ASIANTUNTIJALAUSUNTO MONENVÄLISEN INVESTOINTITUOMIOISTUIMEN PERUSTAMISESTA

Eduskunnan lakivaliokunta on pyytänyt minulta lausuntoa kahdesta erillisestä mutta toisiinsa liittyvästä aiheesta. Nämä ovat:

Komission suositus neuvoston päätökseksi luvan antamisesta aloittaa neuvottelut yleissopimuksesta investointiriitojen ratkaisemiseen tarkoitetun monenvälisen investointituomioistuimen perustamiseksi

Hallituksen esitys eduskunnalle Kanadan sekä Euroopan unionin ja sen jäsenvaltioiden välisen laaja-alaisen talous- ja kauppasopimuksen hyväksymiseksi ja voimaansaattamiseksi

Molemmissa asioissa kyse on ainakin osittain kansainvälisestä investointioikeudesta ja sitä koskevan kansainvälisen sääntelyn kehittämisestä. Lausuntoni keskittyy näihin kysymyksiin. Tarkastelen lausunnossa erityisesti monenvälisen investointituomioistuimen perustamista.

Lausunnon keskeiset päätelmät ovat:

- Kansainvälinen investointioikeus ja tähän liittyvä investointiriitojen ratkaisumekanismi on järjestelmänä hyvä. Se suojaa ulkomaista investoijaa valtion yksipuolisilta toimilta silloin, kun ne ovat investointisopimuksen vastaisia.

- Julkisessa keskustelussa esitetyt investointioikeutta koskevat väitteet ovat pääosin virheellisiä ja harhaanjohtavia. Järjestelmää tulee kuitenkin tietyiltä osin parantaa. Komission ehdotukset aloittaa neuvottelut monenvälisestä sopimuksesta investointituomioistuimen perustamiseksi pyrkii juuri tähän ja on täten askel oikeaan suuntaan.

- Kanadan ja EU:n ja sen jäsenvaltioiden välinen talous- ja kauppasopimus sisältää jo uuden investointituomioistuinjärjestelmän, jota sovellettaisiin kyseisen sopimuksen mukaisissa riidoissa.

Aluksi

Tällä hetkellä meneillään oleva keskustelu uudenlaisesta investointiriitojen ratkaisumenettelystä keskittyy pitkälti monenvälisen investointituomioistuimen luomiseen. Yleisemmällä tasolla kyse on kansainvälisen investointioikeuden uudistamisesta, jota ollaan vaadittu niin EU:ssa kuin sen ulkopuolellakin.

Yleisellä tasolla pidän jonkinlaista kansainvälisoikeudellista investointioikeuden järjestelmää erittäin tarpeellisena. Nykyjärjestelmässä on kuitenkin tiettyjä ongelmia ja puutteita, jonka vuoksi uudistamistyö on tärkeää.

Lausuntoni keskittyy näihin kysymyksiin.

Tausta: Kansainvälisen investointioikeuden tarpeellisuudesta

Kansainväliset investoijat suojautuvat erilaisia poliittisia riskejä vastaan tutkimalla kohdevaltion sisäistä lainsäädäntöä ja tuomioistuinjärjestelmää, vakuuttamalla toimintansa ja varmistamalla hyvät välit kohdevaltion hallitukseen. Nämä ovatkin usein kansainvälistä investointioikeutta merkittävämpiä keinoja suojata investointeja.

Toisinaan on kuitenkin niin, että investointien kohdevaltio tekee yllättäviä ja investointien kannalta vahingollisia tai jopa niiden arvon täysin romahduttavia toimia. Näin voi toimia sekä sellainen maa, jossa ns. oikeusvaltioperiaate ei ole kovin vahva, että sellainen maa, jossa oikeusvaltioperiaatteella on vahvempi sija. Tästä syystä kansainvälistä investointisuojajärjestelmää tarvitaan. Se luo ylimääräisen kansainvälisen kehikon, jonka nojalla valtion toimintaa voidaan tietyiltä osin arvioida. Järjestelmän tarkoituksena ei ole vain ratkaista osapuolten välisiä riitoja yksittäisessä tapauksessa vaan suojata yksityistä investoijaa valtion kielletyksi katsottua toimintaa vastaan ja vahvistaa oikeusvaltioperiaatteen noudattamista kansainvälisesti.

Ongelmat joihin monenvälisen investointituomioistuimen perustamisella pyritään vastaamaan

Yksi nykyisen järjestelmän heikkous on mekanismi, jolla välimiesoikeuden kokoonpano ja jäsenten valinta tapahtuu. Nykyjärjestelmä rakentuu välimiesoikeuksien *ad hoc* -kokoonpanoihin, joissa riidan osapuolet nimittävät kumpikin yhden välimiehen, jotka tämän jälkeen päättävät yhdessä välimiesoikeuden kolmannen jäsenen ja samalla puheenjohtajan valinnasta. Menettely perustuu kaupallisen välimiesmenettelyn piirissä syntyneille säännöille.

Investointiriidan osapuolilla on siis yleensä oikeus valita yksi kolmesta välimiesoikeuden jäsenestä.[1] Tyypillisesti välimiesoikeuden jäsenet ovat asianajajia, entisiä valtionvirkamiehiä tai oikeustieteen professoreita, jotka ovat erikoistuneet joko kaupalliseen välimiesmenettelyyn tai kansainväliseen oikeuteen. Ei ole epätavallista, että samat henkilöt ovat eri riidoissa täysin erilaisissa rooleissa. Sama henkilö saattaa olla yhdessä riidassa välimiesoikeuden jäsenenä ja seuraavassa toisen osapuolen edustajana tai asiantuntijana. Kansainvälisessä investointioikeudessa ei ole *stare decisis* tyyppistä doktriinia aikaisempien ratkaisujen sitovuudesta. Tästä huolimatta aikaisemmat ratkaisut investointiriidoissa toimivat yhtenä merkittävänä oikeuslähteenä ja niihin viitataan laajasti uudemmissa ratkaisuissa.

Tilanne on ongelmallinen, jos sama henkilö toimii yhdessä riidassa välimiesoikeuden jäsenenä ja seuraavassa riidassa toisen osapuolen edustajana. Tällöin vaarana on se, että aikaisemman riidan lopulliseen ratkaisuun vaikuttaa uusi, jo vireillä oleva riita. Näin voi käydä sellaisessa tilanteessa, että riidat ovat tosiseikoiltaan ja/tai tulkintakysymykseltään niin samanlaisia, että aikaisempi ratkaisu saattaa vaikuttaa jälkimmäiseen tapaukseen. Esimerkiksi Espanjaa vastaan on aloitettu lähes kolmekymmentä uusiutuvaan energiaan liittyvää riitaa, joista useimmat liittyvät samaan tosiseikastoon.[2] Tällaisessa tilanteessa ongelma on ilmeinen: välimiesmenettelyyn osallistuvien henkilöiden roolien sekoittuminen eri riidoissa johtaa vähintäänkin epäilykseen välimiesoikeuden jäsenen objektiivisuudesta. Asiaa hankaloittaa entisestään se, että kansainväliseen investointioikeuteen erikoistuneita asianajajia, professoreita ja muita asiantuntijoita on ainoastaan rajallinen määrä.

Nyt esitetty monenvälinen investointituomioistuinjärjestelmä korjaa tämän, ehkä keskeisimmän, nykyisen, välimiehille perustuvan, järjestelmän heikkouden.

---

[1] Esim. Artikla 37 Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States.

[2] Esim. Kim Talus, *Float Like a Butterfly, Sting Like a Bee*: Judicial Challenges to Renewable Energy Support Schemes in the Europe' (2016) *Climate Law*, 250-263

Toisaalta etuna nykyjärjestelyssä on se, että osapuolilla on mahdollisuus valita juuri kyseiseen riitaan parhaiten soveltuvat asiantuntijat ratkaisemaan riitaa. Esimerkiksi Suomella olisi mahdollisuus valita juuri Suomen olot hyvin tunteva asiantuntija välimiehekseen. Huomioida tuleekin se, että uudessa järjestelmässä osapuolten, siis myös valtioiden, mahdollisuus valita juuri heidän riitansa kohteen erityispiirteet tunteva välimies osaksi riidanratkaisuelintä katoaa. Tämän mahdollisuuden katoaminen tulee huomioida mutta sen ei kuitenkaan ehkä tulisi täysin estää järjestelmän kokonaisuuden kehittämistä.

Toinen ongelma kansainvälisessä investointiriitojen ratkaisujärjestelmässä on se, että ratkaisut saattavat olla keskenään ristiriitaisia jonkin tulkintakysymyksen suhteen. Näin esimerkiksi "oikeudenmukaisen ja kohtuullisen" kohtelun vaatimuksen (ns. "fair and equitable treatment" standardin) kohdalla. Tämä erilainen tulkinta saattaa liittyä sovellettavien investointisuojasopimusten sisällölliseen eroavaisuuteen. Vanhempien ja uudempien investointisuojasopimusten sisällössä on tältä osin eroa. Nykyisin investointisuojasopimukseen kirjataan ohjeita siitä, miten vaatimusta tulee tulkita kunkin sopimuksen kohdalla. Toisaalta on myös niin, että eri välimiehet arvioivat ja tulkitsevat vaatimuksen sisältöä hieman eri tavoin. Järjestelmän legitiimiyden ja ennakoitavuuden kannalta tämä on ongelmallista.

Tätä edellä mainittua ongelmaa on pyritty korjaamaan sekä uuden investointituomioistuimen luomisen kautta että Kanada – EU vapaakauppasopimuksen myötä. Tähän pyritään mm. tarkentamalla sopimusten sisältöä ja avaamalla erilaisten standardien sisältöä itse sopimuksen tekstin kautta. Samaan on pyritty myös perustamalla erillinen muutoksenhakutuomioistuin, jossa arvioidaan uudelleen annettuja tuomioita. (Muutoksenhakutuomioistuin voi pitää voimassa tuomioistuimen tuomion, muuttaa sitä tai kumota sen, jos on tapahtunut lainsäädännön soveltamis- tai tulkintavirhe tai tosiseikkojen arvioinnissa on tapahtunut selkeä virhe, mukaan luettuna sovellettavan kansallisen lainsäädännön arviointi.) Muutoksenhakumahdollisuus toisaalta siirtää investointioikeudellisten lopullisuutta ja siten hidastaa prosessia mutta toisaalta sen voidaan olettaa edesauttavan järjestelmän ennakoitavuutta. Tämä on ensiarvoisen tärkeää.

Nyt esillä oleva Kanadan sekä Euroopan unionin ja sen jäsenvaltioiden väliseen talous- ja kauppasopimukseen kuuluu jo uudenlainen tuomioistuin menettely "pysyvine" välimiehineen ja valitusmahdollisuuksineen. Sopimuksen voidaankin katsoa olevan osa EU:n aloittamaa uudistamistyötä. On kuitenkin selvää, että kahdenväliset sopimukset eivät luo hyvää pohjaa

pysyvälle tuomioistuimelle vaan ainoa järkevä tapa lähteä muuttamaan olemassa olevaa järjestelmää on tuomioistuinta koskeva monenvälinen sopimus.

Uusi investointituomioistuinjärjestelmä ja EU-oikeus

Ehdotetun uuden investointituomioistuinjärjestelmän EU-oikeudenmukaisuus on tietyltä osin vielä auki. Kyseen alaisia seikkoja ovat erityisesti:

Järjestelmän ja Euroopan unionista tehdyn sopimuksen 19(1) artiklan mukaisuus ja erityisesti Euroopan unionin tuomioistuimen ("EUT") yksinomainen toimivalta tulkita EU-oikeutta.

Oikeuskäytännössään EUT ei suoranaisesti rajannut pois ehdotetun kaltaisen järjestelyn mahdollisuutta[3] mutta riidanratkaisumekanismeille johdettavissa oikeuskäytännöstä EU-oikeudellisia reunaehtoja:

- EUT:n tulkinnat EU-oikeudesta tulisi olla sitovia (Lausunto 1/91, kohdat 44-46: investointituomioistuimen velvollisuus noudattaa sopimuksentekoa edeltäviä EUT:n tulkintoja EU-oikeudesta ei ole riittävä tae EU-oikeuden yhdenmukaisen tulkinnan ja autonomian säilymiselle vrt. lausunto 1/92 mukainen EFTA Court, jonka seurattava EUT:n tulkintoja).

- EU:n ja sen instituutioiden toimivaltojen olennainen luonne (*'essential character'*) ei saa muuttua (Lausunto 1/00, kohta 12)

- EU ja sen instituutiot eivät voi – EU:n sisäisesti – olla sidottuja investointituomioistuimen tulkintaan EU-oikeudesta (Lausunto 1/00, kohta 13).

- Investointituomioistuimella ei tulisi olla toimivaltaa tulkita EU:n ja sen jäsenvaltioiden välistä toimivallanjakoa (Lausunto 1/91, kohdat 34-36).

- Lausunnossa 1/09 (kohdat 83-89) on korostettu EUT:n ja kansallisten tuomioistuinten järjestelmän (ennakkoratkaisumenettely ja rikkomusmenettely) toiminnan merkitystä

[3] Lausunto1/91, kohta 40.

EU-oikeuden yhdenmukaisuudelle. Myös lausunnossa 2/13 (kohdat 196-200) ennakkoratkaisumenettelyn merkitys EU-oikeuden autonomian toteutumiselle oli keskeistä.

Itä-Suomen yliopiston oikeustieteen laitoksella Katariina Särkänne valmistelee väitöskirjaa tätä aihepiiriä koskevista kysymyksistä. Hän tutkii erityisesti EU-oikeuden asettamien reunaehtojen merkitystä kansainvälisen investointioikeuden uudistamistyölle.

Joensuussa, 20. marraskuuta 2017



Kim Talus[4]

[4] Toimin eurooppaoikeuden, erityisesti eurooppalaisen talous- ja energiaoikeuden professorina Itä-Suomen yliopiston oikeustieteiden laitoksella. Toimin myös energiaoikeuden professorina Helsingin yliopistolla. Olen kirjoittanut laajasti Euroopan unionin oikeudesta, energiaoikeudesta ja investointioikeudesta. Viimeksi mainitun osalta teoksiani ovat mm. Kim Talus, *EU Energy Law and Policy: A Critical Account* (Oxford University Press 2013), Kim Talus (ed.), *Research Handbook on International Energy Law* (Edward Elgar 2014) sekä Kim Talus, 'Revocation and Cancellation of Concessions, Operating Licenses and Other Beneficial Administrative Acts', in Stephan Schill, *International Investment Law and Comparative Public Law* (Oxford University Press 2010). Olen kirjoittanut investointioikeudesta myös suomen kielellä: Kim Talus, 'Hallinnollisten lupien peruutus ja purkaminen kansainvälisen investointioikeuden näkökulmasta' *Defensor Legis* 2 (2013).