

## VÄLITYSEHTO À LA BANGLADESH ACCORD KANSAINVÄLISTEN TOIMITUSKETJUN RISKINHALLINNASSA

### 1 Johdanto: Vastuun välttelystä vastuun hallintaan

Johtavassa asemassa olevat yritykset pystyvät hallinnoimaan ja käytännössä myös hallinnoivat tuotantoketjujaan erityisin hallintamekanismein huolimatta siitä, että ne eivät ole kaksiasianosaissuhteessa kaikkiin tuotantoketjun toimijoihin nähden.<sup>1</sup> Hallinnasta seuraa vastuun mahdollisuus.<sup>2</sup> Perinteinen tapa vältellä vastuuta on korostaa sitä, että

toimitusketjun yksittäisiin sopimuksiin ja käytäntöihin upotetuilla hallintamekanismeilla ei ole itsestä oikeudellista merkitystä: Ne ovat semantiikkaltaan niin epävarmoja tai käytännön vaikutuksiltaan niin merkityksettömiä, ettei niitä voi käyttää vastuun perustamiseen.<sup>3</sup> Toisaalta hallintamekanismeissa itsessään voi yrittää kieltää sillä olevan vaikutuksia kolmansiin.<sup>4</sup>

Ajatuksessa, että vastuuta pyritään välttelemään tekemällä tarkoituksellisesti hallintamekanismeis-

---

<sup>1</sup> Erilaisista hallintamekanismeista ks. esim. *Jaakko Salminen*, Sirpaloituneen sopimusrakenteen hallitseminen ja kaksiasianosaissuhde, *Lakimies* (2015) s. 482 ja tarkemmin *Jaakko Salminen*, *From National Product Liability to Transnational Production Liability: Conceptualizing the Relationship of Law and Global Supply Chains* (2017, väitöskirjakäsikirjoitus, esitetty julkisesti puolustettavaksi 3.11.2017 Turun yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa).

<sup>2</sup> Keskityn kirjoituksessa nimenomaan yksityisoikeudelliseen vastuuseen enkä esimerkiksi rikosoikeudelliseen tai vero-oikeudelliseen vastuuseen. Klassinen tapaus, jossa yksityisoikeudellinen vastuu on ulkokontrahdillisen vahingonkorvausoiden keinoin ulotettu yli yhtiörajojen, on englantilainen *Chandler v Cape Plc* vuodelta 2011 (2012 EWCA Civ 525). Tapauksesta ks. esim. *Martin Petrin*, *Assumption of Responsibility in Corporate Groups: Chandler v Cape Plc*, 76 *Modern Law Review* (2013) s. 603. *Chandler v Cape* koskee emoyhtiön vastuuta tytäryhtiön työntekijöitä kohtaan, kun emoyhtiö on pyrkinyt hallinnoimaan tytäryhtiötä. Tapausta on sittemmin sommiteltu myös tuotantotoimintaan, jota ei ole organisoitu yhtiö-oikeudellisen omistussuhteen vaan sopimuksen kautta. Ks. esim. parhaillaan käynnissä oleva *Jaber v KiK* -tapaus Saksassa, josta alustavasti *Philipp Wesche* ja *Miriam Saage-Maaß*, *Holding Companies Liable for Human Rights Abuses Related to Foreign Subsidiaries and Suppliers Before German Civil Courts: Lessons from Jabir and Others v KiK*, 16 *Human Rights Law Review* (2016) s. 370.

<sup>3</sup> Esimerkiksi amerikkalaisessa *Doe v Wal-Mart* -ratkaisussa vuodelta 2009 liittovaltion 9. piirin valitustuomioistuimien tuloksista, että tarkastelussa olleiden hallintamekanismin kielellisen muotoilun perusteella johtoyrityksellä oli oikeus hallinnoida toimitusketjujaan, muttei *velvollisuutta* tehdä niin. Ks. *Doe v Wal-Mart*, 572 F.3d 677 (9. piirikunta 2009).

<sup>4</sup> Esimerkiksi kirjoituksessa tarkemmin käsitellyn Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh ('Bangladesh Accord') -sopimuksen kilpailija, Alliance for Bangladesh Worker Safety, Inc. ('Bangladesh Alliance') nimenomaisesti kieltää perustamissopimuksensa 10.4 artiklassa, että se antaisi mitään oikeuksia kolmansille. Ks. <http://www.bangladeshworkersafety.org/files/Alliance-Member-Agreement-FINAL.pdf>.

ta oikeudelliselta merkitykseltään epävarmoja, on omat ongelmansa. Ensinnäkin epävarmuus voi vaikeuttaa tehokasta hallintaa, koska käytännön hallintatoimet tulee verhota. Toiseksi hallinnan kieltämisestä saattaa seurata negatiivista julkisuutta. Yritykset mainostavat usein tuotepakkauksissa, verkkosivuillaan tai vuosikatsauksissaan omia yhteiskuntavastuumekanismejaan. Jos mainokset osoittautuvat tyhjiksi sanoiksi, voivat kuluttajat ja muut sidosryhmät, kuten yrityksen omat työntekijät ja vaikkapa viranomaiset, kokea yrityksen sanonsensa syöjäksi ja pyrkiä vaikuttamaan yrityksen toimintaan kuluttajakantein, boikotein, irtisanoutumalla tai lisäämällä sääntelyä. Kolmanneksi hallinnan kieltäminen tai peittäminen ei välttämättä aina onnistu poistamaan vastuuta. Viimeaikaisen oikeuskehityksen valossa vaikuttaa siltä, että peiteltykin hallinta voi hyvin johtaa vastuuseen tai ainakin vastuun vaara on todellinen.<sup>5</sup>

Yksi vaihtoehtoinen toimintatapa vastuun hallitsemiselle on perustaa erillinen hallintasopimus, joka täydentää ja koordinoi toimitusketjun muita sopimuksia ja jonka piiriin johtoyritys kokoa sen kannalta merkitykselliset sidosryhmät. Keskeistä tällaisessa hallintasopimuksessa on, että sen sijaan, että hallintamekanismi jäisi piiloon toimitusketjun kahdenvälisen sopimusten sisälle ja sen oikeudellinen luonne (deliktivastuu? sopimusvastuu? jotain muuta vastuuta?) jäisi samalla epäselväksi, hallintamekanismi nostetaan omaksi erilliseksi sopimukseen tuotantoketjun muiden sopimusten rinnalle. Omana sopimuksenaan sen oikeudellinen luonne

on selkeämpi kuin toimitusketjuun upotettujen hallintamekanismien osalta. Ensinnäkin hallintamekanismin toimitusketjua koordinoiva funktio selkeytyy, mikä mahdollistaa tehokkaan ja peittelemättömän hallinnan. Toiseksi mekanismin oikeudellisesti selkeämmällä luonteella voi olla positiivinen imagovaikutus, kun hallintasopimus vaikuttaa täytäntöönpanokelpoiselta sopimukselta.<sup>6</sup> Kolmanneksi ja keskeisesti hallintamekanismin luonne omana sopimuksenaan voi myös tarjota aiempaa tehokkaamman tavan hallita toimitusketjuun liittyviä epävarmuuksia. Sen sijaan, että johtoyritys pyrki vetoamaan omien hallintatoimiensa oikeudelliseen sitomattomuuteen, erillinen hallintasopimus tuo peliin sopimussuhteen, jossa osapuolten oikeuksien ja velvollisuuksien rajat on määritelty mahdollisesti jopa suhteessa sidosryhmiin, jotka perinteisessä toimitusketjussa olisivat kolmansia osapuolia johtoyritykseen nähden.

Erityisissä hallintasopimuksissa ei sinällään lie mitään uutta ainakaan B2B-toimintaympäristössä. Ongelmana mekanismien juridisessa hahmottamisessa on se, että ne muodostavat usein tarkoin varjeltuja liikesalaisuuksia, joista löytyy tietoa lähinnä kuulopuheiden tai anonymisoitujen tutkimusten perusteella.<sup>7</sup> Viime aikoina on kuitenkin ilmaantunut yksi julkisesti saatavilla oleva esimerkki tällaisesta sopimuksesta. Tämä on *Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh* ('Bangladesh Accord').<sup>8</sup> Bangladesh Accordin osapuolina on yhtäältä monen miljardin liikevaihdon omaavia monikansallisia brändiyrityksiä kuten H&M, Adidas

<sup>5</sup> Yksi keskeinen esimerkki tästä on jo mainittu *Chandler v Cape* -tapaus, josta *Petrin*. Tapauksen laajemmasta soveltumisesta ks. esim. *Wesche ja Saage-Maß*, samoin kuin *Peter Rott ja Vibe Ulfbeck*, *Supply Chain Liability of Multinational Corporations?*, 3 *European Review of Private Law* (2015) s. 415.

<sup>6</sup> Sitovuuden positiivisesta imagovaikutuksesta ks. esim. *Benjamin Hensler and Jeremy Blasi*, *Making Global Corporations' Labor Rights Commitments Legally Enforceable: The Bangladesh Breakthrough*, 18.6.2013, <http://www.cleanclothes.org/resources/recommended-reading/making-global-corporations2019-labor-rights-commitments-legally-enforceable-the-bangladesh-breakthrough>, sekä *Mark Anner, Jennifer Bair, and Jeremy Blasi*, *Toward Joint Liability in Global Supply Chains: Addressing the Root Causes of Labor Violations in International Subcontracting Networks*, 35 *Comparative Labor Law and Policy Journal* (2013) s. 1, 29–30.

<sup>7</sup> Esimerkin anonymisoidusta liiketaloustieteellisestä tutkimuksesta tarjooa vaikkapa *Peter Kajüter ja Harri I. Kulmala*, *Open-book Accounting in Networks: Potential Achievements and Reasons for Failures*, 16 *Management Accounting Research* (2005) s. 179.

<sup>8</sup> Sopimus on saatavilla osoitteesta <http://bangladeshaccord.org>.

ja Inditex, mutta myös pienempiä toimijoita kuten vaikkapa Reima Suomesta. Toisaalta taas 'toisena' sopijapuolena ovat näiden yritysten bangladeshilaisten alihankkijoiden työntekijöitä edustavat kansalliset ja kansainväliset ammattiliitot. Sopimuksen tarkoituksena on parantaa alihankkijoiden tehtaiden turvallisuutta, mutta toisaalla on myös argumentoitu, että se tarjoaa esimerkin tekniikoista, joilla vastuuta eri sidosryhmiä kohtaan voidaan rajoittaa ja hallita.<sup>9</sup> Tässä hallinnassa keskeinen merkitys on Bangladesh Accordin riidanratkaisujärjestelmällä ja erityisesti sen välityshehdolla, joita voidaan käyttää sopimusriitojen etäännyttämiseen kansallisista oikeussuojakeinoista. Yleisemmin Bangladesh Accord tarjoaa myös mielenkiintoisen esimerkin siitä, miten toimitusketjun hallinta voidaan järjestää lisäämällä perinteisen sopimusketjun rinnalle ketjun eri päät yhdistävä nimenomainen hallintasopimus.

Tässä kirjoituksessa tarkastelen erityisesti välimiesmenettelyn merkitystä hallintasopimukselle. Keskeistä on juuri mahdollisuus käyttää välimiesmenettelyä hallintasopimuksen etäännyttämiseen yksittäisistä oikeusjärjestyksistä kohti monikansallista oikeutta, missä korostuneen sopimusvapauden myötä tarjoutuu kansallisia oikeusjärjestyksiä vapaammat mahdollisuudet hallintamekanismin käyttämiseksi vastuun hallitsemiseen. Kirjoituksen rakenne on seuraava. Ensin jaksoissa 2 ja 3 taustoitetaan aihetta tarkastelemalla hallinnan ja vastuun ristiriitaa monikansallisissa toimitusketjuissa ja esittelemällä tylogian globaalien toimitusketju-

jen rakenteellisesta muodosta ja tämän muodon kansainvälisyksitysoikeudellisesta merkityksestä. Sitten jaksoissa 4 ja 5 keskityn vastuun rajoittamiseen sopimusteitse sekä Bangladesh Accordin tapaisen välitysheidon rooliin vastuunhallinnassa. Lopuksi jaksossa 6 esitän huomioita siitä, mitä merkitystä tällaisilla hallintasopimuksilla on suomalaisten yritysten ja muiden toimijoiden näkökulmasta.

## 2 Hallinnan ja vastuun ristiriita globaaleissa tuotantoketjuissa

Nykyään keskeinen tuotantotoiminnan muoto on osallistuminen niin sanottuihin globaaleihin arvoketjuihin.<sup>10</sup> UNCTADin 2013 julkaisemien lukujen mukaan 80 % globaalista kaupasta tapahtuu tällaisissa arvoketjuissa.<sup>11</sup> Muutoksen taustalla voi nähdä teknologisen kehityksen. Ensin uudet kuljetusteknologiat, kuten rautatiet ja höyrylaivat, mahdollistivat toimitusketjujen maantieteellisen sirpaloitumisen 1800-luvulta alkaen. Sitten 1900-luvulla uudet kommunikaatioteknologiat mahdollistivat myös tuotannon sirpaloitumisen kun sen hallinta etäältä tuli mahdolliseksi.<sup>12</sup> Kun teknologia oli mahdollistanut tuotannon sirpaloitumisen, teki taloudellinen voitontavoittelu siitä väistämätöntä, sillä toimijat pystyvät keskittymään tuottoisimpiin ydintoimintoihinsa, kuten tuotekehitykseen ja markkinointiin, ulkoistaen liiketoiminnan vähemmän tuottoisat osat, kuten vaikka tuotteiden kokoonpanon.<sup>13</sup>

Keskeinen kysymys sirpaloituneissa toimitusketjuissa on niiden hallinta. Tähän kysymykseen

<sup>9</sup> Ks. Jaakko Salminen, *The Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh – A New Paradigm for Limiting Buyers' Liability in Global Supply Chains?* Hyväksytty julkaistavaksi *American Journal of Comparative Law*'ssa 2018. Käsikirjoitus saatavilla kirjoittajalta.

<sup>10</sup> Arvoketju-termi tulee Gereffin, Humphreyn ja Sturgeonin lanseeraamasta globaalien arvoketjujen teoriasta. Gary Gereffi, John Humphrey ja Timothy Sturgeon, *The governance of global value chains*, 12 *Review of International Political Economy* (2005) s. 78. Sinänsä voi myös puhua vaikkapa monikansallisista toimitusketjuista. Eri termeistä ja niiden taustoista ks. esim. Jennifer Bair, *Global Commodity Chains: Genealogy and Review*, teoksessa Jennifer Bair (toim.) *Frontiers of Commodity Chain Research* (2009 Stanford University Press). Tässä kirjoituksessa käytän kumpaakin termiä synonyymeina.

<sup>11</sup> UNCTAD, *World Investment Report 2013* (2013).

<sup>12</sup> Ks. esim. Richard Baldwin ja Philippe Martin, *Two Waves of Globalization: Superficial Similarities, Fundamental Differences*, Cambridge National Bureau of Economic Research Working Paper 6904 (1999).

<sup>13</sup> Ydintoimintoihin keskittymisestä esim. Coimbatore Krishnarao Prahalad ja Gary Hamel, *The Core Competence of the Corporation*, 68 *Harvard Business Review* (1990) s. 79. Ulkoistamisesta esim. John Humphrey, *Upgrading in Global Value Chains*, International Labour Organization World Commission on the Social Dimension of Globalization Working Paper No. 28 (2004).

liittyy olennaisesti myös oikeus.<sup>14</sup> Vaikka juridiset sopimus- tai omistussuhteet mahdollistavatkin tuotannon sirpaloitumisen myös oikeudellisen vastuun osalta, ne asettavat samalla reunaehdoja sille, missä määrin ja miten toimitusketjun johtava yritys voi vaikuttaa tuotantoon muuten kuin vain valitsemalla tietyn sopimuskumppanin tai perustamalla uuden tytäryhtiön. Esimerkiksi common law -doktriinin mukaiset laupias samarialainen -tyyppiset kanteet perustuvat ajatukselle, että vaikka emoyhtiö ei sinällään olisi vastuussa tytäryhtiönsä toimista, niin jos emoyhtiö pyrkii selvästi hallitsemaan tytäryhtiönsä toimia, *sitten* emoyhtiö voi joutua vastuuseen huolimattomasti toteutusta hallinnasta.<sup>15</sup> Samanlainen tendenssi on havaittavissa esimerkiksi saksalaisessa *sopimus kolmannen turvaksi* -doktriinissa.<sup>16</sup>

Vastuun välttämiseksi globaalien toimitusketjujen juridiset rakennuspalikat, sopimus ja omistus, edellyttävät siis johtoyritykseltä tiettyä yhdentekevyyttä muuten kuin tuotantoa tekevän sopimuskumppanin tai tytäryhtiön valinnan osalta. Tällainen yhdentekevyyttä ei kuitenkaan ole aina taloudellisesti järkevää. Jos tuotantoketju sirpaloituu, edellyttäisi vaikkapa tehokas tuotekehitys, kulurakenteen optimointi tai eettisten toimintatapojen tehokas sisäistäminen näiden toimien ulottamista läpi koko

tuotantoketjun. Tämä taas edellyttää mekanismeja, joilla hallinta ulotetaan yli sopimus- ja yhtiörajojen.<sup>17</sup> Nämä hallintamekanismit ovat usein sopimusten varaan rakentuvia järjestelmiä, jotka ulottavat vaikutuksensa koko toimitusketjuun ja jopa muiden saman alan yritysten toimitusketjuihin.<sup>18</sup>

Seuraa ristiriita hallinnan ja vastuun välillä: Yritykset pyrkivät hallitsemaan toimitusketjujaan niin teknisistä, taloudellisista kuin imagollisistakin syistä, ratsastamaan tästä hallinnasta seuraavalla positiivisella julkisuudella ja samalla välttelemään hallinnasta mahdollisesti seuraavaa vastuuta. Tämä ristiriita on viime aikoina ollut purkautumassa. Esimerkiksi jo mainitussa englantilaisessa *Chandler v Cape* -ratkaisussa englantilainen valitustuomioistuimien hahmotteli kriteerejä sille, minkälaista tosiasiallista hallintaa emoyhtiöltä edellytetään suhteessa tytäryhtiöön, jotta emoyhtiö voitaisiin asettaa vastuuseen tytäryhtiön työntekijöille huolimattomasta hallinnasta aiheutuvista vahingoista.<sup>19</sup> Vaikka tapaus oli 'kotimainen', on se seurausta pitkälle jatkumolle samankaltaisia tapauksia monikansallisissa tuotantotilanteissa.<sup>20</sup> Samalla tapauksessa sovellettiin yhtiöoikeuden sijaan englantilaisen sopimuksenulkoisen vahingonkorvausvastuun yleisiä periaatteita. Sama vastuurakenne olisi sovel-

<sup>14</sup> Ks. *IGLP Law and Global Production Working Group*, The Role of Law in Global Value Chains: A Research Manifesto, 4 London Review of International Law (2016) s. 57.

<sup>15</sup> Tästä ja muista samankaltaisista common law -doktriineista ks. esim. *Joe Phillips ja Suk-Jun Lim*, Their Brothers' Keeper: Global Buyers and the Legal Duty to Protect Suppliers' Employees, 61 Rutgers Law Review (2009) s. 328. Uudempana esimerkkinä *onnistuneesta* vastuun samaistamisesta englantilaisen tort-doktriinin avulla ks. *Petrin*.

<sup>16</sup> Tästä ja sen suhteesta englantilaiseen tort-doktriiniin ks. esim. *Basil Markesinis ja Hannes Unberath*, The German Law of Torts: A Comparative Treatise, 4. painos (2002 Hart Publishing) esim. s. 63–64.

<sup>17</sup> *Salminen* 2015.

<sup>18</sup> Yksi mielenkiintoinen esimerkki on saksalaisen autonvalmistajan 'arvoketjukaavio', joka auttaa sitä näkemään kertsil-mäyksellä kaikkien arvoketjun toimijoiden kulurakenteen ja siten kohdistamaan teknistä tai muuta apua kulurakenteen optimoimiseksi sinne, missä sitä eniten tarvitaan. Arvoketjun optimoinnista seuraava taloudellinen etu jaetaan osapuolten kesken tilannekohtaisesti. Ks. *Kajüter ja Kulmala*. Järjestelmä perustuu kahdenvälisiin sopimuksiin, mutta niistä muodostuva organisaatorinen rakenne on lopulta kaukana perinteisestä kahdenvälisestä sopimuksesta ja kirkkaasti ylittää kahdenvälisten sopimusten rajat. Avoimeksi kysymykseksi jää, miten vastuu esimerkiksi epäonnistuneista optimointiyrityksistä seuraavista ja kolmansiin kohdistuvista tuotantoseisauksista kohdistetaan ja millä juridisella perusteella (esim. delikti vai sopimus, ja missä määrin vastaus olisi erilainen, jos relevantti oikeusjärjestys vaihtuisi). Toisin kuin saksalaisen autonvalmistajan esimerkki, tässä kirjoituksessa lähemmin käsitelty Bangladesh Accord ja sen kilpailija Bangladesh Alliance kokoavat sektorinlaajuisesti yhteen useiden eri johtoyritysten toimitusketjuja, kunhan näillä vain on liittymä Bangladeshissa tapahtuvaan tuotantoon.

<sup>19</sup> Kommentoinnista esim. *Petrin*.

<sup>20</sup> Tästä aiemmasta kehityksestä ks. esim. *Richard Meeran*, Tort Litigation against Multinational Corporations for Violation of Human Rights: An Overview of the Position Outside the United States, 3 City University of Hong Kong Law Review (2011) s. 1.

lettavissa myös sopimuksien varaan rakentuviin toimitusketjuihin.<sup>21</sup> Tapauksia on vuosien saatossa ollut kasvava määrä eri oikeusjärjestelmissä.<sup>22</sup>

### 3 Sirpaloituneen tuotannon tyypittely ja tyypittelyn merkitys vastuuperusteelle ja kanteen prosessuaalisille reunaehdoille

#### 3.1 Sirpaloituneen tuotannon tyypittely ja sen merkitys vastuuperusteelle

Vastuun hahmottaminen monikansallisessa toimitusketjussa kannattanee aloittaa kansainvälisen yksityisoikeuden puitteissa. Vaikka vastuun peruste yleensä tulee kansallisesta oikeudesta, kuten *Chandler v Cape* -tapauksessa, on foorumin- ja lainvalinnalla keskeinen merkitys tuon vastuuperusteen identifioimiselle ja kanteen menestyksen kannalta keskeisille prosessuaalisille reunaehdoille kuten todistelulle, oikeudenkäynnin rahoitukselle ja vahingonkorvauksen määrän laskemiselle. Tässä yhteydessä hallintamekanismin oikeudelli-

sella luonteella on keskeinen merkitys. Sivuutan tässä keskustelussa yhdysvaltalaiseen Alien Tort Statute'iin perustuvat kanteet siihen viime vuosina asetettujen rajoitusten vuoksi.<sup>23</sup>

Ensimmäinen jaottelu voidaan tehdä omistuksellisesti ja sopimuksellisesti rakentuvien tuotantoketjujen välille.<sup>24</sup> Omistuksellisesti rakentuvassa tuotantoketjussa kyse on ylikansallisesta konsernista. Tuotantovastuun on nähty saaneen alkunsa juuri tällaisissa tapauksissa, kun vaikkapa englantilaista emoyhtiötä on yritetty saattaa vastuuseen sen eteläafrikkalaisen tytäryhtiön toimista.<sup>25</sup> Tällaisissa tapauksissa sopimuksellinen kanneperuste ei tule kyseeseen sopimuksen puuttuessa. Jos erityislainsäädäntökään ei sovellu, kyseeseen tulee miltei yksinomaan deliktivastuu.

Tilanne on luonnollisesti erilainen sopimuksellisesti rakentuvissa tuotantoketjuissa. Jotkut ovat nähneet omistuksellisesti ja sopimuksellisesti rakentuvien tuotantoketjujen välillä yhtäläisyyden.<sup>26</sup> Ero näiden välillä on kuitenkin keskeinen, sillä jälkimmäisissä sopimusvastuu tarjoaa selkeän vaihtoehdon

<sup>21</sup> Näin argumentoidaan esimerkiksi tällä hetkellä Saksassa käynnissä olevassa, common law'n periaatteita pakistanilaisen lain kautta soveltavassa *Jabir v KiK* -tapauksessa, jossa pakistanilaisen tuottajan työntekijät ovat nostaneet kanteen tuottajayrityksen saksalaista tilaajayritystä vastaan. Tapauksesta ks. *Wesche ja Saage-Maaß*. Yleisemmin argumentaatiolinjasta esim. *Rott ja Ulfbeck*, samoin kuin *Vibe Ulfbeck ja Andreas Ehlers*, *Tort Law, Corporate Groups and Supply Chain Liability for Workers' Injuries: The Concept of Vicarious Liability*, 13 *European Company Law* (2016) s. 167.

<sup>22</sup> Esimerkiksi eurooppalaisista ratkaisuista on Enneking laatinut alustavan listauksen. Ks. *Liesbeth Enneking*, *Judicial Remedies: The Issue of Applicable Law*, teoksessa Juan José Álvarez Rubio ja Katerina Yiannibas (toim.), *Human Rights in Business – Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union* (2017 Routledge). Yhdysvaltain ulkopuolisista common law -ratkaisuista ks. *Meeran*. Yhdysvaltalaisista Alien Tort Statute -ratkaisuja on listannut esim. *Michael D. Goldhaber*, *Corporate Human Rights Litigation in Non-U.S. Courts: A Comparative Scorecard*, 3 *UC Irvine Law Review* (2013) s. 127.

<sup>23</sup> ATS:n viimeaikaisesta kehityksestä esim. *Ingrid Wuerth*, *Kiobel v Royal Dutch Petroleum Co.: The Supreme Court and the Alien Tort Statute*, 107 *American Journal of International Law* (2013) s. 601; *Christopher A. Whytock*, *Donald Earl Childress III ja Michael D. Ramsay*, Foreword: After Kiobel – International Human Rights Litigation in State Courts and Under State Law, 3 *UC Irvine Law Review* (2013) s. 1; *Louise Weinberg*, What We Don't Talk About When We Talk About Extraterritoriality: Kiobel and the Conflict of Laws, 99 *Cornell Law Review* (2014) s. 1471.

<sup>24</sup> Periaatteessa yritys voinee toimia globaalisti myös yhtenä yksikkönä ilman tytäryhtiö- tai alihankkijarakennetta. Yhden esimerkin saattaisivat tarjota jotkin globaalisti toimivat konsultit, kuten vaikuttaisi olleen kyse englantilaisessa *Sutradhar v NERC* -tapauksessa ([2006] UKHL 33). Tapauksen kritiikistä (jo ennen House of Lordsin ratkaisua) ks. *Peter J. Atkins, M. Manzurul Hassan ja Christine E. Dunn*, *Toxic Torts: Arsenic Poisoning in Bangladesh and the Legal Geographies of Responsibility*, 31 *Transactions of the Institute of British Geographers* (2006) s. 272.

<sup>25</sup> Yleisesti ns. *foreign direct liability* -kanteiden historiasta esim. *Peter Muchlinski*, *The Changing Face of Transnational Business Governance: Private Corporate Law Liability and Accountability of Transnational Groups in a Post-Financial Crisis World*, 18 *Indiana Journal of Global Legal Studies* (2011) s. 665.

<sup>26</sup> Esimerkiksi *Enneking ja Larsen* näyttäisivät niputtavan molemmat *foreign direct liability* -termin alle. Ks. esim. *Liesbeth Enneking*, *Foreign Direct Liability and Beyond* (2012 Eleven International Publishing) ja *Rasmus Kløcker Larsen*, *Foreign Direct Liability Claims in Sweden: Learning from Arica Victims KB v. Boliden Mineral AB?*, 83 *Nordic Journal of International Law* (2014) s. 404.

sopimuksenulkoiselle vastuulle. Avaan eron merkitystä pian. Ensin haluan kuitenkin huomioda vielä sopimuksellisesti rakentuvan tuotantoketjun kaksi eri tyyppitapausta.

Yhtäältä sopimuksellisesti rakentuvassa tuotantoketjussa voi olla kyse ainoastaan alihankkijan valinnasta. Johtoyritys ei pyri mitenkään ohjaamaan tai hallitsemaan alihankkijaa. Tällöin kanteen sopimuksellinen liittymä tuskin on niin suuri, että sopimusvastuu tulisi kyseeseen. Sen sijaan sopimuksenulkoisen korvausvastuu voisi tulla kyseeseen esimerkiksi siksi, että johtoyritys on huolimattomuut- taan (tai tahallaan) valinnut alihankkijan, joka selvästi ei ole kykenevä suorittamaan sille uskottua tointa. Tällaisesta tilanteesta näyttäisi olevan kyse käynnissä olevassa ruotsalaisessa *Arica v Boliden* -tapauksessa (*Arica Victims KB v Boliden Minerals AB*, Skellefteå Tingsrätt, T. 1021-13) tai kuuluisuutta saaneen *Trafigura* -tapauksen englantilaisessa osassa ([2009] EWHC 1246 (QB)), joka sittemmin sovittiin.<sup>27</sup>

Toisaalta sopimuksellisesti rakentuvassa tuotantoketjussa voi olla kyse huolimattomasta tuotannon hallinnasta sopimuksellisella hallintamekanismilla. Tällöin sopimusvastuu saattaisi tulla kyseeseen deliktivastuun sijaan tai rinnalla riippuen yhtäältä tilanteen kannalta merkityksellisestä oikeusjärjestelmästä ja toisaalta hallintamekanismin luonteesta. Yhden esimerkin tarjoaa yllä mainittu *Doe v Walmart* -tapaus, jossa kantajat pyrkivät perustelemaan kannettaan useilla sopimuksellisilla ja sopimuksenulkoisilla vastuuperusteilla.<sup>28</sup> Kyseissä tapauksessa niin sopimus- kuin sopimuksenulkoiseen vastuuseen perustuneet kanteet hylättiin pitkälti siksi, että liittovaltion valitustuomioistuin tulkitsi hallintamekanismin sanamuodon olleen sen verran pehmeästi muotoiltu, ettei siihen voinut perustaa vastuuta.

Tapauksen jälkeen sekä hallintamekanismit että niihin liittyvä juridinen argumentaatio ovat kehittyneet siinä määrin, ettei samanlaista sopimusvastuun kieltävää lopputulosta voi enää pitää varmana.

### 3.2 Tyypittelyn merkitys kanteen prosessuaalisille reunaehdoille

Mitä ero sopimus- ja deliktivastuuseen merkitsee vastuun hahmottamiselle globaalissa tuotannossa? Fooruminvalinnan osalta sillä ei välttämättä ole suurta merkitystä. Jos toisin ei ole sovittu, peruslähtökohtana Euroopassa on vastaajan foorumi. Lainvalinnan osalta merkitys voi kuitenkin olla keskeinen, ja tämä merkitys heijastuu helposti myös prosessisääntöihin. Esimerkiksi vahingonkorvauksen määrä saatetaan laskea substanssiin soveltuvan lain kautta ja saadun vahingonkorvauksen määrä saattaa olla merkitsevä oikeudenkäyntikulujen korvauksen määrää laskettaessa.<sup>29</sup> Tätä kautta riidan substanssiin soveltuvalla lailla saattaa olla hyvinkin keskeinen merkitys kanteen prosessuaalisille menestymismahdollisuuksille.<sup>30</sup>

Tässä suhteessa kansainvälisen yksityisoikeuden säännöt ovat keskeisen erilaiset sopimusvastuun ja sopimuksen ulkoisen vastuun osalta. Sopimuksenulkoisessa vastuussa lähtökohtana on usein *lex loci damni* -periaate, joka paikallistaa riitaan soveltuvan lain oikeusjärjestelmään, jonka piirissä vahinko tapahtui. Näin esimerkiksi Shellin nigerialaisen tytäryhtiön Nigeriassa tekemiä oikeudenloukkauksia käsiteltäisiin Nigerian lain alla vaikka kanne olisi nostettu Hollannissa.<sup>31</sup> Samalla periaatteella Pakistanissa tapahtuneen tehdaspalon seurauksena Saksassa nostettu kanne pakistanilaisen tuottajan saksalaista tilaajayhtiötä vastaan käsitellään Pakistanin lain mukaisesti.<sup>32</sup> Kun vaikkapa vahingon-

<sup>27</sup> Edellisestä ks. *Larsen*, jälkimmäisestä esim. *Enneking* 2012, s. 102–104.

<sup>28</sup> Ks. esim. *Julia S. van de Walle*, *Doe v. Wal-Mart. Revisiting the Scope of Joint Employment*, 30 *Berkeley Journal of Employment & Labor Law* (2009) s. 589.

<sup>29</sup> Yleisesti ks. esim. *Meeran ja Goldhaber*.

<sup>30</sup> Tästä tarkemmin *Salminen* 2018.

<sup>31</sup> Tapauksesta *Liesbeth Enneking*, *The Future of Foreign Direct Liability? Exploring the International Relevance of the Dutch Shell Nigeria Case*, 10 *Utrecht Law Review* (2014) s. 44.

<sup>32</sup> *Wesche ja Saage-Maaf*.

korvauksen määrä mitataan Pakistanin tai Nigerian lain mukaan, saattaa lopputulos olla hyvin erilainen kuin vaikkapa Hollannin tai Saksan lain mukaan.

Sopimusvastuun osalta taas pyritään identifioimaan sopimukseen soveltuva laki. Esimerkiksi *Doe v Walmart*-tapauksessa ajettiin hallintamekanismiin perustuvaa sopimuskannetta. Vaikka vahinko oli tapahtunut muun muassa Kiinassa, Bangladeshissa, Nicaraguassa, Indonesiassa ja Swazimaassa, sopimuskanteeseen soveltuvi sen yhdysvaltalaisen osavaltion laki, johon hallintasopimus paikallistettiin.<sup>33</sup> Kanteen luonteelle oli keskeinen merkitys sillä, että lainvalinta kohdistui yhdysvaltalaiseen lakiin, sillä tämä avasi paitsi yhdysvaltalaisien kannetyyppien laajan kirjon myös niistä mahdollisesti seuraavat prosessuaaliset edut. Samanlainen tilanne olisi mahdollista kuvitella myös saksalaiseen *KiK v Jaber*-tapaukseen: pakistanilaisen common law'n deliktivastuun sijaan kanteen perusteena olisi mahdollisesti voinut olla Saksan oikeuden alainen sopimuskanne, mistä olisi voinut seurata prosessuaalisia etuja vaikkapa vahingonkorvauksen määrän tai vanhenemisajan laskemisen osalta.<sup>34</sup> Hallintamekanismin oikeudellisella luonteella voi siis olla keskeinen merkitys kanteiden lokalisoinnille ja onnistumiselle.

Lokalisointi avaa kuitenkin myös muita mahdollisuuksia. Yritykset pyrkivät sääntelemään tuotantoketjunsä reunaehtoja paitsi tuotekehityksen ja kudurakenteen myös esimerkiksi ympäristövaikutusten tai alihankkijoiden työntekijöiden suhteen. Jokainen kansainvälisillä markkinoilla toimiva yritys joutuu varautumaan siihen, että sitä vastaan nostetaan kanteita tuotantoketjussa tapahtuvien ongelmien vuoksi. Vaikka tällaiset kanteet ovat yhä pitkälle teoreettisia, ratkaisut kuten *Chandler v Cape*, arvoketjuhallinnan oikeudellisen ymmärtämisen kehitys ja hallintamekanismien kehitys lisäävät kan-

teiden onnistumisen mahdollisuutta. Tämä johtaakin kysymykseen siitä, voisiko johtoyritys sopimuksellisella hallintamekanismilla etukäteen kontrolloida oikeudellista suhdettaan eri sidosryhmiin.

#### 4 Mahdollisuudet vastuunhallintaan erityisellä hallintasopimuksella

##### 4.1 Mahdollisuus rajata sopimusenulloista vastuuta sopimuksella

Sopimussuhde määrittelee sopimukseen perustuvaa vastuuta sopijapuolten välillä. Jos vastapuoli siihen suostuu (tai heikomman osapuolen osalta ei voi olla suostumatta), voi sopimuksella rajoittaa vastuutaan vastapuoleen nähden. Tämä tapahtuu vaikkapa kirjaamalla sopimukseen summan, joka vastaa yhden osapuolen korkeinta mahdollista vastuuta vastapuoliin nähden sopimusrikkomuksen seurauksena. Astetta vaikeampi kysymys on, missä määrin sopimuksella voi rajoittaa myös sopimusenulloista vastuuta tai jopa kokonaan sulkea sen pois. Tämä riippuu oikeusjärjestyksestä.

Yleisellä tasolla joissakin oikeusjärjestyksissä sopimus- ja deliktivastuu eivät voi tulla sovellettaviksi yhtäaikaan, kun taas toisissa ne voivat olla rinnakkaisia vastuuperusteita. Ranskan oikeus on perinteinen esimerkki siitä, että jako sopimus- tai deliktivastuuseen on lähtökohtaisesti ehdoton. Deliktivastuuta ei voi rajoittaa sopimuksin, sillä se koetaan *ordre publiciksi*. Sen sijaan sopimussuhteen olemassaolo automaattisesti syrjäyttää deliktivastuun osapuolten keskinäisillä säännöillä. Samalla sopimuksen ja deliktin keskinäistä käyttöalaa muokkaamalla ranskalaiset tuomioistuimet ovat pystyneet puuttumaan kummankin lähtökohdan ongelmiin.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> Tapauksessa jäi lopulta selvittämättä, minkä osavaltion laki tarkalleen ottaen soveltuvi, sillä kummankin mahdollisesti soveltuvan osavaltion lain nähtiin soveltuvan samoja periaatteita.

<sup>34</sup> Tästä mahdollisuudesta esim. *Haley Revak*, Corporate Codes of Conduct: Binding Contract or Ideal Publicity?, 63 *Hastings Law Journal* (2012) s. 1645.

<sup>35</sup> Esimerkiksi sopimus kolmannen hyväksi -konstruktion osalta kantaja voi valita, hyväksyykö sopimussuhteen olemassaolon vai kieltääkö sen ja käyttää mieluummin deliktivaihtoehtoa. Siitä, miten tuomioistuimet ovat historiallisesti muovanneet vastuumuotojen keskinäistä alaa, ks. esim. *Simon Whitaker*, Privity of Contract and the Law of Tort: The French Experience, 15 *Oxford Journal of Legal Studies* (1995) s. 327.

Useissa oikeusjärjestyksissä sopimusvastuu ja deliktivastuu voivat kuitenkin tulla sovelletuksi rinnakkain. Esimerkkejä tästä ovat yhdysvaltalainen oikeus (niin liittovaltion kuin osavaltioiden tasolla), Englannin oikeus ja Saksan oikeus. Jos tapauksen seikat mahdollistavat sekä sopimus- että sopimusenkulkoisen vastuun soveltumisen, voi kantaja valita omalta kannaltaan sopivimman kanneperusteen. Englantilaisessa *Henderson v Merrett Syndicates* -ratkaisussa ([1994] UKHL 5) Englannin korkein oikeus totesi, että sopimusoikeudellisen kanneajan kuluttua umpeen sopimussuhteessa olleet kantajat pystyivät vetoamaan sopimusenkulkoiseen vastuuperusteeseen. Yhdysvalloissa esim. Kalifornian tuomioistuimet ovat todenneet, että samaan kanteeseen voi hyvinkin soveltua sekä sopimusvastuu (vaikkapa sopimus kolmannen hyväksi -konstruktion muodossa) ja sopimusenkulkoisen vastuun.<sup>36</sup>

Jos kumpikin kanneperuste voi soveltua yhtäaikaan, keskeinen kysymys on missä määrin sopimuksella voi puuttua deliktisuhteeseen. Varsinkin 1900-luvulla oikeuskehitys on pyrkinyt rajoittamaan sopimusvapautta esimerkiksi sosiaalisen perusteen. Kuvaava esimerkki löytyy Englannista. Englantilainen common law ei itsessään aseta rajoituksia sille, että sopimuksella voitaisiin rajata deliktivastuun alaa. Periaatteessa yritys voi jopa rajoittaa deliktivastuutaan suhteessa henkilövahinkoihin ja kuolemaan, ja 1900-luvun puolivälissä moni valmistaja liittikin kulutustuotteisiin 'takuun', joka ei lisännyt kuluttajan oikeuksia vaan päinvastoin rajoitti niitä deliktivastuun osalta.<sup>37</sup> Tavan yleistyessä lainsäätäjän oli puututtava peliin erityislainsäädännöllä, ja mm. henkilövahinkoja koskevaan deliktivastuuseen puuttuville sopimus- tai takuuehdoille asetettiin oikeudenmukaisuutta varmistavia

edellytyksiä.<sup>38</sup> Lähtökohtana englantilaisessa common law'ssa (ja sen varaan rakentuvissa oikeusjärjestyksissä) kuitenkin säilyy se, että sopimuksella voidaan rajoittaa deliktivastuuta jopa suhteessa henkilövahinkoihin.

#### 4.2 Sopimuksen peitosta

Sopimuksella voi siis ainakin periaatteessa vaikuttaa myös sopimusenkulkoiseen vastuuseen. Toinen kysymys on, missä määrin sopimussuhteen voi saada kattamaan muita sidosryhmiä kuin sopimuksen varsinaisen vastapuolen. Ensinnäkin voi pohtia, missä määrin tiettyjen intressien edustajia voi ylipäättään saada sidottua sopimukseen jonkin oikeusjärjestelmän puitteissa. Niin kauan, kun sidosryhmät koostuvat yrityksistä, tässä ei yleensä ole ongelmaa. Jos taas kyseeseen tulevat muut sidosryhmät, kuten vaikkapa alihankkijoiden työntekijät tai ympäristölliset intressit, tilanne on helposti toinen.

Työntekijät voi periaatteessa saattaa sopimuksen piiriin kollektiivisesti. Kollektiivisen sopimisen reunaehdot vaihtelevat paljon maasta toiseen. Esimerkiksi Meksikossa ulkomaiset yritykset ovat niin sanotun suojelusopimuksen muodossa voineet vapaasti valita tehtaitaan edustavan ammattiliiton konsultoimatta työntekijöitä, millä on ollut suuri merkitys työehtojen muotoutumiselle.<sup>39</sup> Tällaiset sopimukset ovat luonteeltaan samankaltaisia kuin yllämainitut englantilaiset 'kuluttajatakuut': nimitetään huolimatta ne eivät laajenna vaan päinvastoin rajoittavat työntekijöiden turvan tasoa.

Toisaalta työntekijöiden edustajat voivat tehdä sopimuksia, joiden osalta on epäselvää, ovatko ne kollektiivisopimuksia vai jotain muuta. Yksi esimerkki on Bangladesh Accord, jonka osapuolina on

<sup>36</sup> Tarkemmin tästä ja eri osavaltioiden suhtautumisesta vastuunmuotojen eroihin ks. esim. *Jay M. Feinman*, Professional Liability to Third Parties, 3. painos (2013 American Bar Association).

<sup>37</sup> *Simon Whittaker*, The Development of Product Liability in England, s. 68–69, 83, teoksessa Simon Whittaker (toim.) The Development of Product Liability (2010 Oxford University Press). Kuluttajatakuun käsitteestä Edwin Peel, Treitel's The Law of Contract, 12. painos (2007), s. 270.

<sup>38</sup> Ks. Unfair Contract Terms Act 1977 c 50.

<sup>39</sup> Ks. esim. *David Welch ja Nacha Cattán*, How Mexico's Unions Sell Out Autoworkers, Bloomberg 5.5.2017, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-05-05/how-mexico-s-unions-sell-out-autoworkers>. Ilmiön taustasta esimerkiksi *Carlos de Buen Unna*, Collective Bargaining Agreements for Employer Protection ("Protection Contracts") in Mexico (2011 Friedrich Ebert Stiftung).



yhtäältä joukko länsimaisia yrityksiä ja toisaalta joukko bangladeshilaisia ja kansainvälisiä ammatiliittoja, jotka pyrkivät edustamaan bangladeshilaisten alihankkijoiden työntekijöitä. Sopimus näyttää tarjoavan alihankkijoiden työntekijöille selkeitä etuja mutta myös rajoituksia taloudellisten korvausten määrän osalta. Missä määrin sopimus sitoo työntekijöitä suoraan, oli se sitten kollektiivisopimuksena, edustuksen kautta tai vaikkapa sopimus kolmannen hyväksi -konstruktion muodossa, on avoin kysymys. Voi ajatella, että ainakin silloin, jos työntekijät hyväksyvät sopimuksen suomat edut, tulevat he samalla sidotuiksi myös sopimuksen rajoituksiin.

Samalla tavalla hallintasopimus voisi saada käytännön sitovuutta myös ympäristöllisiin intresseihin nähden. Tämä voisi onnistua esimerkiksi lisäämällä sopimusosapuoleksi jonkin edustavaksi koetun ympäristöjärjestön tai viranomaisen ja vetoamalla edustukseen tai sopimus kolmannen hyväksi -konstruktion. Vielä yhden mahdollisuuden tarjoaa standardoituminen. Erityisen kattava hallintasopimus, kuten satojen toimijoiden Bangladesh Accord, voi lisätä sopimuksen legitimiyyttä myös sopimuksen ulkopuolisten toimijoiden silmissä ja saada aikaan de facto standardin.<sup>40</sup>

## 5 Proseduraalinen käänne: hallinta-sopimuksen terästäminen välityslausekkeella

Edellisessä jaksossa mainittujen lähtökohtien seurauksena maailman oikeudellinen tilannekuva on

sirpaloitunut. Joissain oikeusjärjestyksissä voi sopimuksella rajoittaa sopimuksenulkoista vastuuta toisia ja kolmansia kohtaan hyvinkin merkittävästi. Kansainvälisen yksityisoikeuden keinoin saattaa olla mahdollista ohjata lainvalintaa omien tarkoituksien osalta suopeampaan suuntaan, tai ehkä realistisemmin ottaa tietyn oikeusjärjestyksen tarjoamat edut huomioon tuotannon sijoittamista arvioidessa. Ehkä mielenkiintoisempi tilanne on kuitenkin se, että sopimus pyritään laajemmin irrottamaan yksittäisten kansallisten oikeusjärjestelmien piiristä. Tässä yhteydessä erityinen merkitys on välimiesmenettelyllä.

Välimiesmenettelyn keskeinen piirre on, että se tarjoaa osapuolille laajan yksityisautonomian.<sup>41</sup> Esimerkiksi Yhdysvalloissa monet prosessia suojaavat oikeusturvakeinot, kuten mahdollisuus joukkokanteisiin ja valamiehistön käyttöön, voidaan sivuuttaa jo kansallisten välitysheitojen avulla.<sup>42</sup> Tämän yksityisautonomian ala riippuu toki oikeusjärjestyksestä. Kuluttajat voidaan Yhdysvalloissa sitouttaa välimiesmenettelyyn jo ennen riidan syntymistä, siinä missä EU:ssa tämä ei onnistu.<sup>43</sup> Myös työntekijöiden osalta tilanne vaihtelee oikeusjärjestyksittäin.<sup>44</sup> Erityisesti kansainvälisissä toimintaympäristöissä välimiesmenettely perustuu osapuolten ennalta sopimaan riidanratkaisukehykseen ja kansainväliseen toimeenpanomekanismiin, joka ei mahdollista prosessista valittamista ellei osapuolten perustavanlaatuisia oikeuksia ajaa asiaansa tai toimeenpanovaltion *ordre public* -säätelyä

<sup>40</sup> Legitiimisytydestä Bangladesh Accordin ja Bangladesh Alliancen osalta ks. esim. *Beryl ter Haar ja Maarten Keune*, One Step Forward or More Window-Dressing? A Legal Analysis of Recent CSR Initiatives in the Garment Industry in Bangladesh, 30 *International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations* (2014) s. 5. Yksityisten standardien luomisesta ks. esim. *Steven L. Schwarcz*, Private Ordering, 97 *Northwest University Law Review* (2002) s. 319 ja standardien muodostumisesta sektoreittain esim. *Dan Wielsch*, Global Law's Toolbox: Private Regulation by Standards, 60 *American Journal of Comparative Law* (2012) s. 1075.

<sup>41</sup> Esimerkiksi *Born* näkee mahdollisuuden laajaan yksityisautonomian käyttöön olevan yksi välimiesmenettelyn keskeisistä eduista tuomioistuimiin verrattuna. *Gary Born*, *International Commercial Arbitration*, 2. painos (2013), s. 73–97.

<sup>42</sup> Esim. *Myriam Gilles*, The Day Doctrine Died: Private Arbitration and the End of Law, *University of Illinois Law Review* (2016) s. 372.

<sup>43</sup> *Amy J. Schmitz*, American Exceptionalism in Consumer Arbitration, 10 *Loyola University of Chicago International Law Review* (2013) s. 81.

<sup>44</sup> *Born* s. 1008–1021.

ole loukattu ja tällöinkin valituksen hyväksyminen on harkinnanvaraista.<sup>45</sup> Tästä seuraa, että osapuoli voi pyrkiä ohjaamaan prosessin reunaehdoista siten, että kansalliseen oikeuteen sisällytetyt oikeussuojakeinot ohitetaan yksityisautonomian ja oikeusvarmuuden nimissä.<sup>46</sup>

Välimiesmenettely siirtää siis tarkastelun viitekehystä kansallisten oikeusjärjestysten reunaehdoista kohti osapuolten välistä sopimusta. Sopimuskeskeisyyttä voi entisestään lisätä lainvalinnan keinoin esimerkiksi sijoittamalla prosessin sellaiseen oikeusjärjestelmään, jossa yksityisautonomian merkitys korostuu suhteessa kansallisiin oikeusturvakeinoihin. Toinen vaihtoehto on pyrkiä yleisemmin etäännyttämään prosessi yksittäisistä kansallisista oikeusjärjestyksistä kohti monikansallista oikeutta. Monikansallisen oikeuden määrittely on haastavaa.<sup>47</sup> Ehkä helpompaa on puhua monikansallisesta etäännyttämisestä. Tällä tarkoitan sitä, että kun sopimus liittyy kiinteästi useampaan oikeusjärjestykseen, voi sopimusteksti saada entistä suuremman merkityksen riidan tulkinnassa suhteessa yksittäisiin oikeusjärjestyksiin. Esimerkin tarjoaa vaikkapa YK:n kansainvälistä tavaran kauppaa koskevista sopimuksista tehdyn yleissopimuksen 7 artikla, jonka mukaan 'tulkinnassa on otettava huomioon yleissopimuksen kansainvälinen luonne sekä tarve edistää sen yhtenäistä soveltamista ja toimimista vilpittömässä mielessä kansainvälises-

sä kaupassa'. Tämän on tulkittu tarkoittavan puhtaasti kansallisen materiaalin käytön välttämistä yleissopimuksen tulkinnassa.<sup>48</sup> Samankaltaisia monikansallisen etäännyttämisen tekniikoita voidaan käyttää myös *ad hoc* -sopimuksissa.<sup>49</sup> Tällaisissa tilanteissa välimiehet keskittynevät sopimustulkintaan ja antavat vähemmän huomiota oikeusturvakeinoille, joita esiintyy vain yhdessä tilanteeseen mahdollisesti soveltuvista oikeusjärjestyksistä. Vain näin voidaan välttää ristiriitaiset sopimustulkinnat, jotka saattaisivat seurata saman sopimuksen tarkastelusta useaan otteeseen usean eri oikeusjärjestyksen linssin kautta.

Vielä kolmaskin tekijä saattaa olla merkityksellinen, jos halutaan korostaa sopimusta jonkin kansallisen oikeusjärjestelmän sijaan. Tämä tekijä on prosessuaalisten epävarmuuksien rakentaminen sisään sopimukseen. Kyseeseen voi tulla esimerkiksi sopimus, jolla hallinnoidaan lukuisten useista eri oikeusjärjestyksistä tulevien toimijoiden joukkoa. Tällöin voi olla, ettei etukäteen pystytä määrittelemään, mitkä ovat tietyn riidan kannalta merkitykselliset oikeusjärjestykset. Samalla osapuolet eivät pääse sopuun yhdestä kaikkiin riitoihin soveltuvasta laista tai oikeuspaikasta. Sen sijaan sopimukseen rakennetaan mekanismi, jolla soveltuva laki ja oikeuspaikka määritellään tapauskohtaisesti riidan synnyttyä. Tällöin sopimuksella ei *prima facie* ole selkeää liittymää mihinkään yksittäiseen

<sup>45</sup> Erityisesti *ordre public* -perusteeseen vetoamiseen täytäntöönpanovaiheessa suhtaudutaan monissa oikeusjärjestyksissä pidättyvästi. Pidättyvä suhtautuminen on saanut tukea myös investointisuojaan liittyvissä valtioiden ja sijoittajien välisissä ICSID-välimiesmenettelyissä. Ks. *Anton Maurer*, Public Policy Exception Under The New York Convention: History, Interpretation, and Application, (2013 JurisNet).

<sup>46</sup> Tämä prosessuaalinen kritiikki on ajankohtainen myös ns. investointisuojaan liittyvässä valtioiden ja sijoittajien välisessä ICSID-välimiesmenettelyssä, mistä katso esim. *Stephan W. Schill*, W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law, 22 *European Journal of International Law* (2011) s. 875, 897–9.

<sup>47</sup> *Peer Zumbansen*, Transnational Law, 4 *Osgoode CLPE Research Paper No.* 27/2011.

<sup>48</sup> *John Honnold*, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 3. painos, (1999) s. 87.

<sup>49</sup> Yksi esimerkki on Kanaalitunneli-tapaus, jossa osapuolet sopivat sopimuksen tulkinnan perustuvan niihin periaatteisiin, jotka ovat yhteisiä Englannin ja Ranskan oikeusjärjestelmille ja, tällaisten periaatteiden puuttuessa, kansallisten ja kansainvälisten tuomioistuinten soveltamiin kansainvälisen kaupan yleisiin periaatteisiin ('the principles common to both English law and French law, and in the absence of such common principles by such general principles of international trade law as have been applied by national and international tribunals'). *Channel Tunnel Group Ltd. v. Balfour Beatty Construction Ltd.* [1993] 2 W.L.R. 262, § 28.

oikeusjärjestelmään vaan se ikään kuin kelluu useiden oikeusjärjestysten päällä. Yhtäältä tällainen järjestely mahdollistaa joustavuuden, toisaalta se saattaa olla omiaan pitkittämään riitaprosessia, jos sopimuksella luotu riidanratkaisumekanismi päättyy itse riitelyn kohteeksi. Siksi ristiriitaisten tulkintojen välttämiseksi sopimuksen painoarvo suhteessa mahdollisesti soveltuviin oikeusjärjestyksiin voi kasvaa myös tästä syystä.

Käytännön esimerkin kaikista näistä kolmesta tekijästä tarjoaa Bangladesh Accord. Sopimuksen 5 artiklaan sisältyy välitysehto, joka alistaa sopijapuolten väliset bangladeshilaisten tehtaiden työturvallisuuden parantamiseen liittyvät kiistat välimiesmenettelyyn. Sopimukseen kuuluu toistasataa osapuolta ympäri maailmaa eikä siinä ole ennalta määritelty soveltuva lakia tai oikeuspaikkaa. Jotta ristiriitaiset sopimustulkinnat voitaisiin välttää, välimiesten täytyy keskittyä sopimukseen tilanteeseen mahdollisesti soveltuvien eri oikeusjärjestelmien tarkastelun sijaan. Lain tai oikeuspaikanvalintaa ei kuitenkaan ole Bangladesh Accordissa täysin sivuutettu. Sopimus alistaa nämä UNCITRALin Arbitration Model Law'n mukaiselle prosessille, jossa välitystuomioistuin saa käytännössä itse valita soveltuvan lain ja oikeuspaikan tapauksen seikkojen perusteella.<sup>50</sup> Menettelyssä saattaa olla omat ongelmansa, sillä Model Law on tarkoitettu implementoitavaksi kansallisena lainsäädäntönä, jolloin lainsäätäjän tulee samalla täydentää Model Law'ta.<sup>51</sup> Model Law'n käyttö sellaisenaan, ilman lainsäätäjän implementointia, jättää auki joi-takin yksityiskohtia, kuten välityssopimuksen muodon tai vaikkapa miten ja missä välimiehiä vastaan

tehdyt valitukset voidaan käsitellä.<sup>52</sup> Tämän seurauksena prosessiin leipoutuu sisään epävarmuuksia ja tarve yhtenäiselle yksittäisistä oikeusjärjestyksistä irtautuvalle tulkinnalle kasvaa.

## 6 Lopuksi: Mitä merkitystä tällä on suomalaisille yrityksille, sidosryhmille ja yhteiskunnalle?

Tässä kirjoituksessa esimerkkinä käyttämäni Bangladesh Accord lienee ainoalaatuinen erityisesti siksi, että se on julkisesti saatavilla. Se on syntynyt globaalin mediapaineen seurauksena ja siksi sen julkisuusarvo on erityisen merkittävä. Se on myös poikkeuksellisen kattava instrumentti satoine sopijapuolinen. Yleensä hallintasopimukset lienevät salaisia ja sopijapuolten määrän osalta todennäköisesti rajatumpia. Tästä huolimatta Bangladesh Accord tarjoaa hyvän pohjan tuoda käytännönlaheisesti esille hallintasopimusten potentiaalia tuotantoketjujen riskinhallinnassa.

Bangladesh Accord -tyyppinen järjestely tarjoaa yhden mahdollisuuden hallita sopimusriskejä erityisen hallintasopimuksen kautta. Keskeistä sopimuksessa on, että yksityisautonomian käyttöalaa suhteessa yksittäisiin kansallisiin oikeusjärjestyksiin voidaan kasvattaa välimiesmenettelyn ja kansainvälisen yksityisoikeuden keinoin. Tällöin hallintasopimus erkaantuu kansallisista oikeussuoja-keinoista ja sitä voidaan tehokkaammin käyttää erilaisten tuotantotoimintaan liittyvien riskien hallintaan. Samalla jos järjestely saavuttaa riittävän kattavuuden, siitä saattaa muodostua *de facto* -toimintastandardi, jota on hankala kyseenalaistaa.

<sup>50</sup> Model Law'hon viitataan Bangladesh Accordin 5 artiklassa. Model Law'sta ks. G.A. Res. 61/33, U.N. Doc. A/RES/61/33 (4.12.2006). Model Law'n teksti ja sen tulkinnassa auttava 'Explanatory Note' ovat saatavilla sähköisesti osoitteesta [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf). Lain ja oikeuspaikan valintaprosessista Model Law'n alla ks. esim. *Thomas Heintzman ja Moya Graham*, Choice of Law and Forum in International Commercial Arbitrations (2010), <http://www.heintzmanadr.com/wp-content/uploads/SPEECH-June-2010-Choice-of-Law-and-Forum-in-International-Commercial-Arbitrations.pdf>.

<sup>51</sup> Ks. Model Law'n Explanatory Note, § 3.

<sup>52</sup> Ks. esim. Model Law'n 6–7 artiklat.

Hallintasopimukset nostavat esille useita kysymyksiä. Yksi on missä määrin yksittäiset (suur-) yritykset pystyvät hallintamekanismeja luomalla entisestään ulkoistamaan oikeudenkäyttöä ja tulkintaa kansallisista oikeusjärjestelmistä, mikä voi mahdollistaa aiempaa tehokkaamman riskinhallinnan näiden tuotantoketjuissa. Toinen on missä määrin pienemmät yritykset, jotka liittyvät tällaisiin mekanismeihin, pystyvät ymmärtämään liittymisen seuraukset omalle toiminnalleen ja vaikuttamaan niihin. Kolmanneksi etäännyttämällä hallinnan kansallisesta oikeudesta mekanismit saattavat vaikuttaa muiden toimijoiden, kuten ammattiliittojen ja ympäristöjärjestöjen, kykyyn vaikuttaa oikeuden keinoin. Ja viimeiseksi voi kysyä, missä määrin kansallinen lainsäätäjä pystyy sääntelemään toi-

mintaa, joka ensi näkemältä on ulkoistettu pois sen vaikutuspiiristä piiristä.

Kiitos globaalien oikeuden sirpaleisuuden ja monikansallisen välimiesmenettelyn, hallintamekanismit kuten Bangladesh Accord ja sen monet anonyymit vertaiset mahdollistavat oikeuden karttojen piirtämisen uudelleen. Tästä uudelleenpiirtämisestä seuraa paitsi helpommin kansalliset rajat ylittävä toimitusketjun koordinointi ja hallinta, myös uusia mahdollisuuksia vastuun rajoittamiseen, mikä tulee huomioida hallintamekanismeja laadittaessa, niihin liityttäessä ja, mikäli mahdollista, niiden sääntelemisessä.

*Jaakko Salminen*