

**ARBITRATION**  
**Helsinki, Finland**

M&A, Construction, Real Estate, Insurance

Kimmo Mettälä

Independent Legal Advisor

and Arbitrator

[www.kmconsult.fi](http://www.kmconsult.fi)

Matti S. Kurkela

Professor (h.c.), Docent,

Independent Arbitrator

[www.mattiskurkela.fi](http://www.mattiskurkela.fi)

**Arbitration Update / December 2020**

**Enka- ja Sulamérica-tapaukset – mitä lakia sovelletaan kansainväliseen välityssopimukseen?**

Kansainvälisen välimiesmenettelyä koskevat ongelmat ovat usein samankaltaisia riippumatta siitä missä maassa välimiesoikeudella on kotipaikkansa (*seat*) ja minkä maan lakia sovelletaan. Päätökset hakeutuvat usein samansuuntaisille linjoille keskeisissä oikeusvaltioissa. Samat oikeudelliset ongelmat tulevat esille ja eri maissa annetut ratkaisut tukeutuvat usein ainakin epäsuorasti muualla jo annettuihin päätöksiin. Kun välitystuomiot eivät ole julkisia ja tuomioistuimilla on eräissä tapauksissa merkittävä ja ratkaiseva toimivalta tuomioistuinten päätökset valaisevat sovellettavia periaatteita ja tulkintasääntöjä. Suomessa ja Suomen lain mukaan Suomessa käytäviä kansainvälisiä välimiesoikeudenkäyntejä on yhä valitettavan vähän, vaikka edellytykset ovat hyvät. Tähän on ollut monta syytä. Tuomioistuinten päätöksiä välimiesmenettelyä yleisesti koskevista kysymyksistä meillä on harvalukuisesti kansainvälisistä menettelyistä puhumattakaan. Lähtökohtaisesti ulkomaisten tuomioistuinten päätöksistä voidaan hakea johtoa mahdollisesti Suomessa esiin tuleviin kysymyksiin.

Tässä tarkastelun kohteeksi on otettu välityssopimukseen sovellettava laki. Välityssopimukseen sovellettava laki sisältää välityssopimukseen noudatettavan sopimusoikeudellisen normiston, käsittäen sovellettavat oikeusohjeet esimerkiksi, kun määritetään mitkä riidat kuuluvat välityssopimuksen alaisuuteen sekä arvioitaessa, onko pätevää välityssopimusta syntynyt. Tämä lainvalintaprosessi on klassista kansainvälistä yksityisoikeutta. Tarkastelun viitemateriaalina on kaksi englantilaista hyvin arvovaltaista ja esimerkillisen hyvin perusteltua tuomioistuinratkaisua, vuonna 2020 ratkaistu *Enka*-tapaus ja vuonna 2012 ratkaistu *Sulamérica*-tapaus.<sup>1</sup> *Enka*-tapauksessa Yhdistyneen Kuningaskunnan korkein oikeus (UK Supreme Court) kiteytti ne periaatteet, joiden mukaan välityssopimukseen sovellettava laki määräytyy. Tuomioistuin katsoi, että kun osapuolet eivät ole tehneet lakivalintaa

---

<sup>1</sup> *Enka Insaat Ve Sanayi AS (Respondent) v OOO Insurance Company Chubb (Appellant) (2020) EWCA Civ 574* (jäljempänä *Enka*), *Sulamérica Cia Nacional de Seguros S.A. v. Enesa Engenharia S.A. (2012) EWCA civ 638* (jäljempänä *Sulamérica*). *Sulamérica*-tapauksessa Yhdistyneen Kuningaskunnan korkein oikeus katsoi, että välityssopimukseen sovellettava laki määräytyy kolmivaiheisella testillä: (i) ovatko osapuolet nimenomaisesti valinneet välityssopimukseen sovellettavan lain, (ii) ovatko osapuolet konkludenttisesti valinneet välityssopimukseen sovellettavan lain, ja (iii) jos osapuolet eivät ole nimenomaisesti tai hiljaisesti valinneet sovellettavaa lakia, välityssopimukseen sovelletaan sitä lakia johon välityssopimus läheisimmin ja todellisesti liittyy.

välityssopimuksessa, mutta ovat tehneet lakivalinnan siinä sopimuksessa, jonka osa välityssopimus on, niin tätä lakivalintaa sovelletaan lähtökohtaisesti välityssopimukseen, vaikka välimiesoikeuden kotipaikka (*seat*) olisikin eri valtiossa. Jos taas osapuolet eivät ole nimenomaisesti tai implisiittisesti tehneet mitään lakivalintaa, sovelletaan välityssopimukseen sen maan lakia, jolla on läheisin liittymä välimiesoikeudenkäyntiin, mikä pääsääntöisesti merkitsee välimiesoikeuden kotipaikan (*seat*) lakia. On oletettavaa, että näiden kysymysten herätessä noiden päätösten perustelut ja ratkaisut antavat vankan pohjan myös meidän tuomioistuintemme joutuessa ratkaisemaan tämän kysymyksen.<sup>2</sup>

Jo hyvin vakiintuneen doktriinin mukaan sekä meillä että muualla välityslauseke muodostaa pääsopimuksesta itsenäisen sopimuksen silloinkin, kun se on osa pääsopimuksesta niin kuin useimmiten on asianlaita. Tämän ns. *separability*-periaatteen ansiosta pääsopimukseen sisältyvän välityslausekkeen mukaisesti asetettu välimiesoikeus ei menetä toimivaltaansa pelkästään sen johdosta, että pääsopimus katsottaisiin pätemättömäksi. Yleisimmin välityssopimukseen päädytään samassa yhteydessä, kun pääsopimuksesta on saavutettu yksimielisyys. Kun jo vuosikymmenet sitten painotettiin lainvalintalausekkeen sisällyttämistä erityisesti kansainväliseen sopimukseen, tästä on jo muodostunut vallitseva käytäntö. Se voi olla yksi vaikeimmin sovittavia sopimuksen osia tai sitten siihen ei kiinnitetä riittävästi huomiota.<sup>3</sup> Samoin valistunut sopimuksen laatija on usein suosinut välityslauseketta ja tarkastanut New Yorkin sopimuksen soveltumisen mahdollista täytäntöönpanokelpoisuutta silmällä pitäen. *Separability*-periaatteen ansiosta välityssopimukseen sovellettavan lain ei tarvitse olla sama kuin pääsopimukseen sovellettava laki. Sen ei myöskään tarvitse olla sama kuin välimiesoikeuteen sovellettava prosessuaalinen laki. Nytemmin on alettu kiinnittää yhä enemmän huomiota siihen, tulisiko pääsopimukseen liittyvään itsenäiseen välityssopimukseen sisällyttää myös oma nimenomainen lainvalintaa koskeva lauseke olipa se sitten sama kuin pääsopimuksessa tai siitä poikkeava. Tämä lienee yhä harvinaista<sup>4</sup> ja asian esille ottaminen muiden kuin kaikkein valistuneimpien lakimiesten toimesta saattaa tärkeydestään huolimatta herättää hämmästyksiä - tai jopa antaa kuvan jonkinlaisesta turhasta juridisesta snobismista. Tämä lainvalinta kohdistuu siis välityssopimuksen sovellettavaan sopimusoikeudelliseen normistoon, kun taas itse välimiesmenettelyyn sovellettavat välimiesoikeutta koskevat normit määräytyvät lähtökohtaisesti välimiesmenettelyn kotipaikan (*seat*) perusteella, välityssääntöjen ollessa kuitenkin ensisijaisia. Sen sijaan tuon kotipaikan tuomioistuinmenettelyä koskevat normit eivät yleensä ainakaan suoraan sovellu ehkä *due process* - tai *ordre public*-normistoja lukuun ottamatta.

Jos kysymyksen noustessa esiin esimerkiksi *antisuit*-kanteen yhteydessä välityssopimukseen sovellettavista sopimusoikeudellisista laista ei kuitenkaan ole sovittu, kysymys saattaa herätä menettelyn aikana tai sen jo päätyttyä. Saattaa kivuliaalla ja kalliillakin tavalla syntyä erimielisyys tai tulkintakysymys siitä, mikä laki itse välityssopimukseen soveltuu.<sup>5</sup> Jos pääsopimuksessa puolestaan on

<sup>2</sup> Kansainvälisen sopimusoikeuden, kaupan ja kuljetusoikeuden aloilla viitataan tavan takaa *lex mercatoriaan*, jonka historia ulottuu satojen vuosien taakse. Useimmat kirjoitukset käsittelevät asiaa pyrkien selvittämään, onko *lex mercatoria* olemassa. Lähestymistapa on juridisformalistinen ja virheellinen. On hedelmätöntä etsiä jotain yhtä tai kahta universaalisti hyväksyttyä lakia tai säädöskokoelmaa, joka olisi kaikkialla hyväksytty ja muodollisesti sitovaa oikeutta. Uskomaton määrä aikaa ja kirjoituksia on käytetty tämän non-issu - kysymyksen ratkaisemiseksi. *Lex mercatoria* on niiden periaatteiden kokonaisuus, joissa oikeusvaltioiden kesken on lähes täydellinen tai hyvin laaja samankaltaisuus. Absoluuttista vastausta ei ole. Kielelliset erot, erilaiset tulkinnat, prosessit ja täytäntöönpano mekanismit estävät absoluuttisen ratkaisun löytymisen. Se on haaskattua aikaa ja työtä. Sen sijaan on selkeästi oikeuden aloja, joilla yhtäläisyydet ovat merkittävän suuria ja laaja-alaisia. Parhaita esimerkkejä ovat remburssit ja pankkitakaukset kansainvälisessä vaihdannassa, Unidroit:n sopimusoikeudelliset periaatteet ja transnational due process -periaatteet. Samansuuntaista yhtenäisyyskehitystä on hyvinkin nopeasti tapahtumassa juuri kansainvälisessä välimiesmenettelyssä (esim. UNCITRAL, ICC ja muut välimiesinstituutit). Se on eräänlaista *lex proceduralia*. Tähän samaan sarjaan, mutta merkitykseltään marginaalisempaan on tullut kansainvälinen yksityisoikeus. Eräänä osoituksena on tämä kirjoitus ja esimerkkinä vallalla oleva käytäntö siitä, että lakiviittaukseen puuttuessa välimiesoikeus voi soveltaa vapaasti käyttökelpoisimpia ja sopivimpia liittymäsääntöjä tukeutumatta suoraan ja yksinomaan jonkun tietyn valtion kansainvälisyksityisoikeudelliseen normistoon (esim. ICC:n säännöt).

<sup>3</sup> Lakivalintalausekkeen paikasta sopimuksen lopussa johtuu, että osapuolet jättävät usein siitä sopimisen viimeiseksi – lakivalinta- ja riitojen ratkaisuklausuuleja kutsutaankin joskus keskiyön lausekkeiksi (*midnight clauses*).

<sup>4</sup> *Enka*, kohta 43: It is rare for the law governing an arbitration clause to be specifically identified (either in the arbitration clause or elsewhere in the contract).

<sup>5</sup> Tässä yhteydessä voi nousta esiin myös vaikeuta rajanvetoja siitä, onko haettu prosessitoimi aineellinen kysymys vai prosessioikeudellinen kysymys.

lainvalintaa koskeva ehto, sen voitaneen ainakin lähtökohtaisesti katsoa soveltuvan myös välimiesmenettelyyn.<sup>6</sup> Tähän tulokseen ei kuitenkaan voida aina päätyä. Sopijapuolten ilmeinen tai oletettavissa oleva tahto ja välimiesmenettelyn kotipaikka tai muut seikat saattavat antaa perustellun aiheen toisenlaiseenkin ratkaisun harkitsemiseen. Kuten sekä *Enka*- että *Sulamérica*-ratkaisujen laajoista perusteluista ilmenee, kumpikin liittymä eli pääsopimuksen lainvalintalauseke ja välimiesmenettelyn kotipaikka voivat *in casu* olla vahvuudeltaan ja merkitykseltään hyvinkin poikkeavia. Erityisesti kotipaikan valinta ”neutraaliin” paikkaan voi olla tällainen vahva indisio joko implisiittisestä tahdosta ja asianosaisten tarkoituksesta.<sup>7</sup> Mihinkään ehdottomaan oletukseen ei ole tarkoituksenmukaista edes pyrkiä, mutta yleisiä perusteita ja tulkintaa koskevia ohjeita on kulloinkin punnittava kunkin tapauksen, osapuolten ja sopimuksen sisällön valossa. Jonkinasteisesta eksoottisuudesta huolimatta nämä kysymykset ovat kaikkea muuta kuin akateemisoikeudellista teoretisointia. Tapausten flora osoittaa kysymysten suuren käytännön merkityksen. Klassinen kansainvälinen yksityisoikeus elää yhä vahvasti tämän kysymyksen esiin tullessa.

---

<sup>6</sup> *Sulamérica*, kohta 8: The judge held that the proper law of the arbitration agreement in this case was English law, notwithstanding the express choice of Brazilian law as the law governing the policies and the obvious connection of the policy to Brazil. He considered (paragraph [10]) that the key question was the weight to be given to the choice of London as the seat of the arbitration. He pointed out that the choice of the seat of the arbitration determines the curial law and the supervising jurisdiction of the courts of the country where the seat is located, in this case England. That led him to the clear conclusion (paragraph [15]) that the law with which the agreement to arbitrate had its closest and most real connection was the law of England.

*Sulamérica*, kohta 11: It has long been recognised that in principle the proper law of an arbitration agreement which itself forms part of a substantive contract may differ from that of the contract as a whole, but it is probably fair to start from the assumption that, in the absence of any indication to the contrary, that parties intended the whole of their relationship to be governed by the same system of law. It is common for parties to make an express choice of law to govern their contract, but unusual for them to make an express choice of the law to govern any arbitration agreement contained within it; and where they have not done so, the natural inference is that they intended the proper law chosen to govern the substantive contract also to govern the agreement to arbitrate.

<sup>7</sup> *Enka*, kohta 170: ii) According to these rules, the law applicable to the arbitration agreement will be (a) the law chosen by the parties to govern it or (b) in the absence of such a choice, the system of law with which the arbitration agreement is most closely connected.

viii) In the absence of any choice of law to govern the arbitration agreement, the arbitration agreement is governed by the law with which it is most closely connected. Where the parties have chosen a seat of arbitration, this will generally be the law of the seat, even if this differs from the law applicable to the parties' substantive contractual obligations.

Näin ollen tuomioistuin *Enka*-tuomiossaan poikkesi *Sulamérica*-tuomiosta katsoessaan, että osapuolten pääsopimuksessa sopimalla lakivalinnalla ei ole kovinkaan suurta merkitystä, vaan välimiesmenettelyn kotipaikka on ratkaiseva, jos osapuolet eivät ole nimenomaisesti tai konkludenttisesti sopineet välityssopimukseen sovellettavasta laista. *Enka*-ratkaisussa (kohdat 70 ja 71) viitattiin myös siihen, että eräissä välimiesmenettelymyönteisissä paikallisissa välimiesmenettelylaeissa (esimerkkeinä Ruotsi ja Skotlanti) on määräykset, joiden mukaan, nimenomaisen lakivalinnan puuttuessa, välityssopimukseen sovelletaan välimiesoikeuden kotipaikan lakia, kun taas Englannin välimiesmenettelylaissa ei ole tällaista nimenomaista säännöstä.