LAUSUNTO HALLITUKSEN KAIVOSLAIN MUUTOSESITYKSESTÄ (HE 126/2022 vp), ERITYISESTI EU-KANADA VAPAAKAUPPASOPIMUKSEN MUKAISEN INVESTOINTISUOJAN NÄKÖKULMASTA

Minulta on pyydetty lausuntoa hallituksen kaivoslain muutosesityksestä (HE 126/2022 vp). Keskityn lausunnossani arvioimaan hallituksen esitystä EU-Kanada vapaakauppasopimuksen (ns. CETA-sopimus) mukaisen investointisuojan näkökulmasta.

Olen antanut työ- ja elinkeinoministeriölle (TEM) 31.8.2021 päivätyn lausunnon EU-Kanada vapaakauppasopimuksen mukaisesta investointisuojasta ja kaivoslain muutosehdotuksista. Tässä lausunnossa nostan esiin TEM:lle antamani lausunnon keskeisimmät kohdat.

New Orleans, 25.10.2022



Kim Talus

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

TAUSTAA

Minusta

Sekä akateemisessa että käytännön toiminnassani keskityn erityisesti energiasektoriin, energiamarkkinoiden sääntelyyn sekä investointeihin ja kansainväliseen investointioikeuteen. Olen kirjoittanut laajasti investointioikeudesta ja erityisesti sen periaatteiden soveltamisesta energia- ja luonnonvarasektoreille. Olen toiminut asiantuntijana kansainvälisten investointiriitojen eri vaiheissa sekä antanut eduskunnalle lausuntoja TTIP- (Transatlantic Trade and Investment Partnership) ja CETA-sopimuksiin liittyen. Olen myös Suomen nimittämä sovittelija sijoituksia koskevien riitaisuuksien kansainvälisessä ratkaisukeskuksessa (ICSID).

Keskeiset päätelmät

Lausunnon keskeiset päätelmät ovat:

- CETA-sopimuksen takaama suoja vastaa pitkälti myös Suomen sisäisen oikeusjärjestyksen ja eurooppaoikeuden mukaista suojan tasoa.

- Kaivoslain muutosehdotukset eivät sisällä sellaisia syrjiviä, yllättäviä tai kohtuuttomia muutoksia, jotka olennaisesti muuttavat riskiä valtion korvausvastuusta CETA-sopimuksen perusteella.

- Ehdotetulla kaivoslain 47 §:n muutoksella korostettaisiin kuntakaavoituksen merkitystä kaivosluvan myöntämisen edellytyksenä. Tältäkään osin ehdotetut muutokset 47 §:ään eivät itsessään vaikuttaisi olevan CETA-sopimuksen vastaisia.

(1) INVESTOINTISUOJASTA JA VALTION OIKEUDESTA SÄÄNNELLÄ

Kansainvälinen investointioikeus on kansainvälisestä julkisoikeudesta ja kansainvälisestä yksityisoikeudesta eri elementtejä lainaava uudentyyppinen kansainvälisen oikeuden osa-alue. Se perustuu noin 3300 kahdenväliselle ja monenväliselle investointisuojasopimukselle**.** CETA-sopimus on esimerkki monenvälisestä investointisuojasopimuksesta, jossa osapuolena ovat Kanada ja EU sekä EU:n jäsenvaltiot.[1]

Investointisuojasopimuksen perusajatus on suojata ulkomaista investoijaa sellaisia investoinnin kohdevaltion toimia vastaan, jotka vaikuttavat olennaisesti investoinnin arvoon ja rikkovat investointisuojasopimuksessa sovittuja sääntöjä. Valtion näkökulmasta tämän tietyllä tavalla ”ylimääräisen” kansainvälisoikeudellisen suojan tarkoituksena on rohkaista muista sopimusosapuolista peräisin olevia investoijia investointeihin sopijaosapuolen alueella ja luoda sitä varten vakaat, oikeudenmukaiset, suotuisat ja avoimet olosuhteet. Tähän pyritään takaamalla ulkomaiselle investoijalle suoja valtion tietynlaisia toimenpiteitä vastaan. Tämä niin kutsuttu ylimääräinen suoja on erityisen keskeistä sellaisissa maissa, joissa sitoutuminen oikeusvaltioperiaatteeseen ei ole yhtä vahvaa kuin esimerkiksi Suomessa tai muissa Pohjoismaissa. Investointioikeuden takaama suoja vastaa pitkälti myös Suomen sisäisen oikeusjärjestyksen ja eurooppaoikeuden[2] mukaista suojan tasoa.[3]

Arvioitaessa yleisesti sekä investointisuojasopimusten vaikutusta kansalliseen päätöksentekoon että mahdollisten sopimusten nojalla nostettavien investointiriitojen todennäköisyyttä on huomattava, että investointisuojasopimusten sisältö on ajan myötä muuttunut olennaisesti.

---

[1] CETA-sopimusta on sovellettu väliaikaisesti ennen sen voimaan tuloa 21.9.2017 alkaen. Väliaikainen soveltaminen ei kuitenkaan koske CETA-sopimuksen investointisuojaa koskevaa osiota. Se astuu siis voimaan, kun kaikki EU:n jäsenvaltiot ovat sopimuksen ratifioineet.

[2] Tarkoitan eurooppaoikeudella sekä Euroopan unionin oikeutta että Euroopan ihmisoikeussopimusjärjestelmää.

[3] Katso Julkisasiamies Melchior watheletin ratkaisuehdotus asiassa C-284/16, Slovakian tasavalta vastaan Achmea BV, 19 päivänä syyskuuta 2017, ECLI:EU:C:2017:699, kohta 20. Julkisasiamiehen mukaan kansainvälisen investointioikeuden aineelliset säännöt ovat ainoastaan osittain päällekkäisiä EU oikeuden kanssa. ’Kun tarkastellaan muita investointien aineellista suojaa koskevia oikeussääntöjä, kuten investointien täyttä ja kattavaa suojaa ja turvaa, investointien oikeudenmukaista ja tasapuolista kohtelua sekä lainvastaisten pakkolunastusten kieltämistä, on korostettava, että ne ovat ainoastaan osittain päällekkäisiä unionin oikeuden kanssa mutteivät kuitenkaan ristiriidassa sen kanssa. Nämä oikeussäännöt päinvastoin edistävät myös pääomanliikkeitä jäsenvaltioiden välillä samalla tavoin kuin perusvapaudet. Ne ovat lähtökohtaisesti yhteensopivia sisämarkkinoiden kanssa.’

Vanhemmat sopimukset ja niiden sisältämät investointisuojaa koskevat säännöt ovat usein hyvin yleisiä ja keskittyvät lähinnä suojaamaan sijoittajaa. Uudemmissa sopimuksissa nämä investointien suojaa koskevat säännöt ovat paljon tarkkarajaisempia ja sopimuksissa korostetaan myös valtioiden oikeutta säännellä. Toki on edelleen niin, että investointisuojasopimuksen perusajatus on suojata investointeja.

CETA-sopimus on tältä osin hyvä esimerkki modernista investointisuojasopimuksesta, jossa valtioiden oikeudet on huomioitu ja sijoittajan mahdollisuutta riitauttaa valtion sääntelytoimia on selvästi rajattu. Sopimuksessa on muun muassa tarkennettu tasapuolisen ja oikeudenmukaisen kohtelun periaatteen sisältöä ja ulottuvuutta sekä tarkennettu pakkolunastukseen rinnastettavien toimien määritelmää. Näillä uudistuksilla on pyritty selkeyttämään investointisuojan sisältöä. Kyseisten tarkennuksien lisäksi CETA-sopimus sisältää suuren joukon muita uudistuksia, joiden tarkoitus on parantaa investointisuojaan liittyvää riidanratkaisumekanismia.

On selvää, että mahdollista investointiriidan aloittamista ja siihen liittyviä korvausvaateita ei voida koskaan täysin sulkea pois. Näin siitä huolimatta, että CETA-sopimuksen 8.32 ja 8.33 artikloissa onkin pyritty sulkemaan pois perusteettomat kanteet. Investointiriidan aloittaminen ja korvausvaatimuksen esittäminen on kuitenkin eri asia kuin mahdollisen riidan voittaminen ja korvausten määrääminen.[4]

[4] CETA-sopimuksen aiempia sopimuksia tarkempi muotoilu vähentää monilta osin sitä epävarmuutta, jota investointiriitojen lopputulokseen joskus liittyy. Yleisellä tasolla on myös todettava, että valtiot voittavat suurimman osan riidoista; ks. Susan Franck ja Lindsey Wylie, “Predicting outcomes in investment arbitration”, 65 Duke Law Journal (2015), s. 459-525; Susan Franck, Empirically Evaluating Claims About Investment Treaty Arbitration, 86 N.C.L. Rev 1, (2007), s. 4. Vastaavaan tulokseen on päätynyt myös YK:n alainen United Nations Conference on Trade and Development, “World Investment Report 2014: Investing in SDGs: An Action Plan Towards a New Generation of Investment Policies”, UNCTAD/WIR/2014 (3. kesäkuuta 2014), s. 126.

(2) CETA-SOPIMUKSEN KESKEISESTÄ SISÄLLÖSTÄ

2.1 Valtion oikeudesta säännellä

Vaikka valtion sääntelyoikeus on vahvistettu myös lukuisissa investointioikeudellisissa ratkaisuissa,[5] CETA-sopimuksessa tätä oikeutta on haluttu erityisesti korostaa. Tällä pyritään varmistamaan, että riita-asiaa käsittelevä investointituomioistuin ottaa tämän selkeänä lähtökohtana sen käsiteltävänä olevassa riita-asiassa.

Sopimuksen 8.9 artiklassa säädetään sijoituksista ja sääntelytoimenpiteistä. Sen mukaan

> 1. Tämän luvun soveltamista varten osapuolet vahvistavat uudelleen oikeutensa toteuttaa alueellaan sääntelyä oikeutettujen politiikan tavoitteiden saavuttamiseksi, kuten kansanterveyden, turvallisuuden, ympäristön tai yleisen moraalin suojelemiseksi, sosiaalista suojelua tai kuluttajansuojaa varten sekä kulttuurin monimuotoisuuden edistämiseksi ja suojelemiseksi.
> 2. Selkeyden vuoksi todetaan, että pelkästään se, että osapuoli sääntelee, lainsäädännön muutokset mukaan luettuina, tavalla, joka vaikuttaa kielteisesti sijoitukseen tai muuttaa sijoittajan odotuksia, voitto-odotukset mukaan luettuina, ei merkitse tämän jakson mukaisen velvollisuuden rikkomista.

2.2. Kohtuullisen ja oikeudenmukaisen kohtelun velvollisuus

Kohtuullisen ja oikeudenmukaisen kohtelun velvollisuus on, etenkin vanhemmissa investointisuojasopimuksissa, ollut eri investointisuojastandardeista yleisin ja epämääräisin. Tyypillisesti siihen on vedottu minkä tahansa muun investointisuojan rikkomista koskevan vaatimuksen kanssa, ikään kuin ‘varmuuden vuoksi’. CETA-sopimuksessa tätä pyritään

[5] Tämä lähtökohta on todettu esimerkiksi lukuisissa Espanjan uusiutuvan energian tukijärjestelmien muutosta koskevissa välimiesoikeuden ratkaisuissa. Näin todetiin myös asiassa *Methanex v USA* (http://www.naftaclaims.com/disputes_us_6.htm) tapauksessa Kalifornialla oli oikeus muuttaa ympäristönormejaan. Tietyn bensiiniin lisättävän aineen kiellon taustalla oli yleinen hyvä, se ei ollut syrjivä eikä osavaltio ollut antanut erityisiä lupauksia tai vastaavia sitoumuksia investoijalle.

välttämään ja kohtuullisen ja oikeudenmukaisen kohtelun soveltamisalaa on rajattu säätämällä lista toimista, jotka tarkoittavat tämän standardin rikkomista. Listassa on huomion arvoista myös se, että standardin rikkomista merkitsevän valtion toiminnan rajaa on nostettu käyttämällä ilmaisuja kuten ‘perustavanlaatuista rikkomista’ tai ‘ilmeistä mielivaltaisuutta’.

Oikeutettujen odotusten suoja on tyypillisesti yksi kohtuullisen ja oikeudenmukaisen kohtelun osa-alue. CETA-sopimuksessa tätä ei ole listattu kohtaan 8.10 (2) vaan se löytyy myöhemmin erikseen kohdassa 8.10 (4):

> 4. Soveltaessaan kohtuullisen ja oikeudenmukaisen kohtelun velvollisuutta tuomioistuin voi ottaa huomioon sen, onko osapuoli saadakseen tämän sopimuksen piiriin kuuluvan sijoituksen antanut sijoittajalle erityisen vaikutelman, jonka luomaan odotukseen sijoittaja on luottanut päättäessään tämän sopimuksen piiriin kuuluvan sijoituksen tekemisestä tai ylläpitämisestä, mutta jota osapuoli ei ole myöhemmin lunastanut.

CETA-sopimuksen perusteltujen odotusten suoja on selvästi epämääräisempi kuin kohdan 8.10 (2) mukaiset toimet. Tästä syystä on varsin todennäköistä, että sijoittajat tulevan perustamaan mahdolliset lainsäädännön muutoksia koskevat vaateensa kohdalle 8.10 (4) aina kun se on mahdollista. Oikeutettuja odotuksia lainsäädännön muuttamattomuudesta voi syntyä yksittäisen investoijan ja valtion välisen erillisen sopimuksen sisältämän vakautuslausekkeen (‘stabilisation clause’) johdosta. Siinä valtio sitoutuu olemaan muuttamatta lainsäädäntöään siten, että tästä johtuu sopimuksen kohteena olevalle investoinnille negatiivisia taloudellisia vaikutuksia. Toisinaan on kuitenkin katsottu, että myös lainsäädäntö itsessään voi luoda oikeutettuja odotuksia. Esimerkiksi Espanjaa vastaan aloitettujen uusiutuvan energian tukijärjestelmiä koskevien riitojen yhteydessä on katsottu, että myös lainsäädäntö voi luoda oikeutettuja odotuksia, joita investointisuojasopimus voi suojata.

Tämän lisäksi kohtuullisen ja oikeudenmukaisen kohtelun laajuutta on pyritty artiklassa selkeyttämään eri tavoin:

> 6. Selkeyden vuoksi todetaan, että tämän sopimuksen jonkin muun määräyksen tai erillisen kansainvälisen sopimuksen rikkominen ei merkitse tämän artiklan rikkomista.
>
> 7. Selkeyden vuoksi todetaan, että se, että jokin toimenpide on kotimaan lainsäädännön vastainen, ei sinällään ja pelkästään merkitse tämän artiklan rikkomista. Jotta voidaan selvittää, onko toimenpide tämän artiklan vastainen, tuomioistuimen on tarkasteltava sitä, onko osapuoli toiminut 1 kohdassa tarkoitettujen velvollisuuksien kanssa yhteensopimattomasti.

Näiden selkeyttävien ja rajaavien kohtien ja kohdan 8.10 (2) listan lisäksi artiklassa ei viitata ‘kansainvälisen oikeuden periaatteisiin’ tai ‘kansainväliseen tapaoikeuteen’ kuten monissa investointisuojasopimuksissa on tehty. Myös tämä rajaa kohtuullisen ja oikeudenmukaisen kohtelun tulkintaa ja laajuutta.

Kaiken kaikkiaan CETA-sopimusta leimaa selvä pyrkimys ohjata ja rajoittaa sopimuksen tulkintaa.

2.3 Välillinen pakkolunastus tai pakkolunastukseen verrattavat toimet

Tavanomaisen pakkolunastuksen kiellon lisäksi, CETA-sopimuksen mukainen välillisen pakkolunastuksen arviointi seurailee pääpiirteittäin kansainvälisen investointioikeuden mukaista tulkintaa.[6] Valtion oikeutta säädellä ja soveltaa lainsäädäntöään on kuitenkin tarkennettu ja liitteen 8-A 3. kohdan mukaan:

> Selkeyden vuoksi todetaan, että osapuolen ei-syrjivät toimenpiteet, joka on suunniteltu ja toteutettu oikeutettujen julkisten politiikan tavoitteiden kuten

[6] Siitä millainen sääntely voitaisiin katsoa yleisen investointioikeuden nojalla korvausvelvollisuuden muodostavaksi ei ole vielä täyttä konsensusta kaikkien asiaan liittyvien yksityiskohtien osalta. Katso esim *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, ratkaisu 17. maaliskuuta 2006, Partial Award, kohdat 262–263. Sääntelyoikeutta on kuitenkin CETA-sopimuksessa edellä esitetysti erikseen korostettu.

> terveyden, turvallisuuden tai ympäristön suojaamiseksi, eivät muodosta välillistä pakkolunastusta, lukuun ottamatta niitä harvinaisia tapauksia, joissa toimenpiteen tai toimenpiteiden joukon vaikutus on tavoitteeseen nähden niin voimakas, että se vaikuttaa ilmeisen kohtuuttomalta.

Käyttämällä ilmaisua 'lukuun ottamatta niitä harvinaisia tapauksia' CETA-sopimuksessa pyritään selvästi rajaamaan niitä tilanteita, joissa tuomioistuin voisi todeta välillisen pakkolunastuksen tapahtuneen. Samalla tavoin vaatimus 'ilmeisen kohtuuttomalta' toimenpiteen tai toimenpiteiden tavoitteeseen nähden rajaa niiden tilanteiden kirjoa, jossa välillinen pakkolunastus voitaisiin katsoa tapahtuneen.

(3) HALLITUKSEN ESITYKSEN ARVIOINTI CETA-SOPIMUKSEN MUKAISEN INVESTOINTISUOJAN NÄKÖKULMASTA

Ehdotetut kaivoslain muutokset eivät nähdäkseni ole sillä tavalla syrjiviä, yllätyksellisiä tai suhteettomia, että ne selvästi johtaisivat CETA-sopimuksen mukaisten investointisuojasäännösten rikkomiseen. Kaivoslain muutosehdotukseen sisältyvät pykälät muun muassa ympäristön paremmasta huomioimisesta[7], paikallisen päätöksenteon painottamisesta[8], uusien tarkasti ja selkeästi esitettyjen lupaehtojen ja lupaesteiden lisäämisestä[9] muiden kaivoslakiin ehdotettujen muutosten ohella eivät näyttäisi olevan ristiriidassa investoijien perusteltujen odotusten kanssa tai katsottavina pakkolunastukseen rinnastuviksi toimiksi taikka kohtuullisen ja oikeudenmukaisen kohtelun velvoitteiden vastaisiksi. Ympäristönsuojeluun tähtäävien muutosehdotuksien osalta on huomattava, että CETA-sopimus painottaa erikseen valtion oikeutta antaa ympäristönsuojeluun tähtäävää sääntelyä.

Sekä lakiin esitetty lisäys vaatimuksesta asiantuntemuksesta ja muutoin riittävistä edellytyksistä (ehdotetut 47 ja 48 §) että vakuuteen (ehdotettu 10 luku, erityisesti 108 ja 109 §) liittyvät

[7] Mm. ehdotetut muutokset 11 §:ään (malmin etsintäalueen käytöstä ei saa aiheutua muuta merkittävää vahingollista ympäristövaikutusta), 18 §:ään (kaivosluvan haltija on velvollinen huolehtimaan siitä, että vahingollisia ympäristövaikutuksia vältetään niin pitkälle kuin mahdollista) sekä 51 ja 52 §:iin (malmietsintäluvassa ja kaivosluvassa annettavat määräykset).
[8] Mm. ehdotettu 47 §
[9] Mm. ehdotetut 47, 48 ja 52 §.

vaatimukset ovat tarpeellisia ja kohtuullisia. Niitä on näin vaikea katsoa syrjiviksi, kohtuuttomiksi tai yllättäviksi vaatimuksiksi, jotka olisivat ristiriidassa esimerkiksi CETA-sopimuksen mukaisen oikeutettujen odotusten suojan kanssa.

Maanomistajan aseman vahvistaminen edellyttämällä suostumusta malminetsintäluvan jatkamiselle (ehdotettu 61 a §) vaikuttaa täysin kohtuulliselta muutokselta, jota on vaikea katsoa suhteettomaksi tai yllätykselliseksi. Uusi vaatimus koskisi tilannetta, jossa malminetsintälupa on ollut voimassa jo kymmenen vuotta ja suostumuksen epäämisestä huolimatta valtioneuvoston on mahdollista jatkaa malminetsintä luvan voimassaoloa, jos hanke on yleisen edun kannalta tärkeä. Valtioneuvoston menettely asiassa ei luonnollisesti voi olla syrjivä tai mielivaltainen.

Hakijan neuvontaan liittyvä täsmennys ja hallituksen esityksen toteamus (ehdotettu 31 a §), jonka mukaan viranomaisen antamat virheellisetkään neuvot eivät sido viranomaista tai muutoksenhakutuomioistuinta päätöksenteossa eivät myöskään ole selvästi CETA-sopimuksen takaamien oikeuksien, mukaan luettuna oikeutettujen odotusten suojan, kanssa ristiriidassa. Vaikka kansainvälisissä investointioikeuden ratkaisuissa onkin toisinaan annettu painoarvoa myös investoijan kansallisilta viranomaisilta saaduille neuvoille[10], ei tämä virheellisiä neuvoja ja tietoja koskeva määräys vaikuta erityisen ongelmalliselta koska neuvojen sitomattomuus on selvästi hallituksen esityksessä kuvattu ja sijoittajalle ei voi syntyä perusteltua olettamaa neuvon sitovuudesta. Tämä on kuitenkin alue, jolla erityistä varovaisuutta on syytä noudattaa ja täysin virheellisten neuvojen tai lupausten antamista olisi vältettävä.

Arvioitavana olevan muutosesityksen mukaan kunnan kaavoituspäätös olisi edellytys kaivosluvalle. Ehdotuksessa sanamuoto on nykyistä kapeampi ja toteaa, että "Kaivostoiminnan tulee perustua sellaiseen maankäyttö- ja rakennuslain mukaiseen asemakaavaan tai oikeusvaikutteiseen yleiskaavaan, jossa kaivosalueen ja kaivoksen apualueen sijainti ja suhde muuhun alueiden käyttöön on selvitetty." (ehdotettu 47 §) Nykyisen lain mukainen ”muun riittävän selvityksen” mahdollisuus ehdotetaan siis poistettavaksi ja kaivosluvan edellytyksenä olisi siten maankäyttö- ja rakennuslain mukainen yleiskaava tai asemakaava. Kaivostoiminta ei jatkossa myöskään voisi perustua maakuntakaavaan.

[10] Näin esimerkiksi Metalclad Corporation v. Mexico. ICSID Case No. ARB (AF)/97/1 (30. elokuuta 2000).

Olennainen kysymys tämän lausunnon osalta on se, voiko kaivosyhtiölle syntyä perusteltu olettama tietyn sisältöisestä kaavasta, joka oikeuttaa kaivostoiminnan kunnan alueella. Mielestäni tällaista perusteltua olettamaa ei voi syntyä huolelliselle sijoittajalle.[11] Kunnan kaavoitustoimintaan liittyvä sääntely ja siihen liittyvä harkintavalta on selvää ja helposti myös huolellisen investoijan selvitettävissä. Ehdotetut muutokset 47 §:ään ja kaavoituksen merkitykseen eivät siis itsessään ole CETA-sopimuksen vastaisia.

Kokonaisuutena arvioiden kaivoslain muutosehdotukset eivät sisällä sellaisia syrjiviä, yllättäviä tai kohtuuttomia muutoksia, jotka olennaisesti muuttavat riskiä valtion korvausvastuusta CETA-sopimuksen perusteella. Sellainen valtion toiminta, joka merkitsisi CETA-sopimuksen mukaisen investointisuojan rikkomista, merkitsisi useimmiten samalla myös Suomen ja EU-oikeuden rikkomista.

[11] Investoijan huolellisuusvelvoite (due diligence -velvoite) osana oikeutettujen odotusten arviointia ei kuitenkaan ole täysin vakiintunut investointioikeudessa. Velvoitteen keskeistä merkitystä painotettiin eritysesti ratkaisuissa Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH, and others v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/1, ratkaisu 2. joulukuuta 2019; Belenergia S.A. v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/15/40, ratkaisu 28 elokuuta 2018 ja Antaris Solar GmbH and Dr. Michael Göde v. Czech Republic, PCA Case No. 2014-01, ratkaisu 2. toukokuuta 2018.