Viite: E 43/2013 vp Valtioneuvoston selvitys
komission valtuuttamisesta aloittamaan neuvottelut
transatlanttisesta kauppa- ja investointisuojasopimuksesta

Eduskunnan lakivaliokunnalle

Lakivaliokunta on 1. päivälle maaliskuuta 2016 päivätyllä sähköpostiviestillä pyytänyt allekirjoittaneen kuultavaksi valiokuntaan 17. päivänä maaliskuuta 2016 käsiteltäessä viitekohdassa mainittua asiaa. Samalla valiokunta on pyytänyt allekirjoittaneelta kirjal-

lista asiantuntijalausuntoa asiassa.

Lausuntonani esitän kunnioittavasti seuraavan:

1 Yleistä

Ulkomaisten sijoitusten merkitys on lisääntynyt merkittävästi kahtena ajanjaksona, eli 1870–1914 välisenä aikana ja 1990-luvun jälkeen. Toisen maailmansodan ja 1990 välisenä aikana ulkomaiset investoinnit lisääntyivät sitä vastoin melko hitaasti. Vuonna 1990 oli UNCTAD:in mukaan 500 kahdenkeskistä investointisuojasopimusta, mutta vuonna 2000 jo noin 2000. Vuosien 1990 ja 2000 välisenä aikana ulkomaisten investointien määrä nelinkertaistui. Vuonna 2005 ulkomaisten investointien kokonaismäärä oli maailmanlaajuisesti 916 miljardia US $.

Kahdenkeskisiä investointisuojasopimuksia on nykyisin noin 3000. Monenkeskisiä investointisuojaa koskevia alueellisia sopimuksia ovat Pohjois-Amerikan vapaakauppasopimus (NAFTA) ja Energiaperuskirjaa koskeva sopimus (Energy Charter).

Ennen Venäjän vuoden 1917 lokakuun vallankumousta ei sen enempää valtioilla kuin kansainvälisen oikeuden tutkijoillakaan ollut aihetta kiinnittää huomiota ulkomaalaisten sijoitusten suojaan. Valtiosopimuskäytäntö 1980-luvulla suojeli ulkomaalaisten omaisuutta ns. isäntävaltion oman lainsäädännön mukaan siten, että valtiosopimuksissa sovittiin, että ulkomaalaisten omaisuus sai samanlaista suojaa kuin ns. isäntävaltion omien kansalaisten omaisuus. Tämä perustui oletukseen, jonka mukaan jokainen valtio suojeli omien lakiensa mukaan yksityistä omaisuutta ja oletukseen, että kotimaisen lainsäädännön tarjoama suojelu ulottui koskemaan myös ulkomaista sijoittajaa ja takasi näin ollen tälle riittävän suojan.

Vuonna 1868 julkaistussa argentiinalaisen juristin *Carlos Calvon* kirjoittamassa tutkimuksessa esitettiin ensimmäisen kerran, että ns. isäntävaltio sai vähentää ulkomaalaisten omaisuuden suojelua, jos tuo valtio samalla vähensi omien kansalaistensa omaisuuden suojelua. Lisäksi tämä ns. Calvon doktriini lähti siitä, että ulkomaisten sijoittajien on puolustettava oikeuttansa ns. isäntävaltion tuomioistuimissa ja ettei heillä ollut mitään oikeutta kotivaltionsa diplomaattisen suojeluun sen enempää kuin oikeutta kääntyä kansainvälisten riidanratkaisuelintenkään puoleen.

Vallitseva kanta oli kuitenkin ns. Calvon doktriinista huolimatta, että valtioita sitoi niiden omasta laista mahdollisesti poikkeava kansainvälinen oikeus. Kuitenkin ns. Calvon doktriinia sovellettiin kun Neuvostoliitto vuoden 1917 jälkeen pakkolunasti ulkomaalaisia yrityksiä korvauksetta ja yritti vedota siihen, että se kohteli omien kansalaisten omaisuutta samalla tavalla kuin vieraan valtion kansalaistensa omaisuutta. Tämä johti muun muassa tunnettuun *Lena Goldfield*-välimiesmenettelyyn. Siinä välimiesoikeus velvoitti Neuvostoliiton sen saaman perusteettoman edun vuoksi suorittamaan ulkomaiselle kantajalle korvausta. Vuonna 1938 myös Meksiko sovelsi ns. Calvon doktriinia pakkolunastaessaan yhdysvaltalaisten omaisuutta. Tämä johti Yhdysvaltojen ulkoasiainministerin *Cordell Hullin* kuuluisaan kirjeeseen, jossa lausuttiin, että kansainvälinen oikeus sallii ulkomaalaisten omaisuuden pakkolunastuksen, mutta se edellytti kuitenkin pikaista, asianmukaista ja tehokasta korvausta (prompt, adequarte and effective compensation). Tämä ns. kansainvälinen minimistandardi on yleisesti hyväksytty ja se sisältyy satoihin kahdenkeskisiin investointisuojasopimuksiin sekä myös NAFTA-sopimukseen ja Energiaperuskirjaa koskevaan sopimukseen.

Nykyaikaisten investointisuojasopimusten aikakauden on katsottu alkaneen 1959, kun Saksan liittotasavalta ja Pakistan tekivät vuonna 1962 voimaan tulleen kahdenkeskisen investointisuojasopimuksen. Kohta tämän jälkeen Saksa teki myös eräitä muita kahdenkeskisiä investointisuojasopimuksia. Näihin aikoihin tehtyihin investointisuojasopimuksiin ei sisältynyt määräyksiä, joiden mukaan sijoittaja voi itse lainkäyttöelimessä vaatia korvausta isäntävaltiolta, vaan määräyksiä, joiden mukaan sopimusvaltiot voivat jättää investointisuojasopimuksesta aiheutuneet riidat Kansainvälisen tuomioistuimen tai riitaa varten erikseen asetetun välimiesoikeuden ratkaistavaksi.

Sveitsi ja Ranska tekivät Tunisian kanssa kahdenväliset investointisuojasopimukset, ensiksi mainittu vuonna 1961 ja Ranska 1972.

2 Riitojen ratkaiseminen

OECD:ssä ja YK:ssa 1960-luvulla käydyissä keskusteluissa ilmeni, että eri valtioiden käsitykset siitä, millaisen suojan tavanomainen kansainvälinen oikeus antoi vieraan valtion sijoittajan investoinneille, vaihtelivat erittäin paljon. Sen vuoksi katsottiin, ettei monenkeskisen kansainvälisen investointisuojasopimuksen tekemiselle ollut edellytyksiä. Koska tuolloin ei näin ollen vielä ollut edellytyksiä päästä sopimukseen materiaali-

sista eli aineellisista investointisuojaa koskevista määräyksistä, katsottiin Maailmanpankissa, että oli parasta ensin valmistella määräyksiä menettelystä, jossa sijoituksista aiheutuvia riitoja voitaisiin puolueettomasti ratkaista.. Tämä johti vuonna 1965 tehtyyn valtioiden ja toisten valtion kansalaisten välisten sijoituksien riitaisuuksien ratkaisemista koskevaan yleissopimukseen, josta myös käytetään nimitystä *ICSID*-konventio tai *Maailmanpankkikonventio*. Sen osapuolina on nykyisin yli 150 valtiota. Suomen osalta sopimus tuli voimaan 1969.

ICSID-konvention mukaisessa välimiesmenettelyssä oli vuoteen 1990 mennessä ratkaistu vain vaajat kymmenen riitaa ja suurin piirtein yhtä monta oli päättynyt sovintoon tai jäänyt sillensä. ICSID välimiesmenettelyssä on nyt käsitelty yli 300 juttua, joista osa on ratkaistu välitystuomiolla ja osa on sovittu tai jäänyt sillensä. ICSID välimiesmenettelyssä on tällä hetkellä vireillä noin 200 juttua.

Nyt ko. ns. investointisuojajuttuja ratkaistaan myös muissa välimiesmenettelyissä, esimerkiksi ICSID:in Additional Facility Rules:in mukaisessa menettelyssä, joka otettiin käyttöön 1978 (sääntöjen nykyinen versio on vuodelta 2006) sekä YK:n kansainvälisen kauppaoikeuden komission eli *UNCITRAL*:in välimiesmenettelysääntöjen ja Kansainvälisen kauppakamarin välimiesmenettelysääntöjen mukaisessa välimiesmenettelyssä.

UNCITRAL:in välimiesmenettelysääntöjen mukaisessa investointisuojaa koskevassa välimiesmenettelyssä Pysyvän kansainvälisen välitystuomioistuimen eli PCA:n sihteeristö toimii usein välimiesten nimeävänä tahona, jollei välimiesoikeutta muuten saada asetetuksi.

3 ICSID-välimiesmenettelyn erikoispiirteet

ICSID- välimiesmenettelyn erikoispiirteet ovat seuraavat:

- Ulkomaiset yritykset ja yksityishenkilöt voivat suoraan nostaa kanteen asianomaista isäntävaltiota vastaan.
- Valtion immuniteettia on huomattavasti rajoitettu.
- Kansainvälistä oikeutta voidaan soveltaa sijoittajan ja valtion väliseen oikeussuhteeseen.
- Velvollisuus käyttää ensin isäntävaltiossa voimassa olevia oikeussuojakeinoja on pääsäännön mukaan poissuljettu.

- ICSID-välitystuomio on suoraan täytäntöönpanokelpoinen kaikissa ICSID-konvention jäsenvaltioissa niin kuin ko. jäsenvaltiossa annettu lainvoimainen tuomio.

- ICSID- konvention 26 artikla kuuluu näin:

  "Osapuolten suostuessa tämän yleissopimuksen mukaiseen välitystuomiomenettelyyn katsotaan niiden, ellei toisin ilmoiteta, luopuneen kaikista muista oikeussuojakeinoista ("remedies"). Tämän yleissopimuksen mukaiseen välitysmenettelyyn suostumisen ehtona voi sopimusvaltio vaatia, että sisäiset hallinnolliset tai oikeudelliset oikeussuojakeinot ("remedies") on käytetty loppuun."

Valtio antaa yleensä suostumuksensa valtioiden välisessä kahdenkeskisessä investointisuojasopimuksessa. Sijoittaja antaa suostumuksensa jättäessään konvention 36 artiklassa tarkoitetun hakemuksen asian jättämisestä ratkaistavaksi välimiesmenettelyssä.

4 Diplomaattinen suojelu

ICSID konvention 27 artikla:

"1. Sopimusvaltio ei riidassa, jonka sen kansalainen ja toinen sopimusvaltio ovat tämän yleissopimuksen mukaisesti suostuneet alistamaan tai alistaneet välitystuomiomenettelyyn, myönnä diplomaattista suojelua eikä esitä kansainvälistä vaatimusta, ellei kysymyksessä oleva toinen sopimusvaltio ole jättänyt noudattamatta riidassa annettua välitystuomiota.

2. Kohdassa 1 tarkoitettu diplomaattinen suojelu ei koske vapaamuotoisia diplomaattisia toimenpiteitä, joiden ainoana tarkoituksena on helpottaa riidan ratkaisemista."

5 Välimiesoikeuden kokoonpano ICSID-konvention mukaan

- Välimiehiä on kolme, jolleivät asianosaiset sovi, että riita on yhden ainoan välimiehen ratkaistava (Artikla 37).

- Välimiesten enemmistön ei saa olla siitä sopimusvaltiosta, joka on jutussa asianosaisena, eikä siitä sopimusvaltiosta, josta jutussa asianosaisena oleva sijoittaja on (Artikla 30).

- Jos välimiehiä on kolme, kumpikin asianosainen valitsee yhden välimiehen, jonka jälkeen asianosaiset sopivat kolmannesta välimiehestä, joka toimii puheenjohtajasta
- Jollei puheenjohtajasta päästä sopimukseen, Maailmanpankin pääjohtaja nimeää puheenjohtajan.
- Välimiesluettelot (Artiklat 38 ja 40). Välimiesluetteloon jokainen sopimusvaltio saa nimetä neljä henkilöä.

6 Välitystuomion kumoaminen ICSID-konvention mukaan

ICSID-välimiesmenettelyssä annetun välitystuomion voi kumota vain kolmijäseninen *ad hoc* komitea. Komitean asettaa Maailmanpankin pääjohtaja. Komitean jäsenten tulee olla ICSID:in välimiesluettelossa.

Välitystuomio voidaan asianosaisen vaatimuksesta 52 artiklan mukaan kumota seuraavilla perusteilla:

a) välitystuomioistuimen asettaminen ei ole tapahtunut asianmukaisesti,

b) välitystuomioistuin on selvästi ylittänyt toimivaltansa,

c) välitystuomioistuimen jäsen on lahjottu,

d) jostakin menettelytapoja koskevasta perussäännöstä on huomattavasti poikettu,

e) välitystuomiota ei ole perusteltu.

7 Välimiesmenettelyn julkisuus

Koska välimiesmenettelyä on vanhastaan käytetty yritysten välisten riitojen ratkaisukeinona, välimiesmenettely on pääsäännön mukaan vain rajoitetusti julkista. Viime aikoina on kuitenkin kiinnitetty huomiota siihen, että valtiosopimukseen perustuvaa sijoittajan ja valtion välistä välimiesmenettelyn julkisuutta on arvioitava eri tavalla kuin kahden yrityksen välisen välimiesmenettelyn julkisuutta. Niinpä UNCITRAL:issa on laadittu valtiosopimukseen perustuvan sijoittajan ja valtion välisen välimiesmenettelyn avoimuutta ja julkisuutta koskevat säännöt (UNCITRAL *Rules on Transparency in Treaty-*

based Investor-State Arbitration). Nämä säännöt hyväksyttiin 16. päivänä joulukuuta 2013 ja ne soveltuvat:

1) sijoittajan ja valtion väliseen 1. huhtikuuta 2014 jälkeen tehtyyn valtiosopimukseen perustuvaan UNCITRAL:in sääntöjen mukaiseen välimiesmenettelyyn.

2) sijoittajan ja valtion väliseen ennen 1. huhtikuuta 2014 tehtyyn valtiosopimukseen perustuvaan UNCITRAL:in sääntöjen mukaiseen välimiesmenettelyyn, jos asianosaiset ovat sopineet sääntöjen soveltamisesta tuohon välimiesmenettelyyn.

3) mikäli valtiosopimuksen osapuolet tai, jos kysymyksessä on monenkeskinen valtiosopimus, kantajan kotivaltio ja vastaajana oleva valtio ovat 1. huhtikuuta 2014 jälkeen sopineet sääntöjen soveltamisesta.

Nämä säännöt ovat käytettävissä myös sijoittajan ja valtion väliseen muiden sääntöjen mukaan tapahtuvaan välimiesmenettelyyn ja *ad hoc*-välimiesmenettelyissä. Sääntöjen mukaan menettelyn asiakirjat ja välimiesoikeuden istunnot ovat pääsäännön mukaan julkisia.

YK:n yleiskokous hyväksyi 10. päivänä joulukuuta 2014 valtiosopimukseen perustuvan sijoittajan ja valtion välisen välimiesmenettelyn avoimuutta ja julkisuutta koskevan yleissopimuksen (*United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration).* Yleissopimus, josta myös käytetään nimitystä *Mauritiuksen sopimus*, avattiin allekirjoittamista varten Mauritiuksella 17. päivänä maaliskuuta 2015. Sen ovat allekirjoittaneet toistaiseksi 16 valtiota, muun muassa Suomi, Ruotsi, Saksa, Sveitsi, Amerikan yhdysvallat ja Kanada.

Yleissopimuksen mukaan edellä mainitut UNCITRAL:in Rules on Transparency soveltuvat jokaiseen sijoittajan ja valtion väliseen välimiesmenettelyyn, riippumatta siitä, sovelletaanko välimiesmenettelyssä UNCITRAL:in välimiesmenettelysääntöjä, jos vastaajana on sellainen yleissopimuksen osapuoli, joka ei ole tehnyt asiaan soveltuvaa varaumaa, ja kantaja on valtiosta, joka ei ole tehnyt asiaan soveltuvaa varaumaa.

Jos sääntöjä ei sovelleta edellisen kappaleen mukaan, ne soveltuvat sijoittajan ja valtion väliseen välimiesmenettelyyn riippumatta siitä, tapahtuuko välimiesmenettely UNCIT-

RAL:in välimiesmenettelysääntöjen mukaan, jos vastaajana on valtio, joka ei ole tehnyt tuohon välimiesmenettelyyn soveltuvaa varaumaa ja kantaja suostuu siihen, että sääntöjä sovelletaan

8 Komission ehdotus siitä, miten investointisuojaa ja riitojenratkaisua koskevat määräykset ehdotetaan sisällytettäväksi EU:n sekä USA:n välisiin kauppa- ja investointikumppanuussopimusneuvotteluihin ja muihin EU:n vapaakauppasopimuksiin.

Komission ehdotus lähtee siitä, että sijoittaja voi saattaa hänen ja ns. isäntävaltion välisen sijoitusta koskevan riidan kansainvälisen lainkäyttöelimen ratkaistavaksi. Tämä lähtökohta on varsin perusteltu. Sijoittajan oikeusturvan kannalta tuskin voidaan pitää tyydyttävänä, ettei sijoittaja voisi saattaa tällaista riitaa muun lainkäyttöelimen kuin vastaajana olevan ns. isäntävaltion tuomioistuimen ratkaistavaksi.

Koska minulla ei ole ollut käytettävissä komission sopimustekstiluonnosta, vaan ainoastaan tuota luonnosta koskeva 8.10.2015 päivätty ulkoasiainministeriössä laadittu *perusmuistio,* jäljempänä esitetty perustuu siihen, mitä tuossa perusmuistiossa esitetään.

Komissio ehdottaa, että jokaista juttua varten erikseen asetetun välimiesoikeuden asemesta uudenlainen kaksiasteinen investointituomioistuin ratkaisisi investointisuojaa koskevat riidat. EU ei voi liittyä ICSID- konventioon, jollei tuota konventiota muuteta siten, että myös muut kuin valtiot, esimerkiksi EU, voi liittyä siihen. Komission ehdottama tuomioistuin voinee myös paremmin kuin kutakin juttua varten erikseen asetetut välimiesoikeudet turvata sen, että investointisuojaa koskevia määräyksiä sovelletaan yhdenmukaisesti. Tässä yhteydessä voidaan lisäksi todeta, että komission ehdottaman tuomioistuimen perustaminen johtaisi siihen, etteivät riidan asianosaiset voisi enää samalla tavalla kuin välimiesmenettelyssä vaikuttaa riidan ratkaisuelimen kokoonpanoon. Riitojen ratkaisemista koskevan menettelyn avoimuus ja julkisuus voitaneen kuitenkin nykyisin turvata riittävän hyvin siinäkin tapauksessa, että riidat ratkaisisi välimiesoikeus.

Jos komission ehdottama tuomioistuin muutoksenhakumenettelyineen perustetaan, olisi tarkoituksenmukaista, että ensimmäisen asteen ratkaisua voitaisiin muuttaa tai kumota vain siinä tapauksessa, että tuon asteen ratkaisu on oleellisesti ja selvästi virheellinen.

Mikäli ehdotettu tuomioistuin perustetaan, olisi tuskin tarkoituksenmukaista samalla päättää, että vastaavanlainen tuomioistuin perustetaan kutakin investointisuojasopimusta varten, jonka EU vastaisuudessa tulee tekemään. Kutakin sopimusta valmisteltaessa lienee aiheellista erikseen miettiä millainen riidanratkaisumenettely, huomioon ottaen myös tuleva sopimuskumppani, olisi tarkoituksenmukaisin. Realistista ei liene myöskään ajatella, että lähinnä seuraavien vuosikymmenten aikana saataisiin perustettua kansainvälinen tuomioistuin, joka olisi toimivaltainen ratkaisemaan ainakin lähes kaikki valtiosopimuksiin perustuvat sijoittajan ja valtion väliset investointisuojasopimuksiin perustuvat riidat.

Niin kuin komissio näyttää ehdottavan, on pidettävä suotavana, että riitoja mahdollisesti rahoittavien kolmansien osapuolten henkilöllisyys julkistetaan. Samoin on pidettävä suotavana, että riidan hävinnyt asianosainen velvoitetaan pääsäännön mukaan korvaamaan vastapuolensa oikeudenkäyntikulut. Tätä sääntöä sovelletaan nykyisin enenevässä määrin myös ICSID-välimiesmenettelyissä.

Komissio ehdottaa 15 pysyvän tuomarin pätevyyden omaavan henkilön nimeämistä tuomareiksi ensimmäiseen oikeusasteeseen ja lisäksi kuuden tuomarin nimeämistä muutoksenhakuasteeseen. Ensimmäisessä oikeusasteessa olisi viisi amerikkalaista tuomaria, viisi eurooppalaista tuomaria ja viisi kolmannen maan kansalaisuuden omaavaa tuomaria. Riidan ratkaisisi aina jaosto, jossa olisi kolme tuomaria. Jaoston puheenjohtajana olisi aina kolmannen valtion kansalaisuuden omaava tuomari.

Viisi eurooppalaista tuomaria valittaisiin komission ehdotuksen pohjalta ja kolmannen maan kansalaisuuden omaavat tuomarit nimittäisi TTIP-sopimuksen nojalla perustettava palvelut- ja investoinnit komitea. Minulle toimitetuista asiakirjoista ei selviä, millaiset mahdollisuudet EU:n jäsenvaltioilla on vaikuttaa eurooppalaisten ja kolmannen valtion kansalaisuuden omaavien tuomareiden nimeämiseen.

Minulle toimitetussa UM:n perusmuistiossa lausutaan, ettei perustettava tuomioistuin voisi tulkita lainkaan kansallista lainsäädäntöä, vaan kansallista lainsäädäntöä voitaisiin arvioida vain tosiasiana. Toimivalta riitojen ratkaisussa kansainvälisellä tasolla koskisi vain sopimusmääräysten ja sopimuksen osapuolien välillä sovellettavien kansainvälisoikeudellisten sääntöjen soveltamista.

Mitä tällä tarkoitetaan ei näytä aivan selvältä. Joka tapauksessa tällainen sääntely näyttää oleellisesti poikkeavan nykyisin voimassa olevista sääntelystä. Niin kuin UM:n edellä mainitussa perusmuistiossa todetaan, "tällainen eriyttäminen on uutuus investointiriitojenratkaisujärjestelmässä." Niinpä ICSID konvention 42 artiklassa on seuraavat määräykset sovellettavista oikeusohjeista:

> 1. Välimiesoikeus ratkaisee riidan osapuolten mahdollisesti sopimien oikeussääntöjen mukaisesti. Ellei sellaista sopimusta ole tehty, välimiesoikeus soveltaa osapuolena olevan sopimusvaltion lakia (kansainvälistä yksityisoikeutta koskevine säännöksineen) sekä tapaukseen soveltuvia kansainvälisen oikeuden periaatteita.
>
> 2. Välimiesoikeus ei soveltuvien oikeussääntöjen puutteen tai niiden epäselvyyden takia saa kieltäytyä ratkaisemasta asiaa.
>
> 3. Ensimmäisen ja toisen kohdan määräykset eivät saa estää välimiesoikeutta, milloin osapuolet siihen suostuvat, ratkaisemasta riitaa kohtuuden mukaan (*ex aequo et bono*).

Myös UNCITRAL:in välimiesmenettelysääntöjen mukaan voidaan soveltaa kansallista lainsäädäntöä nyt kysymyksessä olevia riitoja ratkaistaessa

Omasta kokemuksestani voin mainita, että eräässä valtiosopimukseen perustuvassa sijoittajan ja valtion välisessä välimiesmenettelyssä, jossa olin välimiesoikeuden puheenjohtajana, oli muun muassa kysymys siitä, soveltuiko ns. isäntävaltion hiilivetylaki vai sen kaasulaki ja eräät muut valtion sisäiset säännökset asiaan, ratkaiseva merkitys erään riitakohdan ratkaisemisen kannalta. Tältä osin riitaa ei olisi voitu ratkaista välimiesmenettelyssä ottamatta kantaa siihen, mikä kansallinen laki soveltui. Tarkoituksenmukaista olisi tuskin ollut, että välimiesoikeus olisi, ennen tuon riitakohdan ratkaisemista, odottanut kansallisen tuomioistuimen ratkaisua siitä, mitä kansallista lakia asiassa olisi sovellettava.

Helsingissä 8. päivänä maaliskuuta 2016

Gustaf Möller
Oikeusneuvos, Helsinki