LAUSUNTO EU-KANADA VAPAAKAUPPASOPIMUKSEN INVESTOINTISUOJASTA JA RIITOJENRATKAISUMALLISTA

Minulta on pyydetty lausuntoa EU-Kanada vapaakauppasopimuksen ratifioimisprosessiin liittyen. Lausunnossa minua on pyydetty keskittymään sopimuksen investointisuojaan ja siihen liittyvään riitojenratkaisumalliin.

New Orleans, 14.3.2018

Kim Talus[1]

James McCulloch Chair in Energy Law
Director, Tulane Center for Energy Law
Tulane Law School

Eurooppalaisen talous- ja energiaoikeuden professori
Itä-Suomen yliopisto

Energiaoikeuden professori
Helsingin yliopisto

kim.talus@uef.fi

ktalus@tulane.edu

[1] Olen kirjoittanut laajasti 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 (toim.), *Research Handbook on International Energy Law* (Edward Elgar 2014), Kim Talus, 'Revocation and Cancellation of Concessions, Operating Licenses and Other Beneficial Administrative Acts', teoksessa Stephan Schill (toim.), *International Investment Law and Comparative Public Law* (Oxford University Press 2010) sekä Kim Talus, 'The "Yukos" cases and the provisional application of the ECT under the Finnish legal system', (2016) *Transnational Dispute Management* . Olen kirjoittanut investointioikeudesta myös suomen kielellä: Kim Talus, 'Kansainvälinen investointioikeus: rooli, tarpeellisuus ja muutospaineet', teoksessa Petra Sund-Norrgård, Marcus Norrgård, Santeri Jusslin (toim.). *Ett kvartssekel med Justus, Neljännesvuosisata Justuksen kanssa* (Forum Iuris 2016) ja Kim Talus, 'Hallinnollisten lupien peruutus ja purkaminen kansainvälisen investointioikeuden näkökulmasta' *Defensor Legis* 2 (2013). Olen myös toiminut asiantuntijana kansainvälisten investointiriitojen eri vaiheissa.

ALUKSI

Kansainvälinen investointioikeus on kansainvälisestä julkisoikeudesta ja kansainvälisestä yksityisoikeudesta eri elementtejä lainaava uuden tyyppinen kansainvälisen oikeuden osa-alue. Se perustuu noin 3300[2] kahdenväliselle ja monenväliselle (kuten North American Free Trade Agreement, NAFTA, tai sopimus energiaperuskirjasta) investointisuojasopimukselle.[3]

Kansainväliset investointisuojasopimukset sekä näihin liittyvä investointioikeus on nostettu julkiseen keskusteluun erityisesti Euroopan Unionin ja Yhdysvaltojen välille suunniteltuun vapaakauppasopimukseen ("TTIP") liittyen; yksi vapaakauppasopimuksen osa-alueista olisi jonkinlainen investointiriitojen ratkaisumekanismi. Olen lausunut TTIP:n sisältyvästä ajatuksesta uudenlaiselle riidanratkaisumallille eduskunnalle aikaisemmin.[4]

Myös EU-Kanada vapaakauppasopimus sisältää investointisuojaan keskittyviä osia sekä uudenlaisen riidanratkaisumallin.

---

[2] Luku vaihtelee hieman julkaisusta riippuen. United Nations Conference on Trade and Development, IIA Issues note (no. 1/2016), ilmoittaa oikeaksi määräksi 3268 investointisuojaa koskevia määräyksiä sisältävää sopimusta vuoden 2015 lopussa.

[3] Myös Suomi on sitoutunut sekä monenvälisiin että kymmeniin kahden välisiin investointisuojasopimuksiin hyvin erilaisten valtioiden kanssa. Näistä esimerkkinä: Albania (SopS 16/1999), Algerian (SopS 9/2007), Arabiemiraattien liitto (SopS 22/1997), Argentiina (SopS 21/1996), Armenia (SopS 32/2007), Azerbaidzhan (SopS 8/2005), Bosnia ja Hertsegovina (SopS 77/2001), Bulgaria (SopS 50/1999), Chile (SopS 23/1996), Dominikaaninen tasavalta (SopS 36/2007), Ecuador (SopS 79/2001), Egypti (SopS 11/2005), El Salvador (SopS 11/2003), Etelä-Afrikan tasavalta (SopS 8/2001), Etiopia (SopS 42/2007), Filippiinit (SopS 52/1999), Indonesia (SopS 34/1997), Guatemala (SopS 107/2006), Intia (SopS 30/2003), Iran (SopS 82/2004), Kazakstan (SopS 20/1998), Kiina (SopS 87/2006), Kirgisia (SopS 163/2004), Korean tasavalta (SopS 25/1996), Kroatia (SopS 92/2002), Kuwait (SopS 32/1997), Latvia (SopS 5/1993), Libanon (SopS 4/2000), Liettua (SopS 119/1992), Makedonia (SopS 21/2002), Malesia (SopS 79/1987), Marokko (SopS 28/2003), Meksiko (SopS 54/2000), Moldova (SopS 42/1997), Mosambik (SopS 93/2005), Namibia (SopS 42/2005), Nepalin (Sops 5/2011), Nigeria (SopS 34/2007), Oman (SopS 18/1999), Panaman (SopS 102/2010), Peru (SopS 33/1996), Puola (SopS 28/1998), Qatar (SopS 37/2003), Romania (SopS 121/1992), Slovakia (SopS 37/1996), Slovenia (SopS 37/2000), Sri Lanka (SopS 54/1987), Tansania (SopS 94/2002), Thaimaa (SopS 35/1996), Tshekki (SopS 34/1994), Tunisia (SopS 52/2003), Turkki (SopS 29/1995), Ukraina (SopS 102/2005), Unkari (SopS 20/1989), Uruguay (SopS 84/2004), Uzbekistan (SopS 74/1993), Valko-Venäjä (SopS 89/1994), Venäjä (tehty Neuvostoliiton kanssa, SopS 58/1991, muutospöytäkirja SopS 57/1999), Vietnam (SopS 27/1996) sekä Viro (SopS 104/1992).

[4] Lausunto päivätty 20. marraskuuta 2017.

Peruslähtökohtana tässä lausunnossa on se, että investointisuoja ja siihen liittyvä jonkinlainen riidanratkaisumenetelmä on tarpeellinen ja tärkeä osa sopimusta, joka kattaa myös kansainväliset investoinnit.

Toisinaan on 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.

NYKYJÄRJESTELMÄN ONGELMAT JA EU-KANADA VAPAAKAUPPASOPIMUS

Nykyisessä kansainvälisessä investointioikeudessa ja investointiriitojen ratkaisumekanismissa on tiettyjä heikkouksia ja näin myös parantamisen varaa. Riidanratkaisumekanismin osalta julkisessa keskustelussa ongelmiksi on nostettu erityisesti tapa, jolla välimiesoikeuteen valitaan jäseniä. Kuten kaupallisessakin välimiesoikeudessa, myös investointiriidan osapuolilla on yleensä oikeus valita yksi kolmesta välimiesoikeuden jäsenestä.[5] 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. Kun esimerkiksi Espanjaa vastaan on

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

aloitettu noin kolmekymmentä uusiutuvan energian tukijärjestelmiin liittyvää riitaa, jotka kaikki liittyvät samaan tosiseikastoon, on ongelma ilmeinen.[6] Näin siis 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 ei ole kuin rajallinen määrä.

EU – Kanada vapaakauppasopimuksessa edellä esitettyä ongelmaa ei ole. Sopimuksessa luodaan kaksiportainen tuomioistuinjärjestelmä. Uuden riidanratkaisumallin vahvuutena on muun muassa, että se selventää edellä mainittua nykyisellään sekavaa roolitusta eri prosesseissa. Tuomareiden toimiessa vain tuomarin roolissa, nykyinen ongelma saman henkilön eri roolista muissa meneillään olevissa prosesseissa poistuu. Myös sopimukseen sisältyvä aikaisempaa laajempi valitusmahdollisuus on omiaan luomaan koherentimman oikeuskäytännön.

Negatiivisena puolena voidaan uudessa mallissa pitää sitä, että osapuolten mahdollisuus valita juuri tietyn osa-alueen asiantuntemuksen tai tietyn valtion olosuhteet tuntevan asiantuntijan ratkaisemaan riitaa poistuu. Tuomareiden valinta rajautuu nyt siten, että he ovat EU:n (5 tuomaria) ja Kanadan kansalaisia (5 tuomaria). Lisäksi 5 tuomaria valitaan kolmannen maan kansalaisista. Tuomareilla tulee lisäksi olla tuomarin pätevyys tai heidän on muutoin oltava tunnetusti päteviä lainoppineita. Heillä tulee mielellään olla kokemusta kansainvälisestä oikeudesta ja kansainvälisestä kauppa- tai investointiriitojen ratkaisusta.

Järjestelmän siirtyessä kahdenvälisestä sopimuksesta monenväliseksi kansainväliseksi sopimukseksi, joka mahdollisuus on myös sisällytetty itse sopimukseen (artiklaan 8.29), osapuolten mahdollisuus vaikuttaa riidanratkaisuelimen kokoonpanoon vähenee todennäköisesti entisestään.

Itse investointisuojan osalta ongelmaksi on nostettu erilasten standardien yleinen periaatetason muotoilu. Tämän on esitetty johtaneen siihen, että ratkaisut saattavat olla keskenään ristiriitaisia

---

[6] 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.

jonkin tulkintakysymyksen suhteen. Erityisesti näin on ollut "oikeudenmukaisen ja kohtuullisen" kohtelun vaatimuksen (ns. "fair and equitable treatment" standardin) kohdalla. Ensin on todettava, että tämä erilainen tulkinta on saattanut liittyä sovellettavien investointisuojasopimusten sisällölliseen eroavaisuuteen. Vanhempien ja uudempien investointisuojasopimusten sisällössä on tältä osin eroa. Nykyisin investointisuojasopimuksiin kirjataan usein 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. EU – Kanada vapaakauppasopimuksessa tätä ongelmaa on pyritty korjaamaan eri tavoin. Sopimuksessa todetaan valtion oikeus antaa uutta lainsäädäntöä ja muuttaa olemassa olevia sääntelyitä. Näin erityisesti ympäristöä, terveydenhuoltoa ja kuluttajansuojelua koskevan sääntelyn osalta. Investoijalle ei voi syntyä olettamaa siitä, ettei investointihetkellä voimassa ollut lainsäädäntö voi muuttua siten, että muutoksella olisi vahingollisia vaikutuksia tehdyille investoinneille. Siinä on myös erikseen todettu valtiolla olevan oikeus muuttaa esimerkiksi uusiutuvan energian tukijärjestelmiään ja luotu valtion mahdollisuus ehdottaa uusia tarkennuksia. Tältä osin EU – Kanada vapaakauppasopimus jatkaa jo muutoinkin uudemmissa investointisuojaa koskevissa sopimuksessa omaksuttua linjaa. Valtion oikeutta säännellä on sekä korostettu että normitettu myös muissa uudemmissa sopimuksissa.

Uudempien investointisuojasopimusten mukaista linjaa EU – Kanada vapaakauppasopimuksessa edustaa myös pyrkimys aiempaa huomattavasti läpinäkyvämpään ja avoimempaan riidanratkaisuun. Tämä on ensi arvoisen tärkeää, sillä toisin kuin kaupallisen välimiesmenettelyn kohdalla, tarkoitus ei ole vain ratkaista osapuolten välisiä riitoja yksittäisessä tapauksessa vaan myös suojata yksityistä investoijaa valtion kielletyksi katsottua toimintaa vastaan ja vahvistaa oikeusvaltioperiaatteen noudattamista kansainvälisesti. Kansainvälistä investointioikeutta onkin verrattu kansalliseen hallinto-oikeuteen sen funktion perusteella. Koska tähän liittyy vahva public policy elementti, on asiakirjojen mukaan luettuna lopullisen ratkaisun julkaiseminen tärkeää. EU – Kanada vapaakauppasopimuksessa viitataan YK:n kansainvälisen kauppaoikeuden komission tätä kysymystä koskevaan sääntelyyn (UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration) sekä vahvistetaan avoimuutta myös muutoin.

Sopimus on näiltä osin ns. "state of the art" sopimus ja selvä parannus vanhempiin sopimuksiin verrattuna.

LOPUKSI

EU – Kanada sopimus sisältää vastauksia moniin niistä ongelmista, joita nykyisessä kansainvälisessä investointisuojajärjestelmässä on esitetty olevan. Näin sen voimaansaattaminen mahdollisimman nopeasti on sekä EU:n että Kanadan edunmukaisesta. Se antaa myös yleisemmällä kansainvälisellä tasolla oikean signaalin siitä suunnasta, johon järjestelmää ollaan kehittämässä.