

Ville Pönkä



Lakimies
5/2019
s. 608–362

#MeToo-liike ja yritysten oikeudellinen riskienhallinta – Miten yhdysvaltalaisen yritysten käyttämät vastuunrajoitusinstrumentit toimisivat oikeudellisina siirrännäisinä Pohjoismaissa?

HAKUSANAT: Yhtiöoikeus, riskienhallinta, seksuaalinen häirintä, #MeToo, oikeudellinen siirrännäinen, pohjoismainen oikeus

1. Johdanto

Vuonna 2006 yhdysvaltalainen ihmisoikeusaktivisti *Tarana Burke* ryhtyi käyttämään iskulausetta ”Me Too” (suom. minä myös) fasilitoidessaan kriittistä ja avointa keskustelua seksuaalisen väkivallan uhreiksi joutuneiden naisten aseman parantamiseksi. Noin kymmenen vuotta myöhemmin, lokakuussa 2017, tämä niin sanottu #MeToo-liike¹ sai merkittävän sysäyksen eteenpäin, kun *The New York Times*- ja *The New Yorker* -lehdet uutisoivat useiden naisten syyttävän elokuvatuottaja *Harvey Weinsteinia* seksuaalisesta häirinnästä ja ahdistelusta sekä raiskauksista.² Tästä käynnistyi valtavasti mediahuomiota saanut tapahtumasarja, joka johti sekä yhä vireillä olevaan oikeudenkäyntiin *Weinsteinia* vastaan että lukuisiin muihin skandaaleihin. Näistä skandaaleista huomiionarvoisin lienee Yhdysvaltain korkeimman oikeuden tuomarihokasta (nyk. tuomaria), *Brett Kavanaughia*, koskeva Yhdysvaltain senaatin oikeudellisen komitean (Senate Judiciary Committee) järjestämä kuuleminen syyskuussa 2018 ja Yhdysvaltain liittovaltion keskusrikospoliisi Federal Bureau of Investigationin (”FBI”) tutkinta. Niin kyseinen kuuleminen kuin tutkinta johtuivat professori *Christine Blasey Fordin* ja eräiden muiden naisten väitteistä, joiden mukaan *Kavanaugh* oli kohdistanut heihin 1980-luvun alussa seksuaalista väkivaltaa.

* *Ville Pönkä*, OTT, professori, Helsingin yliopisto.

1. #MeToo on erityisesti sosiaalisessa mediassa käytetty, seksuaalisen häirinnän kokemista ilmaiseva tunnus. #MeToo-liike viittaa puolestaan siihen epätarkkarajaiseen tapahtumasarjaan, joka juontaa juurensa *Burken* kampanjaan. Ks. mm. Josephine Ross, What the #MeToo Campaign Teaches About Stop and Frisk. *Idaho Law Review* 54(543) 2018, s. 543–561, 543–544.
2. Jodi Kantor – Megan Twohet, Harvey Weinstein Paid Off Sexual Harassment Accusers for Decades. *The New York Times*, 5.10.2017 ja Ronan Farrow, From Aggressive Overtures to Sexual Assault: Harvey Weinstein’s Accusers Tell Their Stories. *The New Yorker*, 23.10.2017.

Vaikka senaatti ja FBI katsoivat, ettei Kavanaugh ollut syylistynyt väitettyihin tekoihin, on tapahtumaketju hyvä osoitus #MeeToo-liikkeen saamasta vahvasta jalansijasta poliittisissa ja oikeudellisissa diskurssissa.

Viimeisten vuosien kuvatuilla tapahtumilla on ollut monenlaisia yhteiskunnallisia seurannaisvaikutuksia. Ne ovat muun muassa pakottaneet yritykset uudelleenarvioimaan potentiaalisten mainevahinkoriskien skaalaa ja merkitystä, mikä on puolestaan johtanut sellaisten vastuunrajoitusinstrumenttien kehittämiseen, jotka olisivat mahdollisesti jääneet syntymättä ilman #MeToo-liikkeen kaltaista ilmiötä.³ Yhdysvaltalaisista #MeToo-uutisointia, tieteellisiä julkaisuja ja oikeuskäytäntöä silmällä pitäen tällaisia oikeudellisia vastuunrajoitusinstrumentteja on ainakin neljänlaisia:

(1) Ensinnäkin, Yhdysvalloissa yhtiöt ovat alkaneet liittää käyttämiinsä johtajasopimusmalleihin niin sanottuja ”prohibition against sexual harassment” -ehtoja, siis vastuunrajoituslausekkeita, jotka antavan yhtiölle joko oikeuden erottaa seksuaaliseen häirintään tai muuten yhtiön arvojen vastaiseen käytökseen syylistyneen johtajan taikka oikeuden rangaista häntä muuten. Lisäksi yhtiöt ovat täydentäneet olemassa olevia johtajasopimuksia tällaisin varaumin.⁴

(2) Myös pääomasijoittajat ovat kehittäneet uusia sijoitussopimusehtoja, joiden tarkoituksena on kontrolloida kohdeyhtiön johdon käyttäytymiseen liittyviä mainevahinkoriskejä. Käytännössä nämä instrumentit voidaan jakaa ”clawback”- ja ”spending ticket” -tyyppisiin mekanismeihin, siis sopimusehtoihin, jotka antavat sijoittajalle oikeuden vaatia joko sijoitetun pääoman palautusta tai rangaistusluontoista hyvitystä siitä, että kohdeyhtiön arvo on laskenut sen johtoon kuuluvan sopimattoman menettelyn takia.⁵

(3) Edelleen seksuaaliseen häirintään liittyviä vastuunrajoituslausekkeita – tai Wall Street -jargonia mukaillen, niin sanottuja ”Weinstein” -lausekkeita – esiintyy enenevässä määrin yhdysvaltalaisissa sulautumis- ja yrityskauppasopimuksissa. Näissä ”representations and warranties” -tyyppisissä takuuehdoissa sulautuva/hankittava yhtiö tyypillisesti vakuuttaa, ettei sen tiedossa ole tapauksia, joissa yhtiön johtajaa tai työntekijää olisi syytetty seksuaalisesta häirinnästä tai muusta sopimattomasta menettelystä. Sanottuja vakuutuksia on luonnollisesti tehostettu erilaisin seuraamuksin, joihin vastaanottava/hankkiva yhtiö voi halutessaan ve-

3. Tässä yhteydessä on paikallaan painottaa, että seksuaaliseen häirintään liittyvät mainevahingot ovat kaikkea muuta kuin triviaaleja. Pahimmassa tapauksessa ne saattavat aiheuttaa korjauskelvotonta vahinkoa yrityksen julkisuuskuvalle, samoin seksuaaliseen häirintään syylistyneen henkilön maineelle. Ks. mm. Serena Does – Seval Gundemir – Margaret Shih, Research: How Sexual Harassment Affects a Company's Public Image. Harvard Business Review, 6/2018.

4. Ks. mm. John L. Utz, #MeToo: Sexual Harassment and Executive Compensation. American Law Institute. Executive Compensation 2018 (14.–15.6.2018, New York), s. 1–9.

5. Ks. mm. Laurence Fletcher, A #MeToo Clawback. The Wall Street Journal, 24.9.2018.

dota, mikäli yritysjärjestelyn aikana tai sen jälkeen tulee ilmi lausekkeen tarkoitettamia häirintätapauksia.⁶

(4) Viimeisen vastuunrajoitusinstrumenttien kategorian muodostavat yhdysvaltalaisen yhtiöiden laajasti hyödyntämät ”mandatory (tai ”forced”) arbitration”-lausekkeet, joita kutsutaan ironisesti myös ”gagging”- tai ”gag”-lausekkeiksi. Itse asiassa ”gagging” (suom. vaientaa) kuvaa tässä kontekstissa näitä pakollista välimiesmenettelyä koskevia lausekkeitä varsin osuvasti, koska niiden tosiasiallisena funktiona on estää työntekijöitä viemästä seksuaaliseen häirintään liittyviä riitoja yleisen tuomioistuimen käsiteltäviksi. Toisin sanoen, yritykset pyrkivät pakollista välimiesmenettelyä koskevilla ehdoilla pitämään mahdollisia mainevahinkoja aiheuttavat riidat salassa julkisuudelta ja lisäksi estämään työntekijöitä nostamasta joukkokanteita työnantajiaan vastaan.⁷

Kuvattua taustaa vasten tämän artikkelin tarkoituksena on selvittää, *mitä mainitut vastuunrajoitusinstrumentit todella ovat*, ja erityisesti, *miten ne liittyvät #MeToo-liikkeeseen ja muihin ajankohtaisiin yhteiskunnallisiin ilmiöihin* (jakso 2). Instrumenttien tarkastelussa noudatetaan edellä omaksuttua jaottelua ja terminologian yksinkertaistamiseksi niitä kutsutaan paitsi seksuaaliseen häirintään liittyviksi vastuunrajoitusinstrumenteiksi myös ytimekkäästi #MeToo-varaumuksi.⁸ Tämän jälkeen arvioidaan, *miten kyseiset mekanismit toimisivat oikeudellisesti siirrännäisinä Pohjoismaissa, erityisesti Suomessa* (jakso 3). Toisin sanoen kirjoituksen päämääränä on valottaa #MeToo-liikkeen vaikutusta yritysten oikeudelliseen riskienhallintaan ja pohtia, olisiko Yhdysvalloissa – vähintäänkin kohtalaisen – vakiintuneesti käytettyjä instrumentteja mahdollista istuttaa pohjoismaiseen oikeusjärjestelmään. Artikkelin näkökulma on näin ollen sääntelyteoreettinen ja oikeusvertaileva, minkä lisäksi se pyrkii osallistumaan oikeudellisia siirrännäisiä (tai ”transplanteja”) koskevaan keskusteluun.⁹

6. Ks. mm. Elizabeth C. Tippet, #MeToo movement finds unlikely champion on Wall Street with the new “Weinstein clause”. CBS News, 7.8.2018 ja Nabila Ahmed, Wall Street Is Adding a New ‘Weinstein Clause’ Before Making Deals. Bloomberg, 1.8.2018.

7. Ks. mm. Alexander J.S. Colvin, The growing use of mandatory arbitration. Economic Policy Institute Report, 27.9.2017.

8. Puhuttaessa #MeToo-varaumuksista tms. on tärkeää huomata, että Yhdysvalloissa termiä ”Me Too Clause” käytetään vakiintuneesti myös työehtosopimusoikeudessa kuvaamaan liittojen yhdenvertaista kohtelua varmistavaa sopimusehtotyyppiä. Oikeuskäytännössä termin määritelmä on ollut esillä muun muassa Yhdysvaltojen kolmannen piirin vetoamustuomioistuimen ratkaisussa International Union of Bricklayers and Allied Craftworkers, Local 5 v. Banta Tile & Marble Co., Inc., No. 08-4135.

9. Suomessa tällaista common law -järjestelmiin suuntautuvaa yhteisöoikeudellista transplantitutkimusta edustavat muun muassa seuraavat artikkelit: Anssi Kärki, Samastaminen osakeyhtiössä – opittuun Yhdysvalloista. Lakimies 5/2016, s. 741–764; Vilje Pönkä, The Convergence of Law: The Finnish Limited Liability Companies Act as an Example of the So-Called “Americanization” of European Company Law. European Company Law Journal 14(1) 2017, s. 22–28 sekä Seppo Villa, Maksukykyisyys- ja tasetesti osakeyhtiölain ja Uuden Seelannin yhtiölain mukaan, s. 137–169 teoksessa Ari Saarnilehto (toim.), Yhteisöoikeudellisia kirjoituksia VI.

Edelleen todettakoon, että vaikka tutkimuskohteella on selvä yhteys oikeuden ja sukupuolen tutkimukseen, ei siinä kuitenkaan hyödynnetä – *Matti Rudangon* terminologiaa lainaten – ”naisnäkökulmaa oikeuteen”. Artikkelin tarkoituksena ei siis ole esimerkiksi puntaroida seksuaaliseen häirintään liittyvien vastuunrajoitusmekanismien justifikaatiota tasa-arvon kannalta, vaan huomio kohdistetaan vain yhteisö- ja sopimusoikeudellisiin kysymyksiin.¹⁰ Artikkelin lähdeaineiston osalta on puolestaan merkille pantavaa, että tietoa niin #MeToo-liikkeestä kuin siitä kumpuavista vastuunrajoitusmekanismeista on ammennettu paljon media-lähteistä. Tämä johtuu paitsi siitä, että tutkimustietoa aiheesta ei ole vielä juuri saatavilla, myös siitä, että #MeToo-liike on ennen kaikkea sosiaalisessa mediassa kehittynyt ja levinnyt ilmiö. Tästä syystä varsinkin aihetta koskeva uutisointi nousee verraten tärkeäksi tietolähteeksi.¹¹

2. Vastuunrajoituslausekkeista

2.1. #MeToo-varaumat johtajasopimuksissa

Johdannossa todetulla tavalla yhdysvaltalaiset yritykset ovat kehittäneet erilaisia vastuunrajoitusmekanismeja seksuaaliseen häirintään liittyvien vahingonkorvaus- ja mainevahinkoriskien hallitsemiseksi. Yritysten johtajasopimuskäytännössä tämä tarkoittaa sellaisten #MeToo-varaumien lisäämistä sopimuksiin,

Turku 2007 ja Creditor Protection and the Application of the Solvency and Balance Sheet Tests under the Company Laws of Finland and New Zealand. *Nordic Journal of Commercial Law* 1/2008, s. 2–24.

10. Naisoikeusnäkökulman esille ottaminen on joka tapauksessa tärkeää, koska oikeustieteellinen analyysi on syytä liittää siihen yleiseen tieteenteoreettiseen diskurssiin alueella (siis yhteisö- ja sopimusoikeuskentässä), jolla tällaista liityntää ei ole yleensä havaittu. Rudanko itse on nostanut naisoikeusnäkökulman esille arvopaperimarkkinaoikeudellisessa tutkimuksessa. Ks. Matti Rudanko, *Arvopaperimarkkinat ja siviilioikeus*. Lakimiesliiton kustannus 1998, s. 230–233.
11. Artikkelin lähdeaineiston, sen valikoitumisen ja hankinnan osalta on vielä tehtävä muutama tarkentava huomio. Ensinnäkin, lähdeaineisto on kerätty pääasiassa erilaisista Yhdysvaltalaisista tietokannoista (mm. HeinOnline, LexisNexis ja Westlaw) artikkelin kirjoittajan syksyllä 2018 Fordhamin yliopistoon (New York) tekemän tutkimusvierailun aikana. Tietokantahaut kohdistuivat laajasti seksuaalista häirintää koskeviin oikeustieteellisiin tutkimuksiin ja tuomioistuinratkaisuihin. Kuten todettu, #MeToo-liikkeen vaikutuksesta yhdysvaltaisten yritysten oikeudelliseen riskienhallintaan ei löytynyt juuri kirjallisuutta tai oikeuskäytäntöä. Edelleen on huomion arvoista, että artikkelissa ei ole hyödynnetty ennakoivaa sopimusoikeutta koskevaa kirjallisuutta. Tämä ei tarkoita, etteikö artikkelin kirjoittaja pitäisi kyseistä tutkimusta merkityksellisenä, vaan valinta johtuu yksinomaan artikkelin julkaisijan asettamasta sivumäärärajoituksesta: analyysin kytkeminen ennakoivaa sopimusoikeutta koskevaan tutkimukseen – jota on määrällisesti varsin paljon – olisi paisuttanut kirjoituksen liian laajaksi.

jotka vaikuttavat yritysjohdon toimintaan paitsi preventiivisesti myös reparaatiivisesti. Toisin sanoen, niiden tarkoituksena on sekä torjua seksuaalista häirintää *ex-ante* että huolehtia siitä, että häirintään syylistynyt johtaja hyvittää yritykselle aiheuttamansa vahingot *ex-post*. Käytännössä seuraamusten skaala voi olla hyvin laaja ja johtajasopimuksissa esiintyy ainakin ”for cause termination”-, ”stock clawback”-, ”representation of no prior claims”- ja ”reimbursement of expenses”-nimisiä lausekkeita. Lisäksi johtajasopimuksessa saatetaan edellyttää, että johtaja osallistuu häirinnän vastaiseen koulutukseen (”anti-harassment training”) ja tällainen kouluttautumisvelvollisuus saattaa koskea paitsi seksuaaliseen häirintään syylistynyttä henkilöä myös johtoa kokonaisuudessaan, vaikka sen jäsenet eivät olisi osoittaneet minkäänlaisia sopimattoman käyttäytymisen merkkejä^{12, 13}.

Mainituista lausekkeista voidaan rakentaa varsin ankaria ehtokokonaisuuksia. Ensinnäkin, for cause termination -lauseke on suositeltu muotoiltavan niin, että johtaja on erotettavissa välittömästi, jos työnantajayritys (ei siis tuomioistuin) katsoo, että kyseinen henkilö on syylistynyt ehdossa tarkoitettuun häirintään. Stock clawback -lausekkeet puolestaan rankaisevat seksuaaliseen häirintään syylistynyttä johtajaa taloudellisesti antamalla työnantajayritykselle oikeuden vaatia kannustinjärjestelmien kautta saatujen osakkeiden ja osakkeisiin johtavien erityisten oikeuksien (kuten optioiden) palautusta.¹⁴ Representation of no prior claims -lausekkeen fokus on menneisyydessä, sillä se antaa työnantajayritykselle oikeuden johtajan välittömään erottamiseen, jos paljastuu, että hän on vilpittömyysvakuutuksistaan huolimatta syylistynyt seksuaaliseksi häirinnäksi määriteltävään toimintaan. Ja edelleen, reimbursement of expenses -ehto asettaa johtajan korvausvelvolliseksi kaikista niistä välittömistä ja välillisistä kuluista, joita työnantajayritykselle aiheutuu seksuaaliseen häirintään liittyvästä riidasta, siis oikeudenkäynnistä, välimiesmenettelystä tai erimielisyyksien sopimisesta. On myös pidetty suositeltavana strukturoida kuvatut lausekkeet siten, että niihin perustuvat seuraamukset ovat sovellettavissa rinnakkain, ei siten, että yhteen seuraamukseen vetoaminen estää kategorisesti muun seuraamusarsenaalin käyttämisen. Esimerkiksi Weinsteinin paljon mediakritiikkiä saaneen johtajasopi-

12. Edelleen on huomattava, että kouluttautumisvelvollisuuden laiminlyönti saattaa johtaa erilaisiin sopimusperusteisiin seuraamuksiin, jopa johdon jäsenen erottamiseen.

13. Utz 2018. Ks. myös Timothy Powell – Timothy Van Dyck, C-Suite Employment Contract Clauses Companies And Their Boards Must Consider In The Wake Of Weinstein. Mondaq, 20.11.2017.

14. Clawback-ehtojen on sanottu olevan seurausta vuoden 2002 Sarbanes-Oxley Actin (Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act of 2002) 304 §:stä, jonka mukaan lain soveltamispiiriin kuuluvan yhtiön toimitusjohtajan ja talousjohtajan on palautettava kannustimina saadut palkkiot yhtiölle, jos yhtiön on misconduct-perusteisesti oikaistava tilinpäätöstään. Bradley R. Smith, Treating Professional Athletes like Wall Street Executives: The Potential for Clawback Provisions in Sports Contracts. Temple Law Review 87(2) 2015, s. 371–401, 383–384.

muksen mukaan hänellä oli oikeus jatkaa yrityksen johdossa, jos hän kykenisi hyvittämään aiheuttamansa vahingot kokonaisuudessaan.¹⁵

Seksuaaliseen häirintää liittyvät varauvat yhdysvaltalaisissa työsopimuksissa eivät ole suinkaan 2010-luvun ilmiö, vaan ne juontavat juurensa 1920-luvun alkupuolelle, kun media-yhtiö Universal ryhtyi käyttämään niin sanottuja ”misconduct”-ehtoja näyttelijöidensä työsopimuksissa.¹⁶ Johtajasopimusmalleissa kyseiset varauvat vaikuttaisivat kuitenkin yleistyneen vasta #MeToo-liikkeen aikana, mikä ilmenee muun muassa *Stewart J. Schwabin* ja *Randall S. Thomasin* empiirisestä tutkimuksesta. Kyseinen tutkimus kohdistui vuosina 1984–2003 laadittuihin yhdysvaltalaisiin johtajasopimuksiin (otantana 375 sopimusta), joista ainoastaan kahdessa seksuaalinen häirintä oli mainittu erottamisperusteena.¹⁷ Tällaisen ehdon (tai muun misconduct-varauvan) puuttuminen tarkoittaa käytännössä sitä, että seksuaaliseen häirintään syylistynyt johtaja ei ole erotettavissa ”just cause” -perusteisesti, vaan ”at will” -perusteisesti, siis työnantajayrityksen vapaasta tahdosta. Koska työsuhteen päättäminen ilman hyväksyttävää syytä (just cause) on työnantajayritykselle huomattavasti kalliimpaa kuin vapaaseen harkintaan (at will) perustuva erottaminen, ovat seksuaalista häirintää koskevat erottamisperusteet tärkeitä paitsi mainevahinkojen ja häirinnän uhrille maksettavien korvausten hyvittämisen kannalta, myös siksi, että ne estävät häirintään syylistynyttä johtajaa vaatimasta niin sanottua kultaista kädenpuristusta erottamistilanteesta.¹⁸

Seksuaaliseen häirintään liittyvät vastuunrajoitukset johtajasopimuksissa eivät ole riskialttiita pelkästään johtajien kannalta, vaan niihin saattaa sisältyä sudenkuoppia myös työnantajayrityksen näkökulmasta. Ensinnäkin, #MeToo-varauvan ottaminen johtajasopimukseen tarkoittaa, että yrityksen on todella käytettävä sovittua seuraamusarsenaalia, mikäli seksuaalista häirintää ilmenee. Johtajan erottaminen ja välitön taloudellinen rankaiseminen ei kuitenkaan ole aina yrityksen edun mukaista, koska onhan mahdollista, että johdon toiminta on ollut muuten moitteetonta ja siihen kuuluvan erottaminen aiheuttaisi merkittävää haittaa yrityksen liiketoiminnalle. Tästä huolimatta on huomattava, että

15. Powell – Van Dyck 2017 ja Utz 2018.

16. Tämä puolestaan oli seurausta Roscoe Arbuckleen liittyvästä skandaalista, jossa kyseisen näyttelijän epäiltiin syylistyneen kollegansa raiskaukseen ja murhaan. Koska Arbucklea ei lopulta todettu syylliseksi näihin tekoihin, hän sai jatkaa uraansa, mutta sillä hinnalla, että hänen elokuviaan boikotoitiin ja asetettiin esittämiskieltoon. Tästä aiheutui mittavia vahinkoja Arbucklen työnantajalle Paramount Picturesille. Ks. mm. Smith 2015, s. 373–374. Myös ammattiurheilussa erilaisia, esimerkiksi sponsorointisopimuksiin liittyviä, moraalilausekkeita on ollut käytössä pitkään. Ks. mm. Caysee Kamenetsky, *The Need for Strict Morality Clauses in Endorsement Contracts*. *Pace Intellectual Property, Sports & Entertainment Law Forum* 7(1) 2017, s. 289–307.

17. Stewart J. Schwab – Randall S. Thomas, *An Empirical Analysis of CEO Employment Contracts: What Do Top Executives Bargain For?* *Washington and Lee Law Review* 63(1) 2006, s. 231–270.

18. Schwab – Thomas 2006, s. 246–254. Ks. samansuuntaisesti Utz 2018, s. 2.

mikäli työnantajalla on sopimukseen perustuva mahdollisuus reagoida seksuaaliseen häirintään, voi asian sillensä jättäminen – siis seksuaalisen häirinnän katsominen sormien läpi – aiheuttaa vahinkoja yrityksen julkisuuskuvalle.¹⁹ Vaarana on myös se, että osakkeenomistajat pitävät korvausten vaatimatta jättämistä huolellisuus- ja lojaliteettivelvoitteen vastaisena menettelynä ja nostavat vahingonkorvauskanteen johtoa vastaan.²⁰ Kyse ei ole suinkaan teoreettisesta riskistä, vaan Yhdysvalloissa on todella esiintynyt tapauksia, joissa clawback-oikeuden käyttämättä jättäminen on johtanut sanottujen vahingonkorvauskanteiden nostamiseen.²¹

Toiseksi, #MeToo-varaumien laatimiseen liittyy aina hankaluus määritellä, mitä tarkoitetaan seksuaalisella häirinnällä ja missä kulkee toleranssiraja. Yhdysvalloissa seksuaalinen häirintä työyhteisössä on perinteisesti jaettu ”quid pro quo”- ja ”hostile work environment” -tyyppiseen häirintään, joista molempien tunnusmerkistöt on johdettu vuoden 1964 Civil Rights Actin seitsemännestä luvusta (”Title VII: Equal Employment Opportunity”).²² Vaikka seksuaalisen häirinnän sisältö usein jäsennetään – muun muassa lehdistössä – tämän luokittelun kautta, #MeToo-liike on herättänyt kriittistä keskustelua siitä, jättääkö se sukupuoleen perustuvan ”seksittömän” (”non-sexual”) häirinnän liian vähälle huomiolle.²³ Artikkelin rajausten takia tähän problematiikkaan ei ole kuitenkaan mahdollista syventyä tässä tarkemmin ja sen osalta olennaista on vain tuoda esille riski siitä, että erotettu johtaja saattaa herkästi nostaa vahingonkorvauskanteen entistä työnantajaansa vastaan, jos erottamisen perusteita – mukaan lukien seksuaalisen häirinnän määritelmää – ei ole eksploitu riittävän selvästi sopimuksessa. Seksuaaliseen häirintään perustuva erottaminen näet jättää erotetun maineeseen pysyvän stigman ja sen takia on suorastaan todennäköistä, että tulkinnanvaraisissa tapauksissa johtajan intressissä on vaatia paitsi taloudellista

19. Esimerkiksi internetpalveluita tarjoavan Googlen on väitetty toimineen näin – ja jopa maksaneen huomattavia erorahoja johtajilleen –, mikä on johtanut paitsi mittaviin mainevahinkoihin myös yhtiön osakkeenomistajien voimakkaaseen reagointiin, muun muassa maksettujen irtisanomiskorvausten takaisinsääntöjen nostamiseen. Ks. mm. Kate Conger – Daisuke Wakabayashi – Katie Benner, Google Faces Internal Backlash over Handling of Sexual Harassment. The New York Times, 31.10.2018 ja Julia Carrie Wong, Google board tried to cover up sexual misconduct, shareholders allege. The Guardian, 11.1.2019.

20. Utz 2018, s. 7–8.

21. Ks. mm. tapaus City of Tamarac Firefighters Pension Trust Fund v. Carolyn Corvi, No. 2017-0341, Delaware Chancery Court, jossa johtajan erottaminen tosin perustui lahjontasyytökseen, ei seksuaaliseen häirintään. Yhtä kaikki, asiassa on olennaista se, että vahingonkorvauskanne perustui clawback-ehdon käyttämättä jättämiseen tilanteessa, jossa yritysjohdajan just cause-perusteisen erottamisen edellytykset olivat käsillä.

22. Ks. mm. Allen J. Gross – T. Warren Jackson, The Executive Suite: Labor Law Issues Relating to Hiring and Firing of Senior Executives. Georgetown University Law Center Corporate Counsel Institute publication (13.–14.3.1997, Washington D.C.), s. 1–18, 9.

23. Vicki Shultz, Reconceptualizing Sexual Harassment, Again. The Yale Law Journal Forum 2018, s. 22–66.

hyvitystä myös maineensa julkista puhdistamista.²⁴ Työnantajayrityksen kannalta hankalimpia ovat kuitenkin tapaukset, joissa johtajan just cause -perusteinen erottaminen on perustunut pelkkään epäilyyn seksuaalisesta häirinnästä ja sittemmin ilmenee, että väitteet olivat tekaistuja. Näiden tilanteiden ehkäisemiseksi saattanee olla – ainakin suurissa yhtiöissä – perusteltua laatia yrityksen sisäinen protokolla varmistamaan, että häirintäväitteet selvitetään perusteellisesti ennen niihin reagointia. Toisaalta tällaiset protokollat eivät estä vahingon aiheutumista – siis yrityksen ja sen johtajan maineen tahriintumista –, jos tieto häirintäsyytöksestä leviää esimerkiksi sosiaalisessa mediassa ennen kuin asia on selvitetty yrityksen sisällä.

Lopuksi on paikallaan kysyä, ovatko #MeToo-varaumat yhdysvaltalaisissa johtajasopimuksissa ylireagointia #MeToo-liikkeen nostattamaan kohuun vai onko kyse rationaalisesta riskienhallinnasta. Vastauksen antaminen tähän ei ole helppoa, koska ilmiö on – kuten todettu – uusi ja aiheesta ei ole vielä julkaistu tutkimustietoa. Medialähteet antavat kuitenkin ymmärtää, että viimeisen noin kahden vuoden aikana satoja yhdysvaltalaisia yritysjohtajia on syytetty seksuaalisesta häirinnästä, mikä tukee käsitystä siitä, että #MeToo-varaumat johtajasopimuksissa ovat tarpeen.²⁵ Sanotusta huolimatta on muistettava, että yhdysvaltalainen uutisointi on keskittynyt syytöksiin, ei niinkään siihen, mihin syytökset ovat lopulta johtaneet. Näin ollen medialähteiden perusteella on mahdollonta tehdä luotettavia päätelmiä siitä, mikä merkitys seksuaalista häirintää koskevilla erottamis- ja vahingonkorvausehdoilla johtajasopimuksissa todella on. On myös esitetty, että ennen #MeToo-liikettä laaditut erottamisehdot ovat riittävän kattavia ilman seksuaalista häirintää koskevia lisävaraumia, minkä lisäksi yrityksen sisäisiä käyttäytymissäännöstöjä (”code of conduct”) on pidetty mahdollisesti parempana vaihtoehtona hallita henkilöstön keskinäistä vuorovaikutusta (ja sen suhdetta yrityksen julkisuuskuvaan) kuin salassa pidettäviä johtajasopimuksia.²⁶ Kaiken kaikkiaan vaikuttaisi siis siltä, että olemassa olevan tiedon perusteella ei voida tehdä päätelmiä #MeToo-varaumien tarpeellisuudesta saati niiden tehokkuudesta.

24. Kamenetsky 2017, s. 297–298.

25. Jeff Green, Corporate Boards Are No Longer Afraid to Say a CEO Was Fired. Bloomberg Businessweek, 30.7.2018.

26. Ray E. Gallo, Corporate Officers & Directors Liability. Andrews Litigation Reporter 21(20), s. 1–7. Edelleen on mahdollista, että sellaista yritysjohtajan käyttäytymistä – tässä siis seksuaalista häirintää –, joka aiheuttaa työnantajalle merkittäviä mainevahinkoja, pidetään johdon fidusiaristen velvoitteiden rikkomisena. Tällöin johtajan vastuu on perustettavissa niin sanottuun ”equitable clawback remedy” -doktriiniin. Ks. doktriinista tarkemmin Manning G. Warren III, Equitable Clawback: An Essay on Restoration of Executive Compensation. University of Pennsylvania Journal of Business Law 12(4) 2010, s. 1135–1152.

2.2. #MeToo-varaumat pääomasijoitustoiminnassa

Myös sijoittajat ovat reagoineet #MeToo-liikkeen nostattamaan kokuun ryhtymällä laajentamaan sopimusperusteisten vastuunrajoitusten alaa muun muassa mahdollistamalla exitin – siis sijoituksen realisoinnin – tilanteessa, jossa kohdeyhtiön arvo on laskenut (tai on vaarassa laskea) sen johtoon kuuluvan sopimattoman toiminnan seurauksena. Lisäksi häirintäskandaaleista aiheutuvia mainevahinkoja on pyritty hallitsemaan ”speeding ticket” -tyyppisillä rangaistusmaksuilla, siis sopimussakkoilla, jotka antavat sijoittajalle oikeuden taloudelliseen hyvitykseen seksuaalisen häirintätapausten ilmetessä – ja jopa mahdollisesti siitä riippumatta, aiheuttaako tapaus mitään todellista vahinkoa kohdeyhtiön julkisuuskuvalle.²⁷ Vaikka sijoittajat ovat mediassa korostaneet tarvetta suojautua häirintäskandaaleihin liittyviltä riskeiltä muun muassa edellä mainituin mekanismein, #MeToo-varaumat on saatavissa hyvin niukasti tietoa ja niitä koskevassa uutisoinnissa päähuomio vaikuttaisi kiinnittyvän ennemminkin tarpeeseen kehittää alalle vakiintuneita sopimuskäytäntöjä, kuin siihen, miten jo olemassa olevat vastuunrajoitukset toimivat.

Kuten todettu, sijoittajan näkökulmasta #MeToo-varauman ensisijaisena tarkoituksena on taloudellisten intressien suojaaminen. Tästä huolimatta seksuaaliseen häirintään puuttuvilla sopimusperusteisilla seuraamuksilla on selvä yhteys sukupuolikapitalismiksi (”gender capitalism”) kutsuttuun ilmiöön, jonka taustalla on ajatus siitä, että sukupuolinäkökohtien huomioiminen sijoitustoiminnassa voi paitsi auttaa saavuttamaan aikaisemmin huomiotta jääneitä tehokkuusetuja myös parantaa naisten rahoituksenhankintaedellytyksiä ja ylipäätään tasa-arvon kehittymistä yritysmaailmassa. Sukupuolikapitalismissa keskeistä on sijoitustoiminnan tarkastelu niin sanotun ”sukupuolilinssin” (”gender lens”) läpi, minkä tarkoituksena on pienentää perinteisen ansaintalogiikan ja feministisen logiikan välistä kuilua. Kuten *Sarah Kaplan* ja *Jackie Vanderburg* asian osuvasti toteavat, ”gender capitalism is about applying a gender lens to highlight the ways that gender is material to financial outcomes and financial outcomes are material to gender”.²⁸

27. On tosin epäselvää, ovatko tällaiset sopimusehdot oikeudellisesti täytöntöönpanokelpoisia, sillä common law -järjestelmissä suhtaudutaan hyvin pidättyvästi rangaistusluontoiisiin sopimussakoihin. Esimerkiksi liittovaltiotasoinen kauppalaain (Uniform Commercial Code of 1952) 2-178 §:n mukaan ”[d]amages for breach by either party may be liquidated in the agreement but only at an amount which is reasonable in the light of the anticipated or actual harm caused by the breach, the difficulties of proof of loss, and the inconvenience or non-feasibility of otherwise obtaining an adequate remedy. A term fixing unreasonably large liquidated damages is void as a penalty.”

28. Sarah Kaplan – Jackie Vanderburg, *The Rise of Gender Capitalism*. Stanford Social Innovation Review, Fall issue 2014.

Sukupuolikapitalismin lisäksi sijoittajien käyttämät #MeToo-varaumat liittyvät keskusteluun yrityskulttuurin (”corporate culture”) vääristymistä.²⁹ Ne ovat osoitus siitä, miten yrityksen eri sidosryhmät ovat alkaneet paitsi havaita myös reagoida sellaisiin epäkohtiin, jotka ovat aikaisemmin johtaneet vain yksittäistapauksellisiin puuttumisiin. Perinteisesti yrityskulttuurin vääristymistä on tavattu puhua silloin, kun ”skandaaliksi” mielletty tapahtuma on aiheuttanut mittavia vahinkoja kuluttajille ja ympäristölle. Esimerkkejä tällaisista ovat Volkswagen Groupin päästöhuujaukset, Wells Fargon asiakastili- ja pankkikorttiväärinkäytökset sekä BP:n aiheuttama Meksikonlahden öljyonnettomuus. Yhteistä näille skandaaleille on se, että ne ovat johtaneet kollektiiviseen reagointiin: joukkokanteiden nostamiseen, rikossyytteisiin ja jopa sääntelymuutoksiin. Sen sijaan seksuaalisen häirinnän kaltaisilla yrityskulttuurin vääristymillä ei ole ollut tällaista impaktia kuin vasta aivan hiljattain, kun häirinnän uhreiksi joutuneiden lisäksi sijoittajat ovat alkaneet nähdä, miten haitallisia (taloudellisia) kokonaisvaikutuksia häirinnällä on.

Edelleen #MeToo-varaumat voidaan nähdä eettisen sijoittamisen (”ethical investing”, ”socially responsible investing”) ilmentymänä. Eettisellä sijoittamisella – joka ei suinkaan ole 2010-luvun ilmiö – tarkoitetaan lyhyesti ilmaistuna sijoittamista, jossa ympäristölliset ja sosiaaliset arvot vaikuttavat ratkaisevasti sijoituskohteen valintaan. Kyse on toisin sanoen vastuullisesta, kestävästä kehitystä tukevasta yritystoiminnan rahoittamisesta, jossa rahoittaja on voitontavoittelun lisäksi kiinnostunut siitä, noudattaako kohdeyritys toiminnassaan tiettyjä eettisiä standardeja.³⁰ Eettisen sijoittamisen kasvua on selitetty ennen kaikkea informaation määrän ja saatavuuden lisääntymisellä, sukupuolinäkökohdilla (naisten suhteellinen määrä sijoitustoiminnassa on kasvanut ja suuri osa eettisistä sijoittajista on naisia) sekä sillä, ettei eettisten arvojen painottaminen sijoitustoiminnassa tapahdu tehokkuushyötyjen kustannuksella.³¹ Kaikki nämä tekijät auttavat ymmärtämään, miksi #MeToo-varaumia on ryhdytty käyttämään investointisopimuksissa: Modernissa informaatioyhteiskunnassa tieto yrityskulttuurin vääristymistä – kuten seksuaalisesta häirinnästä – leviää nopeasti ja siihen on välttämätöntä reagoida. Lisäksi seksuaalisen häirinnän uhreina ovat tyypillisesti naiset, jotka sijoittajina vaativat väärinkäytöksiin puuttumista ja edelleen, seksuaalista häirintää koskevien vastuunrajoitusten on vaikea nähdä aiheuttavan tehokkuushaittoja niitä käyttäville sijoittajille.

Yhteenvetona edellä esitetystä voidaan todeta, että vaikka yhdysvaltalaisien sijoittajien käyttämistä #MeToo-varaumista ei ole saatavissa juuri tietoa, on il-

29. Ks. aiheesta laajasti mm. Jennifer G. Hill, Legal Personhood and Liability for Flawed Corporate Cultures. ECGI Working Paper N° 431/2018.

30. Ks. mm. Mark S. Schwartz, The ”Ethics” of Ethical Investing. Journal of Business Ethics 43 2003, s. 195–213, 195.

31. Ks. mm. Steve Schueth, Socially Responsible Investing in the United States. Journal of Business Ethics 43(3) 2003, s. 189–194, 192.

meistä, että niiden syntyminen liittyy yrityksen yhteiskuntavastuuparadigman kehittymiseen ja sen ymmärtämiseen, että yhteiskunnalliset ongelmat (kuten seksuaalinen häirintä ja yhteiskunnan eriarvoistuminen) luovat taloudellisia kustannuksia yrityksille – tai kuten *Michael E. Porter* ja *Mark R. Kramer* asian osuvasti esittävät ”societal needs, not just conventional economic needs, define markets, and social harms can create internal costs for firms”.³² Lisäksi kyseisten vastuunrajoitusmekanismien taustalla vallinne ajatus siitä, että ennakoiva reagointi seksuaalisen häirinnän kaltaisiin epäkohtiin on liiketaloudellisen riskienhallinnan näkökulmasta tarkoituksenmukaista.³³ Toisaalta on myös esitetty, että vaikka kyseisin mekanismein pystytään – enemmän tai vähemmän – ohjaamaan johtajien käyttäytymistä, ne eivät poista varsinaisia ongelmia.³⁴ Niiden katoaminen edellyttäisi yrityskulttuurin syvärakenteiden muuttumista.

2.3. #MeToo-varaumat sulautumis- ja yrityskauppasopimuksissa

Seksuaaliseen häirintään liittyvät vastuunrajoituslausekkeet yhdysvaltalaisissa sulautumis- ja yrityskauppasopimuksissa (myöhemmin M&A-sopimus³⁵) ovat saaneet mediassa verraten paljon huomiota, ja niistä löytyy myös runsaasti käytännön esimerkkejä. Kuten todettu, kyseiset vastuunrajoitukset sisältyvät yleensä ehtokohtaan representations and warranties, jossa toinen osapuoli – yleensä myyjä – antaa erilaisia selontekoja (representations) kohdeyhtiön arvoon vaikuttavista seikoista sekä niitä tukevia ja tehostavia vakuutuksia (warranties).³⁶ Selontekojen ja vakuutusten keskeisin funktio M&A-sopimuksissa on yrityskauppaan liittyvien riskien määrittäminen ja minimointi, ja on esitetty, että oikein käytettynä niillä on aidosti merkitystä häiriöitä ehkäisevinä tekijöinä.³⁷

32. Michael E. Porter – Mark R. Kramer, Creating Shared Value. How to reinvent capitalism – and unleash a wave of innovation and growth. Harvard Business Review 1–2/2011, s. 1–17, 5.

33. Ks. samansuuntaisesti Jari Lauriala, Kontrolli, riski ja informaatio. Tutkimus kasvuyrityksen rahoittamiseen ja transaktioihin liittyvistä juridisista- ja liiketoimintariskeistä, sekä niiden hallitsemisesta velvoite- ja yhtiöoikeudellisin keinoin modernin varallisuus oikeuden ympäristössä. Lakimiesliiton kustannus 2001, s. 221.

34. Michael C. Jensen, A Theory of the Firm. Governance, Residual Claims, and Organizational Forms. Harvard University Press 2000, s. 148.

35. M&A viittaa Yhdysvalloissa vakiintuneeseen käsitteeseen ”mergers and acquisitions”.

36. Ks. mm. Eilis Ferran, Company law and corporate finance. Oxford University Press 1999, s. 469–470 ja Matti S. Kurkela, ”Representations and Warranties” -ehto ja vastuusta osakekaupassa. Edilex 2013/4, s. 1–13, 7–9. Lisäksi seksuaaliseen häirintään liittyviä varaumia saatetaan liittää otsikon ”Labor matters” alle, jolloin samalla vakuutetaan, ettei myyjän tiedossa ole lakkoja, työnseisauksia tai muita työoikeudellisia riskejä. Ks. mm. sulautumissopimus Genuine Parts Company, Rhino SpinCo, Inc., Essendant, Inc. & Elephant Merger Sub Corp., 12.4.2018.

37. Lauriala 2001, s. 103.

Käytännössä sulautumis- ja yrityskauppasopimuksiin sisältyvät #MeToo-va-
raumat muodostavat hyvin hajanaisen ja epätarkkarajaisen kokonaisuuden,
minkä takia tässä voidaan antaa vain karkea yleiskuva niistä. Ensinnäkin, on
varsin tavanomaista, että myytävä yhtiö vakuuttaa, ettei sen tiedossa ole tapauk-
sia, joissa sitä tai sen työntekijää vastaan olisi tietyn määräajan – yleensä viiden
vuoden – puitteissa esitetty seksuaaliseen häirintään liittyviä syytöksiä.³⁸ On toki
selvää, että mikäli tällaisia tapauksia on tiedossa, niistä informoidaan vastapuolta
avoimesti ja lisäksi vakuutetaan, ettei häirintää ole tapahtunut tämän jälkeen.³⁹
Toiseksi, #MeToo-varaumille M&A-sopimuksissa on tyypillistä, että niitä tehos-
tetaan escrow-järjestelyin, jolloin escrow-agentin hallintaan talletettujen varojen
sovitaan avautuvan ostajan käytettäväksi, mikäli kaupan jälkeen ilmenee häirin-
tätapauksia. Käytännössä kyse ei ole mistään triviaalivakuudesta, vaan sulkuti-
lillä olevat varat saattavat vastata jopa kymmentä prosenttia kauppahinnasta.⁴⁰
Escrow-järjestelyiden merkitystä korostaa se, että #MeToo-riskien hinnoittelu
on hyvin vaikeaa, samoin niihin liittyvien korvausmekanismien rakentaminen.
Esimerkiksi seksuaaliseen häirintään syyllistyneen henkilökohtaista korvausvas-
tuuta ei ole pidetty yksistään riittävänä takeena siitä, että ostaja saa täyden hyvi-
tyksen kohdeyhtiön kärsimistä mainevahingoista. Tehokkaimpana vaihtoehtona
escrow-järjestelylle onkin pidetty representations and warranties -vakuutuksen
ottamista, jossa vakuutusluoja ulotetaan koskemaan häirintätapauksia.⁴¹

Tarkasteltaessa #MeToo-varaumia M&A-sopimuksissa on tärkeää ymmär-
tää, että ne liittyvät ostajan suorittamaan social due diligence -tarkastukseen,

38. Esimerkiksi sulautumissopimuksessa Forest City Realty Trust, Inc., Antlia Holdings LLC & Antlia Merger Sub Inc., 30.7.2018 asia on todettu seuraavasti: "To the Knowledge of the Com-
pany, in the last five (5) years, no allegations of sexual harassment have been made to the
Company against any individual in his or her capacity as an employee of the Company or Forest
City Employer, LLC at a level of Senior Vice President or above." Lähes identtinen varaus
sisältyy sulautumissopimukseen Genuine Parts Company, Rhino SpinCo, Inc., Essendant,
Inc. & Elephant Merger Sub Corp., 12.4.2018 ja yrityskauppasopimukseen AMC Networks
Inc. acquisition of RLJ Entertainment, Inc., 29.7.2018, jossa myyjä tosin vakuuttaa, ettei sen
tiedossa ole häirintätapauksia viimeisen kymmenen vuoden ajalta.

39. Esimerkiksi sulautumissopimuksessa Del Frisco's Restaurant Group, Inc., Bentley Merger Sub,
LLC, Barteca Holdings, LLC, RCP Barteca Corp., General Atlantic (BT) Blocker, LLC, The
Blocker Sellers & The Sellers' Representative, 6.5.2018 käytettiin seuraavaa muotoilua: "Except
as set forth on Schedule 2.12(j), none of the Barteca Entities is party to a settlement agreement
with a current or former officer, employee or independent contractor of any Barteca Entity
resolving allegations of sexual harassment by either (i) an officer of any Barteca Entity or (ii) an
employee of any Barteca Entity. There are no, and since January 1, 2015 there have not been any
Actions pending or, to the Company's Knowledge, threatened, against the Company, in each
case, involving allegations of sexual harassment by (A) any member of the Senior Management
Team or (B) any employee of the Barteca Entities in a managerial or executive position."

40. Nablia Ahmed, Merger Deals Now Include #MeToo Sexual Harassment Clauses. Insurance
Journal, 9.8.2018.

41. Emily Maier, Can You Insure Against the "Weinstein Clause" in M&A Deals? Bloomberg Law,
4.10.2018.

jossa huomio ei kiinnity yksistään seksuaaliseen häirintään, vaan laajemmin sitä indikoiviin tekijöihin, kuten kohdeyhtiön tasa-arvokulttuuriin, rekrytointipolitiikkaan, esiintymiseen sosiaalisessa mediassa ja työsuhteliitännäisiin konfliktihin.⁴² Tässä kontekstissa #MeToo-varauman keskeisenä funktiona on pakottaa myyjä – korvausvastuun uhalla – paljastamaan sen tiedossa olevat seksuaaliset häirintätapaukset. Muutoinhan tällaisista seikoista voi olla hankala saada tietoa pelkällä ostajavetoisella kaupankohteen tarkastuksella. Toisaalta on huomionarvoista, että esimerkiksi Yhdysvaltojen Equal Employment Opportunity Commissionin vuonna 2016 julkaisemasta laajasta selvityksestä ilmenee, että noin 75 prosenttia häirinnästä työyhteisössä jää raportoimatta muun muassa siksi, ettei henkilö välttämättä edes ymmärrä joutuneensa häirinnän uhriksi.⁴³ M&A-kontekstissa tällainen raportoimaton seksuaalinen häirintä nähdään piilevänä riskinä ja sen paljastaminen on yksi social due diligence -tarkastuksen päämäärinä.⁴⁴

2.4. Pakollista välimiesmenettelyä koskevat lausekkeet

Edellä jaksoissa 2.1.–3. käsitellyillä vastuunrajoitusinstrumenteilla on ainakin näennäisesti seksuaalisen häirinnän uhreiksi joutuneita suojaavaa ja häirintää ennaltaehkäisevää merkitystä. Ne kohdistuvat yrityksen ja sen työntekijän tai johtajan väliseen relaatioon ja – kuten todettu – mekanismien tarkoituksena on reagoida seksuaaliseen häirintään *ex-ante* ja *ex-post* sen sijaan, että niillä pyrittäisiin piilottelemaan yrityksen sisällä tapahtuneita väärinkäytöksiä. Pakollista välimiesmenettelyä koskevat lausekkeet palvelevat puolestaan yksipuolisesti niitä käyttävien yritysten intressejä, ja itse asiassa lausekkeilla on häirinnän uhrien oikeusasemaa merkittävästi heikentävää vaikutusta: ne estävät uhreja nostamasta joukkokanteita työnantajiaan vastaan. Kun välimiesmenettely seksuaalisissa häirintätapauksissa on salaista, kantajat eivät voi puhua julkisuudessa kokemuksistaan ja näin keskittää voimavarojaan yhteistä oikeudenkäyntiä varten.⁴⁵ Pakollista välimiesmenettelyä koskeva vastuunrajoitusinstrumentti on

42. Due diligence -tarkastuksella tarkoitetaan Suomessakin yleistynyttä kaupankohteen tarkastusta, jossa ostaja tutustuu hankittavaan yritykseen seikkaperäisesti ja moniulotteisesti. Ks. mm. Lauriala 2001, s. 100. Due diligence -tarkastukset jaetaan tyypillisesti business-, legal- ja financial-vaiheisiin, minkä lisäksi niin sanottu environmental and social -vaihe on yleistynyt maailmanlaajuisesti.

43. Ks. U.S. Equal Employment Opportunity Commission, Select Task Force on the Study of Harassment in the Workplace 2016, s. v ja 8–10.

44. Jaray Zhao, Ripples on #MeToo in the M&A world: Examining the “Weinstein Clause”. Norton Rose Fulbright, 25.10.2018.

45. Ks. jakso 1.

siis luonnehdittavissa eräänlaiseksi anti-#MeToo-lausekkeeksi tai vastareaktioksi #MeToo-liikkeeseen.

Joukkokannenäkökohdan lisäksi oikeustutkimuksessa on noussut esille huoli siitä, etteivät välimiehet sovelta työntekijöiden suojaksi tarkoitettua sääntelyä oikein – tai pahimmassa tapauksessa sivuuttavat sen kokonaisuudessaan.⁴⁶ Lisäksi empiiriset tutkimukset vaikuttaisivat tukevan käsitystä, jonka mukaan välimiesmenettelyssä työntekijät häviävät juttujaan useammin, saavat voittoas-
saan pienempiä korvauksia ja käyttävät enemmän rahaa asiansa ajamiseen kuin yleisessä tuomioistuinprosessissa.⁴⁷ Sanotusta huolimatta Yhdysvaltojen korkein oikeus on ratkaisussa *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corporation*, 500 U.S. 20 (1991) vahvistanut, että pakollista välimiesmenettelyä koskevat lausekkeet ovat sitovia, vaikka ne estäisivät työsuhteriidan viemisen yleisen tuomioistuimen käsiteltäväksi. Kun sanotut sopimusehdot ovat tyypillisesti ”take it or leave it” -tyyppisiä, eli sellaisia, joista työntekijän ei ole mahdollista neuvotella, on korkeimman oikeuden linjaus johtanut access to justice -periaatteen merkittävään kaventumiseen yhdysvaltalaisessa työoikeudessa.⁴⁸

Pohjimmiltaan mandatory/forced arbitration -ehdossa on kyse varsin tavanomaisesta riidanratkaisulausekkeesta, joka kategorisesti estää työntekijää nostamasta häirintä- tai syrjintäperusteista kannetta yleisessä tuomioistuimessa tai liittymästä joukkokanteeseen. Tällaisten lausekkeiden käyttö on yleistynyt 2010-luvulla merkittävästi: kun vuonna 2010 tehdystä laajasta selvityksestä ilmenee, että noin 36 miljoonaa yhdysvaltalaista työntekijää oli luopunut – tietoisesti tai tietämättään – oikeudestaan nostaa kanne työnantajaansa vastaan tuomioistuimessa,⁴⁹ oli vastaava luku seitsemän vuotta myöhemmin julkaistussa tutkimuksessa yli 60 miljoonaa.⁵⁰ Vaikka kyseiset luvut ovat vain karkeita arviota, ne joka tapauksessa osoittavat, että varsin huomattava osa yhdysvaltalaisista työriidoista ratkaistaan nykyaikana välimiesmenettelyssä.

Tällä hetkellä pakollista välimiesmenettelyä koskevien vastuunrajoitusmekanismien oikeudellinen status vaikuttaa varsin horjumattomalta. Yhdysvaltojen korkein oikeus antoi näet alkuvuodesta 2018 paljon mediahuomiota saaneen tuomion *U.S. Epic Systems Corp. v. Lewis*, 584 (2018), jossa se vahvisti, ettei pa-

46. Elizabeth Roma, Mandatory Arbitration Clauses in Employment Contracts and the Need for Meaningful Juridical Review. *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law* 12(3) 2004, s. 519–544.

47. Ks. mm. Alexander J.S. Colvin, An Empirical Study of Employment Arbitration: Case Outcomes and Processes. *Journal of Empirical Legal Studies* 8(1) 2011, s. 1–23 sekä Carmen Comsti, A Metamorphosis: How Forced Arbitration Arrived in the Workplace. *Berkeley Journal of Employment and Labor Law* 35 2014, s. 5–30, 9–10 ja siellä mainitut lähteet.

48. Comsti 2014, s. 6 ja Roma 2004, s. 520.

49. Fulbright & Jaworski LLP, Fulbright’s Seventh Annual Litigation Trends Survey Report 43 2010.

50. Alexander J.S. Colvin, The growing use of mandatory arbitration. *Economic Policy Institute Report*, 27.9.2017.

kollista välimiesmenettelyä koskeva ehto ole ristiriidassa vuoden 1935 National Labor Relations Actin kanssa, eli työnantaja ja työntekijä voivat sopia pätevästi kaikkien erimielisyyksiensä lopullisesta ratkaisemisesta välimiesmenettelyssä. Yhdysvaltalaisessa lehdistössä tuomiota on luonnehdittu muun muassa ”eppiseksi epäonnistumiseksi” ja ”kuolettavaksi iskuksi #MeToo-liikettä vastaan”.⁵¹ Näistä kärjistyksistä varsinkin viimeksi mainittu on – ainakin jossain määrin – oikeaan osuva, koska ratkaisusta todella seuraa, ettei seksuaalisia häirintätapauksia ole enää mahdollista puida sosiaalisessa mediassa samalla tavalla kuin aikaisemmin. Tätä epäkohtaa pahentaa se, että mikäli riita päättyykin välimiesmenettelyn sijasta sovintomenettelyyn, sisällytetään sovintosopimukseen lähes aina salassapitoehto, joka estää uhria puhumasta kokemuksistaan julkisuudessa.⁵² Näin ollen yritykset ovat löytäneet varsin tehokkaan tavan suojautua mainevahingoilta tilanteessa, jossa seksuaalisen häirinnän uhri päättää ryhtyä oikeustoimiin työnantajaansa vastaan.

Sanotusta takaiskusta huolimatta #MeToo-liike on ollut periksi antamaton kamppailussaan mandatory/forced arbitration -lausekkeita vastaan. Poliittisen vaikuttamisen seurauksena useat osavaltiot ovatkin joko ryhtyneet valmistelemaan – tai ovat jo antaneet – uutta lainsäädäntöä, joka rajoittaa sanottujen sopimusehtojen käyttöä tai ainakin seksuaalista häirintää koskevien riitojen salassapidettävyyttä. Esimerkiksi Kaliforniassa tuli vuoden 2019 alussa voimaan muutos osavaltion oikeudenkäyntikoodiin, joka kieltää salassapitoehtojen ottamisen seksuaalista häirintää koskeviin sovintosopimuksiin.⁵³ New Yorkin osavaltio on puolestaan kesällä 2018 kieltänyt sellaisen välityslausekkeen sisällyttämisen työsopimukseen, jonka mukaan häirintäriita on ratkaistava välimiesmenettelyssä. Rajoitus tosin koskee vain työnantajia, joiden palveluksessa on yli kolme työntekijää.⁵⁴ Edelleen monet suuret Silicon Valleyn työnantajat, kuten Facebook, Google, Microsoft ja Uber ovat työntekijöiden ja sosiaalisen median painostuksesta luopuneet pakollista välimiesmenettelyä koskevista käytännöistään.⁵⁵ Samaa trendiä ovat seuranneet myös eräät suuret

51. Leah Fessler, Epic fail: The US Supreme Court just dealt a devastating blow to the #MeToo movement. Quartz at Work 21.5.2018. Sen sijaan yhdysvaltalaisia poliitikkoja – ja erityisesti työntekijöiden oikeuksia painottavia demokraatteja – on moitittu siitä, ettei tapaus ole saanut ansaitsemaansa huomiota. Ks. oikeustapauskommentti Epic Systems Corp. v. Lewis. Harvard Law Review 132(1) 2018, s. 427–436, 435–436.

52. Areva Martin, How NDAs Help Some Victims Come Forward Against Abuse. Time, 28.9.2017.

53. Ks. The California Code of Civil Procedure 1001 §. New Yorkin osavaltion kesällä 2018 muutettu oikeudenkäymislaki siviiliasioissa puolestaan edellyttää sovintosopimuksen salassapitoehdolta uhrin suostumusta. Ks. New York Civil Practice Law and Rules (“New York CPLR”) 5003-b §.

54. Ks. New York CPLR 7515 §.

55. Ks. mm. Isobel Asher Hamilton, Facebook won’t force employees to settle sexual harassment claims privately thanks to the Google walkout protests. Business Insider, 12.11.2018.

yhdysvaltalaiset asianajotoimistot.⁵⁶ Kaiken kaikkiaan vaikuttaisi siis siltä, että osavaltiotasolla – ja varsinkin demokraattienemmistöisissä osavaltioissa – seksuaalisen häirinnän uhrien oikeusasemaa riidanratkaisuvaiheessa on ryhdytty parantamaan, minkä lisäksi useat suuret työnantajat ovat oikaisseet oma-aloitteisesti vääristyneitä yrityskulttuureitaan. Nähtäväksi jää, johtaako tämä lopulta myös liittovaltiotasoihin muutoksiin.⁵⁷

3. #MeToo-varaumat oikeudellisina siirrännäisinä

3.1. Yleistä oikeudellisista siirrännäisistä

Oikeustutkimuksessa *Alan Watsonia* pidetään yleisesti käsitteen ”oikeudellinen siirrännäinen” (”legal transplant”) isänä.⁵⁸ Oikeudellisella siirrännäisellä tarkoitetaan yksinkertaistetusti ilmaistuna oikeussääntöä tai -järjestelmää, joka on siirtynyt maasta toiseen tai ihmiseltä toiselle.⁵⁹ Käytännössä oikeudellisia siirrännäisiä on esiintynyt kautta kirjoitetun historian ja niiden volyymi on vaihdellut kokonaisten oikeusjärjestelmien omaksumisesta (”voluntary major legal transplant”) yksittäisten lakipykälien kopioimiseen.⁶⁰ Varsinkin yksityisoikeuden alalla Watson on pitänyt ilmeisenä, ettei kansallinen oikeus voi olla täysin immuuni ulkomaisille vaikutteille, ja hän on samassa yhteydessä varoittanut siitä, ettei oikeudellinen transplantaatio tarkoita automaattisesti sitä, että ulkomaista oikeutta myös ymmärrettäisiin oikein.⁶¹ Toisin sanoen vaarana on, että esimerkiksi erilaisia oikeudellisia käytäntöjä kopioidaan vieraasta järjestelmästä hahmottamatta niiden todellista merkitystä ja vaikutusta siinä kontekstissa, missä

56. Angela Morris, Why 3 BigLaw firms ended use of mandatory arbitration clauses. American Bar Association (ABA) Journal 6/2018.

57. Yhdysvalloissa monet osavaltiot ovat implementoineet liittovaltiotasoisien oikeudenkäyntikoodin (Federal Code of Civil Procedure) lähes sellaisenaan. Ks. Alan Watson, Legal Transplants and European Private Law. Conference paper delivered 18 May, 2000 at the conference The Contribution of Mixed Legal Systems to European Private Law, held at Maastricht University under the auspices of the Ius Commune Research School, jakso VIII. On siis mahdollista, että osavaltiotasoiset lainsäädäntömuutokset heijastuvat aikanaan liittovaltion oikeuteen, mikäli muutosten takana seisoo riittävän paljon vaikutusvaltaisia osavaltioita.

58. Ks. mm. John W. Cairns, Watson, Walton, and the History of Legal Transplants. Georgia Journal of International and Comparative Law 41(3) 2013, s. 637–696.

59. Oikeudellisessa siirrännäisessä on siis pohjimmiltaan kyse oikeuden konvergenssin konkreettisesti ilmentymästä.

60. Alan Watson, Legal Transplants. An Approach to Comparative Law. The University of Georgia Press 1974, s. 21 ja 29–30.

61. Watson 1974, s. 98–99.

käytännöt ovat alkujaan syntyneet ja kehittyneet. Tästä syystä edellä jaksoissa 2.1.–4. on taustoitettu laajasti niitä oikeudellisia vastuunrajoitusinstrumentteja, joiden istuttamisedellytyksiä pohjoismaiseen oikeuteen seuraavaksi testataan.⁶²

Ennen kuin siirrytään tarkastelussa eteenpäin, on kuitenkin tehtävä vielä kaksi tarkentavaa huomiota siitä, miksi siirrännäisproblematiikkaa arvioidaan juuri seksuaaliseen häirintään liittyvien vastuunrajoitusinstrumenttien valossa. Ensinnäkin, #MeToo-liike – jolla on selvä yhteys mainittujen instrumenttien kehittymiseen – on sosiaalisessa mediassa levinnyt transnationaalinen liike eikä kyse ole siis suinkaan Yhdysvaltoihin rajautuvasta ilmiöstä. Kun #MeToo-liike on saanut paljon huomiota myös Pohjoismaissa, on mahdollista, että sillä on täälläkin – ainakin jossain määrin – samankaltaista vaikutusta yritysten oikeudelliseen riskienhallintaan kuin Yhdysvalloissa. Siksi on perusteltua pohtia, miten yhdysvaltalaisien yritysten käyttämät #MeToo-varaumat toimisivat oikeudellisina siirrännäisinä Pohjoismaissa. Toiseksi, on painotettava, että Yhdysvaltojen oikeudella on ollut varsinkin 2000-luvulla huomattavaa vaikutusta pohjoismaisen yhteisö- ja sopimusoikeuden kehittymiseen. Esimerkkeinä yhdysvaltalaisperäisistä oikeudellisista siirrännäisistä voidaan mainita muun muassa business judgement rule- ja piercing the corporate veil -doktriini yhtiöoikeudessa sekä amerikkalaistyylisten käytäntöjen omaksuminen sopimusoikeudessa. Sanotusta huolimatta pohjoismaisen oikeuden ”amerikkalaistumista” on tutkittu ainakin Suomessa ja Ruotsissa sängen vähän ja jotkut ovat jopa vähätelleet ilmiön merkitystä.⁶³

3.2. Arviointia

Pohjoismaissa johtajasopimuksista on olemassa hyvin niukasti tutkimustietoa ja aihetta koskevassa kirjallisuudessa päähuomio vaikuttaisi kiinnittyneen siihen, onko johtaja työ- vai toimeksiantosuhteessa yhtiöön.⁶⁴ Varsinkin, kun puhutaan osakeyhtiölain (624/2006, OYL) tarkoittamista johtajista – siis hallituksen ja

62. Selvyyden vuoksi todettakoon, että tässä artikkelissa oikeudellisen siirrännäisen merkitys hahmotetaan etupäässä konvergenssiopin kautta kysymällä, tapahtuuko siirrännäisten välityksellä muutoksia pohjoismaisessa oikeudessa.

63. Ks. mm. Ulf Berniz, *Nordic Law: Positions and possibilities*. JFT 5/2018, s. 385–391, 386–387, jonka mukaan angloamerikkalainen oikeus on vaikuttanut pohjoismaiseen oikeuteen etupäässä sopimuskäytäntöjen osalta. Sen sijaan Norjassa Giudetta Cordero-Mossin johtama tutkimusryhmä (*Anglo-American Contract Models and Norwegian or other Civil Law Governing Law*) on perehtynyt laajasti sopimuskäytäntöjen amerikkalaistumiseen ja eräs ryhmän keskeisistä havainnoista on se, että yhdysvaltalaisperäiset oikeudelliset siirrännäiset eivät ole useinkaan käyttökelpoisia muissa kuin common law -järjestelmissä. Ks. projektista tarkemmin www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/anglo/.

64. Ks. mm. Heikki Toiviainen, *Osakeyhtiön toimitusjohtajan asema*. Oikeusdogmaattinen tutkimus vallasta ja sen sääntelystä. Lakimiesliiton kustannus 1992 ja Johtajasopimuksesta I, *Defensor Legis* 1/1995, s. 114–130.

hallintoneuvoston jäsenistä sekä toimitusjohtajasta – on ilmeistä, että johtajan ja yhtiön välillä vallitsee eräänlainen asiamiessuhde, jonka tarkempi sisältö määräytyy osakeyhtiölain, yhtiöjärjestyksen ja mahdollisen johtajasopimuksen perusteella. Käytännössä tällaista suhdetta koskeva sopimusvapaus on laaja, eli osapuolet voivat päättää melko rajoituksettomasti esimerkiksi johtajan erilaisista erottamis- ja eroamisperusteista. Tässä mielessä johtajasopimus poikkeaa olennaisesti työsopimuslain (55/2001) tarkoittamasta työsopimuksesta.⁶⁵

Laajan sopimusvapauden nimissä on tuskin olemassa mitään kategorista estettä sille, etteikö pohjoismaisissa johtajasopimuksissa olisi mahdollista käyttää samankaltaisia #MeToo-varauksia kuin mitä esiintyy Yhdysvalloissa. Koska johtajasopimuksen yksi keskeisistä funktioista on johtajan vastuun arvioinnin helpottaminen,⁶⁶ siinä saattaa olla jopa tarkoituksenmukaista avata niitä perusteita, joiden nojalla sopimussuhde on purettavissa.⁶⁷ Toisin sanoen, vaikka lähtökohtaisesti jo pelkkä luottamusputa oikeuttaa johtajan välittömään erottamiseen,⁶⁸ voinee johtajasopimuksessa olla tarpeen määrätä siitä, ettei seksuaaliseen häirintään perustuvassa erottamisessa ole kyse sellaisesta sopimussuhteen päättämisestä, jossa johtajalla on oikeus kultaisen kädenpuristuksen kaltaiseen irtisanomiskorvaukseen.⁶⁹ Lisäksi johtajasopimuksessa voidaan sopia siitä, että johtaja on velvollinen korvaamaan aiheuttamansa mainevahingot yhtiölle, joskin vastuu tällaisista vahingoista on perustettavissa myös osakeyhtiölakiin.⁷⁰ Eri asia on tietenkin se, että vahingonkorvauksen tuomitseminen edellyttää, että yhtiö voi näyttää kärsineensä johtajan menettelystä vahinkoa.

Pohjoismaisessa kontekstissa johtajasopimukseen otettavan #MeToo-varauksen muotoilu herättää paljon samanlaisia kysymyksiä kuin mitä sivuttiin edellä

65. Ks. johtajasopimuksen määritelmästä tiivistetysti Harri Hietala – Keijo Kaivanto, Työsopimus ja johtajasopimus. 6., uudistettu painos. Alma Talent 2017, s. 16–17 ja 162 sekä Toiviainen 1995, s. 126. On muistettava, ettei johtajasopimus ole legaalikäsitem, vaan ainoastaan yhtiö- ja työoikeudessa vakiintunut aputermi, jolla viitataan yleisesti yritysjohdon kuuluvien palvelu- ja työsopimuksiin. Johtajasopimukseksi voidaan siis lukea paitsi toimitusjohtajan ja hallituksen jäsenen kanssa tehtävä palvelusopimus myös sellainen työsopimus, joka koskee toimitusjohtajan alapuolella olevaa johtajaa. Tässä artikkelissa johtajasopimuksella tarkoitetaan vain työsopimuslain piiriin kuulumatonta palvelusopimusta.

66. Aki Salonen, Osakeyhtiön hallituksen jäsenen huolellisuusvelvollisuus. WSLT 2000, s. 100.

67. Heikki Toiviainen, Johtajasopimuksesta II. Defensor Legis 2/1995, s. 165–191, 176. Mikäli sopimuksen purkamisperusteista ei ole sovittu nimenomaisesti, analogiatukea niiden arvioinnissa voidaan hakea ainakin työsopimuslaista sekä kauppaedustajista ja myyntimiehistä annetusta laista (417/1992). Lars Bruun, Johtajasopimus. Toimitusjohtajan oikeudellisen aseman turvaaminen. Weilin+Göös 1986, s. 99.

68. Hietala – Kaivanto 2017, s. 173.

69. Ks. mm. KKO 1998:136 ja KKO 2002:73.

70. Ks. OYL 22:1. Vastaava säännös löytyy myös Norjan, Ruotsin ja Tanskan osakeyhtiölaista. Ks. lov om aksjeselskaber (nr. 45/1997) ja lov om allmennaksjeselskaper (nr. 46/1997) 17:1, aktiebolagslag (2005:551, SABL) 29:1 sekä lov om aktie- og anpartsselskaber (nr. 470/2009, DAASL) 361 §.

jaksossa 2.1. Erityisesti seksuaalisen häirinnän määritelmään on kiinnitettävä huomiota, samoin siihen, antaako pelkkä epäily häirinnästä yhtiölle oikeuden johtajansa erottamiseen vai edellyttääkö erottaminen häirinnän toteennäyttämistä. Joka tapauksessa on selvää, että #MeToo-varaumien muotoilussa on pidettävä silmällä varallisuus oikeudellisista oikeustoimista annetun lain (228/1929, OikTL) 33 ja 36 §:ää; toisin sanoen varauma ei saa olla hyvän tavan vastainen tai kohtuuton. Se ei saa esimerkiksi tarjota mahdollisuutta johtajan ”just cause”-perusteiselle erottamiselle tilanteessa, jossa mitään seksuaalista häirintää ei ole todella tapahtunut. Myös muiden seuraamusten – kuten sopimussakkoehdojen – on oltava kohtuullisissa suhteissa johtajan menettelyyn. Edelleen on muistettava, että OYL 6:13 ja 6:20.3:ssa on säädetty pakottavasti johdon jäsenten erottamisesta eikä näitä säännöksiä ole mahdollista sivuuttaa johtajasopimukseen otettavin ehdoin.

Vaikka tutkimukset osoittavat, että Pohjoismaissa esiintyy seksuaalista häirintää siinä missä muuallakin,⁷¹ on kyseenalaista, onko pohjoismaisiin johtajasopimuksiin tarpeen ottaa erityisiä häirintäehtoja. Ensinnäkin on huomattava, että Yhdysvalloissa #MeToo-varaumat ovat reagoivia sellaiseen kohuun, jota ei esiinny samoissa mittasuhteissa Pohjoismaissa. Onkin paikallaan arvioida kriittisesti, johtuuko seksuaalisen häirinnän sanktiointi yhdysvaltalaisissa johtajasopimuksissa todellisuudessa siitä, että yritykset pyrkivät ankarilta vaikuttavien sopimusehdojen kiillottamaan häirintäskandaalien tahrimia julkisuuskuviaan ja siis ilman, että pyrkimyksenä on yrityskulttuurin vääristymien korjaaminen. Toiseksi, #MeToo-varaumat johtajasopimuksissa ovat siinä mielessä tarpeettomia, että seksuaalinen häirintä voitaneen tulkita OYL 1:8:n – siis johdon huolellisuus- ja lojaliteettivelvollisuuden – vastaiseksi menettelyksi.⁷² Säännöksen mukaan ”[y]htiön johdon on huolellisesti toimien edistettävä yhtiön etua”, mikä tarkoittaa käänteisesti ilmaistuna sitä, että johdon on pidättäydyttävä sellaisista toimista, jotka aiheuttavat yhtiölle vahinkoja. Seksuaaliseen häirintään – tai muunlaiseen sopimattomaan käyttäytymiseen – sidottujen erottamisperusteiden sijasta johtajasopimuksessa voineekin olla järkevää määrätä siitä, että johtaja on erotettavissa ilman kultaista kädenpuristusta, mikäli hän toimii vastoin fidusiaarisia velvollisuuksiaan. Myös osakassopimuksessa on mahdollista sopia, että yhtiökokous erottaa seksuaaliseen häirintään syyllistyneen hallituksen jäsenen, tosin on muistettava, ettei tällaisella sopimusvelvoitteella ole yhtiöoikeudellista sitovuusvaikutusta.⁷³

71. Ks. mm. Benedicte Sørum, Research on sexual harassment: Norway close behind Sweden. Science Nordic, 3.11.2018 ja Chimaoge Ibe, The Nordic Paradox: Gender Equity and Sexual Assault. Harvard Political Review, 28.11.2017.

72. Myös Yhdysvaltojen oikeuden osalta on esitetty samansuuntaisia tulkintoja. Ks. av. 26.

73. Ks. Ville Pönkä, Osakeyhtiön hallituksen velvollisuudesta noudattaa osakassopimusta, s. 117–137 teoksessa Ville Pönkä – Daria Kozłowska-Rautiainen (toim.), Business Law Forum

Sopimusvapauden nimissä myös pohjoismaisessa sijoitustoiminnassa samoin kuin M&A-sopimuksissa voidaan käyttää samantapaisia seksuaaliseen häirintään liittyviä vastuunrajoitusinstrumentteja kuin Yhdysvalloissa. Itse asiassa pääomasijoittamisessa yksi keskeisistä tavoitteista on sijoituskohteen tukeminen ja kehittäminen, mikä luonnollisesti tarkoittaa, että seksuaalisen häirinnän torjunta on sijoittajan välittömien intressien mukaista. Kuten todettu, #MeToo-varaumat pääomasijoitustoiminnassa voidaan myös nähdä eräänlaisena eettisen sijoittamisen ilmentymänä⁷⁴ ja pitkällä tähtäyksellä sanotuilla ehdoilla saattaa olla jopa yrityskulttuuria muokkaavaa merkitystä: Kun rahoituksen saamisen edellytyksekseksi asetetaan seksuaalisen häirinnän eliminointi työyhteisöstä, yritykset ovat pakotettuja huolehtimaan siitä, ettei häirintää todella esiinny. Muussa tapauksessa ne altistavat itsensä varsin huomattaville taloudellisille riskeille.

Pohjoismaiden lait asettavat kuitenkin tiettyjä rajoituksia #MeToo-varaumien käyttämiselle. Varsinkin venture capital -tyyppisessä rahoituksessa sijoituksen realisointi saattaa johtaa OikTL 36 §:n mukaiseen kohtuuttomuuteen, sillä merkittävän rahoittajan vetäytyminen tarkoittaa usein yritystoiminnan edellytysten raukeamista. Kohdeyhtiön näkökulmasta lieneekin tarkoituksenmukaisempaa, että perustajaosakkeenomistajat sitoutuvat henkilökohtaisesti – esimerkiksi osakassopimuksessa – vastaamaan seksuaalisesta häirinnästä aiheutuvista vahingoista.⁷⁵ Lisäksi sijoituksen realisointi saattaa olla oikeudellisesti hankalaa tilanteessa, jossa sijoittaja on saanut kohdeyhtiön osakkeita. Tällöin kohdeyhtiön on tehtävä päätös omien osakkeiden suunnatusta hankkimisesta ja seksuaalinen häirintä tuskin täyttää OYL 15:6.1:n mukaista painavan taloudellisen syyn vaatimusta. Kun sijoittajan ja kohdeyhtiön välisillä sopimuksilla ei ole yhtiöoikeudellista sitovuusvaikutusta,⁷⁶ jää ainoaksi vaihtoehdoksi lunastusehtoisten osakkeiden antaminen sijoittajalle. Kokonaisuutena arvioiden #MeToo-varaumia tarkoituksenmukaisempi vaihtoehto saattaakin olla se, että sijoittaja osallistuu aktiivisesti kohdeyhtiön hallintoon ja kehittämiseen ja tätä kautta pyrkii paikantamaan ja oikaisemaan yrityskulttuurin vääristymiä. On myös muistettava, että pääomasijoittajat tekevät ennen rahoituspäätöstä due diligence -tarkastuksen, jossa huomiota kiinnitetään muun muassa työsuhteisiin liittyviin oikeudellisiin riskeihin.⁷⁷ Näin sijoittajat voivat varmistaa *ex-ante*, ettei kohdeyhtiössä ole syylistytty seksuaaliseen häirintään.

Pakollisen välimiesmenettelyn osalta oikeustila Pohjoismaissa on olennaisesti toinen kuin Yhdysvalloissa. Kuten edellä jaksossa 2.4. tuli ilmi, Yhdysvalloissa mandatory/forced arbitration -lausekkeet työsopimuksissa ovat hyvin yleisiä,

2012. Edita 2012 ja Daniel Stattin, Företagsstyrning. En studie av aktiebolagsrättens regler om ägar- och koncernstyrning. Andra upplagan. Uppsala universitets tryckeri 2008, s. 260–266.

74. Ks. jakso 2.2.

75. Ks. samansuuntaisesti Jari Lauriala, Pääomasijoittaminen. Edita 2004, s. 61.

76. Ks. KKO 2014:65.

77. Lauriala 2004, s. 56–59.

ja liittovaltion korkein oikeus on vahvistanut, että tällaiset järjestelyt työnantajan ja työntekijän välillä ovat päteviä. Pohjoismaissa työ sopimuksiin liittyvien välityslausekkeiden oikeudellinen sitovuusvaikutus on sen sijaan epäselvä ja muun muassa oikeuskäytännön vajavaisuuden vuoksi on mahdotonta sanoa, missä määrin työsuhteriitoja voidaan rajata välimiesmenettelyn piiriin.⁷⁸ Joka tapauksessa keskeistä tässä arvioinnissa on se, minkälainen asema työntekijällä on työnantajayrityksessä ja onko välityslausekkeen käyttämiselle esitettävissä hyväksyttäviä perusteita.⁷⁹ Käytännössä silloin, kun tällaisia perusteita ei ole, työntekijä voi varsin tehokkaasti nojautua access to justice -periaatteeseen – ja yleisemmin työntekijän suojaamisen tavoitteeseen – vaatiessaan välityslausekkeen kohtuuttomaksi katsomista.⁸⁰ Artikkelin rajausten takia tähän problematiikkaan ei voida tässä syventyä tarkemmin, ja olennaista onkin lähinnä sen

78. Lähtökohtana on kuitenkin pidetty, ettei välityslausekkeen ottamiselle työ sopimukseen ole olemassa mitään välitöntä normatiivista estettä. Ks. mm. Jonas Malmberg, Anställningsavtalet – om anställningsförhållandets individuella reglering. Iustus Förlag 1997, s. 219. Esimerkiksi Ruotsissa työsuhteisiin liittyvät riidat on työntekijän suojasta annetun lain (lag om anställningskydd 1974:12) voimaan tuloon asti ratkaistu pääasiassa välimiesmenettelyssä. Sen jälkeen välimiesmenettelyn käyttö kyseisessä kontekstissa on vähentynyt, joskin työ sopimuksiin sisällytetään yhä edelleen välityslausekkeitä. Ks. mm. Lars Gellner – Lars Sydolf, Tvistlösning i arbetsrätten – förhandling och process. Norstedts Juridik 2005, s. 55. On myös huomattava, että Ruotsissa välimiesmenettely on nimenomaisesti sallittu työsuhteriitojen ratkaisumuotona. Ks. lag om rättegången i arbetstvister (1974:371, LRA) 1:3.

79. Eräissä tapauksissa työntekijän työoikeudellisen statuksen määrittäminen suhteessa työnantajayhtiöön on hyvin hankalaa. Esimerkkinä voidaan mainita asianajotoimistojen, konsulttiefirmojen ja lääkäriyhtiöiden osakkeenomistajat, joiden kohdalla on tulkinnanvaraista, kuuluuko asianomainen työ lainsäädännön suojan piiriin vai katsotaanko hänen toimivan yrittäjän riskillä. Ks. mm. Helsingin HO 8.2.2018 S 17/1408. Jos kyse on esimerkiksi siitä, sovelletaanko ”työntekijäosakkeenomistajan” ja työnantajayhtiön väliseen oikeussuhteeseen TSL 3:5:n rajoituksia, ensiksi mainitun työoikeudellinen status on luonteeltaan joko-tai kysymys: Jos työntekijäosakkeenomistajaa pidetään työ sopimuslain tarkoitettamana työntekijänä, on hänen ja työnantajayhtiön välisen kilpailukiellon muotoilussa noudatettava TSL 3:5:n määräyksiä. Jos taas työsuhteen tunnusmerkit eivät täyty, arvioidaan kilpailukiellon sitovuutta OikTL 38 §:n valossa. Ks. Vilje Pönkä, Osakassopimuksen suhde työ lainsäädäntöön ja erityisesti työ sopimuslaissa tarkoitettuun kilpailukieltosopimukseen. Lakimies 1/2011, s. 64–81. Sen sijaan työ sopimukseen liitetyn välityslausekkeen sitovuusarvioinnissa ei ole samalla tavalla ratkaisevaa, vallitseeko työntekijän ja yhtiön välillä työ suhde. Kuten todettu, olennaisempaa tässä sitovuusarvioinnissa on se, mikä on henkilön tosiasiallinen asema työnantajayhteisössä ja onko välityslausekkeen käyttämiselle esitettävissä hyväksyttäviä perusteita.

80. Ks. mm. Gustav Möller, Välimiesmenettelyn perusteet. Lakimiesliiton Kustannus 1997, s. 35–36, jonka mukaan jollei erityisistä syistä muuta johdu, välityslauseketta työ sopimuksessa on pidettävä kohtuuttomana. Saman tulkinnan on esittänyt Mikko Tulokas, Välimiesmenettely ja tuomioistuimet, s. 97–96 teoksessa Santtu Turunen (toim.), Conflict Management – Riidanratkaisun uusi maailma. Edita 2005, s. 94, joka on lisäksi painottanut access to justice -periaatteen merkitystä kohtuuttomuusharkinnassa. Esimerkkinä tilanteesta, jossa välityslausekkeen käyttämiselle saattaa olla olemassa hyväksyttävä peruste, voidaan mainita pankin ja sen työntekijän välinen oikeussuhde. Esimerkiksi Ruotsin työtuomioistuimen ratkaisussa AD 1994 nr. 28 painotettiin pankkisalaisuuden merkitystä välityslausekkeen sitovuutta puoltavana seikkana.

esiin tuominen, ettei mandatory/forced arbitration -lausekkeita voida käyttää Pohjoismaissa ainakaan samassa laajuudessa kuin Yhdysvalloissa.

Edellä esitetyn valossa on vaikea nähdä, että Pohjoismaissa olisi mahdollista sopia seksuaalisen häirintäriidan ratkaisemisesta välimiesmenettelyssä. Ensinnäkin, on ilmeistä, ettei työnantajan julkisuuskuvan suojaaminen ole yksistään hyväksyttävä peruste välimiesmenettelyn käymiselle. Käytännössä tällaista motiivia voidaan pitää suorastaan hyvän tavan vastaisena, koska tässä kontekstissa työnantajayrityksen julkisuuskuvan suojaaminen tarkoittaa välittömästi työntekijän oikeusaseman heikentämistä^{81, 82}. Lisäksi on huomattava, että seksuaalinen häirintä on paitsi oikeudelliselta myös tosiasialliselta luonteeltaan sellainen teko, jonka käsittelyn tulisi kuulua tuomioistuimen, ei välimiesoikeuden toimivaltaan.⁸³ Esimerkiksi Ruotsissa yhdenvertaisuuslakiin (diskrimineringslag 2008:567) liittyvä työsuheriita voidaan sopia ratkaistavan välimiesmenettelyssä vain, jos sopijapuolille varataan samalla mahdollisuus hakea muutosta välitystuomioon (LRA 1:3). Tässä yhteydessä on myös huomattava, että seksuaalinen häirintä työpaikalla saattaa täyttää rikoksen tunnusmerkistön,⁸⁴ jolloin mahdollisuus asian käsittelyyn välimiesmenettelyssä rajautuu kategorisesti pois.⁸⁵ Lopuksi on muistutettava, että Yhdysvalloissa työntekijät tulevat usein sitoutuneiksi mandatory/forced arbitration -lausekkeisiin tietämättään, koska niitä pyritään piilottamaan työ sopimusten sopukoihin. Pohjoismaissa tällaista menettelyä rajoittaa oppi yllättävistä ja ankarista ehdoista, jonka nojalla välityssopimuksen kaltaista, työntekijän oikeusasemaan merkittävästi vaikuttavaa sopimusehtoa on nimenomaisesti korostettava, jotta se tulisi osaksi sopimussuhdetta. Ruotsissa työtuomioistuin onkin ratkaisussa AD 1993 nr. 141 katsonut, että työ sopimukseen sisältyvän välityslausekkeen selkeydelle on asetettava ”korkeita vaatimuksia.”

81. Pohjoismaissa pakollisen välimiesmenettelyn on katsottu heikentävän työntekijän asemaa lähinnä välimiesmenettelystä aiheutuvien korkeiden kulujen takia. Ks. mm. Tulokas 2005, s. 94 ja Ruotsin työtuomioistuimen ratkaisu AD 1993 nr. 141. Tätä kohtuuttomuutta työnantaja voi luonnollisesti rajoittaa sitoutumalla vastaamaan välimiesoikeuden palkkiosta ja mahdollisista välitysinstituutin hallinnointimaksuista.

82. Toisaalta lienee myös mahdollista esittää, että seksuaalisen häirinnän uhriksi joutuneen työntekijän intressissä on riidan ratkaiseminen salassa pidettävässä välimiesmenettelyssä. Tällaisen argumentin hyväksyttävyyys kuitenkin edellyttää, että työntekijä saa valita yleisen tuomioistuimen menettelyn välimiesmenettelyn sijasta.

83. Tätä kantaa tukee muun muassa se, että häirinnästä tai ahdistelusta vastaa ensisijassa häiritsijä itse, ei häiritsijän työnantajayhteisö. Seppo Koskinen – Martti Kairinen – Kimmo Nieminen – Vesa Ullakonoja – Mika Valkonen, Työoikeus. 5., uudistettu painos. Alma Talent 2018, s. 423.

84. Koskinen ym. 2018, s. 423.

85. Rikoslain (1889/39) 20:5 a:n mukaan ”[j]oka koskettelemalla tekee toiselle seksuaalisen teon, joka on omiaan loukkaamaan tämän seksuaalista itsemääräämisoikeutta, on tuomittava, jollei teosta muualla tässä luvussa säädetä rangaistusta, *seksuaalisesta ahdistelusta* sakkoon tai vankeuteen enintään kuudeksi kuukaudeksi.”

4. Loppuhuomioita

Katsaus yhdysvaltalaisiin medialähteisiin, kirjallisuuteen ja oikeuskäytäntöön vahvistaa käsitystä siitä, että #MeToo-liikkeellä on ollut monenlaista vaikutusta yritysten riskienhallintaan. Käytännössä liikkeen huomattavimmat impaktit näkyvät Yhdysvalloissa, mutta tämä ei tarkoita, etteikö sen myötä yritysten – ja erityisesti niiden taustalla vaikuttavien ihmisten – käyttäytyminen olisi muuttunut muuallakin maailmassa. Sanotusta huolimatta tieteellistä tutkimusta aiheesta on olemassa vielä niukasti ja esimerkiksi Pohjoismaissa #MeToo-liikkeen vaikutukset ovat herättäneet valitettavan vähän akateemista mielenkiintoa. Kun globaali vaikuttaminen ja kestävä kehityksen edistäminen nostetaan esille monen tiedeyhteisön strategiassa ja kun #MeToo-liike on monipuolistanut käsitystämme yrityksen yhteiskuntavastuun ulottuvuuksista, ansaitsisi aihe epäilyksittä enemmän painoarvoa tutkimuksessa.

Tässä artikkelissa #MeToo-liikkeen vaikutuksia on arvioitu yhdysvaltalaisen yritysten käyttämien, seksuaaliseen häirintään liittyvien vastuunrajoitusinstrumenttien valossa. Näiden instrumenttien osalta voidaan yhteenvedonomaisesti todeta, että vaikka niiden tarpeellisuudesta ja tehokkuudesta ei ole vielä saatavissa luotettavaa tietoa, on #MeToo-varaumien kehittyminen joka tapauksessa osoitus siitä, että yritykset ovat alkaneet nähdä seksuaalisen häirinnän todellisenä mainevahinkoriskinä. Tämä puolestaan indikoi sitä, ettei yritysten sosiaalista ja yhteiskunnallista vastuunkantokykyä tulisi mitata vain sen mukaan, minkälaisia vaikutuksia niillä on ympäröivää yhteiskuntaa kohtaan. Tarkastelussa tulisi ottaa huomioon myös se, noudatetaanko kestäviä arvoja yritysten sisällä. Sosiaalinen media on siis osaltaan avannut ”mustaa laatikkoa” ja näin altistanut yritysten sisäiset toimintakulttuurit kriittiselle tarkastelulle.

Edellä jaksoissa 2.1.–4. on tullut ilmi, että Yhdysvaltalaisen yritysten käyttämien #MeToo-varaumien keskeisenä funktiona on suojautuminen vahingonkorvaus- ja mainevahinkoriskeiltä. Näin ollen kyse on ennemminkin yrityksen arvon turvaamisesta *ex-ante* ja *ex-post*, kuin siitä, että pyrkimyksenä olisi puuttua seksuaalisen häirinnän taustalla vaikuttaviin yrityskulttuurin vääristymiin. Tämä on myös pidettävä mielessä, kun pohditaan, toimisivatko sanotut vastuunrajoitusinstrumentit oikeudellisinä siirränäisinä Pohjoismaissa. Kuten todettu, Pohjoismaiden kansalliset lait asettavat varsin vähän suoranaisia normatiivisia esteitä #MeToo-varaumien käyttämiselle, mutta eri asia on se, onko tällaisille mekanismeille todellista tarvetta ja edelleen, minkälaisia vaaroja sopimuskäytäntöjen kopioimisessa piilee. Onhan näet mahdollista, että seksuaalisen häirinnän kontrollointi sopimusehdoin on pelkkää ”valkopesua”, siis silmänlumetta, jonka

tarkoituksena on peitellä haluttomuutta puuttua varsinaisiin ongelmiin.⁸⁶ Toisaalta on myös paikallaan muistuttaa, että aiheeseen liittyvä uutisointi – johon tässäkin artikkelissa on monessa yhteydessä viitattu – on usein luonteeltaan sensaatiohakuista eikä todellisuus ole yhtä mustavalkoinen kuin mitä medialähteet antavat ymmärtää. Lisäksi monessa tapauksessa seksuaalinen häirintä on yksilölähtöistä ja työnantajayrityksessä vallitsevasta kulttuurista riippumatonta, minkä takia puhuttaessa #MeToo-varaumien motiiveista on varottava tekemästä liian yksioikoisia vastakkainasetteluita työntekijöiden ja työnantajien motiivien välillä.

#MeToo movement and legal risk management – How do limitations of liability utilized by US firms work as legal transplants in the Nordic countries?

VILLE PÖNKÄ, LL.D., Professor, University of Helsinki

The purpose of this article is to examine limitations of liability related to sexual harassment scandals. These so-called #MeToo clauses are quite common in the US and therefore the focus is on US law and particularly on novel risk management practices utilized by US firms. Although there is not yet much information available on #MeToo clauses, it seems that they can be divided into four categories: 1. #MeToo clauses in directors' contracts, 2. #MeToo clauses in investment and 3. M&A agreements, and 4. so-called mandatory/forced arbitration clauses.

The analysis is structured so that first the limitations of liability mentioned above are introduced comprehensively, with special attention to their relation to the #MeToo movement and to other topical phenomena. Next, the focus shifts on the doctrine of legal transplants and particularly on the question how limitations of liability work as legal transplants in the Nordic countries. The objective is to analyse whether there are normative restrictions that limit the use of such transplants and furthermore, is there a genuine need to copy #MeToo practices.

The research findings of the article suggest that #MeToo clauses serve mainly the interests of the firms using them, hence their true objective is not to fix flawed corporate cultures, but rather to safeguard the value of the firm. As for Nordic law, there are no direct legal restrictions limiting the use of such instruments. However, there is reason to believe that the objectives behind #MeToo clauses

86. Oikeustutkimuksessa Mathias Siems on luonnehtinut tällaista vilpillisellä motiivilla varustettua siirrännäistä osuvasti ”pahantahtoiseksi oikeudelliseksi transplantiksi”. Ks. Mathias Siems, Malicious legal transplants. *Legal Studies* 38 2018, s. 103–119.

Ville Pönkä

are not aligned with Nordic values. Also, there is no genuine need to introduce #MeToo clauses in, e.g., Nordic directors' contracts, investment agreements or M&A agreements, as there are more efficient ways to prevent sexual harassment in workplaces.