

Eteläranta 4 B 9
00130 Helsinki
puh. +358 9 696207-0
faksi +358 9 696207-10
helsinki@bjl-legal.com

Kansainvälinen teollisuuslaitosrakentaminen Saksassa

Alihankintasopimukset, *back to back* -lausekkeet ja pakottava laki

Teollisuuslaitokset hankitaan yleensä avaimet käteen (*turnkey*) -periaatteella. Pääurakoitsija on erikoistunut teollisuuslaitosrakentaja. Laitosrakentaja itse ei välttämättä valmista yhtään laiteosia ja rakennuspuolen työt teetetään melkein poikkeuksetta aliurakoitsijoiden avulla. Suurissa teollisuuslaitoshankinnoissa on yleensä kymmeniä tai jopa satoja eri alan aliurakoitsijoita, esim. suunnittelu-, koneiteollisuuden ja rakennusalan yrityksiä. Kansainvälisten teollisuuslaitosprojektien erikoispiirteet tekevät sopimusten laatimisesta haasteen.

Aliurakkasopimuksissa *back to back* -lauseke on ehkä sopimustekniikan kaikkein merkittävin työkalu. *Back to back* -lausekkeilla yritetään siirtää sopimusriskit aliurakoitsijoille viittaamalla vastaaviin pääurakan sopimusehtoihin. Tämä kyllä säästää vaivaa sopimuksen laatimisessa, mutta tavoiteltu lopputulos jää joskus puuttuvan tarkkuuden vuoksi saavuttamatta.

1. Perusasetelma: Aliurakkasopimukset kansallisen ja kansainvälisen toiminnan välillä

Teollisuuslaitoksen tilaaja voi olla teollisuuslaitosrakentajan kotimaasta yhtä hyvin kuin hankintakohdemaasta. Se mikä tekee laitosrakentamisesta kansainvälisen, on että teollisuuslaitos rakennetaan ulkomailla ja alihankintasopimukset tehdään suurilta osin hankintakohdemaan paikallisten aliurakoitsijoiden kanssa.

Hankintatavaran kilohinnalla on siinä ratkaiseva merkitys. Jos kilohinta on alhainen, eivät ulkomaiset valmistajat ole kulje-

tuskustannuksien vuoksi kilpailukykyisiä. Rakennusosalalla ulkomaisen halvan työvoiman maista olevien rakennusmiesten käyttö ei yleensä kannata, koska Saksan työehtosopimusten mukaiset palkat ja muut etuudet ovat pakollisia aina, kun rakentaminen tapahtuu Saksassa. Kansainvälisessä *turnkey*-sopimuksessa suomalaisen laitosrakentajan on teetettävä suuri osa rakennusym. hankinnoista paikallisten yrityksen turvin ollakseen itse kilpailukykyinen kokonaisurakan tarjoamisessa.

2. *Back to back* -lausekkeet: tavoite mutta ei itse keino

2.1. *Back to back* -lausekkeiden ongelmallisuus

Back to back -lausekkeet toimivat siten, että viittaaminen joihinkin kokonaisvastuusopimuksen osiin tai jopa sopimukseen kokonaisuudessaan tekee näistä pääurakan sopimusehdoista aliurakkasopimukseen integroituvia osia. Teoriassa idea on hyvin puoleensavetävä: Jos oma suoritus-

velvollisuus tai omat sopimusriskit siirretään 1:1 aliurakoitsijoille suoritettaviksi tai kannettaviksi, silloin erotus saadun ja maksetun hinnan välillä olisi voitto. Käytännössä tämä yhtälö ei kuitenkaan aina toimi.

Back to back -lausekkeitä käytetään sopimussuorituksen kuvaamiseen sekä muiden keskeisten sopimusehtojen yhteydessä, jotka koskevat mm. luovutusta, takuuvetoa ja sopimussakkoja viivästyksestä. Riitatapauksessa kuitenkin usein ilmenee, että *back to back* -lausekkeen tulkinta saattaa herättää enemmän uusia kysymyksiä kuin mihin se antaa vastauksia. Selkeää sopimuslaadintaa ilman vaivaa ei ole *back to back* -lausekkeillakaan keksitty.

Back to back -lausekkeen käyttö yleiskeinona riippumatta tapauksen erikoispiirteistä ei vastaa kokonaisurakoitsijan taloudellisia intressejään.

2.2. Yhteiset intressit kriittisten suoritusten osalta

Tietysti kaikki aliurakoitsijasuuritukset eivät samalla tavalla vai-

laatinut

Hans Bergmann

Päiväys

Marraskuu 2006

Eteläranta 4 B 9
00130 Helsinki
puh. +358 9 696207-0
faksi +358 9 696207-10
helsinki@bjl-legal.com

kuta kriittisesti koko projektin aikatauluun tai lopputuotteen laatuun. Monien aliurakoitsijoiden viivästykset eivät välttämättä vaikuta sellaisiin määräaikoihin, joista on sovittu sopimussakko. Aliurakoitsijat ja tilaajat ovat kuitenkin samassa veneessä, jos kyseessä oleva suoritus on kokonaisprojektiin nähden kriittisellä aikapolulla.

Vain poikkeuksellisessa tapauksessa *back to back* -lauseke johtaa siihen, että pääurakoitsijan oma vahinko tulee kokonaisuudessaan korvatuksi, jos laitos ei valmistu sovituksessa ajassa tai sovittujen spesifikaatioita vastaavalla tavalla sen takia, että joidenkin aliurakoitsijoiden mahdollisuuksia oli arvioitu liian optimistisesti. Sopimuslausekkeesta huolimatta viivästys projektissa ei ole vain aliurakoitsijan ongelma, vaan taloudellisesti jokaisen päämiehen ongelma aivan tilausketjun päähän eli laitoksen omistajalle, joka tarvitsee tietynä aikana tietyn laitoksen, joka vastaa hänen tuotantotarpeitaan.

Viivästyneen laitoksen valmistuksen johdosta tilaaja säännönmukaisesti kärsii puuttuvasta tuotannosta aiheutuvista toimitusvalmiutensa häiriöistä, jotka voivat aiheuttaa valtavia seurannaisvahinkoja. Useimmiten urakoitsija ei vastaa sellaisista seurannaisvahingoista. Sovitut viivästyssakot tai mahdolliset hinnanalennukset sopimuksen vastaisesta toteutuksesta on yleensä suhteutettu kussakin tapauksessa sovittuun sopimushintaan. Tästä seuraa, että koko urakoitsijaketjussa kunkin tilaajan oma vastuu on huomattavasti suurempi kuin

linkissä seuraavana tulevan aliurakoitsijan.

Tosin jotkut aliurakoitsijat saattaisivat hyväksyä mitä tahansa sopimusehtoja eli mahdollisesti myös rajoittamattoman vastuun seurannaisvahingoista, joten yllä kuvattua vastuuaukkoa ei enää olisi. Vastaavat ehdot yleisissä sopimusehdoissa eivät ole kuitenkaan juridisesti päteviä ja muutenkaan pieni aliurakoitsijayritys ei pystyisi maksamaan kovin suurta vahingonkorvausta ennen kuin joutuisi konkurssiin.

Kokonaishankkeen onnistumisen kannalta ei ole järkevää vaatia liian ylimalkaisten *back to back* -lausekkeiden kautta aliurakoitsijoilta enemmän kuin mitä nämä pystyvät suorittamaan.

2.3. Yleiset *back to back* -lausekkeen tyypit

Back to back -lausekkeiden perinteinen sovellusala on sopimus-suorituksen määrittämisessä. Jo tässä, eli lausekkeen kotikentällä, kokonaisvastuu-urakoitsija voi kokea ehdon johdosta ilkeitä yllätyksiä:

Säännönmukaisesti pääurakoitsijan täytyy toimittaa kaikki, mitä on tarpeen sovituilla tuotantoteholla toimivan teollisuuslaitoksen valmistamiseksi riippumatta siitä, onko kaikki siihen tarvittavat tavarat ja työt mainittu massalistoissa vai ei. Tätä täydentämisriskiä ei voida 1:1 siirtää aliurakoitsijoille. Vain pääurakoitsija itse tietää sen, mitä suorituksia hän aikoo itse suorittaa, mitä suorituksia hän on jo ostanut muilta aliurakoitsijoilta ja erityisesti sen, onko kaikkien osasuoritusten lop-

putulos todella sopimuksen mukainen laitos.

Takuuta tai vastuuta koskevat *back to back* -lausekkeet ovat niin ikään hyvin suosittuja. Vastaavat lausekkeet ovat yleensä hyvin yksityiskohtaisesti neuvoteltuja teollisuuslaitoksen tilaajan ja pääurakoitsijan välillä. Sen vuoksi vastaavia sopimusehtoja on pidettävä yleensä pätevinä, vaikka ne poikkeaisivat selvästi lain mukaisesta takuuta ja vastuuta koskevista määräyksistä. Tilanne muuttuu kuitenkin, jos pääsopimuksesta peräisin olevia ehtoja siirretään 1:1 moniin aliurakkasopimuksiin. Silloin samat ehdot muuttuvat yleisiksi sopimusehdoiksi, joita pidetään herkemmin pätemättöminä kuin yksityiskohtaisesti neuvoteltuja ehtoja. Samat määräykset, jotka ovat pääsopimuksessa päteviä, muuttuvat aliurakkasopimuksissa usein huomaamatta pätemättömiksi yleisiksi sopimusehdoiksi.

Back to back -lausekkeet houkuttelevat useita sopimuslatajoihin siinä määrin, että lauseketta käytetään aiheesta kuin aiheesta ja aivan sopimattomissakin yhteyksissä. Esimerkkinä tästä kelpaa ehkä sopimusluonnos, jonka mukaan suomalaisen tilaajan ja pääurakoitsijan kesken oli sovittu osapuolten tuntemaan suomalaisen sopimuspuhjan nojalla sopimus. Koska rakennuskohde sijaitsi Saksassa, oli selvää, että aliurakkasopimukset oli tehtävä Saksan lain mukaan. Sen johdosta *back to back* -lauseke otettiin sopimukseen, jonka mukaan tilaajan piti kantaa "vieraasta saksalaisesta laista johtuvat riskit".

Tällä menettelyllä ei voida kuitenkaan onnistua. Vieraan valtion

Eteläranta 4 B 9
00130 Helsinki
puh. +358 9 696207-0
faksi +358 9 696207-10
helsinki@bjl-legal.com

lain soveltamiseen ei liity juridisessä mielessä riskiä. Länsimaisessa oikeusjärjestelmässä keskeinen periaate on sopimusvapaus. Vaikka sopimukseen soveltuu vieraan valtion laki, voidaan yleensä sopia se, mitä halutaan sopia ja jättää sopimatta se, mitä ei haluta. Jos lopputulos ei vastaa sitä, mihin oli pyritty, tämä ei johdu vieraan lain riskistä, vaan on seuraus puutteellisesta sopimuksen laadinnasta.

Kokemukseni mukaan sopimus käytännössä *back to back* -lausekkeet epäonnistuvat useammin kuin täyttävät niihin kohdistetut odotukset. Sama ehto toisaalta pääsopimuksessa ja toisaalta aliurakkasopimuksessa johtaa erilaiseen tulokseen, koska toiseikat ovat kussakin tapauksessa erilaiset. Esimerkkinä voidaan mainita

- määräaikoja, jotka laskeetaan sopimuksen tekemisen tai toimituksen ajankohdasta, koska sopimus ja aliurakkasopimus tehdään eri aikoina,
- suunnittelujärjestelyn ja ohjeistuksen osalta, koska järjestystavoite voidaan saavuttaa vain, jos vastaava ohjeistus tulee pääura-koitsijalta, jolla on sopimuksessa taattu vastaava ohjevaltuus kaikkia aliura-koitsijoita kohtaan,
- viitearvoja, jotka on sopimuksessa mainittu kiinteinä rahasummoina sopimus-sakkojen yhteydessä tai urakoitsijan irtisanomis- tai pidätysoikeuksien yhteydessä – pääsopimuksen vastaavat viitearvot eivät

sovi sellaisenaan aliurakkasopimukseen ja joissakin tapauksissa vastaavia arvoja on mahdotonta edes saavuttaa aliurakkasopimuksen puitteissa,

- paikallisesti rakennustyömaalla noudatettavien pakottavien juridisten määräysten osalta, koska pakottava kansallinen lainsäädäntö ei yleensä ulotu kansainvälisiin sopimuksiin tilaajan ja pääurakoitsijan kesken, mutta kylläkin paikallisiin sopimuksiin,
- testi- ja luovutusmenettelmien osalta, koska pääsopimuksessa sovittuja menettelyjä ei yleensä voida käyttää osasuorituksissa,
- omien sopimuksesta johtuvien oikeuksien toteuttamisen osalta, koska prosessi-oikeudellinen todistustaaka saattaa olla erilainen riippuen siitä, onko kyse osasuorituksesta vai kokonaisvastuusta.

Hyvin laaditulla *back to back* -ehdolla on kaikesta huolimatta oma paikkansa. Ilman asianmukaista tarkkuutta ehtoja laadittaessa ne kuitenkin usein aiheuttavat enemmän haittaa kuin hyötyä. Hyvin tärkeä huomiota vaativa aspekti *back to back* -ehtojen laatimisen yhteydessä on rakennustyömaalla sovellettava pakottava paikallinen lainsäädäntö eli tässä tapauksessa pakottava Saksan lainsäädäntö.

Sikäli kun kansallinen laki säätää pakottavasti tietyistä asioista, se samalla määrää, millä edellytyksillä pakottava laki on otettava huomioon. Hyvin keskeinen kri-

teeri pakottavuutta määritettäessä on sopimuksen läheisyys ja vaikutus kotimarkkinoihin. Aliurakkasopimusten osalta on sen johdosta paljon suurempi todennäköisyys, että pakottavaa saksalaista lainsäädäntöä on noudatettava. Ehdot, jotka ovat kansainvälisen kokonaisurakkasopimuksen osalta sallittuja, saattavat olla pätemättömiä aliurakkasopimukseen nähden.

3. Lain valinta

3.1. Juridiset ja kaupalliset tekijät

Osapuolet voivat vapaasti sopia, että sopimussuhteisiin soveltuu joku muu kuin Saksan laki, jos siihen löytyy hyväksyttävä intressi. Kansainvälisessä teollisuuslaitosrakentamisessa sellaiset intressit ovat ilmeisiä, vaikka molemmat sopimuskumppanit olisivat saksalaisia yrityksiä ja suoritus olisi tehtävä Saksassa. Jos tilaaja on tehnyt itse sopimuksen, johon soveltuu jokin vieras laki, hänellä on hyväksyttävä intressi sopia myös omien ostoksiensa osalta, että tämä sama laki soveltuu niihin.

Jos eri maiden lakeja sovelletaan sopimukseen, jotka ovat kytketty toisiinsa *back to back* -lausekkeella, syntyy helposti sekaannusta. Sopimustekstissä olevat ehdot soveltuvat *back to back*. Ehtojen sisältöä tulkitaan erilaisella kansallisella lailla ja oikeuskäytännöllä. Sopimuksen aukot jätetään suomalaisessa ja myös saksalaisessa sopimustulkinnassa kansallisen lainsäädännön varaan, eli aukkojen osalta soveltuvat eri lakien konseptit.

Eteläranta 4 B 9
00130 Helsinki
puh. +358 9 696207-0
faksi +358 9 696207-10
helsinki@bjl-legal.com

Lopputulokset ei välttämättä vastaa enää *back to back* -tavoitetta.

3.2. Taloudelliset seuraukset

Mikäli paikalliset aliurakoitsijat ovat ylipäättänsä valmiita sopimaan ulkomaisen lain soveltamisesta, voidaan olettaa, että tämä kasvattaa huomattavasti varaus- ta, jonka aliurakoitsijat hinnoittelevat riskilisenä. Jos ostetaan rakennuspalveluita Saksassa, voidaan yleensä säästää huomattava kustannuserä sopimalla paikallisesti yleisessä käytössä olevien sopimusehtojen perusteella.

Saksalaisissa rakennusurakkasopimuksissa sovitaan yleensä, että VOB-ehdot soveltuvat. VOB:lla on Saksan rakennuslalla miltei vankempi jalansija kuin vastaavasti YSE:llä Suomessa. Suomalaisen teollisuuslaitosvalmistajan on syytä tutustua VOB:hen tarkasti ennen kuin käy sopimusneuvotteluja saksalaisten rakennusurakoitsijoiden kanssa.

4. Vakuudet ja esineoikeus: paikallinen laki soveltuu kriisitilanteessa

Tilaajan konkurssissa toteutuvat pesään kohdistuvat vakuudet sen maan lain mukaisesti, missä konkurssimenettely viedään läpi, vaikka muutoin sopimukseen soveltuisi joku muu laki.

Pesään kohdistuvat vakuudet perustuvat yleensä omistuksenpidätykseen ja saatavien siirtoon. Toisin kuin mihin on Suomessa otuttu, Saksan lain mukaan omistuksenpidätysehdot ja saatavien siirrot ovat myös rakennusurakan yhteydessä hyvin toimivia vakuuskeinoja. Vakuudet eivät kuitenkaan synny lain pe-

rusteella ja vakuuksien saaminen edellyttää yksityiskohtaisia sopimusehtoja, jotka ottavat huomioon, missä kussakin tapauksessa vakuustavara sijaitsee, missä siirrettävän saatavan velallinen asuu tai missä on pankkitakuun osalta vastaavan pankin konttorin kotipaikka.

Vakuusarvo olisi hyvin kyseenalainen, jos esimerkiksi yleisissä sopimusehdoissa, joihin soveltuu Saksan laki, on määrätty, että toisen osapuolen on asetettava pankkitakuu ehdolla, että pankin on maksettava heti aina kirjallisen vaatimuksen perusteella (*on demand* -takuu). Tässä tapauksessa pankki voisi kieltäytyä maksamasta takuun perusteella. Saksan korkeimman oikeuden mukaan tällainen ehto on yleisissä sopimusehdoissa pätemätön ja siten pankkitakuu on annettu ilman oikeudellista perustetta.

5. Lisenssit ja luvat: helpoin ratkaisu ei ole aina paras ratkaisu

Teollisuuslaitoksen rakentamisessa tarvitaan kymmeniä erilaisia hallinto-oikeudellisia lisenssejä ja lupia, esimerkiksi

- rakennuspaikalla suoritettavia maarakennustöitä tai puidenkaatoa, rakennuskonttien pystyttämistä tai rakennusjätteisiin liittyviä järjestelyjä varten,
- mahdollisesti tarvittavia tuonti- ja kuljetuslupia tai lupa myös mahdollisesti sensitiivisten aineiden varastointia varten.

Esimerkiksi jo rakennusmaalla olevien puiden kaatamiseen tarvittavan luvan hankkimiseen olisi

syytä varata Saksan oloissa tarvittava aika eli monta kuukautta tai jopa vuosi. Koska muiden töiden osalta ei voida päästä kovin pitkälle niin kauan kuin rakennustyömaata ei ole mobilisoitu ja rakennustarvikkeiden tuontia, kuljetusta ja varastointia ei ole varmistettu, pääurakoitsijan on itse huolehdittava, miten vastaavat julkisoikeudelliset lisenssit ja luvat voidaan parhaimmalla tavalla saada ja minkälainen aikaväli on siihen varattava. Näihin kysymyksiin vaikuttaa joukko eri tekijöitä:

- Se, jolla on paras asiaan liittyvä tekninen know-how, on yleensä myös paras taho anomaan kussakin tapauksessa kyseessä olevan luvan.
- Toisaalta jos hakijana toimii paikallinen yrittäjä, se on joskus omiaan nopeuttamaan luvan saantia.
- Sovellettavat julkisoikeudelliset säännöt voivat rajoittaa mahdollisten luvan hakijoiden piiriä.
- Joskus luvat saadaan yksinkertaisemmalla menettelyllä, jos hakijalla on jo alaan liittyvä peruslupa. Tiedyt toimintaluvat esimerkiksi oikeuttavat myös vaarallisten tuotteiden kuljetukseen.
- Liikesalaisuuksien suojaintressi voi vaatia keskitettyä lupien hallintaa.

Mainitut aspektit voivat eri yksittäistapauksissa viitata aivan eri suuntiin. Tehokkain ja edullisin ratkaisu voi olla myös se, että muodollinen hakija on toinen

Eteläranta 4 B 9
00130 Helsinki
puh. +358 9 696207-0
faksi +358 9 696207-10
helsinki@bjl-legal.com

taho kuin se, joka vastaa hake-
muksen työstämisestä sisäisen
työnjaon perusteella.

**6. Oikeudenkäynnit:
kotietu ei ole kaikkea**

Osapuolet voivat vapaasti määrää-
tä toimivaltaisesta kansallisesta
tuomioistuimesta tai välimiesoi-
keudesta. Tässä yhteydessä *back
to back* -periaatteella sovitui-
sta sopimusehdoista olisi joissakin
tapauksissa suurikin hyöty. Vas-
taavien sopimusehtojen kautta
olisi esimerkiksi mahdollista si-
toa kolmansiakin tahoja proses-
sin lopputulokseen, joka saadaan
tilaajan ja pääurakoitsijan välillä
siten, että siinä ratkaistuja esiky-
symyksiä ei voida enää asettaa
kyseenalaisiksi muiden osapuol-
ten kesken.

Mahdolliset synergiat menetetään
joskus sen kautta, että yritetään
sopia kotimaisesta oikeuspaikas-
ta aina silloin, kun vastapuoli
siihen suostuu. Kotipaikkaetu on
yleensä hyvin pieni etenkin, jos
välimiesoikeudesta on sovittu. Yli
90 prosenttia kaikista oikeuden-
käyntikustannuksista muodostuu
muista kuin matkakustannusis-
ta. Suullinen pääkäsitteily teh-
dään yleensä vasta mittavan oi-
keudenkäynnin päätteeksi yhtenä
tai kahtena päivänä, ja siihen
kokonaistyömäärään nähden,
jota prosessin ajaminen vaatii,
tämä pääkäsitteily muodostaa
vain murto-osan.