

MISSÄ VIIPYY ONLINE-VÄLIMIESMENETTELY?

1 Teknologiasta apua välimiesmenettelyyn

1.1 Johdanto

Välimiesmenettely on noussut kotimaisen prosessioikeudellisen tutkimuksen keskiöön viime vuosina. Mielikuvissa välimiesmenettelyn ensisijaiseksi käyttökohteeksi hahmottuu usein suuren intressin kauppaoikeudelliset riidat, joiden asianosaiset toivovat nopeaa, asiantuntevaa ja ei-julkista ratkaisua keskinäiseen konfliktiinsa. Tämän vuoksi välimiesmenettely mielletään usein kalliiksi oikeusturvakeinoksi, mikä rajoittaa sen soveltamisalaa.

Oikeudellisesta teknologiasta on haettu apua riidanratkaisun tehostamiseen jo 1990-luvulta lukien, jolloin verkkovälitteinen riidanratkaisu (online dispute resolution, ODR) otti ensiaskeliaan. ODR-palveluiden tavoitteena oli tarjota kustannustehokas, nopea ja helposti skaalautuva eli jatkuvasti lisää-

tyviin juttumääriin soveltuva mekanismi verkossa syntyneiden vähäintressisten riitojen ratkaisemiseen. Verkkovälitteisestä riidanratkaisusta on kehittynyt sittemmin ensisijainen tapa ratkaista verkko-kauppariitoja ja esimerkiksi verkkokauppajätti eBay ratkaisee vuosittain noin 60 miljoonaa palvelussaan syntynyttä ostajan ja myyjän välistä riitaa sisäisessä ODR-palvelussaan.¹ Lisäksi EU pyrkii aktiivisesti lisäämään verkkovälitteisen riidanratkaisun käyttöä sisämarkkinoilla ODR-asetuksen ja ADR-direktiivin avulla.²

Vaikka verkkovälitteisestä riidanratkaisusta puhutaan paljon ja kuluttajariitoihin on kehitetty useita toimivia sovelluksia, *online-välimiesmenettely* näyttää jääneen ikään kuin lapsipuolen asemaan. Kuitenkin modernin tieto- ja viestintäteknologian tarjoamat toimintamallit voisivat hyödyttää myös välimiesmenettelyn toteuttamista ja tutkimusta. Varsinkin kun monet prosessuaaliset kysymykset kuulemisperiaatteen toteuttamisesta sekä

¹ *Ethan Katsh*: "ODR: A Look at History – Few Thoughts About the Present and Some Speculation About the Future", teoksessa Mohamed S. Abdel Wahab – Ethan Katsh – Daniel Rainey (eds.), *Online Dispute Resolution: Theory and Practice. A Treatise on Technology and Dispute Resolution*, Eleven International Publishing 2012, s. 2. Ratkaisujen hämmästyttävä määrä selittyy pääasiassa riidanratkaisun automaatiolla.

² Asetus ja direktiivi muodostavat kokonaisuuden, jossa vaihtoehtoista kuluttajariitojen ratkaisua koskevaan direktiiviin (2013/11/EU) sisältyy määräykset menettelyiden oikeusturvatakeista ja ODR-asetukseen (524/2013) määräykset Komission rakentaman ja ylläpitämän ODR-portaalin toiminnasta. Direktiivin johdanto-osan 12)-kohdassa sekä asetuksen johdanto-osan 9)-kohdassa korostetaan kahden instrumentin yhteyttä.

asianhallinnasta eivät rajoitu vain yksittäiseen prosessilajiin, on yllättävää, ettei teknologian mahdollisuuksia juurikaan ole avattu välimiesmenettelyä koskevassa tutkimuksessa. On kysyttävä, mistä tämä vähäinen kiinnostus online-välimiesmenettelyä kohtaan johtuu. Ei ole uskottavaa, että kiinnostuksen puute olisi pelkästään seurausta eri menettelylajeja koskevien keskustelujen erillisyydestä.

Tässä artikkelissa etsitään syitä sille, miksi online-välimiesmenettely ei ole toistaiseksi yleistynyt ja miksi ilmiö on jäänyt myös tutkimuksessa vähäiselle huomiolle. Oletuksena on, että tälle kiinnostuksen puutteelle on useita syitä. Onko syy vähäiselle välimiesmenettelyn digitalisaatiolle huoli siitä, ettei teknologia-avusteisissa menettelyissä saavutetut välitystuomiot ole täytäntöön pantavissa New Yorkin yleissopimuksen avulla? Olisiko teknologian lisääminen omiaan muuttamaan menettelyiden luonnetta ei-toivottuun suuntaan? Vai eikö menettelyiden tehostamiselle yksinkertaisesti ole ollut tarvetta? Tarkastelussa keskityn arvioimaan online-menettelyiden puutetta erityisesti täytäntöön pantavuuden kannalta. Täytäntöönpano on erityisen kiinnostavaa sekä online-välimiesmenettelyn että laajemmin verkkovälitteisen riidanratkaisun näkökulmasta. Ensinnäkin New Yorkin yleissopimus tarjoaa hyvin toimivan instrumentin välitystuomioiden rajat ylittävälle täytäntöönpanolle, jolloin epätietoisuus sopimuksen soveltumisesta online-menettelyihin on käytännössä merkittävä. Lisäksi täytäntöönpanon järjestäminen on keskeinen ongelma useissa ODR-palveluissa. Tämä herättää

kysymyksen, missä määrin ODR-menettelyitä ja online-välimieslainkäyttöä tulee pitää erillisinä ilmiöinä. Kysymys rajanvedosta ODR-palveluiden ja online-välimiesmenettelyn välillä on noussut esiin myös YK:n kansainvälisen kauppaoikeuden komitean UNCITRALin työssä.³

Tässä artikkelissa esitetään, että sekä välimiesmenettelyä koskeva tutkimus että käytäntö hyötyisivät oikeudellisen teknologian tarkastelusta. Oikeusteknologia yleisesti ja ODR-tutkimus erityisesti tarjoaisivat uusia impulsseja perinteiselle välimieslainkäyttöä koskevalle tutkimukselle ja mahdollistaisivat tieteenalan uusiutumisen. Samalla teknologialla voitaisiin saavuttaa kustannushyötyjä ja tuoda välimiesmenettely laajemman käyttäjäkunnan ulottuville. Niin ikään online-välimieslainkäytöllä olisi paljon tarjottavaa myös ODR-palveluille, joiden lisääntymisen yhtenä esteenä voidaan pitää jäsentymätöntä täytäntöönpanoa.⁴ Vakiintuneen täytäntöönpanomekanismin lisäksi välimieslainkäyttö voisi tarjota verkkovälitteiselle riidanratkaisulle viitekehysten oikeusturvanäkökohtien paremmalle huomioimiselle.

Artikkeli koostuu neljästä osasta. Ensimmäisessä osassa kartoitetaan lyhyesti, mitä ODR-palveluilla tarkoitetaan, sekä kysytään, miten online-välimiesmenettely eroaisi muusta teknologia-avusteisesta, yksityisestä riidanratkaisusta. Toisessa osassa arvioidaan, mitä hyötyjä online-menettelyillä olisi tarjota välimieslainkäytölle sekä kysytään, onko online-välimieslainkäytölle esteitä. Esteiden olemassaolo selittäisi, miksi ilmiö on jäänyt vähäi-

³ UNCITRALin alaisessa työryhmässä pyrittiin vuosina 2010-2016 määrittämään yhdenmukaiset oikeusturvatakeet erilaisille ODR-menettelyille. Kesällä 2016 työryhmän työ päätettiin likimain tuloksettomana. Yksi keskeinen riitakysymys liittyi Yhdysvaltojen ja EU:n eriäviin näkemyksiin kuluttajaa sitovien, ennen riidan puhkeamista tehtyjen välityslausekkeiden hyväksyttävyydestä. Tässä yhteydessä käsiteltiin myös kysymystä, voisiko ODR-menettelyitä arvioida välimiesmenettelynä ja olisiko näiden menettelyiden lopputulokset siten täytäntöön pantavissa New Yorkin yleissopimuksen nojalla. Ks. esim. Report of Working Group III (Online Dispute Resolution) on the work of its thirtieth session (Vienna, 20-24 October 2014)” (4 November 2014), s. 8, saatavilla osoitteesta: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V14/073/90/PDF/V1407390.pdf?OpenElement> (tieto haettu 27.7.2017).

⁴ Kun New Yorkin yleissopimuksen kaltaista, kansallisiin tuomioistuimiin ja ulosottoon perustuvaa täytäntöönpanokanavaa ei ole, verkkovälitteisessä riidanratkaisussa on kehitetty muita, yksityisiä vaihtoehtoja täytäntöönpanolle. Yksityinen täytäntöönpano ei ole ongelmatonta puuttuvien oikeussuojakeinojen vuoksi. Ks. *Riikka Koulu: Dispute Resolution and Technology: Revisiting the Justification of Conflict Management*. Helsinki: COMI 2016, s. 325; *Riikka Koulu: ”Blockchains and Online Dispute Resolution: Smart Contracts as an Alternative to Enforcement”*, 13:1 ScriptED (2016b), ss. 40–69, s. 42–47.

selle huomiolle. Kolmannessa osassa arvioidaan syitä online-välimeslainkäytön puutteelle. Neljännessä osassa esitetään kokovia johtopäätöksiä. Metodologiselta viitekehyseltään artikkeli ammentaa monialaisesta konfliktinhallinnan teoriasta sekä oikeudellisesta teknologiautkimuksesta.

1.2 Oikeusteknologiasta apua konfliktinhallintaan: Sitovaa verkkovälitteistä riidanratkaisua vai online-välimesmenettelyä?

Teknologian valjastaminen lainkäyttöön on puhuttanut oikeustieteilijöitä jo automaatiokehityksen alusta eli 1960-luvulta alkaen.⁵ Riidanratkaisua hyödyttävistä teknologiasovelluksista voidaan puhua joko riidanratkaisu- tai tuomioistuinteknologiana tai käyttämällä lähivuosina vakiintunutta, yleisemmän tason termiä oikeusteknologia (*legal tech*).⁶

Esimerkkeinä riidanratkaisua helpottavista oikeusteknologian sovelluksista voidaan mainita jo

vuosikymmeniä käytössä olleet sähköiset asianhallintajärjestelmät, joiden avulla seurataan ja hallinnoidaan yksittäisen asian elinkaarta kannevaiheesta lopulliseen päätökseen, videoneuvotteluohjelmistot, asiakirjan luontityökalut (*document generation*) sekä oikeudellisen tiedon portaalit, kuten kotimainen Finlex-palvelu. Lisäksi uudempaa oikeusteknologiaa kuvastaa lisääntyvä automatisaatio, esimerkiksi automatisoidut ns. chattibotit, joiden avulla voidaan automatisoida yksinkertaisiin asiakaspalvelukysymyksiin vastaamista, asianosaisdialogia tai esimerkiksi parkkisakkojen kiistämismenettelyitä,⁷ itseoppivat argumentaatiotyökalut,⁸ riskin allokointijärjestelmät,⁹ ennustustyökalut¹⁰ sekä itsensä täytäntöönpaneavat älykkäät sopimukset (*smart contracts*).¹¹

Verkkovälitteisellä riidanratkaisulla eli ODR-menettelyillä viitataan teknologia-avusteiseen konfliktinhallintaan, jossa asianosaisten ja puolueettoman ratkaisijan välinen kommunikaatio, asianhal-

⁵ Esimerkiksi vuonna 1962 Yhdysvalloissa arvioitiin, että tietokoneiden mahdollistama tehokas tiedon prosessointi voisi helpottaa juristitehtäviä muun muassa tarjoamalla välineitä oikeuskäytännön etsimiseen ja analysoimiseen. *Robert A. Wilson: Computer Retrieval of Case Law*, Southwestern Law Journal 1962 ss. 409–438.

⁶ Oikeusteknologian määrittelmä on toistaiseksi jossain määrin jäsentymätön. Alun perin englanninkielistä käsitettä on käytetty kuvaamaan asianajotoiminnan tehostamiseksi kehitettyjä sovelluksia, kuten asianhallintajärjestelmiä, laskutusohjelmistoja sekä due diligence –työkaluja. Ks. esim. *Eva Hibnick: What is Legal Tech?*, 7.9.2014 *The Law Insider*, saatavilla osoitteesta: <http://www.thelawinsider.com/insider-news/what-is-legal-tech/> (tieto haettu 21.7.2017). Kuitenkin käsitteen soveltamisalan voidaan nähdä laajentuneen viime vuosina ja nykyisellään termi laajassa merkityksessään viittaa yleisesti modernin tieto- ja viestintäteknologian sovelluksiin erikoistuneissa oikeudellisissa käytännöissä.

⁷ Parkkisakon kiistämiseen kehitetystä oikeusteknologiasta on kyse DoNotPay-sovelluksessa, jossa parkkisakon saaja voi automatisoidun dialogin kautta kiistää saamansa sakon. Ks. *Samuel Gibbs: Chatbot lawyer overturns 160,000 parking tickets in London and New York*, *The Guardian* 28.6.2016, saatavilla osoitteesta: <https://www.theguardian.com/technology/2016/jun/28/chatbot-ai-lawyer-donotpay-parking-tickets-london-new-york> (tieto haettu 27.7.2017).

⁸ IBM:n kehittämä tekoälyohjelma lawyer Ross on esimerkki argumentaatiotyökalusta, joka etsii vastauksia sille suullisesti esitettyihin oikeustapauskysymyksiin oikeuskäytännöstä sekä muusta oikeudellisesta aineistosta sekä tarjoaa hypoteesin jutun argumentoimiseksi. Tekoäly kehittyi itseoppivasti ajan myötä. Lawyer Ross on otettu käyttöön jo joissakin suurissa asianajotoimistoissa. Ks. Ross Intelligence: *Artificial Intelligence in Legal Research*, January 2017, s. 1. Raportti saatavilla osoitteesta <http://www.rossintelligence.com/> (tieto haettu 27.7.2017). Kirjoitushetkellä nettisivuilla on mainittu 17 isoa asianajotoimistoa, jotka hyödyntävät sovellusta.

⁹ Yhdysvaltalaiset tutkijat kehittivät vangitsemisoikeudenkäyntien tuomioharkintaa helpottavan algoritmin, jolla arvioitiin oikeudenkäyntiä odottamaan vapautettujen tutkintavankien uusimis- ja pakoriskiä. Algoritmin tekemiä ratkaisuja verrattiin samoissa asioissa ihmistuomarin tekemiin ratkaisuihin. Tutkimustulosten mukaan algoritmi allokoiki riskin ihmistuomareita tehokkaammin, jolloin tutkintavankien määrä väheni noin 40 % ilman uusintarikosten kasvua. Ks. tarkemmin <http://www.ibtimes.co.uk/which-defendants-are-likely-be-flight-risk-ai-could-help-judges-make-better-decisions-1610046> (tieto haettu 21.7.2017).

¹⁰ Tietojenkäsittelytieteilijät kehittivät data-analyysityökalun ennustamaan Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuja tapausten oikeudenkäyntiaineiston pohjalta. Noin 600 tapauksen testiaineiston perusteella ohjelma pystyi ennustamaan tuomioistuimen ratkaisun 79 % tarkkuudella. Ks. tarkemmin <https://www.theverge.com/2016/10/24/13379466/ai-judge-european-human-rights-court-prediction> (tieto haettu 21.7.2017).

¹¹ Älykkäiden sopimusten määritelmästä ks. tarkemmin *Riikka Koulu* 2016b, s. 53–56.

linta, todisteiden käsittely ja mahdollisesti myös todistajien ja asianosaisten kuuleminen sekä myös päätösharkinta ja päätöksen antaminen, toteutetaan pääasiallisesti verkossa ilman fyysistä läsnäoloa.¹² Osa näistä verkkovälitteisistä menettelyistä on täysin automatisoituja, jolloin riita ratkaistaan yksinkertaisten algoritmien avulla ilman ihmisen myötävaikutusta.¹³

Alun perin ODR-menettelyistä kaavailtiin konfliktinhallintamekanismia verkossa syntyville riidoille. Verkkovälitteisen riidanratkaisun taustajatuksena on, että verkossa syntyneet riidat eivät sovellu tuomioistuinten ratkaistavaksi rajat ylittäviin oikeudenkäynteihin liittyvien toimivaltakysymysten ja asianajamisen kalleuden vuoksi.¹⁴ Toisin sanoen paine kehittää jokin konfliktinhallintamenetelmä verkossa syntyviin riitoihin johti ODR-menettelyiden syntymiseen. ODR-menettelyt rakentuvat usein vaihtoehtoiselle riidanratkaisulle eikä näiden sovittelupohjaisten menettelyiden lopputulokset yleensä ole sitovia, joskin poikkeuksia on.

EU:ssa verkkovälitteisestä riidanratkaisusta on haettu kasvua sisämarkkinoiden verkkokauppaan

ja ODR-menettelyiden sääntelykehys on toteutettu ADR-direktiivin kautta. Direktiivin lähtökohtana on vaihtoehtoisten riidanratkaisumenettelyiden sitomattomuus. Direktiivin mukaan vaihtoehtoisen menettelyn käyttämisen ei tule estää kuluttajan pääsyä tuomioistuimeen, paitsi jos asianosaisille on etukäteen kerrottu menettelyn sitovuudesta ja he ovat siihen suostuneet.¹⁵ Sitovia ODR-menettelyitä on kuitenkin EU:n alueella lukuisia. Komission ylläpitämään ODR-portaaliin on kesäkuuhun 2017 mennessä ilmoittautunut 280 palveluntarjoajaa, joista 95 palveluntarjoajaa on ilmoittanut menettelyn lopputuloksen sitovan joko molempia asianosaisia, vain toista asianosaista tai vain elinkeinonharjoittajaa.¹⁶

Kun osa ODR-menettelyistä tuottaa asianosaisia sitovia lopputuloksia, miten nämä menettelyt poikkeavat online-väliliesmenettelyistä? Yksi erottava tekijä liittyy menettelyiden soveltamisalaan: kun ODR-menettelyiden pääasiallinen käyttökohde on kuluttajan ja elinkeinonharjoittajan väliset riidat (business-to-consumer, B2C), kansainväliseen väliliesmenettelyyn päätyvät yleensä yritysten väliset

¹² ODR:n määritelmä ei ole yksiselitteinen. Alun perin ODR hahmotettiin verkossa tapahtuvaksi vaihtoehtoiseksi riidanratkaisuksi ja prosessi muistutti pitkälti sovittelua, mutta sittemmin termiä on käytetty myös tuomioistuinteknologiasta että online-väliliesmenettelystä. Nykyään ODR näyttäisi viittaavan laajassa merkityksessä mihin tahansa teknologia-avusteisen riidanratkaisun sovellukseen: "Online Dispute Resolution is framed here as inclusive of any process or intervention used to handle disputes that employ electronic communications and other information and communication technologies." Ks. Ethics and ODR, osoitteessa <http://odr.info/ethics-and-odr/> (tieto haettu 24.7.2017). Käsitteellinen epäselvyys saattaa johtua ODR-tutkimuksen vajavaisesta teoriapohjasta, jonka syitä yhdysvaltalaiset tutkijat Leah Wing ja Daniel Rainey ovat pohtineet. Ks. *Leah Wing - Daniel Rainey*, Online Dispute Resolution and the Development of Theory, teoksessa Mohammed S. Abdel Wahab, Ethan Katsh & Daniel Rainey: Online Dispute Resolution: Theory and Practice. A Treatise on Technology and Dispute Resolution, The Hague: Eleven International Publishing 2012, pp. 23–38.

¹³ Automaatio selittää esimerkiksi eBayn vuosittain käsittelemän juttumäärän (60.000.000 kpl, av 1). Verkkokauppariidat eli verkossa erilaisilla kauppapaikoilla solmittuihin ostosopimuksiin liittyvät konfliktitilanteet ovatkin ihanteellinen kohde täysautomaatiolle, sillä riitatilanteissa on suhteellisen vähän variaatiota (tuote ei saapunut, tuote virheellinen, tuotetta ei maksettu).

¹⁴ *Ethan Katsh – Janet Rifkin*: Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace. San Francisco: Jossey-Bass 2001, s. 8; *Pablo Cortés*: Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union. London: Routledge, p. 2.

¹⁵ ADR-direktiivin artiklan 10 (2) mukaan "Jäsenvaltioiden on varmistettava, että sellaisissa vaihtoehtoisissa riidanratkaisumenettelyissä, joissa riita pyritään ratkaisemaan määräämällä ratkaisu, ratkaisu voi olla osapuolia sitova vain, jos näille on ilmoitettu ratkaisun sitovuudesta ennakkolta ja jos osapuolet ovat tämän nimenomaisesti hyväksyneet. Elinkeinonharjoittajan nimenomaista hyväksyntää ei vaadita, jos ratkaisu kansallisten sääntöjen mukaan sitovat elinkeinonharjoittajaa."

¹⁶ Lista palveluntarjoajista on saatavilla ODR-portaalista osoitteesta <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/index.cfm?event=main.adr.show> (tieto haettu 30.5.2017). Kirjoitushetkellä osa jäsenvaltioista ei vielä ollut ilmoittanut kansallisia palveluntarjoajiaan, minkä vuoksi sitovien menettelyjen tarkka lukumäärä on voitu määrittää ainoastaan toukokuun 2017 tilanteen mukaisesti.

riidat (business-to-business, B2B).¹⁷ Tämä soveltamisalaan liittyvä käytännöllinen ero ei kuitenkaan täysin selitä menettelyiden käsitteellistä erottelua teoreettisella tasolla.

Oikeuskirjallisuudessa on pohdittu myös perinteisen välimiesmenettelyn sekä online-menettelyn eroja. Egyptiläisen professorin ja välimiehen *Mohamed S. Abdel Wahabin* mukaan teknologian käytöllä tulee olla keskeinen rooli menettelyssä, jotta sitä voidaan pitää online-välimiesmenettelynä. Siten perinteinen offline-välimiesmenettely, jossa hyödynnetään viestintäteknologiaa, kuten sähköpostia, ei vielä riitä, vaan teknologian tulee olla perustavanlaatuisesti integroitu menettelyn rakenteisiin.¹⁸ Tätä määritelmää käyttäen online-välimiesmenettely edellyttää, että koko prosessi tai vähintään ratkaisevat osat siitä toteutetaan teknologiaa käyttäen ja esimerkiksi suulliset käsittelyt järjestetään ilman fyysistä läsnäoloa etäyhteyden avulla. Käsitteellinen epäselvyys ei ratkea online- ja offline-menettelyiden erottelulla. Online-välimiesmenettelystä sekä teknologiaa hyödyntävästä offline-välimiesmenettelystä voidaan lisäksi erottaa vielä

välimieslainkäyttöä helpottavat teknologiaperustaiset tukitoiminnot, kuten välimiehen valintaan sekä tiedonvälitykseen liittyvät palvelut.¹⁹

Tällä hetkellä online-välimiesmenettelyä pyrkivät kehittämään kansainväliseen kaupalliseen välimiesmenettelyyn erikoistuneet instituutit, kuten WIPO²⁰ ja CIETAC²¹.

Informaatioteknologian käyttöön välimiesmenettelyssä kannustaa myös kansainvälisen keskukskaupakamarin ICC:n komissio, joka on raportoinut teknologian mahdollisuuksista ja integraatio-tavoista vuodesta 2004 lukien. Kiinnostavaa kyllä, komission keväällä 2017 julkaistussa raportissa ei puhuta niinkään online-välimiesmenettelystä kuin teknologian käytöstä välimiesmenettelyssä.²² Raportissa korostetaan tiedon puutetta, joka teknologian käytöstä välimiesmenettelyssä vallitsee, sekä pyritään luomaan viitekehys, jonka avulla välimiehet pystyvät arvioimaan yksittäisen tapauksen soveltuvuutta teknologian käyttämiselle.²³

Rajanveto sitovan ODR-palvelun ja välimiesmenettelyn välillä ei ole ilmeinen, varsinkin kun käsitteellinen epämääräisyys vaivaa molempia ilmi-

¹⁷ Lisäksi on huomattava, että välimiesmenettely elinkeinonharjoittajan ja kuluttajan välillä on yleisesti käytössä esimerkiksi Yhdysvalloissa, jossa kuluttaja voi tulla sidotuksi välimiesmenettelyyn jo ennen riidan syntymistä antamallaan suostumuksella. Ks. esim. *Mohammed S. Abdel Wahab: ODR and e-Arbitration*, teoksessa Mohammed S. Abdel Wahab, Ethan Katsh & Daniel Rainey: *Online Dispute Resolution: Theory and Practice. A Treatise on Technology and Dispute Resolution*, The Hague: Eleven International Publishing 2012, pp. 387–429, p. 397. ODR:lle otollisena pidettyjä verkkokauppariitoja luonnehditaan usein massaluontoisiksi ja niihin liittyviä taloudellisia intressejä vähäisiksi (low value, high volume), joskin kuvaavampaa olisi hahmottaa ODR-menettelyihin soveltuvat riidat niiden matalan intensiteetin kautta. Ks. esim. *Karim Benyekhlef – Nicolas Vermeys: ‘Low-Value, High-Volume’ Disputes: Defining the Indefinable’* <http://www.slaw.ca/2014/01/29/low-value-high-volume-disputes-defining-the-indefinable> (tieto haettu 29.7.2017).

¹⁸ *Abdel Wahab* 2012, s. 390.

¹⁹ Esimerkiksi Wolters Kluwerin kanssa yhteistyötä tekevä Arbitrator Intelligence kerää tietoja välimiehinä toimivista juristeista sekä välitystuomioista ja pyrkii laajentamaan välimiesten poolia. Ks. <http://www.arbitratorintelligence.org/> (tieto haettu 28.7.2017). Toinen tiedonvälitykseen tähtäävä yritys Dispute Resolution Data kerää tilastotietoja muun muassa välimiesmenettelyjen käsittelyajoista, välimiesten taustoista, riitojen taloudellisesta intressistä sekä alueellisesta variaatiosta. Ks. <http://www.disputeresolutiondata.com/> (tieto haettu 28.7.2017).

²⁰ <http://www.wipo.int/amc/en/arbitration/online/index.html> (tieto haettu 28.7.2017).

²¹ <http://www.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=2770&l=en> (tieto haettu 28.7.2017). Kesällä 2016 järjestetyssä ODR-konferenssissa CIETAC:n edustaja kertoi, ettei instituutti ollut käsitellyt yhtään riitaa online-menettelyssään ensimmäisen 1,5 vuoden aikana palvelun käyttöönoton jälkeen.

²² Ks. *Information Technology in International Arbitration – Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR*, March 2017, s. 2, raportti saatavilla osoitteesta: <https://iccwbo.org/publication/information-technology-international-arbitration-report-icc-commission-arbitration-adr/> (tieto haettu 28.7.2017).

²³ *Ibid.* s. 3.

öitä. Erottelua hankaloittavat entisestään ei-sitovat online-välimiesmenettelyt.²⁴ Ei-sitovaa online-välimiesmenettelyä edustaa muun muassa verkko-osoiteisiin (*domain name*) liittyvien riitojen ratkaisemiseen erikoistunut ICANN:n UDRP-menettely.²⁵ Vaikka UDRP-menettely ei estä riidan viemistä tuomioistuimeen, tosiasiallisesti ratkaisu pannaan kuitenkin täytäntöön domain-nimijärjestelmän kautta. Myös vain toista osapuolta sitovat lopputulokset, jollaisia menettelyitä tuottavat myös eräät EU:n ODR-portaaliin ilmoittautuneet palveluntarjoajat, edustavat ei-sitovaa välimieslainkäyttöä. Lopputuloksen sitovuus on kuitenkin ratkaisevassa asemassa arvioitaessa online-välimiesmenettelyitä, sillä vasta välitystuomion lopullisuus ja sitovuus tuo asianosaisten käytettäväksi New Yorkin yleissopimuksen mukaisen täytäntöönpanokanavan.

Kun kerran verkossa tarjotaan sekä sitovia ja ei-sitovia ODR-menettelyitä että sitovia ja ei-sitovia online-välimieslainkäyttöä, on kysyttävä, onko ODR:n ja online-välimieslainkäytön erotelussa kyse vain sanan magiasta, jolla varmistetaan mahdollisimman laaja täytäntöönpantavuus välimiesmenettelyiksi nimetyille palveluille? Tämäkään selitys ei ole tyydyttävä, sillä tällöinhän menettelyt kannattaisi jo lähtökohtaisesti nimetä välimieslainkäytöksi.

Oikeuskirjallisuudessa online-välimiesmenettelyn määritelmää on haettu viittaamalla ”perinteiseen” kansainväliseen kaupalliseen välimieslain-

käyttöön, jota luonnehtii sopimusperusteisuus sekä täytäntöönpanokelpoisuuden takaava suhteellisen korkea oikeusturvatakeiden taso. Ehkäpä juuri täytäntöönpanon edellytykseksi asetetut vaatimukset menettelyt oikeudenmukaisuudesta erottaa ODR-palvelut online-välimieslainkäytöstä. Tämä lähtökohta saa tukea *Thomas Schultzin* ja *Gabrielle Kaufmann-Kohlerin* tulkinnasta, jossa oikeusturvan takaamisen nähdään monimutkaistavan ja siten luonnostaan hidastavan itse menettelyä. Kun ODR-menettelyissä usein pyritään mahdollisimman nopeisiin lopputuloksiin, vaatimukset saattavat olla luonnostaan ristiriidassa.²⁶

2 Onko online-välimiesmenettely kannattavaa ja mahdollista?

2.1 Online-välimiesmenettelyn hyödyt

Online-välimiesmenettelyn hyödyistä ja haasteista verrattuna perinteiseen välimieslainkäyttöön on kirjoitettu oikeuskirjallisuudessa jonkin verran. ODR-tutkimuksen lähtölaukauksena pidetään usein yhdysvaltalaisen *Ethan Katschin* ja *Janet Rifkinin* vuonna 2001 julkaistua monografiaa, jossa kirjoittajat povasivat ei-sitovien online-välimiesmenettelyjen muodostuvan vastaisuudessa ODR:n tyyppitapaukseksi.²⁷ Heidän näkökulmansa tosin korostaa välimiesmenettelyn hyötyjä ODR-menettelyille

²⁴ Ks. ei-sitovista online-välimiesmenettelyistä yleisesti *Thomas Schultz – Gabrielle Kaufmann-Kohler*: *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice*. The Hague: Kluwer Law International 2004, s. 153–168. Schultz näkee parhaana vaihtoehtona online-riitojen ratkaisemiseksi ei-sitovan online-välimiesmenettelyn, jonka lopputulos täytäntöönpannaan tarvittaessa yksityisen täytäntöönpanon keinoin, kuten luottokorttiyhtiöiden tarjoamien chargeback-menettelyiden tai verkkokauppapaikkojen sisäisten täytäntöönpanomekanismien kautta. *Thomas Schultz*: ”Online Arbitration: Binding or Non-binding?” *ADR online Monthly* (2002), s. 11, saatavilla osoitteesta: <http://www.ombuds.org/center/adr2002-11-schultz.html> (tieto haettu 27.7.2017). ”This is exactly how online non-binding arbitration could work: independent from state and courts, with its own system of enforcement, and its own threats to back its orders. Maybe this mechanism could illustrate how dispute resolution in cyberspace should best be implemented.” Yksityisen täytäntöönpanon ongelmista ks. *Koulu* 2016a, s. 325–329.

²⁵ Domain-nimiriitojen ratkaisemisesta ks. esim. *Taina Pihlajarinne*: Riita verkkotuntuksesta – UDRP-menettely vaihtoehtoisena riidanratkaisuna, Helsinki: University of Helsinki Conflict Management Institute 2007. ICANN:n UDRP-menettelyitä on sittemmin kritisoitu olemattomista oikeusturvatakeista sekä puutteista yksityisen järjestön monitorointimahdollisuuksissa. Ks. esim. *Rudolf W. Rijgersberg*: *The State of Interdependence: Globalization, Internet and Constitutional Governance*, The Hague: TMC Asser Press 2010, s. 69–, 217; *Monika Zalnieriute – Thomas Schneider*: *ICANN’s Procedures and Policies in the Light of Human Rights, Fundamental Freedoms and Democratic Values*, Council of Europe DGI (2014) 12, raportti saatavilla osoitteesta <https://rm.coe.int/168048f14f> (tieto haettu 29.7.2017).

²⁶ Esim. *Schultz – Kaufmann-Kohler* 2004 s. 32.

²⁷ *Katsh – Rifkin* 2001, s. 108

eikä päinvastoin. Kuitenkin suhde voidaan nähdä vastavuoroisena: kun ymmärrämme, miksi välimieslainkäyttö on hyödyllistä muulle teknologia-avusteiselle riidanratkaisulle, muodostuu kuva myös siitä, mitkä ODR-menettelyiden piirteet hyödyttävät välimieslainkäyttöä.

Verrattuna sovitteluperustaisiin ODR-sovelluksiin online-välimieslainkäytön etuna on ratkaisun saaminen riidan oikeuskysymykseen, menettelyn adjudikatiivinen luonne, oikeusturvatakeet sekä sitovien menettelyiden kohdalla ratkaisun lopullisuus.

Verkkovälitteisen riidanratkaisun hyötyinä kirjallisuudessa usein korostetaan menettelyiden joustavuutta sekä nopeutta. Teknologian integroiminen menettelyyn tuo asianosaisten ja puolueettoman kolmannen käytettäväksi uusia työkaluja, jotka helpottavat vuorovaikutusta sekä parantavat asianhallintaa ja lisäävät menettelyiden kustannustehokkuutta. Yhdysvaltalainen *Colin Rule*, joka vastasi 2000-luvun alussa ylikansallisen verkkokauppajätin eBayn ODR-alustan rakentamisesta, näkee teknologian käytön keskeisenä etuna mahdollisuuden irrottautua aikaan ja maantieteelliseen paikkaan liittyvistä rajoitteista. Kun maantieteelliset erot eivät ole ratkaisevia perusteita välimiesten valinnalle, teknologia-avusteinen riidanratkaisu mahdollistaa myös välimiesten valinnan tavanomaista laajemmasta poolista.²⁸

Englantilainen professori *Julia Hörnle* arvioi teknologian hyötyjä välimiesmenettelylle vuonna 2009 julkaistussa väitöskirjassaan saman suuntaisesti. *Hörnlen* mukaan oikein integroituna teknologia mahdollistaa irrottautumisen maantieteellisestä paikasta mutta säilyttää samalla mahdollisuuden etäisyyden ottamiseen, jolla voi olla positiivinen psykologinen vaikutus negatiivisten tunteiden käsittelyyn. Teknologian avulla tietoa voidaan

esittää myös visuaalisesti pelkän tekstipohjaisen viestinnän lisäksi, mikä voi helpottaa asianosaisia riitakysymysten hahmottamisessa. Nopeampi tiedonkäsittely ja asianhallinnan automaatio ovat omiaan vähentämään ihmistyöstä aiheutuvia kustannuksia. Samoin sopimusperustainen riidanratkaisu tarjoaa ratkaisun rajat ylittäviin verkkoriitoihin liittyviin toimivaltaongelmiin. Kokonaisuudessaan teknologian hyödyntäminen riidanratkaisumenettelyissä voi siten olla omiaan lisäämään oikeuksiin pääsyä ja oikeusturvaa.²⁹

Yhtenä keskeisimpänä etuna tavanomaiseen välimiesmenettelyyn verrattuna *Hörnle* mainitsee automatisoidun tiedonkäsittelyn välimiesmenettelyn asianhallintatarpeisiin suunnitellulla verkkoalustalla, johon asianosaiset voivat sisällyttää riidan asiakirjatodistelun. Asiakirjahallinnan edut korostuvat erityisesti laajoissa ja monimutkaisissa kaupallisissa välimiesmenettelyissä. Samoin välityspalkkion sähköinen suorittaminen sekä kuulemisten järjestäminen reaaliaikaisen videoneuvottelun avulla on omiaan alentamaan menettelykustannuksia.³⁰ Onkin perusteltua katsoa teknologian tuovan ensisijaisesti tiedollisia hyötyjä riidanratkaisumenettelyihin, kun asianhallintajärjestelmät mahdollistavat riidan aikana kertyvän aineiston helpomman hyödynnettävyyden. Parantunut tiedonhallinta tuo mukanaan myös mahdollisuuden kehittää aiempaa parempia palautejärjestelmiä ja kerätä anonymisoitua tilastotietoa riidan käsittelyvaiheista, mitkä ovat omiaan lisäämään asianosaisten tietoa riitansa etenemisestä. Samoin sähköinen arkistointi helpottaa asiakirja-aineistoon palaamisen jatkossa. Yksiselitteisen tiedonprosessoinnin lisäksi jo nyt on käytettävänä automatisoituja neuvottelutyökaluja, jotka helpottavat esimerkiksi sovinnon löytämistä vahingonkorvauksen määrästä.³¹ Lisäksi puheen-

²⁸ *Colin Rule*: Online Dispute Resolution for Business: B2B, Ecommerce, Consumer, Employment, Insurance and Other Commercial Conflicts, San Francisco: Jossey-Bass 2002, ss. 61–71.

²⁹ *Hörnle* 2009 s. 87.

³⁰ *Ibid.* s. 82–83.

³¹ Esimerkkinä neuvottelutyökaluista voidaan mainita ns. *blind bidding* -järjestelmät, joiden avulla asianosaiset voivat neuvotella sovintosummasta kuitenkin paljastamatta omaa tarjoustaan toiselle osapuolelle. Ks. tarkemmin *Koulu* 2010 s. 114.

tunnistukseen ja tekoälyyn liittyvät sovellukset tulevat todennäköisesti löytämään käyttökohteensa myös riidanratkaisussa.

On kuitenkin huomattava, että teknologian hyödyntäminen edellyttää joka tapauksessa riittävää järjestelmäsuunnittelua. Huonosti suunniteltu ja jähmeä verkkoalusta ei ole omiaan parantamaan asianosaisten osallisuutta eikä siten johda tavanomaisia riidanratkaisumenettelyitä parempaan käyttökokemukseen. Riidanratkaisuteknologian kehittämistä tutkineet *Arno Lodder* ja *John Zeleznikow* korostavatkin, että teknologian hyödyntämisen edellytyksenä on järjestelmien yksinkertaisuus ja helppokäyttöisyys.³²

Hyvään suunnitteluun kuuluu myös ymmärrys siitä, missä yhteyksissä ja miten teknologisia apuvälineitä kannattaa hyödyntää. Hyvän esimerkkinä voidaan mainita 1990-luvulla syntyneissä ODR-palveluissa käytettävät tekstipohjaiset chat-työkälyt. Tekstipohjainen kommunikaatio ei pysty korvaamaan reaaliaikaista keskustelua eikä ole myöskään tarkoituksenmukaista pyrkiä integroimaan teknologiaa vain teknologian käytön vuoksi. Sen sijaan tekstipohjaisella chat-dialogilla on etuna verrattuna esimerkiksi kirjeenvaihtoon tai sähköpostiin ja ajoittain kirjoitettua puhetta muistuttavan dialogin epämuodollisuus voi helpottaa asianosaisten vuorovaikutusta toistensa ja välimiehen kanssa. Samoin asynkronisesta kommunikaatiosta, jossa asianosaiset eivät ole reaaliaikaisessa yhteydessä, voi olla hyötyä tilan luomisessa, jolloin asianosaiset pystyvät rauhassa miettimään asemaansa ja vaatimuksiaan ilman välittömän reagoinnin odotusta.

Samalla tapaa videoneuvottelun kautta toteutettu suullinen käsittely ei vastaa fyysiseen läsnäoloon perustuvaa käsittelyä – eikä tämä olisi myöskään tarkoituksenmukaista. Sen sijaan arvioitaessa videoneuvottelun soveltuvuutta yksittäistapauksessa on

kysyttävä, mitä päämääriä fyysisen läsnäolon kautta halutaan edistää. Asianosaisten saaminen samaan tilaan ei välttämättä ole itseisarvoista, joskin jaetun tilan kokemuksella voi joissain tilanteissa olla merkitystä esimerkiksi psykologisista syistä.³³ Joka tapauksessa sähköisen asianhallinnan, kommunikaation ja etäyhteykskuulemisen hyödyntäminen kustannussäästöjen saamiseksi ja käsittelyn nopeuttamiseksi edellyttää, että eri sovellusten vaikutus kokonaisuutensa kulkua ja asianosaisten väliseen dynamiikkaan otetaan huomioon jo järjestelmien suunnitteluvaiheessa. Lisäksi järjestelmien helppokäyttöisyyteen pitää kiinnittää erityistä huomiota, jotta loppukäyttäjien eli riidan asianosaisten ja välimiehen käyttökokemukset ovat myönteisiä ja teknologia aidosti mahdollistaa lisääntyneen joustavuuden.

2.2 Mahdollisia ongelmakohtia

Yleisesti välimiesmenettelyn etuna pidetään sen laajaa täytäntöönpantavuutta vuoden 1958 New Yorkin yleissopimuksen nojalla. Siksi arvioitaessa syitä online-välimiesmenettelyiden vähäisyydelle on kysyttävä, johtaako teknologian käyttäminen siihen, ettei menettelyn lopputulos enää täytätkään yleissopimuksen mukaisia edellytyksiä täytäntöönpanolle. Tässä jaksossa arvioidaan lyhyesti mahdollisia yleissopimuksesta seuraavia esteitä online-välimiesmenettelylle.

a) Väilyssopimuksen muotomääräykset

New Yorkin yleissopimuksen II artiklan mukaan väilyssopimuksen tulee olla kirjallisesti laadittu, jollaiseksi katsotaan asianosainosaisten sopimukseen sisällytetty väilyslauseke, allekirjoitettu väilyssopimus tai asianosaisten kirjeenvaihdosta tai heidän lähettämistään sähkösanomista ilmenevä väilyslauseke.

³² *Arno Lodder – John Zeleznikow: Enhanced Dispute Resolution Through the Use of Information Technology*, Cambridge: Cambridge University Press 2010, ss. 132–138.

³³ Jaetun tilan kokemuksesta ja videoneuvottelusta ks. *Riikka Koulu: Videoneuvottelu rajat ylittävässä oikeudenkäynnissä*. Sähköisen oikeudenkäynnin nousu. Helsinki: Conflict Management Institute 2010, s. 129.

Oikeuskirjallisuudessa on ollut epäselvää, täyttääkö sähköisesti päätetty välityslauseke muotovaatimuksen, esimerkiksi sähköpostiin tai hiiren painalluksella hyväksyttäviin käyttöehtoihin sisältyvä välityslauseke.³⁴ *Schultzin* ja *Kaufmann-Kohlerin* mukaan elektronisesti päätetty välityslauseke täyttäisi muotomääräyksen, mikäli sopimus on päätetty siten, että se on myös myöhemmin saataville, tietoturva on riittävä ja asianosaisten henkilöisyys on varmennettavissa.³⁵ *Abdel Wahabin* mukaan muotomääräys ei aseta esteitä online-menettelyille ja vetoaa vuonna 2006 tarkistettuun UNCITRALin mallilakiin, jonka artiklassa 7(4) nimenomaisesti korostetaan sähköisen kommunikation täyttävän kirjallisen muodon vaatimuksen.³⁶

Näyttäisi siis siltä, ettei online-välimiesmenettelylle ole välityslausekkeen muotomääräyksistä johtuvaa estettä. Oikeuskirjallisuudessa tämä lopputulos näytetään allekirjoittavan kuitenkin jossain määrin varauksellisesti, mikä on järkevää ottaen huomioon mahdollisten tulkintatilanteiden kirjon. Esimerkiksi tulevaisuudessa riidanratkaisulausekkeen päättäminen saattaa olla uskottu itsenäisesti, joskin ennalta määriteltyjen raamien puitteissa, toimivalle tietokone-ohjelmistolle (*autonomous agent*), jolloin kysymys aidon suostumuksen tunnusmerkeistä näyttäytyy uudessa valossa.

b) Välimiesten valinta

Välimiesten valintaa on pidetty yhtenä ongelmana, joka tulee ratkaista online-välimiesmenettelyn osalta. Muun muassa välimiesten määrä, nimittäminen, kansallisuudet sekä välimiesten vastuukysymykset välitystuomion viivästyessä ovat herättäneet keskustelua.³⁷

Pääasiallisesti välimiesten valintaan liittyvät kysymykset ovat samanlaisia niin offline- kuin online-välimiesmenettelyissä. Kuitenkin välimiesten valinta voi muodostua online-menettelyissä ongelmalliseksi esimerkiksi silloin kun menettelyn osapuolena on usein sama yksittäinen taho, kun taas toinen osapuoli vaihtuu menettelyiden välissä.³⁸ Erityistä huomiota onkin kiinnitettävä siihen, ettei online-menettelyissä välimiehiä nimeä vain toinen osapuoli. Keskeistä on tosiasiallinen valintamahdollisuus. *Schultz* ja *Kaufman-Kohler* korostavatkin, että välimiesten valinta listasta on sinällään mahdollista, jos lista on riittävän laaja todellisen valinnanvapauden varmistamiseksi.³⁹

Toisaalta on muistettava, että periaatteessa online-menettelyt laajentavat potentiaalisten välimiesten määrää, kun välimiesten maantieteellisen sijainnin merkitys kutistuu etäyhteyden käyttämisellä. Siten myöskään välimiesten valintaan liittyvät

³⁴ Ks. esim. *de Witt* 2001 s. 2–5.

³⁵ *Schultz – Kaufmann-Kohler* 2004 s. 142–145, jossa konkretisoidaan esimerkein, miten välityslausekkeen sisältävät sopimusehdot tulee esittää nettisivuilla.

³⁶ *Abdel Wahab* 2012 s. 393. Mallilain 7 (4) artiklan mukaan ”The requirement that an arbitration agreement be in writing is met by an electronic communication if the information contained therein is accessible so as to be useable for subsequent reference; “electronic communication” means any communication that the parties make by means of data messages; “data message” means information generated, sent, received or stored by electronic, magnetic, optical or similar means, including, but not Part One. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 5 limited to, electronic data interchange (EDI), electronic mail, telegram, telex or telecopy.”

³⁷ *Nicolas de Witt*: “Online International Arbitration: Nine Issues Crucial to Its Success”, *American Review of International Arbitration* (2001) ss. 441–460, s. 446–.

³⁸ Tämä repeat player -ongelma ei tosin ole rajoittunut vain online-menettelyihin, joskin sen vaikutus voi korostua verkkoympäristössä. Yksi keino tasoittaa asianosaisten välistä valtaepäsuhtaa on läpinäkyvyyden lisääminen esimerkiksi julkistamalla välitystuomiot. Ks. erityisesti kuluttajien ja elinkeinonharjoittajien riitojen osalta *Julia Hörnle*: *Online Dispute Resolution in Business to Consumer E-Commerce Transactions*, *Journal of Information, Law and Technology* 2 (2002), artikkeli saatavilla osoitteesta: https://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2002_2/hornle/ (tieto haettu 2.8.2017).

³⁹ *Schultz – Kaufmann-Kohler* 2004 s. 31–32.

kysymykset eivät näytä aiheuttavan periaatteellista estettä online-menettelyiden käyttämiselle.

c) Välimiesmenettelyn paikka

Välimiesmenettelyn paikan määrittämisellä on keskeinen merkitys, sillä paikan mukaan määritetään usein myös välimiesmenettelyn prosessuaalisiin kysymyksiin sovellettava *lex arbitri*. Samoin välimiesmenettelyn paikka määrittää, onko välitystuomio kansainvälinen New Yorkin yleissopimuksen edellyttämällä tavalla, ja mitkä kansalliset tuomioistuimet ovat toimivaltaisia ratkaisemaan välimiesmenettelyn sivuprosesseihin, kuten turvaamistoiimiin liittyvät kysymykset.

Välimiesmenettelyn paikan määrittäminen on erityisen ongelmallista online-välimiesmenettelyissä, joissa asianosaiset ja välimiehet kommunikoivat ja mahdolliset kuulemiset järjestetään kokonaisuudessaan etäyhteyden kautta. Ongelma poistuu, mikäli asianosaiset sopivat välityssopimuksen yhteydessä myös mahdollisen prosessin paikasta. Tämä ratkaisu ei kuitenkaan ole riittävä, vaan paikan määrittämiselle tulee pystyä osoittamaan ehdot myös tilanteessa, jossa asianosaisten sopimuksessa ei ole otettu kantaa menettelyn sijaintiin tai muutoin lausuttu sovellettavasta prosessilaista ja muista yksityiskohdista.

Oikeuskirjallisuudessa on ehdotettu, että online-välimiesmenettelyn paikka voitaisiin määrittää esimerkiksi servereiden tai välimiesten käyttämän tietokoneen sijainnin perusteella taikka käyttämällä paikkana sitä maata, josta käsin välimiehet lähettävät sähköiset viestinsä, kuten sähköpostiviestit tai asianhallinta-alustalla tapahtuvat yhteydenotot. Nämä esitetyt vaihtoehdot vaikuttavat kuitenkin kovinkaan hyvin. Esimerkiksi servereiden sijaintimaa voi johtaa täysin satunnaiseen prosessilainvalintaan, jolla ei ole mitään liittymää itse riitaan tai

välimiesten asiantuntemukseen. *Abdel Wahab* ehdottaakin yksinkertaisempaa ratkaisua, jossa paikan määrittäminen jätetään joko välimiesten ratkaistavaksi tai määritetään esimerkiksi teknologian eli useimmiten asianhallintajärjestelmän tarjoajan kotipaikan mukaan.⁴⁰ Tosin on huomattava, että välimiesmenettelyn paikan määrittäminen ohjelmistontarjoajan kotipaikan mukaan saattaa johtaa yhtä satunnaiseen prosessilainvalintaan kuin servereiden sijaintimaa.

Välimiesmenettelyn paikan määrittäminen vaikuttaa olevan online-välimiesmenettelyiden kohdalla erityisen haasteellinen kysymys.⁴¹ Yksinkertaisin ratkaisu lienee kannustaa asianosaisia lausumaan paikasta jo välityssopimuksessa esimerkiksi sisällyttämällä mallilausekkeisiin paikkaa koskevan määräyksen ja sopimuksen puuttuessa jättää ratkaisu välimiesten tehtäväksi. On huomattava, ettei paikan määrittämiseen liittyvät haasteet kuitenkaan itsessään tarkoita, että online-välimiesmenettely ei olisi mahdollista tai johtaisi täytäntöönpanon eväämiseen.

d) Prosessuaaliset oikeusturvatakeet

New Yorkin yleissopimuksen soveltamisen kannalta kriittisin kysymys on menettelyiden oikeusturvatakeet. Suurimman haasteen online-välimiesmenettelylle asettaa täytäntöönpanon edellytykseksi asetettu korkea prosessuaalisen oikeudenmukaisuuden taso. Tähän suuntaan argumentoivat myös *Schultz* ja *Kaufmann-Kohler*, joiden mukaan oikeudenmukaisuuden edellytys voi olla ODR-menettelyille haasteellista, sillä oikeusturva edellyttää usein aikaa vieviä kuulemiskierroksia sekä suullista käsitelyä, kun taas ODR-menettelyiden valtti on yleensä niiden nopeudessa.⁴²

Myös *Hörnle* tarkastelee internetissä syntyneiden riitojen ja niiden ratkaisemiseen kehitettyjen online-välimiesmenettelyiden välistä suhdetta. Hän

⁴⁰ *Abdel Wahab* 2012, s. 410.

⁴¹ Ks. myös *Tiffany L. Janier*: Where on Earth Does Cyber-Arbitration Occur?: International Review of Arbitral Awards Rendered Online, *ILSA Journal of International and Comparative Law* 7:1 (2000), ss. 1–14.

⁴² Esim. *Schultz* – *Kaufmann-Kohler* 2004 s. 32.

painottaa, että verkossa syntyneet riidat poikkeavat paljolti tavanomaisista välimiesmenettelyyn päätyvistä riidoista, jolloin riitatyyppin erityispiirteet tulee ottaa huomioon menettelyn oikeusturvatakeissa. Kun tavanomaisesti välimiesmenettely tarjoaa vaihtoehdon tuomioistuinkäsittelylle, tilanne ei välttämättä ole tämä verkkoriidassa, jossa online-välimiesmenettely voi olla asianosaisen ainoa tosiasiallinen keino hakea oikeussuojaa. Näin ollen Hörnle katsoo, että online-välimiesmenettelyissä ei lähtökohtaisesti tulisi soveltaa laskettua oikeusturvan tasoa (*abbreviated due process protections*), vaikka tällainen käytäntö onkin mahdollista tavanomaisessa välimiesmenettelyssä.⁴³

Arvioitaessa online-välimiesmenettelyiden oikeusturvatakeita on erotettava käsitteellisesti toisistaan menettelyt, joiden lopputulokset ovat lopullisia, ja menettelyt, joiden lopputulos on mahdollista saattaa vielä tuomioistuimen arvioitavaksi. New Yorkin yleissopimus - ja siten myös sen tarjoama täytäntöönpanokoneisto - soveltuu vain ensimmäiseen, lopullisia välitystuomioita tuottaviin menettelyihin. Tämä tarkoittaa, että vaatimus korkeasta menettelyllisestä oikeudenmukaisuudesta koskettaa vain sitovia menettelyitä, kun taas eisitivilla online-välimiesmenettelyillä on niin sanotusti enemmän liikkumavaraa. Toisaalta ei-sitovuuden mukana tuleva liikkumavara on lunastettavissa vain kalliilla hinnalla, kun kansallisiin tuomioistuihin nojautuva täytäntöönpano ei tällöin ole enää käytettävissä. ICANN:n UDRP-menettely on kiinnostava esimerkki ei-sitovasta online-välimiesmenettelystä, jonka ratkaisut eivät ole täytäntöönpantavissa kansallisten tuomioistuinten kautta. Kuitenkin UDRP-menettelyt ovat löytäneet tähän puutteeseen omintakeisen ratkaisun, sillä menettelyiden lopputulokset ovat joka tapauksessa saatettavissa voimaan yksityisen täytäntöönpanomekanismin

avulla: verkkotunnusta koskeva ratkaisu saatetaan voimaan ICANN:n kautta, joka hallinnoi verkkotunnusjärjestelmää yksinvaltuudella.⁴⁴

Joka tapauksessa New Yorkin yleissopimuksen soveltaminen tarkoittaa, että menettelyn on täytettävä tietty oikeudenmukaisuudelle asetettu vaatimustaso. Tätä vaatimustasoa ei voida asettaa matalammalle myöskään online-menettelyiden osalta. Toisaalta on selvää, että online-menettely ei automaattisesti tarkoita heikompa oikeusturvaa. Toki etäyhteyden kautta toteutetut suulliset käsittelyt eroavat fyysiseen läsnäoloon perustuvista menettelyistä, mutta myöskään suullinen käsittely ei vielä itsessään tarkoita oikeudenmukaista menettelyä. Kysymys oikeudenmukaisuudesta muotoutuu menettelyn muodostaman kokonaisuuden perusteella, jota voidaan arvioida yksityiskohtaisesti vain kunkin yksittäisen menettelyn osalta. Online-menettelyissä teknologian käyttö on integroitu osaksi menettelyn kulkua jo etukäteen, jolloin jo yleisen tason järjestelmäsunnittelulla voidaan jossain määrin huomioida oikeusturvatakeiden riittävyteen liittyviä ongelmia.

3 Miksi online-välimiesmenettely ei ole yleistynyt?

3.1 Puuttuva teknologia

Kun New Yorkin yleissopimuksesta eikä online-välimiesmenettelyä käsittelevästä kirjallisuudesta löydy yksinkertaisia selityksiä menettelyiden puutteelle, syitä on etsittävä varsinaisen sääntelykehiksen ulkopuolelta.

Yhtenä tekijänä voidaan pitää sitä, ettei markkinoilla tällä hetkellä juurikaan ole varta vasten välimieslainkäytön erityistarpeisiin kehitettyä informaatioteknologiaa. Tällöin online-menettelyiden

⁴³ Hörnle 2009 s. 169, 218.

⁴⁴ ICANN:n esimerkki ei ole laajennettavissa sellaisenaan verkkotunnusriitojen ulkopuolelle, sillä kyse on sektorispesifistä ratkaisusta. Verkkotunnuksen rekisteröinti edellyttää, että rekisteröijä hyväksyy tulevansa sidotuksi UDRP-menettelyihin. Menettelyn lopputulos on riitautettavissa jälkikäteen myös kansallisessa tuomioistuimessa, joskin on epäselvää, kuinka tosiasiallinen tämä muutoksenhakumahdollisuus on.

lisäämisen edellytyksenä olisi tällaisen teknologian kehittäminen.

Kuitenkin teknologian kehittäminen edellyttäisi jatkuvaa vuoropuhelua ohjelmistokehittäjien ja välimiesmenettelyn ammattilaisten välillä. Ohjelmistokehittäjät eivät tunne oikeudellista toimintaympäristöä, jossa teknologisia innovaatioita rajoittaa normatiivinen sääntelykehys. Samoin puhuttaessa riidanratkaisusta, jossa on viime kädessä kyse oikeuksiin pääsystä, tilaa virheille ei juurikaan ole. Asianhallintajärjestelmistä on luotava yhdellä kertaa toimivia oikeudenmenetysten välttämiseksi, minkä lisäksi tietosuojan ja -turvan liittyvät kysymykset on huomioitava kehitystyössä. Tiukasti säännelty toimintaympäristö ja erityisasiantuntemuksen tarve johtavat siihen, ettei teknologian kehittäminen välimiesmenettelyn käyttöön ole mahdollista ilman kohtuullisen merkittäviä investointeja. Välytysintituuteilla, joilla olisi riittävä asiantuntemus välimieslainkäytön erityispiirteistä sekä välimiesten ja asianosaisten tosiasiallisista tarpeista, ei välttämättä ole intressiä kehittää teknologiaa, joka saattaa johtaa välimiesmenettelyn kustannusten laskuun.

Toisaalta on huomattava, ettei teknologian integroiminen menettelyihin välttämättä edellytä nimenomaisesti välimiesmenettelyä varten kehitettyjä ohjelmistoja. Kuten *Lodder* ja *Zelevnikov* huomauttavat, myös yleiskäyttöön tarkoitettuja sovelluksia voidaan käyttää ja myös tosiasiallisesti käytetään riidanratkaisutoiminnassa.⁴⁵ Esimerkiksi laajasti käytetyt sähköposti-, videoneuvottelu- tai tekstinkäsittelytyökalut eivät ole erityisesti välimieslainkäyttöön tarkoitettuja mutta niiden toiminnallisuudet soveltuvat myös näihin menettelyihin. Yleiskäyttöön tarkoitettujen teknologian mahdollisuuksista kertoo paljon myös se, että ajatus erityisesti välimieslainkäyttöön suunnitellusta sähköpostista vaikuttaa epätarkoituksenmukaiselta.

Välimiesmenettelyn tarpeisiin suunnitellun teknologian puute voi osaltaan selittää online-välimiesmenettelyiden vähäisyyttä. Kuitenkaan teknologian puutetta ei voida pitää tyhjentävänä syynä, sillä monet välimiesmenettelyn edellyttämät toiminnallisuudet voitaisiin toteuttaa myös yleiskäyttöön tarkoitettulla teknologialla ilman merkittäviä alkuinvestointeja.

3.2 Puuttuva tehostamistarve

Lisäksi vähäistä kiinnostusta online-menettelyihin voidaan selittää puuttuvalla tehostamistarpeella, joka liittyy myös ODR-menettelyiden ja välimieslainkäytön erilaisiin käyttökohteisiin.

Toisin kuin kansainvälisessä kaupallisessa välimieslainkäytössä ODR-palveluiden pääasiallinen käyttökohde on kuluttajien ja elinkeinonharjoittajien väliset riidat, joita luonnehtii riidan kohteen vähäinen taloudellinen arvo sekä juttujen kaavamaisuus. Tässä jutturyhmässä kuluttajan oikeusuoikeudet ovat rajalliset, kun riidan intressi ei usein ylitä tuomioistuinkynnystä, jolloin paine halpojen ja nopeiden vaihtoehtoisten menettelyiden luomiselle kasvaa. Kansainvälisessä kaupallisessa välimieslainkäytössä ei vuorostaan ole vastaavia paineita, sillä riitojen intressit ovat lähtökohtaisesti verkkokauppariitoja huomattavasti korkeampia, jolloin vähäiset säästöt menettelykustannuksista eivät ole yhtä suhteessa yhtä merkittäviä.

Puuttuva tehostamistarve selittäisi myös sen, miksi esimerkiksi videoneuvottelun käyttämistä kansallisissa tuomioistuimissa on tutkittu eri oikeuskulttuureissa huomattavan paljon, kun taas vastaava tutkimusta videoneuvottelusta välimiesmenettelyissä ei juurikaan ole.

Toisaalta on myös kysyttävä, kenen aloite olisi ratkaiseva menettelyiden tehostamiseksi ja kustan-

⁴⁵ *Lodder – Zelevnikov* 2010, s. 79. Kirjoittajat tarjoavat myös konkreettisia esimerkkejä, miten teknologiaa voitaisiin integroida riidanratkaisumenettelyihin. He korostavat tiedon esittämisen läpinäkyvyyttä asianhallintajärjestelmässä, jolloin asianosaiset esimerkiksi näkevät, milloin yksittäinen viesti on luotu ja lähetetty ja toinen osapuoli on avannut sen. Visuaalisesti esitetty aikajana riidan käsittelyn vaiheista vuorostaan konkretisoi prosessin kulkua ja tiedon muokkaamista kuvastava metatieto lisää läpinäkyvyyttä. Ks. *ibid* s. 132–138.

nusten laskemiseksi. Välimiesmenettelyiden yksittäiset asianosaiset eivät välttämättä ole tietoisia tehostamismahdollisuuksista tai luottavat siihen, että teknologian käytön puutteelle on jokin perusteltu, joskin heille näkymätön syy. Kuitenkin voidaan olettaa, että tilanne on vastaisuudessa toinen. Laajemman yhteiskunnallisen digitalisaation lisääntyessä sekä välimiesmenettelyn kerta-asiakkaat että kanta-asiakkaat tulevat todennäköisesti vaatimaan joustavampia ja helppokäyttöisempiä asiointitapoja riippumatta siitä, onko tällaisia palveluita aiemmin ollut tarjolla.

Välimiesmenettelyn käyttökohteiden erityispiirteet näyttävät viittavan siihen, ettei välimieslainkäyttöön kohdistu vastaavaa tehostamistarvetta kuin pienten intressien ODR-menettelyihin tai kansallisiin tuomioistuinprosesseihin.

3.3 Kulttuuritekijät

Kun yksittäistä selkeää syytä ei ole löydettävissä vähäiselle kiinnostukselle online-välimiesmenettelyä kohtaan, on lähdettävä siitä, että syyt ovat systeemisiä eli liittyvät kansainvälisen kaupallisen välimiesmenettelyn kulttuuriin. Kansainvälinen kaupallinen välimieslainkäyttö muodostaa oman ylikansallisen oikeudellisen regiiminsä, joka on joutunut jatkuvasti puolustamaan olemassaoloaan itsenäisenä, kansallisvaltioista erillisenä järjestelmänään. Tämän jännitteen voidaan nähdä johtaneen välimieslainkäytön tarpeeseen muodostaa yhtenäinen järjestelmänsä, jolla on erityislaatuinen oikeuskäytäntönsä, erikoistuneet välimiesinstituutit sekä alan identiteettiä tulkitseva ja uusintava oikeuskirjallisuutensa. Yhtäältä eriytyminen itsenäiseksi oikeudenalakseen turvaa välimieslainkäytön yhtenäisyyttä, mutta toisaalta kehityskulku johtaa siihen, että kansainvälistä välimieslainkäyttöä koskeva tutkimus osittain siiloutuu ja vuoropuhelu muuta riidanratkaisua koskevan tutkimuksen kanssa heikenee. Välimieslainkäytön tutkimuksen omaleimaisuus selittäisi, miksi välimieslainkäyttöä käsitte-

vässä kirjallisuudessa ei juurikaan näy vaikutteita ODR-tutkimuksesta. Tarve itsenäisyyden säilyttämiseksi selittäisi myös vastentahtoisuuden muuttavaa vallitsevaa markkinalogiikkaa.

Kulttuurisina tekijöinä voidaan pitää myös epätietoisuutta online-välimiesmenettelyn mahdollisuuksista sekä puuttuvaa luottamusta online-menettelyiden täytäntönpantavuuteen erityisesti, kun New Yorkin yleissopimuksen soveltaminen ei ole itsestään selvää kaikissa sen ratifioineissa valtioissa. On ymmärrettävää, että suurten taloudellisten intressien ollessa kyseessä asianosaiset eivät halua riskeerata välitystuomion täytäntönpainokelpoisuutta pelkäämään säästääkseen menettelykustannuksissa.

Oikeuskirjallisuudessa on havaittavissa myös ajatus teknologian soveltumisesta vain yksinkertaisiin riitakysymyksiin, joita kansainvälisessä välimieslainkäytössä ratkaistavat riidat vain harvoin ovat. Esimerkiksi *Nicolas de Witt* arvioi, että monet rajat ylittävissä välimiesmenettelyissä ratkaistavat riidat ovat liian monimutkaisia online-välimiesmenettelyyn.⁴⁶ Onkin mahdollista, että teknologian hyödyntämistä, kuten lisääntyvää automaatiota, pidetään uhkana välimiesmenettelyn erityislaatuisuudelle, kun välimiehen erityisasiantuntemus on ratkaisevaa menettelyn legitimaatiolle ja välimieslainkäytön maineelle laajassa merkityksessä. Ehkä myös teknologiseen innovaatioon liittyvät epävarmuustekijät ja riski epäonnistumisesta johtavat vastentahtoisuuteen maksua menettelyjen ominaispiirteitä muuttavaa teknologiaa; vanhaa sanontaa lainaten miksi korjata jotain, mikä ei ole rikki?

On todennäköistä, että välimieslainkäytön ominaislaatuiset kulttuuritekijät pitkälti selittävät, miksei kansainvälisen kaupallisen välimieslainkäytön käytännössä sen enempää kuin tutkimuksessakaan ole koettu tarvetta etsiä vaikutteita riidanratkaisu-teknologiasta ja miksi online-välimiesmenettelyt edelleen antavat odottaa itseään. Yhtäältä tämä selitys tarjoaa lupauksen muutoksesta, sillä varsinaisten normatiivisten syiden – jollaisena voitaisiin pitää New Yorkin yleissopimuksesta seuraavaa täy-

⁴⁶ *de Witt* 2001 s. 455.

täntöönpanokelvottomuutta online-menettelyiden välitystuomioille – sijaan ei tällöin ole löydettävissä varsinaista estettä online-välimiesmenettelylle. Toisaalta selitys asettaa painavan haasteen välimieslainkäytön tutkimukselle, sillä kulttuurinmuutos on tunnetusti hidaskäyttö ja vaivalloinen prosessi.

4 Lopuksi

Tässä artikkelissa on tarkasteltu verkossa tapahtuvaa välimiesmenettelyä sekä rajanvetoa suhteessa muuhun verkkovälitteiseen riidanratkaisuun, teknologian käytöstä seuraavia hyötyjä ja ongelmakohtia. Artikkelissa on pyritty etsimään syitä sille, miksi online-välimiesmenettelyt eivät toistaiseksi ole juurikaan yleistyneet joitakin yksittäisiä poikkeuksia lukuun ottamatta ja kansainvälisten välimiesinstituuttien myötämielisestä suhtautumisesta huolimatta.

Kiinnostavaa kyllä, online-välimiesmenettelyjen vähäisyyttä ei selitä New Yorkin yleissopimuksessa määritellyt edellytykset välitystuomion täytäntönpantavuudelle. Verkossa päätetty välityssopimus täyttää yleissopimuksen muotomääräykset ja prosessisuunnittelulla ja palvelumuotoilulla taataan, että myös verkkovälitteisissä menettelyissä saavutetaan riittävän korkea prosessuaalisen oikeudenmukaisuuden taso. Syyt käytännön sovellusten puutteelle on löydettävä siten muualta.

Syitä voidaan etsiä niin teknologian puutteesta, jossa erityisesti välimieslainkäyttöön suunniteltuja järjestelmiä ei synny, sekä puuttuvasta tehostamistarpeesta, kun menettelykustannukset muodostavat vain murto-osan riidan kohteen arvosta. Keskeisimpänä syynä vähäiselle kiinnostukselle voidaan pitää kuitenkin kulttuurillisia tekijöitä, kuten epätietoisuutta sekä puuttuvaa luottamusta online-menettelyn täytäntöönpanokelpoisuuteen, vastentahtoisuutta muuttaa vallitsevaa markkinalogiikkaa, yleistä teknologiavastaisuutta sekä ajatusta fyysisen läsnäolon perustuvan käsittelyn ylivertaisuudesta.

Mutta miksi välimieslainkäyttödoktriinin tulisi tarttua online-menettelyihin, jos kerran palveluita ei itsestään ole syntynyt? Eikö tämä viittaa siihen, että

online-välimiesmenettelylle ei yksinkertaisesti ole riittävästi kysyntää? Olisi houkuttelevaa ajatella, että sääntelykehykseltään etabloituneella välimieslainkäytöllä ei ole varsinaista tarvetta oikeusteknologian käytölle. Tämä ei kuitenkaan pidä paikkaansa.

Teknologiaturkimusta, sosiaali- ja käyttäytymistieteitä, taloustiedettä sekä palvelumuotoilua yhdistävä monialainen tutkimussuuntaus eli oikeudellinen teknologiatutkimus, johon myös online-välimiesmenettely ja laajemmin oikeusteknologian tutkimus sijoittuvat, voisi tarjota välimieslainkäytölle uusia impulsseja, jotka mahdollistaisivat institutionalisoituneen tutkimusperinteen haastamisen ja uudelleentulkinnan. Uudenlaiset impulssit ovat välttämättömiä jo tutkimusperinteen uusiutumisen kannalta. Dialogi ODR-tutkimuksen ja välimieslainkäytön välillä hyödyttäisi myös laajemmin rajat ylittävää konfliktinhallintaa, sillä välimiesmenettelyn täytäntöönpanokoneisto ja sen edellyttämät oikeusturvatakeet tarjoaisivat olemassa olevan viitekehyksen myös muiden menettelyiden kehittämiselle.

Lisäksi viimeisten vuosikymmenten teknologiakehitys on synnyttänyt kasvavan paineen myös oikeudellisten palveluiden digitalisaatiolle. On epätodennäköistä, että välimieslainkäyttö jäisi tämän kehityksen ulkopuolelle tai että paineet teknologian integroimiseen ainakaan vähenisivät vastaisuudessa. Vaikka välimiesmenettelyn käyttäjäkunta ei vielä aktiivisesti vaatisi online-menettelyitä, ovat nykyisten käyttäjien tarpeet omiaan muuttamaan seuraavan vuosikymmenen aikana muiden oikeudellisten palveluiden kehittyessä yhä käyttäjäystävällisemmiksi ja kustannustehokkaammiksi. Viime kädessä online-välimiesmenettelyn tutkimisen puolesta puhuu lupaus laaja-alaisemmasta oikeussuojasta, jossa välimieslainkäytön oikeusturvatakeet ja täytäntöönpanokelpoisuus yhdistyvät verkkovälitteisen riidanratkaisun nopeuteen ja tehokkuuteen sekä parempaan käyttökokemukseen.