasti, on tyypillistä suunnitella etukäteen prosessikaavioita argumentaatiopoluista, joita pitkin kilpailutilanteesta saataan kulkea: mihin esimerkiksi vastapuolen tietyn oikeustapausten esittäminen johtaa, miten siihen voi vastata ja miten argumentaatio siitä todennäköisesti kehittyy eteenpäin. Kaikki on periaatteessa osattava ulkoa, vaikka mukana on soveliaista pitää lyhyitä muistiinpanoja.

4 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Yleissopimus kansainvälistä tavarankaupaa koskevista sopimuksista), jota kutsutaan myös Wienin konventioksi.

haluaa purkaa sopimuksen ja vaatia myyjältä vahingonkorvausta aiheutuneista vahingoista. Vaatimusten asettamista hankaloitti se, että oikeustapaüksessa annettujen faktojen mukaan myyjä ei ollut käyttänyt lapsityövoimaa ostajalle toimitettujen pikeepaitojen valmistusprosessissa, vaan jossakin muussa, erillisessä, liiketoiminnassaan. Joukkueiden tehtäväksi jäi selvittää, miten CISG soveltuu tällaiseen sopimukseen ja ostajan väittämään sopimusrikkomukseen.

CISG:n alaiset sopimukset liittyvät tavaran kauppaan (CISG 1(1) artikla). Tavarantoimittamisen lisäksi sopimuksessa voidaan kuitenkin sopia tietyissä rajoissa myös muista velvollisuuksista (ks. CISG 3(2) artikla), ja ostaja voi esimerkiksi velvoittaa myyjää käyttäytymään tietyllä tavalla. Jos tällaista käyttäytymisvelvoitetta rikotaan, voi rikottu osapuoli vaatia CISG 45 artiklaan perustuen sopimuksen purkoa ja vahingonkorvauksia CISG:n säännösten mukaisesti. Tämä on mahdollista siitäkin huolimatta, että toimitettu tavara itsessään ei olisi virheellinen.

Ostajan tuli argumentoida, että myyjällä oli osapuolten välisen sopimuksen mukaan käyttäytymisvelvoite pidättäytyä lapsityövoimasta ei ainoastaan pikeepaitojen valmistuksessa vaan kaikessa liiketoiminnassaan. Sopimus⁵ sisälsi lausekkeen, jonka mukaan myyjän odotettiin toimivan eettisesti:

”12. POLICY It is expected that all suppliers [myyjä] – – will adhere to the policy – – that they will conform to the highest ethical standards in the conduct of their business.”

Ostajan etua ajoi erityisesti sopimustekstin sanamuoto ”the highest ethical standards” ’korkeimmat eettiset standardit’, joiden voidaan katsoa yleisesti kattavan myös lapsityövoimasta pidättäytymisen. Vastaavasti myyjä saattoi puolustautua vetoamalla siihen, että kyse oli vain ’odotuksista’ ”It is expected”, joskin tehokkaammaksi keinoksi osoittautui kiinnittää huomiota lopputekstiin ”in the conduct of their business” ’liiketoiminnassa’. Myyjä saattoi perustella, että kyseinen kohta luo velvoitteen olla käyttämättä lapsityövoimaa ainoastaan ostajan ja myyjän välisessä liiketoiminnassa eli toisin

⁵ Osapuolten välinen kirjallinen sopimus kokonaisuudessaan löytyy osoitteesta: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/moot/moot20.pdf>, s. 12–13.

sanoen pikeepaitojen valmistamisessa. Pitihän paikkansa, että sopimustekstissä ei lukenut esimerkiksi ”*all business*” ’kaikessa liiketoiminnassa’.

Sopimuksen kirjallisen sanamuodon jäätyä tulkinnanvaraiseksi, avautui mahdollisuus tulkita osapuolten tarkoitusta CISG:n tulkintasääntöjen, eli CISG 8 artiklan perusteella. CISG 8(3) artikla mahdollistaa sen, että sopimuksen tulkinnassa huomioidaan sopimustekstin lisäksi kaikki tapaukseen liittyvät merkitykselliset asianhaarat kuten esimerkiksi sopimusneuvottelut. Näin ollen sekä ostajalla että myyjällä oli käytössään lukuisia oikeustapaüksessa kerrottuja faktoja osapuolten välisistä tapahtumista. Ostaja pystyi vetoamaan esimerkiksi siihen, että myyjän tilat oli nimenomaisesti ennen sopimuksen tekoa tarkastettu lapsityövoiman käyttämisen varalta, jolloin myyjän oli tullut ymmärtää, että se ei voi käyttää lapsityövoimaa missään liiketoiminnassaan. Sen sijaan myyjä saattoi vedota esimerkiksi siihen, että edellisen tarkastuksen aikana ostaja itse asiassa oli huomannut myyjän käyttävän lapsityövoimaa ja siitä huolimatta he olivat päättäneet käyttää heitä alihankkijana varmistamatta, että myyjä lopettaa lapsityövoiman hyödyntämisen.

Käyttätymisvelvoitteen argumentoimisen lisäksi tarjolla oli mahdollisuus väittää pikeepaitojen olleen virheellisiä myyjän käyttämän lapsityövoiman seurauksena. CISG 35(1) artiklan mukaan ”myyjän tulee luovuttaa tavaraa, joka – – ominaisuuksiltaan on sopimuksen mukaista”. Perinteisesti tavarän virheellisyys käsitetään fyysisenä muutoksena, kuten sellaisena, että tavara on väärän kokoinen tai värinen. Virheen fyysinen ilmeneminen ei kuitenkaan ole välttämätöntä. Tavarassa voidaan CISG:n mukaisesti katsoa olevan virhe, jos se on esimerkiksi valmistettu vastoin sovittua valmistustapaa, vaikka se ei näkyisi fyysisessä lopputuloksessa: esimerkiksi jos luomuna myytyä tavaraa ei todistettavasti olekaan valmistettu luonnonmukaisesti ilman kemikaaleja tai jos sopimuksen vastaisesti tavarän valmistuksessa on käytetty lapsia työvoimana. Ostajan tuli siis perustella, että yksi pikeepaitojen ominaisuuksista oli se, että ne on valmistanut eettisesti valistunutta liiketoimintaa harjoittava yritys, jolloin lapsityövoiman käyttäminen missä tahansa yrityksen tuotteiden valmistuksessa tahraisi myös pikeepaitojen maineen.

Tavaran virheellisuuden saattoi perustaa myös CISG 35(2)(b) artiklaan, jonka mukaan tavara ei ole sopimuksenmukainen, jos se ei ”sovellu sopimusta tehtäessä nimenomaisesti tai epäsuorasti myyjän tietoon saatettuun erityiseen tarkoitukseen”. Ostaja pystyi perustelemaan erityiseksi käyttötarkoitukseksi paitojen myymisen markkina-alueella, jossa asiakaskunta odottaa tuotteiden olevan eettisiä. Tämä johti lopulta kysymykseen, onko myyjän vastuulla varmistaa, että tavara vastaa toisen maan, toisen markkina-alueen vaatimuksia tavaroille. Sekä ostaja että myyjä hakivat argumentaatiolleen tukea CISG:n oikeuskäytännöstä, joka lähtökohtaisesti oli vahvempi myyjälle. Esimerkiksi lukuisia kertoja oikeuskirjallisuudessa siteeratun ‘mussels casen’⁶, ja sitä seuranneiden muiden oikeustapausten valossa, ulkomaisen myyjän ei voida lähtökohtaisesti odottaa tuntevan vaikeasti saatavilla ja vaikeasti selvitettävissä olevia markkinakohtaisia vaatimuksia tavaroille.

3 Kirjallisen todistajanlausunnon käyttäminen ilman mahdollisuutta suulliseen kuulemiseen

Sen lisäksi, että ostaja argumentoi myyjän rikkoneen sopimusta käyttäessään lapsityövoimaa, väitti ostaja pikeepaitojen myös alun perin saapuneen myöhässä. Kirjallisessa sopimuksessa toimituspäiväksi oli sovittu 19. helmikuuta, mutta tavarat toimitettiin vasta 24. helmikuuta. Ostaja vaati kirjalliseen sopimukseen perustuen rahallista korvausta viivästyksestä, mutta myyjä väitti osapuolten muuttaneen kirjallista toimituspäivää suullisesti erään puhelinkeskustelun aikana. Molemmat osapuolet tunnustivat puhelinkeskustelua käydyin, mutta näkemykset puhelun sisällöstä olivat eriävät. Sekä ostaja että myyjä halusivat käyttää puhelimesta ollutta työntekijänsä keskustelun sisällön selvittämiseksi. Todistajat olivat laatineet kirjalliset todistajanlausunnot.

Todistajien käyttäminen muodostui kuitenkin ongelmalliseksi. Myyjä oli tilanteessa, jossa se joutui pyrkimään käyttämään entisen työntekijänsä kirjallista todistajanlausuntoa ilman, että kyseinen todistaja tulisi paikalle suulliseen käsittelyyn. Ostajan mukaan kyseiselle todistajanlausunnolle ei

6 New Zealand mussels case, Saksan liittovaltion korkein oikeus, 1995. Oikeustapausta löydytty muun muassa Pacen CISG-oikeustapaustietokannasta: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950308g3.html> (tarkistettu 26.5.2013).

tulisi antaa lainkaan painoarvoa. Perusteena ostaja käytti sitä, että lausunnon todenperäisyyttä ja tarkkuutta ei voida todentaa, jos todistaja ei saavu suulliseen kuulemistilaisuuteen. Välimiesoikeuden tehtäviin kuuluukin juuri arvioida, kuinka luotettava mikäkin todistajanlausunto on ja mikä todistusarvo kullekin todisteelle on annettava. Keskeinen merkitys on muun muassa sillä, onko todistaja tehnyt suoria omia havaintoja tapahtumista ja kuinka puolueettomalta hän vaikuttaa suhteessaan osapuoliin.

Kyse oli kahden perustavanlaatuisen oikeuden välisestä tasapainottelusta. Niin välimiesmenettelylle kuin tuomioistuimessa käytävälle oikeudenkäyntimenettelylle voidaan niin sanotun oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin periaatteen mukaan asettaa osapuolten tasavertaisen aseman vaatimus. Osapuolilla tulee olla samanlaiset mahdollisuudet vaikuttaa käsittelyn lopputulokseen ja ajaa asiaansa. Tämä edellyttää ensinnäkin, että kummallakin osapuolella on mahdollisuus esittää tarpeellista todistelua. Toisaalta osapuolten on saatava kontradiktorisen periaatteen, eli vastapuolen kuulemisen periaatteen, mukaan puolustautua vastapuolen vaatimuksia ja väitteitä vastaan. Tähän kuuluu muun muassa osapuolen oikeus kuulla vastapuolen todistajia. Jos oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin periaatteita on loukattu, voidaan välitystuomio New Yorkin yleissopimuksen⁷ nojalla jättää täytäntöönpanematta, tai se voidaan kumota välimiesmenettelyn paikan tuomioistuimessa.

Niinpä ostaja pyrki estämään myyjää käyttämästä kirjallista todistajanlausuntoa. Ostaja pyrki argumentoimaan, että todistajan ollessa ratkaisevassa asemassa tietyn kysymyksen lopputuloksen suhteen hänen suullinen kuulemisensa ja henkilökohtainen läsnäolonsa ovat korostuneen tärkeässä asemassa. Ostaja vetosi oikeuteensa kuulla vastapuolen todistajaa. Jos todistajaa ei voida kuulla suullisessa käsittelyssä, ei myöskään kirjallista todistajanlausuntoa voida ostajan mukaan ottaa huomioon. Myyjä puolestaan haki tukea oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin periaatteesta ja oikeudestaan esittää tarpeellista todistelua. Myyjä korosti, että kyseinen kirjallinen todistajanlausunto on ainoa ja paras todiste, joka asiassa on mahdollista esittää, ja että heillä ei ole mitään keinoa saada todistajaa tulemaan paikalle vasten tahtoaan.

⁷ Yleissopimus ulkomaisten välitystuomioiden tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta (New York Convention).

Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin periaatteen jäädessä tulkinnanvaraiseksi, osapuolet pyrkivät täydentämään argumentaatiotaan sääntelyllä, joka ilmentäisi periaatteen tarkempaa sisältöä. Osapuolet olivat valinneet sopimuksessaan mahdolliset riidat ratkaistavaksi uuden välitysentituutin CEAC:n (*Chinese European Arbitration Centre*) sääntöjen mukaan (*CEAC Hamburg Arbitration Rules*)⁸. Näissä säännöissä mainitaan todistelusta vain ylimalkaisesti, ja niissä ei säännellä miten menetellä todistajan poissa ollessa. Tästä syystä esiin nousi kysymys kansainvälisen asianajoliiton IBA:n todistelua kansainvälisessä välimiesmenettelyssä koskevista säännöistä (*IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*)⁹ ja niiden sovellettavuudesta.

IBA:n todistelua koskevat säännöt tarjosivat ostajalle vahvan argumentin. Niiden 4.7 artiklan mukaan poissa olevan todistajan kirjallista todistajanlausuntoa ei pääsääntöisesti voida ottaa huomioon ratkaisua tehtäessä. Ostaja pystyi kuitenkin vetoamaan kyseisen säännön poikkeuksiin, jonka mukaan kirjallinen todistajanlausunto voidaan ottaa huomioon, jos siihen on erityinen hyväksyttävä syy tai jos vallitsevat olosuhteet ovat muuten poikkeuksellisia. Näin kysymys todistajanlausunnon huomioon ottamisesta kiteytyi argumentaatioksi ”hyväksyttävän syy” ja ”poikkeuksellisten olosuhteiden” tulkinnasta. Näiden poikkeusten tulkinnasta olemassa oleva oikeuskäytäntö ja kirjallisuus ovat vähäistä, mikä teki argumentaation rakentamisesta erityisen haastavaa. Lisäksi olemassa oleva vähäinen tulkinta termien sisällöstä antoi ymmärtää hyväksyttäväksi syyksi ainoastaan esimerkiksi todistajan vakavan sairastumisen tai kuoleman, mistä ei kilpailutapauksessa ollut kysymys. Myyjän todistaja oli pikemminkin vain haluton saapumaan paikalle. Myyjän vaihtoehdoksi jäikin esimerkiksi sen argumentoiminen, että IBA:n sääntöjä ei tässä tapauksessa tule soveltaa tiukasti vaan korkeintaan yleisinä ohjenuorina erityisesti siksi, että osapuolet eivät nimenomaisesti olleet yhdessä sopineet sääntöjä käytettävän. Ostaja pystyi kuitenkin vetoamaan kansainväliseen käytäntöön, jonka mukaan IBA:n sääntöjen käyttäminen on tällaisissakin tilanteissa varsin tyypillistä.

8 CEAC:n välimiesmenettelysäännöt löytyvät osoitteesta http://www.ceac-arbitration.com/fileadmin/assets/docs/english/ceac_rules.pdf (tarkistettu 26.5.2013).

9 IBA:n todistelua koskevat säännöt löytyvät osoitteesta: <http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=68336C49-4106-46BF-A1C6-A8F0880444DC> (tarkistettu 26.5.2013).

4 CISG 96 artiklan mukaisen kansallisen varauman vaikutus sopimuksen muotovapauteen ja siitä poikkeaminen sopimalla

Haasteellisimmaksi ongelmaksi oikeustapauskilpailussa osoittautui CISG 96 artiklan mukaisen kansallisen varauman vaikutus siihen, missä muodossa sopimusta voi muuttaa. Kyseisen kansallisen varauman ovat tehneet Argentiina, Armenia, Kiina, Latvia, Liettua, Paraguay, Ukraina, Unkari, Valko-Venäjä ja Venäjä. Oikeustapauksessa ostajan liikepaikka sijaitti kuvitteellisessa valtiossa, joka oli myös tehnyt varauman. Kilpailussa pohdittava ongelma oli se, pystyivätkö osapuolet suullisesti muuttamaan sopimusta puhelinkeskustelun aikana, vai olivatko he sidottuja kirjalliseen muotovaatimukseen.

CISG:n lähtökohta on sopimusvapauden periaate. Sopimuksen tekemiseen tai muuttamiseen ei sovelleta muotovaatimuksia, joten sopimuksia voi tehdä ja muuttaa suullisesti. Tästä pääsäännöstä kuitenkin saatetaan poiketa, jos sopimusvaltio on tehnyt CISG 96 artiklan mukaisen varauman. CISG 96 artikla antaa sopimusvaltioille mahdollisuuden tehdä varauman, jonka mukaan CISG:n määräykset muotovapaudesta eivät sovellu. Tätä poikkeusta sovelletaan silloin, kun jonkun sopijapuolen liikepaikka on CISG 96 artiklan mukaisen varauman tehneessä valtiossa. Näin ollen lähtökohtaisesti myyjän ja ostajan väliseen sopimukseen pikepaidoista se tuli sovellettavaksi.

Näkemykset CISG 96 artiklan mukaisen varauman vaikutuksesta kuitenkin vaihtelevat niin oikeuskirjallisuudessa kuin oikeuskäytännössäkin. Vallitsevan kannan mukaan sen soveltuminen ei suoraan tarkoita sitä, että sopimukset olisi tehtävä ja niitä olisi muutettava kirjallisesti. Sen sijaan varauman vaikutuksesta CISG:n sopimuksen tekemisestä koskevat säännökset jätetään huomiotta. Lopputuloksena CISG vaikenee siitä, miten sopimuksia voi tehdä tai muuttaa. Sopimuksen muotoa koskeva säännös oli siten löydettävä muualta, ja sen löytämiseksi oli sovelletta kansainvälisen yksityisoikeuden lainvalintasääntöjä.

Tapauksessa kumpikin osapuoli pyrki perustelemaan lainvalintasääntöjen johtavan heidän oman maansa kansallisen lainsäädännön soveltamiseen. Myyjän valtion lainsäädäntö sisälsi muotovapauden, kun taas ostajan val-

tion lainsäädäntö vaati sopimuksia muutettavan kirjallisesti. Ratkaiseva tekijä oli sillä, kumpaan sopimuksella oli vahvempi yhteys. Oikeustapauksen faktojen valossa tilanne oli helpompi perustella myyjälle.

Lisäksi myyjä, jonka tavoitteena oli osoittaa, että sopimuksen muuttamiseen pätee muotovapaus, saattoi vaihtoehtoisesti vaatia kansallisen lain sijaan sovellettavaksi UNIDROITin yleisiä sopimusperiaatteita, joissa CISG:n tapaan lähtökohtana on muotovapaus sopimuksille. UNIDROITin periaatteiden soveltumista saattoi perustella sillä, että osapuolet olivat kirjallisessa sopimuksessaan sopineet sovellettavan ensisijaisesti CISG:tä, toissijaisesti UNIDROITin periaatteita ja vasta viime kädessä muuten soveltuvaa kansallista lainsäädäntöä.

Koko CISG 96 artiklan ongelmaan saattoi toisaalta hakea ratkaisua lähestymällä asiaa toiselta kantilta, sillä sopimus sisälsi seuraavanlaisen lainvalintalausekkeen:

”20. APPLICABLE LAW This contract shall be governed by the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods of 1980 (CISG) *without regard to any national reservation*” (kursivointi tässä).

Sopimuksen sanamuodon perusteella vaikututtikin siltä, että osapuolet olivat valinneet sovellettavaksi laiksi muokatun version CISG:stä, jossa huomiota ei annettaisi CISG:hen tehdyille kansallisille varaumille. Pohdittavana oli näin ollen se, onko yksityisillä osapuolilla mahdollisuus sulkea CISG:n pakottava varauma sopimuksen ulkopuolelle vai onko varauma otettava huomioon aina CISG:tä sovellettaessa.

CISG:ssä on 96 artiklan mukaisten varaumien lisäksi muitakin varaumamahdollisuuksia, mutta näistä 96 artiklan varauma on ainoa luonteeltaan pakottava (ks. CISG 6 ja 12 artikla). Näin ollen näytti siltä, että CISG:n sanamuodon mukaan osapuolilla ei ollut edellytyksiä poikkeamiseen. Toisaalta osapuolilla oli perustavanlaatuinen oikeus valita sopimukseensa sovellettava laki hyvin vapaasti, minkä vuoksi on myös perusteltavissa, että CISG:n voi valita sovellettavaksi normistoksi osapuolten toivomassa muodossa. Tätä argumentaatiota saattoi perustella esimerkiksi siten, että kilpailutapauksessa kyse oli kansainvälisessä välimiesmenettelyssä ratkaistavasta riidasta, jolloin kansallisille varaumille ei ole tarvetta antaa joustamatonta painoarvoa.

5 Lopuksi

Edellä esiteltyt oikeusongelmat olivat lukuvuoden 2012–2013 Vis Moot -kilpailun pääasialliset ongelmat ratkaisuvaihtoehtoineen, mutta ne eivät suinkaan olleet ainoat käsiteltävät asiat.¹⁰ Kilpailun luonteeseen kuuluu, että tehtävänanto määrittelee lopputavoitteen: mitä ostajan ja myyjän on vaadittava. Tehtävänanto ei kuitenkaan määrittele tarkasti, miten tavoitteeseen on pyrittävä. Joukkueet päätyvät eriäviin ratkaisuihin, ja valinnat ovat toisinaan varsin innovatiivisia. Kirjoituksen kappaleessa 2 kuvatus lapsityövoimaongelmaan saattoi hakea ratkaisua myyjän puolesta kiistämällä myyjän ylipäänsä käyttäneen lapsityövoimaa. Vaikka oikeustapauskilpailun tehtävänannon laatijat eivät tätä ratkaisuvaihtoehtoa todennäköisesti olleet suunnitelleet tarjoavan, oli siihen päätyminen mahdollista tulkitsemalla tehtävänannon sanamuotoa laajasti. Kyseinen argumentti tosin osoittautui jakavan suorituksia arvostelleiden välimiehien mielipiteitä vahvasti. Sen käyttäminen oli riski, joka johti yhtä hyvin ylimääräisiin pisteisiin kuin pisteiden menetykseen. Faktoista argumentoiminen on kuitenkin houkutteleva vaihtoehto, jos ongelman oikeudellinen puoli vaikuttaa heikolta omalle päämiehelle. Esimerkki havainnollistaakin käyttökelpoista ohjenuoraa Vis Moot -kilpailuun:

*”If the facts are against you, argue the law.
If the law is against you, argue the facts.”*

10 Lukuvuonna 2012–2013 kilpailun parhaiksi oikeudenkäyntimuistioiksi valittiin Belgradin yliopiston kantajan (ostaja) muistio (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/moot/claimant20-1a.pdf> tarkistettu 26.5.2013) ja Singaporen kansallisen yliopiston vastaajan (myyjä) muistio (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/moot/respondent20-1.pdf> tarkistettu 26.5.2013). Näistä muistioista saa laajemman ja yhä tarkemman kuvan vuoden 2012–2013 Vis Moot -oikeustapauksen sisällöstä.

