

Euroopan unionin jäsenvaltioiden sisäiset investointisuoja sopimukset:
Tarkastelussa sopimusten voimassaolo, kansalaisuuteen perustuva
syrjintä, sekä välimiesoikeuden ennakkoratkaisupyyntö.

LAPIN YLIOPISTO

PRO GRADU -TUTKIELMA

JUSSIVELI JUKANTUPA

0335571

EUROOPPAOIKEUS

2018

Lapin yliopisto, oikeustieteiden tiedekunta

Työn nimi: Euroopan unionin jäsenvaltioiden sisäiset investointisuojasopimukset: Tarkastelussa sopimusten voimassaolo, kansalaisuuteen perustuva syrjintä, sekä välimiesoikeuden ennakkoratkaisupyynnöt.

Tekijä: Jussiveli Jukantupa

Opetuskokonaisuus ja oppiaine: Eurooppaoikeus

Työn laji: Tutkielma X Laudaturtyö__ Licensiaatintyö__ Kirjallinen työ__

Sivumäärä: XII + 69

Vuosi: 2018

Tiivistelmä: Euroopan unionin jäsenvaltioiden solmimat investointisuojasopimukset alkoivat herättää kiinnostusta vuoden 2004 tapahtuneen unionin itäisen laajenemisen jälkeen, jolloin kahdeksan entistä kommunistista valtiota liittyivät Euroopan unioniin. Vanhat itäblokin valtiot olivat solmineet lukuisia investointisuojasopimuksia ns. ”EU-15” valtioiden välillä. Uusien jäsenmaiden liittyessä Euroopan unioniin muodostui kokonaan uusi ilmiö – Euroopan unionin jäsenvaltioiden sisäiset investointisuojasopimukset (ns. *intra-EU BITs*).

Tutkielmassani tarkastelen Euroopan unionin jäsenvaltioiden sisäisiä investointisuojasopimuksia ja niistä aiheutuvia kolmea ongelmaa: (i.) ovatko jäsenvaltioiden sisäiset investointisuojasopimukset voimassa, (ii.) onko kahden EU:n jäsenvaltion välisestä investointisuojasopimuksista aiheutuva kansalaisuuteen perustuva syrjintä esteenä investointisuojasopimuksille, ja (iii.) onko investointisuojasopimusten mukaisilla välimiesoikeuksilla oikeutta esittää EU-oikeuden tulkinnasta ja soveltamisesta ennakkoratkaisupyynnön Euroopan unionin tuomioistuimelle.

Tutkimusmenetelmäni on oikeusdogmaattinen, jossa on huomioitu eurooppaoikeudellisen tutkimuksen erityispiirteet. Tutkielmassani käyn läpi useita relevantteja Euroopan unionin tuomioistuimen sekä välimiesoikeuksien antamia ratkaisuja ja avaan niiden merkitystä ongelmiin liittyen. Suomalaista oikeuskirjallisuutta aiheesta on varsin vähän, jonka vuoksi olen käyttänyt lähdeaineistona suurimmaksi osaksi kansainvälistä oikeuskirjallisuutta.

Tutkimuksessani olen tullut johtopäätökseen, että (i.) jäsenvaltioiden sisäiset investointisuojasopimukset ovat voimassa, (ii.) sopimuksia ei tule tulkita siten että niistä aiheutuu kansalaisuuteen perustuvaa syrjintää, sekä siihen, että (iii.) investointisuojasopimusten mukaisilla välimiesoikeuksilla on oikeus ennakkoratkaisupyynnön esittämiseen. Kysymys Euroopan unionin sisäisistä investointisuojasopimuksista on tulossa myös ensimmäistä kertaa Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaistavaksi tapauksessa *Slovakian tasavalta v. Achmea BV* (C-284/16).

Avainsanat: Eurooppaoikeus, Kansainvälinen oikeus, Välimiesmenettely, Investointisuoja, Investointisuojasopimus, BIT

Muita tietoja:

Suostun tutkielman luovuttamiseen Rovaniemen hovioikeuden käyttöön X

Suostun tutkielman luovuttamiseen kirjastossa käytettäväksi X

Suostun tutkielman luovuttamiseen Lapin maakuntakirjastossa käytettäväksi X

Sisällysluettelo

Lähdeluettelo.....	III
Lyhenteet.....	XII
1. Johdanto.....	1
1.1 Investointisuojasopimukset Euroopan unionissa	6
1.2 Lissabonin sopimus.....	8
2. Sisäisten investointisuojasopimusten yhteensopivuus EU-oikeuden kanssa ..	11
2.1 Komission näkökulma	11
2.2 Pääoman vapaa liikkuvuus ja sijoittautumisvapaus.....	14
2.3 Wienin yleissopimus.....	15
2.4 EU-oikeuden ensisijaisuus.....	21
3. Sisäiset investointisuojasopimukset ja kansalaisuuteen perustuva syrjäntä... 28	
3.1 EUT:n oikeuskäytäntö kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän osalta	30
3.2 EUT:n oikeuskäytännön soveltuminen ongelmaan	35
4. Euroopan unionin tuomioistuin EU:n perussopimusten tulkitsijana	38
5. Välimiesoikeuden mahdollisuus esittää ennakkoratkaisupyyntö Euroopan unionin tuomioistuimelle	41
5.1 SEUT 267 artiklan mukainen jäsenvaltion tuomioistuin.....	44
5.1.1 Investointisuojasopimusten mukaisten välimiesoikeuksien lakisääteisyys	45
5.1.2 Investointisuojasopimusten mukaisten välimiesoikeuksien pysyvyys	47
5.1.3 Investointisuojasopimusten mukaisten välimiesoikeuksien tuomiovallan pakottavuus.....	49
5.1.4 Investointisuojasopimusten mukaisten välimiesoikeuksien menettelyn kontradiktorisuus, oikeussääntöjen soveltaminen, sekä välimiesten riippumattomuus.....	53
5.1.5 Investointisuojasopimusten mukaiset välimiesoikeudet jäsenvaltion tuomioistuimina.....	54
5.2 Yhteenvedo sekä mahdolliset seuraamukset välimiesmenettelyssä esitetystä ennakkoratkaisupyynnöstä.....	58
6. EU-oikeuden tulkinnasta	62
7. Johtopäätökset.....	65

Lähdeluetelo

Oikeuskirjallisuus

Broberg, Morten – Fenger, Niels: Preliminary References to the European Court of Justice. Oxford University Press 2010.

Broberg, Morten – Fenger, Niels: Preliminary References to the European Court of Justice. Second edition. Oxford University Press 2014.

Brown, Chester – Miles, Kate: Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration. Cambridge University Press, 2011. ProQuest Ebook Central.

Coplin, William D.: The Functions of International Law: An Introduction to the Role of International Law in the Contemporary World. Chicago, Rand McNally 1966.

Craig, Paul – Gráinne, De Búrca: EU Law: Text, Cases, and Materials. Fifth edition. Oxford University Press 2011.

Craig, Paul: The Lisbon Treaty - Law Politics and Treaty Reform. Oxford University Press 2013.

De Groot, Isabella: Member States Must Apply Most Favoured Nation Treatment under EU Law. Intertax Volume 42 (2014), Issue 6/7, s. 405-415.

De Witte, Bruno: International Agreements between Member States of the EU, teoksessa De Búrca, Gráinne – Scott, Joanne: Constitutional Change in the EU: From Uniformity to Flexibility? Oxford Hart Publishing 2000. s. 31-58.

Dolzer, Rudolf – Schreuer, Christoph: Principles of International Investment Law. Oxford University Press 2012. Second edition. eBook.

Eilmansberger, Thomas - Bilateral investment treaties and EU law. Common Market Law Review 2009 (a) vol. 46, Issue 2, s. 383-429.

Eilmansberger, Thomas: Chapter V: Investment Arbitration - Bilateral Investment Treaties and EU Law – teoksessa Zeiler, Welser, Power, et al.: Austrian Arbitration Yearbook 2009 (b). Austrian Yearbook on International Arbitration. s. 515-537.

Fecák, Tomáš: *International Investment Agreements and EU Law*. Kluwer Law International 2016.

Foster, Nigel – *EU Law Directions*. Fourth edition. Oxford University Press 2014.

Friedman, Mark – Verhoosel, Gaetan: Arbitrating over BIT claims. *The National Law Journal*, 15.9.2003.

Garfinkel, Barry – Schnabl, Marco – Nelson, Timothy – Béard, Julie: *AAA Handbook on International Arbitration & ADR*. Chapter 27 – Bilateral Investment Treaties and Arbitration. JurisNet, LLC 2010.

Govaere, Infe: Beware of the Trojan Horse: Dispute Settlement in (Mixed) Agreements and the Autonomy of the EU Legal Order, teoksessa Koutrakos, Panos – Hillion, Christophe: *Mixed Agreements Revisited: The EU and Its Member States in the World*. Oxford. Hart Publishing, 2010. s. 187-207.

Hakapää, Kari: *Uusi kansainvälinen oikeus*. Helsinki 2010.

Hartley, Trevor C.: *The Foundations of European Community Law*. Sixth Edition. Oxford University Press 2007.

Hindelang, Steffen: Circumventing Primacy of EU Law and the CJEU's Judicial Monopoly by Resorting to Dispute Resolution Mechanisms Provided for in Inter-se Treaties? The Case of Intra-EU Investment Arbitration. *Legal Issues of Economic Integration* Volume 39, Number 2. Kluwer Law International 2012.

Jääskinen, Niilo: *Euroopan unioni – Oikeudelliset perusteet*. Talentum. Helsinki 2007.

Kellermann, Alfred E. – T.M.C. Asser Instituut: *Improving the quality of legislation in Europe*. The Hague. Kluwer Law International 1998.

Kingston, Suzanne: The Boundaries of Sovereignty: The ECJ's Controversial Role Applying Internal Market Law to Direct Tax Measures. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 9, 2007. s. 287-311.

Klabbers, Jan: *Treaty Conflict and the European Union*. Cambridge University Press 2008.

Kofler, Georg – Schindler, Clemens: Dancing with Mr D': The ECJ's Denial of Most-Favoured-Nation Treatment in the 'D' Case. *European Taxation*, 2005 (Volume 45), No 12. s. 530-540.

Kortenberg, Helmut - Closer Cooperation in the Treaty of Amsterdam. *Common Market Law Review* (1998) vol. 35, Issue 4, s. 833-885.

Koskenniemi, Martti: Oikeus rauhan välineenä: Erichistä nykypäivään. *Lakimies* 7-8/2002. s. 1221-1234.

Koulu, Risto: Kansainvälinen prosessioikeus pääpiirteittäin. WSOY Lakitieto 2003. Helsinki.

Niemelä, Pekka: Investor-State Arbitration under Fire – Implications of Finland's Bilateral Investment Treaties. *JFT* 6/2014 s. 504–545.

Ojanen, Tuomas: EU-oikeuden perusteita. 3., uudistettu laitos. Edita 2016. Helsinki.

Olík, Miloš – Fyrbach, David: The Competence of Investment Arbitration Tribunals to Seek Preliminary Rulings from European Courts. *Czech Yearbook of International Law* 2011. s. 191-205.

Paso, Mirjami: Viimeisellä tuomiolla: Suomen korkeimman oikeuden ja Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ennakkopäätösten retoriikka. Lakimiesliiton kustannus 2009.

Piris, Jean-Claude: *The Lisbon Treaty: A Legal and Political Analysis*. Cambridge University Press, 2010. ProQuest Ebook Central.

Raitio, Juha: Teleologia Eurooppaoikeudessa. *Oikeus* 2005 (34); 3: s. 276-297.

Söderlund, Christer: Intra-EU BIT Investment Protection and the EC Treaty. *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International 2007, Volume 24 Issue 5. s. 455-468.

Sornarajah, Muthucumaraswamy: *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge University Press 2004. 2nd edition.

Talus, Kim – Penttinen, Sirja-Leena: Eurooppaoikeudelliset oikeuslähteet ja niiden tulkinta oikeustieteellistä opinnäytettä kirjoittaessa. Edilex 2015.

Talus, Kim: Ennakkoratkaisumenettely Euroopan unionin tuomioistuimessa: velvoittavuus, vaikutukset ja sitovuus, Defensor Legis N:o 1/2013(b), s. 132-135.

Talus, Kim: Hallinnollisten lupien peruutus ja purkaminen kansainvälisen investointioikeuden näkökulmasta. Defensor Legis N:o 2/2013(a), 250-258.

Villiger, Mark: Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. Alankomaat 2009.

Wallgren, Carita – Pauni, Sami: ICSID –välimiesmenettely, teoksessa Turunen, Santtu: Conflict Management – Riidanratkaisun uusi maailma. Helsinki 2005. s. 199-228.

Yearbook of the International Law Commission 1966. Volume II. United Nations. New York 1967.

Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisut

Asia 102/81, "Nordsee" Deutsche Hochseefischerei GmbH v. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG ja Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG.

Asia 109/88, "Danfoss" Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark v. Dansk Arbejdsgiverforening (Danfossin puolesta).

Asia 246/80 C. Broekmeulen v. Huisarts Registratie Commissie.

Asia 61/65 G. Vaassen-Göbbels v. Beambtemfonds voor het Mijnbedrijf.

C-10/61 Commission of the European Economic Community v. Government of the Italian Republic.

C-126/97 Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV.

C-17/00 De Coster, julkisasiamiehen ratkaisuehdotus 28.6.2011.

C-174/08 NCC Construction Danmark A/S v. Skatteministeriet.

C-196/09 Paul Miles ym. v. Eurooppa-koulut.

C-222/13 TDC A/S v. Erhvervsstyrelsen.

C-224/01 Gerhard Köbler v. Itävallan tasavalta.

C-235/87 Matteucci v. communauté française de Belgique.

C-259/04 Elizabeth Florence Emanuel v. Continental Shelf 128 Ltd.

C-26/26 Van Gend & Loos.

C-284/16 Slovakian valtio v. Achmea BV.

C-3/91 Exportur SA v. LOR SA Confiserie du Tech.

C-307/97 Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland v. Finanzamt Aachen-Innenstadt.

C-337/95 Parfums Christian Dior SA ja Parfums Christian Dior BV v. Evora BV.

C-374/04 Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation v. Commissioners of Inland Revenue.

C-376/03 D. v. Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen.

C-377/13 Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA v. Autoridade Tributária e Aduaneira.

C-394/11 Valeri Hariev Belov v. CHEZ Elektro Bulgaria AD, Lidia Georgieva Dimitrova, Roselina Dimitrova Kostova, Kremena Stoyanova Stoyanova, CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD, Ivan Kovarzhchik, Atanas Antonov Dandarov, Irzhi Postolka, Vladimir Marek ja Darzhavna Komisia po energiyno i vodno regulirane.

C-411/00 Felix Swoboda GmbH v. Österreichische Nationalbank.

C-471/98 Commission of the European Communities v. Kingdom of Belgium.

C-54/96 Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH v. Bundesbaugesellschaft Berlin mbH, sekä Julkisasiamiehen asiassa antama ratkaisuehdotus.

C-55/00 Elide Gottard v. Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS).

C-555/13 Merck Canada Inc. v. Accord Healthcare Ltd, Alter SA, Labochem Ltd, Synthron BV ja Ranbaxy Portugal – Comércio e Desenvolvimento de Produtos Farmacêuticos, Unipessoal Lda.

C-6/64 Costa v. E.N.E.L.

C-65/81 Francesco & Letizia Reina v. Landeskreditbank Baden-Württemberg.

Unionin tuomioistuimen lausunto 1/09. (ECLI:EU:C:2011:123).

Yhdistetyt asiat C-110/98 - C-147/98, Gabalfrisa SL ym. v. Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT).

Välimesoikeuksien ratkaisut

Binder v. Czech Republic, 15.7.2011, Ad hoc Arbitration, UNCITRAL. Saatavissa osoitteessa: <https://www.italaw.com/cases/151>.

Eastern Sugar v. Czech Republic, SCC Case No 088/2004. Saatavissa osoitteessa: <https://www.italaw.com/cases/368>.

Eureko B.V. v. Slovakia, PCA Case No. 2008/13. Saatavissa osoitteessa: <https://www.italaw.com/cases/documents/418>.

Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. ja S.C. Multipack S.R.L. v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20. Saatavissa osoitteessa: <https://www.italaw.com/cases/697>.

WNC Factoring Limited v. The Czech Republic, PCA Case No. 2014-34. Saatavissa osoitteessa: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8533.pdf>.

Virallislähteet

Euroopan energiaperuskirja (Neuvoston ja komission päätös 98/181/EY, EHTY, Euratom, 23.9.1997).

Euroopan unionin toiminnasta tehty sopimus (SEUT).

Euroopan unionista tehty sopimus (SEU).

Euroopan yhteisön perustamissopimus (konsolidoitu toisinto Amsterdam).

Sopimus Euroopan perustuslaista (C310/1).

Suositus (Neuvoston päätös) luvan antamisesta aloittaa neuvottelut yleissopimuksesta investointiriitojen ratkaisemiseen tarkoitettuna monenvälisen investointituomioistuimen perustamiseksi (COM/2017/0493 final).

Valtiosopimusoikeutta koskeva Wienin yleissopimus (33/1980).

Sähköiset lähteet

Bernasconi-Osterwalder, Nathalie – Johnson, Lise: International Investment Law and Sustainable Development. Key cases from 2000–2010. IISD 2011. - http://www.iisd.org/pdf/2011/int_investment_law_and_sd_key_cases_2010.pdf (noudettu 3.8.2017).

Edilex uutinen 2.5.2011, Yritysten investointisuojusta neuvottelee jatkossa jäsenmaiden sijasta Euroopan komissio, Jukka Savolainen. - <https://www.edilex.fi/uutiset/27993> (noudettu 22.8.2017).

EUR-Lex tiivistelmä EU-lainsäädännöstä, Ennakkoratkaisupyyntö (32012H1106(01)). – Saatavissa osoitteessa: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FI/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:114552&from=EN> (noudettu 24.10.2017).

Euroopan komissio – lehdistötiedote: Komissio kehottaa jäsenvaltioita lakkauttamaan EU:n sisäiset kahdenväliset investointisopimuksensa. Bryssel, 18.6.2015. - http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_fi.htm (noudettu 22.8.2017).

INTRA-EU INVESTMENT TREATIES. Non-paper from Austria, Finland, France, Germany and the Netherlands. 7.4.2016. Saatavissa osoitteessa: https://www.tni.org/files/article-downloads/intra-eu-bits2-18-05_0.pdf (noudettu 7.9.2017).

Investment Policy Hub internetsivut - <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>.

Lavranos, Nikos - The poison pill for maintaining intra-EU BITs arbitration. Practical Law Arbitration Blog. 28.9.2017. - <http://arbitrationblog.practicallaw.com/the-poison-pill-for-maintaining-intra-eu-bits-arbitration/> (noudettu 15.11.2017).

Monsieur de Villepin: Proposition d'amendement à l'article III-212.1 - http://ec.europa.eu/dorie/fileDownload.do;jsessionid=IUgWBPCLeMtv9U4M1yZXebxYZxd6woOMP93MTUnYb7tD1YIx_W!1583997504?docId=112025&cardId=112025 (noudettu 4.8.2017).

Nikiëma, Suzy: International Institute for Sustainable Development: Best Practices - Definition of Investor. March 2012. - http://www.iisd.org/pdf/2012/best_practices_definition_of_investor.pdf (noudettu 23.8.2017).

OECD: Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law. OECD Working Papers on International Investment. 2004/02, OECD Publishing. - http://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/most-favoured-nation-treatment-in-international-investment-law_518757021651 (noudettu 17.10.2017).

Olivet, Cecilia: A test for European solidarity. The case of intra-EU Bilateral Investment Treaties. Transnational Institute, January 2013. - https://www.tni.org/files/download/briefing_on_intra-eu_bits_0.pdf (noudettu 15.8.2017).

Reinisch, August: The EU on the Investment Path - Quo Vadis Europe? The Future of EU BITs and other Investment Agreements. 12 Santa Clara Journal of International Law. 111, 2014. - <http://digitalcommons.law.scu.edu/scujil/vol12/iss1/6> (noudettu 5.8.2017).

Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisuja 15/2015, Kansainvälisten investointien oikeudellinen sääntely – Onko sääntely globaalisaatiokehityksen edellyttämällä tasolla? - https://julkaisut.valtioneuvosto.fi/bitstream/handle/10024/75022/TEMjul_15_2015_web_27022015.pdf?sequence=1 (noudettu 5.8.2017).

United Nations Commission on International Trade Law. UNCITRAL Arbitration Rules. - http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html (noudettu 24.11.2017).

Von Papp, Konstanze: Clash of “autonomous legal orders”: Can EU Member State courts bridge the jurisdictional divide between investment tribunals and the ECJ? – A plea for direct referral from investment tribunals to the ECJ. *Common Market Law Review* 50 (2013), s. 1039-1081. - <http://ssrn.com/abstract=2267045> (noudettu 24.10.2017).

Lyhenteet

EU	Euroopan unioni
EUT	Euroopan unionin tuomioistuin
EY	Euroopan yhteisö
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
SEU	Sopimus Euroopan unionista
SEUT	Sopimus Euroopan unionin toiminnasta

1. Johdanto

Euroopan unionin toimivalta laajeni jäsenvaltioiden ulko- ja kauppapolitiikan saralla *Lissabonin*¹ sopimuksen astuttua voimaan 1.12.2009. Lissabonin sopimuksen myötä suorat ulkomaiset sijoitukset tulivat osaksi EU:n kauppapolitiikka. Sopimuksella luotiin EU:lle oikeushenkilön asema,² jonka ansiosta se sai kompetenssin olla kansainvälisten sopimuksen sopimusosapuolena. Samalla Komissio sai toimivaltuudet neuvotella ns. kahdenväliset investointisuojausopimukset (*”bilateral investment treaties”*) EU:n ulkopuolisten valtioiden kanssa.³

Investointisuojausopimukset ovat kahden valtion välisiä kansainvälisiä sopimuksia, joissa määritetään sovellettavat oikeudelliset säännöt ja edellytykset sijoituksien suojaamisesta yksityisten investoijien tehdessä investointeja ulkomaiseen sopimusvaltioon. Sopimusten osapuolet sitoutuvat sijoituksien oikeudenmukaiseen ja tasapuoliseen kohteluun, sekä täysimääräiseen ja jatkuvaan suojaan. Sopimuspuolet rohkaisevat muista sopimusvaltioista tulevia investoijia sijoituksiin alueellaan ja luovat tätä tarkoitusta varten vakaat, oikeudenmukaiset, suotuisat ja avoimet olosuhteet.⁴

Investointisuojausopimukset tarjoavat sijoittajille merkittäviä menettelyllisiä ja aineellisia oikeuksia. Sopimukset mahdollistavat sijoittajien suorat kanteet sijoituksen kohdevaltiota vastaan, samalla tavalla kuin vastapuolena olisi yksityinen taho. Tämä on merkittävää valtion oman suvereniteetin kannalta, valtion rajoittaessa investointisuojausopimuksen solmimisella omaa täysivaltaisuuttaan ja immuniteettiaan. Investointisuojausopimukset tarjoavat sijoittajalle oikeuksia, joita niillä ei muuten kansallisen lainsäädännön mukaan olisi, ja jotka saattavat olla laajempia kuin sijoituksen kohdevaltion omien kansalaisten oikeudet.⁵

¹ Lissabonin sopimus Euroopan unionista tehdyn sopimuksen ja Euroopan yhteisön perustamissopimuksen muuttamisesta. ks. Lissabonin sopimuksen vaikutuksista tarkemmin luvussa 2.1 *”Lissabonin sopimus”*.

² SEU 47: Unioni on oikeushenkilö.

³ ks. lisää Niemelä 2014, s. 504.; Reinisch 2014, s.111.; EUT 206-207 art.

⁴ Niemelä 2014, s. 504.; Ulkoasianministeriö 15.12.2014: Suomen näkemyksiä investointisuojausopimukseen.

⁵ Friedman – Verhoosel 2003, s. 2.

Tyypillisesti investointisuojaopimukset kieltävät välittömät ja välilliset ilman hyväksyttävää syytä tapahtuvat sijoitusta koskevat pakkolunastustoimet, epäoikeudenmukaisen tai epätasapuolisen kohtelun, sekä toimet, joilla evätään sijoittajalta investointia koskeva suoja. Lisäksi investointisuojaopimuksissa usein kielletään sijoituksen kohdevaltiota kohtelemasta sijoittajaa huonommin kuin omia kansalaisiaan, tai muuten kansainvälisen oikeuden vastaisesti.⁶

Mikäli investoija katsoo, että häntä ei ole kohdeltu investointisuojaopimuksen mukaisesti, voi hän saattaa kysymyksen investointisuojaopimuksen rikkomisesta kansainvälisen välimiesoikeuden tutkittavaksi. Välimiesoikeudella on toimivalta päättää, onko sopimusvaltio rikkonut sopimuksen mukaisia velvoitteitaan ja tuleeko sen maksaa korvauksia investoijalle.⁷

Vanhat Euroopan unionin jäsenvaltiot, ns. EU-15 valtiot,⁸ eivät ole historiansa aikana katsoneet tarpeelliseksi solmia investointisuojaopimuksia toistensa kanssa. Investointisuojaopimuksien pääasiallisena tarkoituksena on luoda vakaat olosuhteet investoinneille, jonka vuoksi on ymmärrettävää, että sopimusosapuolina ovat normaalisti hyvin edistyneet ja teollistuneet kansantaloudet, sekä toisena osapuolena kehitysmaat, jotka saivat huomattavaa etua talouskasvulleen investointien ansiosta.⁹ Vanhoilla EU-15 valtioilla ei ole yksinkertaisesti ollut tarvetta investointisuojaopimuksille jo ennestään vakaiden investointiolosuhteiden ansiosta.

Euroopan unionin jäsenvaltioiden solmimat investointisuojaopimukset alkoivat herättää mielenkiintoa vuoden 2004 tapahtuneen unionin itäisen laajenemisen jälkeen, jolloin kahdeksan entistä kommunistista valtiota liittyivät Euroopan unioniin.¹⁰ Ennen unioniin liittymistä, vanhat itäblokin valtiot olivat solmineet lukuisia investointisuojaopimuksia EU-15 valtioiden välillä. Uusien jäsenmaiden liittyessä Euroopan unioniin muodostui kokonaan uusi ilmiö – Euroopan unionin

⁶ Garfinkel et al. 2010, s. 358.

⁷ Bernasconi-Osterwalder – Johansson 2011, s. 13.

⁸ EU-15 valtioilla tarkoitetaan jäsenvaltioita, jotka kuuluivat unioniin ennen vuoden 2004 laajenemista. Nämä valtiot ovat Alankomaat, Belgia, Espanja, Irlanti, Iso-Britannia, Italia, Itävalta, Kreikka, Luxemburg, Portugali, Ranska, Ruotsi, Saksa, Suomi ja Tanska.

⁹ Söderlund 2007, s. 455.

¹⁰ Puola, Viro, Latvia, Liettua ja Tshekki liittyivät Euroopan unioniin huhtikuussa 2004. Laajenemisen myötä jäsenvaltioiden välisten investointisuojaopimusten määrä kasvoi merkittävästi. Ks. Söderlund 2007, s. 456.

jäsenvaltioiden sisäiset investointisuojaosopimukset (*ns. intra-EU BITs*).¹¹ EU:n sisäiset kahdenväliset investointisuojaosopimukset ovat siis kahden EU-jäsenvaltion välisiä kansainvälisiä sopimuksia.

EU:n sisäiset investointisuojaosopimukset aiheuttavat monia oikeudellisia ongelmia, joihin tutkielmassani sen rajallisen pituuden vuoksi aion kuitenkin keskittyä ainoastaan seuraaviin kolmeen:

- i. Onko kahden EU:n jäsenvaltion välinen investointisuojaosopimus katsottava päättyneeksi, kun sopimuksen toinen osapuoli, entinen ”ei-EU” valtio, liittyy Euroopan unioniin ja sen perussopimukseen?
- ii. Onko kahden EU:n jäsenvaltion välisestä investointisuojaosopimuksista aiheutuva kansalaisuuteen perustuva syrjintä (SEUT 21) esteenä unionin sisäisille investointisuojaosopimuksille?
- iii. Onko investointisuojaosopimusten mukaisilla välimiesoikeuksilla oikeus ennakkoratkaisupyynnön esittämiseen Euroopan unionin tuomioistuimelle?

Kysymys EU:n sisäisistä investointisuojaosopimuksista on tulossa ensimmäistä kertaa myös Euroopan unionin tuomioistuimen tarkasteltavaksi jutussa *Slovakian tasavalta v. Achmea BV*.¹² Unionin tuomioistuimelle esitetty ennakkoratkaisupyynnö tarjoaa EUT:lle ensimmäisen tilaisuuden lausua kyseisestä ongelmasta. Kysymys on erityisen tärkeä siksi, että jäsenvaltioiden välillä on käyty lukuisia välimiesmenettelyjä, joihin Euroopan komissio on osallistunut ulkopuolisena asiantuntijana (*amicus curiae*) ja esittänyt kantaansa, jonka mukaan unionin sisäiset kahdenväliset investointisuojaosopimukset ovat ristiriidassa EU:n perussopimusten kanssa.¹³

Jäsenvaltioiden sisäisten investointisuojaosopimusten voimassaoloa voidaan tarkastella eri oikeudellisista perspektiiveistä. Riippuen valitsemastaan lähestymiskulmasta, myös sopimusten voimassaolemista ja laillisuutta tarkastellaan eri oikeusnormeja

¹¹ Söderlund 2007, s.455.

¹² C-284/16 *Achmea*.

¹³ Esim. tapaukset *Eastern Sugar V. Czech Republic*, SCC Case No 088/2004 ja *Eureko B.V. v. Slovakia*, PCA Case No. 2008-13.

vasten. Välimiesoikeudet kiinnittävän huomionsa kansainvälisten investointisuojasopimusten voimassaolemiseen, erityisesti siihen, ovatko sopimukset voimassa kansainvälisen oikeuden näkökulmasta tarkasteltuna. EU-oikeudellisesta näkökulmasta tarkasteltuna jäsenvaltioiden sisäisiä investointisuojasopimuksia puolestaan arvioidaan suhteessa EU-oikeuteen ja erityisesti sen ensisijaisuuteen.

Tutkielmani ensimmäisessä pääkysymyksessä tarkastelen jäsenvaltioiden sisäisten investointisuojasopimusten voimassaolemista kansainvälisen oikeuden näkökulmasta. Tutkielmani toinen ja kolmas pääkysymys keskittyy puolestaan EU-oikeuden näkökulmaan, tarkemmin siihen, miten jäsenvaltioiden sisäiset investointisuojasopimukset näyttävät arvioitaessa niitä kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän perspektiivistä, sekä siihen, onko välimiesoikeuksilla oikeutta esittää ennakkoratkaisupyyntöä EU-oikeuden tulkinnasta ja soveltamisesta Euroopan unionin tuomioistuimelle.

Investointisuojasopimuksista – etenkin EU:n jäsenvaltioiden välisistä – on kirjoitettu suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa vain vähän huolimatta aiheen merkityksellisyydestä. Lähdeaineistona on tämän vuoksi käytetty suurimmaksi osaksi kansainvälistä oikeuskirjallisuutta. Unionin tuomioistuimen ennakkoratkaisuilla on keskeinen merkitys EU-oikeutta tulkittaessa ja sovellettaessa.¹⁴ Tästä syystä käyn tutkielmassani läpi monia Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisuja ja avaan niiden merkitystä käsillä olevaan ongelmaan liittyen. Lisäksi olen hyödyntänyt investointisuojasopimusten mukaisten välimiesoikeuksien antamia ratkaisuja.

Tutkielmani metodi on osaltaan oikeusdogmaattinen, jossa on kuitenkin huomioitu eurooppaoikeudellisen tutkimuksen erityispiirteet – eurooppaoikeudellinen tutkimus rakentuu EU:n periaatteille, säännöille, normeille, olosuhteille, faktoille ja seurauksille.¹⁵ EU-oikeus muodostaa täysin erilaisen laintulkinnallisen kokonaisuuden, jossa huomiota on kiinnitettävä kaikkiin näihin EU-oikeuden eri osa-alueisiin, jotta säännöistä ja niiden pohjalla vaikuttavista periaatteista johdettava seuraus on ymmärrettävissä. Tämä eurooppaoikeudellinen metodi on nähtävissä myös tutkielmassani, joka lähtee liikkeelle sovellettavista normeista, tämän jälkeen luoden

¹⁴ Talus – Penttinen 2015, s. 3.

¹⁵ Kyseessä on OTT Markku Kiikerin kehittämä Eurooppaoikeudellinen metodi.

normeille olosuhteet ja faktat EUT:n oikeuskäytännön sekä EU-oikeuden erityislaatuisen lainulkinnan kautta. Tutkielmani kuudennessa luvussa käyn myös yleisemmin läpi EU-oikeudellista tulkintaa, jotta sääntöjen ja seurauksien välinen suhde olisi paremmin ymmärrettävissä. Lopussa esitän kokoavat johtopäätökset ongelmaan liittyen.

Kuten nykypäiväin juridisille ongelmille on hyvin tyypillistä, myös tutkielmani sivuaa useita eri oikeuden osa-alueita. Näin ollen, vaikka pääpainon olen pyrkinyt pitämään eurooppaoikeudellisessa näkökulmassa, tulee tutkielmani sen aiheen vuoksi lävistämään niin kansainvälistä oikeutta, kansainvälistä prosessioikeutta kuin kansainvälistä välimiesmenettelyoikeutta.

1.1 Investointisuojaopimukset Euroopan unionissa

Tällä hetkellä Euroopan unionin jäsenvaltioiden välisiä investointisopimuksia on voimassa noin 200 kappaletta.¹⁶ Suomella on voimassa yhteensä 67 investointisuojaopimusta, joista 11 on solmittu nykyisten Euroopan unionin jäsenvaltioiden kanssa.¹⁷

EU:n kahdenvälisiä investointisopimuksia ei juurikaan käytetty ensimmäisinä laajentumista seuranneina vuosina. Viime aikoina sijoittajat ovat kuitenkin alkaneet uudelleen hyödyntämään niitä. Uudet Euroopan unionin jäsenvaltiot, joihin on kohdistettu vaatimuksia välimiesoikeudessa jäsenvaltioiden välisiin investointisuojaopimuksiin vedoten, ovat väittäneet, että vanhat investointisuojaopimukset ovat automaattisesti päättyneet valtioiden liittyessä Euroopan unioniin ja sen perussopimukseen, jotka sääntelevät samaa asiaa kuin investointisuojaopimukset ovat säännelleet. Tämän lisäksi valtiot ovat puolustautuneet kanteita vastaan väitteellä, ettei välimiesoikeudella ole toimivaltaa käsitellä investointisuojaopimuksista aiheutuneita riitoja, koska investointisuojaopimusten välityslauseke ei ole yhteensopiva EU-oikeuden kanssa.¹⁸

Komissio on katsonut, ettei kahden EU-jäsenvaltion välisiä sopimuksia enää pitäisi tarvita, koska kaikissa jäsenvaltioissa sovelletaan samoja EU:n sisämarkkinasääntöjä. Niihin kuuluvat rajat ylittäviä investointeja koskevat säännöt – erityisesti sijoittautumisvapaus ja pääoman vapaa liikkuvuus. EU:n sijoittajat saavat EU:n sääntöjen ansiosta saman sisältöisen suojan (esim. kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kielto). EU:n sisäiset kahdenväliset investointisopimukset sitä vastoin luovat kahdenvälisiä oikeuksia vain tiettyjen jäsenvaltioiden sijoittajille. EUT:n vakiintuneen oikeuskäytännön mukaisesti tällainen kansalaisuuteen perustuva syrjintä on ristiriidassa EU:n lainsäädännön kanssa.¹⁹

¹⁶ Ks. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

¹⁷ Nämä maat ovat Bulgaria, Kroatia, Tshekki, Viro, Unkari, Latvia, Liettua, Puola, Romania, Slovakia ja Slovenia.

¹⁸ Ks. *Eastern Sugar V. Czech Republic*, SCC Case No 088/2004; *Binder v. Czech Republic* 15.7.2011.; *Eureka B.V. v. Slovakia*, PCA Case No. 2008-13.

¹⁹ Euroopan komissio – lehdistötiedote: Komissio kehottaa jäsenvaltioita lakkauttamaan EU:n sisäiset kahdenväliset investointisopimuksensa. 18.6.2015.

EU:n sisäisiin kahdenvälisiin investointisopimuksiin liittyvä ongelma ei ole ainoastaan teoreettinen. Eräissä EU:n sisäistä kahdenvälistä investointisopimusta koskeneessa välimiesmenettelyssä päädyttiin lopputulokseen, jonka komissio katsoo olevan ristiriidassa unionin oikeuden kanssa – välimiesoikeuden päätöksen mukainen korvaus on EU:n sääntöjenvastaista valtiontukea.²⁰ Komissio katsoo, että tilanne saattaa aiheuttaa oikeudellista epävarmuutta rajat ylittävillä sijoittajille aikana, jolloin EU:n tärkeimpänä tavoitteena on investointeja suosivan toimintaympäristön edistäminen.²¹

Monet alkuperäiset unionin jäsenvaltiot, joiden sijoittajat hyötyvät investointisuojausopimusten tarjoamasta korkeasta suojasta, ovat ottaneet suosivan kannan investointisopimusriitojen ratkaisuun välimiesmenettelyssä. Näkyvin esimerkki on Alankomaat, jonka hallitus esitti vahvoja argumentteja investointisuojausopimusten pätevydestä, sekä kiisti kaikki väitteet välimiesmenettelyn toimivallan puuttumisesta tapauksessa *Eureko v. Slovakia*.²² Myös Belgia, Saksa ja Iso-Britannia ovat olleet Alankomaiden ohella äänekkäimpiä jäsenvaltioiden välisten investointisuojausopimusten voimassaolon kannattajia.²³

Julkisasiamies *Melchior Wathelet* onkin ratkaisuehdotuksessaan (19.9.2017) *Slovakian tasavalta v. Achmea BV* huomannut, että asiassa väliintulijoina olevat EU:n jäsenvaltiot ovat selkeästi jaettavissa kahteen ryhmään. Ensimmäisen ryhmän jäsenet ovat investoijien kotijäsenvaltioita, jotka ovat hyvin harvoin vastaajina investointien vireille panemissa välimiesmenettelyissä. Näihin valtioihin kuuluvat Saksa, Ranska, Alankomaat, Itävalta ja Suomi. Jälkimmäisen ryhmän valtiot - Tsekki, Viro, Helleenin tasavalta, Espanja, Italia, Kypros, Latvia, Unkari, Puola ja Romania - ovat puolestaan

²⁰ Välimiesoikeus määräsi tapauksessa *Micula* (ICSID Case No. ARB/05/20) Romanian maksamaan vahingonkorvauksia ruotsalaiselle sijoittajalle. Välimiesoikeus ei ottanut huomioon komission kantaa, jonka mukaan korvauspäätös rikkoo EU:n valtiontukisääntöjä. Julkisasiamies Wathelet on kuitenkin katsonut, ettei tapaus ole merkityksellinen EU:n sisäisten investointisuojausopimusten kannalta sen vuoksi, ettei Romania ollut vielä Euroopan unionin jäsen, kun välimiesmenettely aloitettiin. Wathelet pitää Komission pelkoa siitä, että kahdenväliset unionin sisäiset investointisuojausopimukset aiheuttaisivat systeemisen riskin, suuresti liioiteltuna. ks. Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa C-284/16 *Achmea*, kohta 45.

²¹ Euroopan komissio – lehdistötiedote: Komissio kehottaa jäsenvaltioita lakkauttamaan EU:n sisäiset kahdenväliset investointisopimuksensa. 18.6.2015.

²² *Eureko B.V. v. Slovakia*, PCA Case No. 2008-13.

²³ Olivet 2013, s. 5.

olleet kaikki vastaajina useissa investointeja koskevissa välimiesmenettelyissä.²⁴ Walthelet toteaa, ettei taloudellisten tosiseikkojen näkökulmasta ole yllättävää, että jälkimmäiseen ryhmään kuuluvat jäsenvaltiot tukevat kantaa jäsenvaltioiden sisäisten investointisuojausopimusten EU-oikeuden vastaisuudesta.²⁵

Kansainvälisoikeudellisesti Euroopan unionin jäsenmaat ovat edelleen itsenäisiä valtioita ja toimikelpoisia kansainvälisen oikeuden subjekteja. Monissa kysymyksissä ne ovat kuitenkin päättäneet toimia yhteisvoimin ja tässä tarkoituksessa myös vapaaehtoisesti rajoittaneet yksilöllisiä toimintavapauksiaan.²⁶ Kansainvälisoikeudellisesti on kuitenkin yhdentekevää, miten valtion kansainväliset velvoitteet saatetaan sen toimivallan piirissä voimaan. Olennaista on, että velvoitteen synnyttyä valtio sitä myös noudattaa.²⁷

1.2 Lissabonin sopimus

Lissabonin sopimuksella Euroopan unionin perussopimusjärjestelmää muutettiin siten, että se tämän jälkeen koostui kahdesta sopimuksesta: Euroopan unionista tehdystä sopimuksesta (SEU) ja Euroopan unionin toiminnasta tehdystä sopimuksesta (SEUT). Sopimuksen myötä mm. aikaisempi pilarijärjestelmä toimivallanjaosta poistui käytöstä, sekä unioni sai oikeushenkilön aseman. Lissabonin sopimuksen vaikutukset koko EU-oikeuden perusteisiin olivat huomattavia.²⁸

Lissabonin sopimuksella myös ulkomaiset suorat sijoitukset saatettiin koskemaan EU:n yhteistä kauppapolitiikkaa. SEUT artiklassa 207(1) säännellään EU:n kompetenssia unionin yhteisen kauppapolitiikan muodostajana:

Yhteinen kauppapolitiikka perustuu yhtenäisiin periaatteisiin etenkin tullien muuttamisessa, tulli- ja kauppasopimusten tekemisessä tavara- ja palvelukaupan alalla, sekä teollis- ja tekijänoikeuksien kaupallisten

²⁴ Ks. tarkempia tilastotietoja Investment Policy Hub- sivustolta, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>

²⁵ Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa C-284/16 *Achmea*, kohdat 34-36.

²⁶ Hakapää 2010, s. 5

²⁷ *Ibid.* s. 21.

²⁸ Ojanen 2016, s. 7.

näkökohtien alalla, ulkomaisten suorien sijoitusten osalta, – –. Yhteistä kauppapolitiikkaa harjoitetaan unionin ulkoista toimintaa koskevien periaatteiden ja tavoitteiden mukaisesti.

Nämä säännökset vastaavat pitkälti Lissabonin sopimuksen edeltäjän, Euroopan unionin perustuslain sopimustekstiä,²⁹ joka ei koskaan astunut voimaan Ranskan ja Alankomaiden kansanäänestyksen negatiivisen lopputuloksen takia.³⁰ Vaikka perustuslain sopimustekstiä valmistellessa unionin kauppapolitiikan laajeneminen koskemaan ulkomaisia suoria sijoituksia herättikin vastustusta eräiden korkearvoisten valtioneuvottelijoiden keskuudessa,³¹ asia ei ollut mielenkiinnon kohteena enää myöhemmässä vaiheessa perustuslakiehdotusta laadittaessa.

Kun samaa asiaa tarkasteltiin uudemman kerran Lissabonin sopimusta laadittaessa, ei kauppapolitiikan laajenemiseen ulkomaisten investointien alalla kiinnitetty erityistä huomiota.³² Todennäköinen syy asiasta käytyyn vähäiseen keskusteluun on se, ettei EU:n sisäisten investointisopimusten ja EU-oikeuden mahdolliseen ristiriitaisuuteen osattu kiinnittää tarpeeksi huomiota.³³

Ulkomaisten suorien investointien laajeneminen koskemaan osaksi EU:n kauppapolitiikkaa synnytti laajaa akateemista väittelyä uudesta jäsenvaltioiden investointisuojaosopimusten solmimista koskevasta toimivallasta.³⁴ En kuitenkaan aio käsitellä tutkielmassani kysymystä jäsenvaltioiden kompetenssista solmia uusia investointisuojaosopimuksia kolmansien valtioiden kanssa, koska tämä toimivalta (tai sen puuttuminen) ei vaikuta jo olemassa oleviin jäsenvaltioiden välisten investointisuojaosopimusten pätevyYTEEN.³⁵ Sen sijaan aion keskittyä mahdollisiin

²⁹ Sopimus Euroopan perustuslaista 16.12.2004 (C310/1), 314–315 art.

³⁰ Ks. Piris 2010, s. 24–25.; Craig 2013, s. 20–21.

³¹ ”Ulkomainen suora investointi on osa pääoman vapaata liikkuvuutta, joka kuuluu unionin jaetun toimivallan piiriin. Sisällyttämällä suorat ulkomaiset investoinnit EU:n yhteiseen kauppapolitiikkaan on lopputulos käytännössä sama kuin kielletäisiin ulkomaisen suoran investoinnin kuulumisen osaksi pääoman vapaata liikkuvuutta, ja täten sen kuulumista osaksi unionin jaettua toimivaltaa.” Monsieur de villepin, proposition d’amendement à l’article III-212.

³² Reinisch 2014, s. 115.

³³ Ks. Eilmansberger 2009 (b), s. 515.

³⁴ Ks. lisää Craig – De Búrca 2011, s. 319-322.; Söderlund 2007, s. 461.

³⁵ Söderlund 2007, s. 518.

konflikteihin, joita seuraa EU:n jäsenvaltioiden välillä voimassa olevista investointisuojausopimuksista ja niiden mahdollisesta EU-oikeuden vastaisuudesta.

Ei kuitenkaan voida väittää, että Lissabonin sopimuksella ja EU:n kauppapolitiikan laajenemisella ei olisi mitään vaikutusta myös tarkasteltaessa ongelmaa jäsenvaltioiden välisistä investointisuojausopimuksista. Tilannetta, jossa ulkomaiset investoinnit kuuluvat EU:n yhteiseen kauppapolitiikkaan komission ollessa toimivaltainen solmimaan investointisuojausopimukset kolmansien valtioiden kanssa, samalla, kun *joidenkin* EU:n jäsenvaltioiden välillä on voimassa saman sisältöisiä sopimuksia, ei voida pitää kestäväenä pitkällä aikavälillä. Olisi ollut oletettavaa, että heti Lissabonin sopimuksen myötä komissio olisi aktiivisemmin ja tehokkaammin yrittänyt päättää jäsenvaltioiden sisäiset investointisuojausopimukset.³⁶

Vaikka toimivalta neuvotella ulkomaisiin suoriin investointeihin liittyviä sopimuksia Lissabonin sopimuksella siirtyi jäsenvaltiolta EU:n komissiolle, ovat EU-maiden tekemät kahdenväliset investointisuojausopimukset vielä pitkään relevantteja. Pääasiallinen syy on se, että ne ovat alaltaan laajempia kuin minkä EU:n samaa toimivalta mahdollistaa.³⁷

³⁶ Fecák 2016, s. 377.

³⁷ Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisuja 15/2015, Kansainvälisten investointien oikeudellinen sääntely – Onko sääntely globaalisatiiokehityksen edellyttämällä tasolla? s. 28.

2. Sisäisten investointisuojaopimusten yhteensopivuus EU-oikeuden kanssa

Kuten todettua, Euroopan unionin jäsenvaltioiden sisäisiä investointisuojaopimuksia ei voida pitää pätemättöminä tai automaattisesti päättyneinä pelkästään Lissabonin sopimuksen seurauksena. Sen sijaan unionin sisäisten investointisuojaopimusten pätevyys voidaan haasta tarkastelemalle niitä EU-oikeuden ensisijaisuuden periaatteen, sekä investointisuojaopimusten ja EU-oikeuden päällekkäisen tarkoituksen näkökulmasta.

2.1 Komission näkökulma

Komission kanta EU:n sisäisiin kahdenvälisiin investointisuojaopimuksiin oli hyvin pitkään se, että ne eivät missään tapauksessa olleet ristiriitaisia EU-oikeuden kanssa. Komissio katsoi investointisuojaopimusten olevan välttämättömiä välineitä, joiden avulla valmisteltiin Keski- ja Itä-Euroopan maiden liittymistä Euroopan unioniin. Unionin ja ehdokasmaiden välisiin assosiaatiosopimuksiin sisältyikin määräyksiä kahdenvälisen investointisuojaopimuksen solmimisesta ehdokasvaltion ja jäsenvaltioiden välillä.³⁸ Komission kanta on kuitenkin tämän jälkeen radikaalilla tavalla muuttunut.

Komissio lähetti tammikuussa 2006 kirjeen näkemyksistään Euroopan unionin jäsenvaltioiden sisäisistä investointisuojaopimuksista Tšekin valtionvarainministerille. Tšekki käytti tätä Komission lähettämää kirjettä tukiessaan väitteitään välimiesoikeudessa tapauksessa *Eastern Sugar*. Kun välimiesoikeus liitti komission lähettämän kirjeen välitystuomioon, tuli tämän kirjeen sisältö myös yleisön tietoon.³⁹

Kirjeen pääasiallinen sisältö oli, että Komissio ei katso investointisuojaopimusten päättyneen automaattisesti sopimusosapuolen liittyessä Euroopan unioniin, mutta mikäli investointisuojaopimuksen säännökset ovat päällekkäisiä EU-oikeuden

³⁸ Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa C-284/16 *Achmea*, kohta 41.

³⁹ ks. *Eastern Sugar v. Czech Republic*, SCC Case No 088/2004. s. 24.

kanssa, EU-oikeuden säännökset ovat ensisijaisia mahdollisessa kollisiotilanteessa. Komissio katsoi jäsenvaltioiden väliset investointisuojasopimukset erityisen ongelmallisiksi syrjimättömyysperiaatteen näkökulmasta tarkasteltuna, kahdenvälisten investointisuojasopimusten asettaessa muut Euroopan unionin jäsenvaltiot heikompaan asemaan unionin sisällä.

Komissio myös toi esiin huolen välitystuomioistuimen toimivallasta erityisesti silloin, kun välitystuomioistuimen tulee ottaa huomioon EU-oikeuden säännökset ja sen tulisi soveltaa EU-oikeutta oikein. Komissio katsoi siksi, että jäsenvaltioiden tulisi päättää jäsenvaltioiden väliset investointisuojasopimukset. Komissio kuitenkin painotti, että päättäminen tulisi tehdä tiukasti noudattaen sopimuksien mukaista päättämismenettelyä, eikä sopimuksia voida katsoa automaattisesti päättyneiksi.⁴⁰

Marraskuussa 2006 Komissio lähetti kirjeen Euroopan neuvoston talous- ja rahoituskomitealle, jossa se teki seuraavat havainnot ja ehdotukset koskien jäsenvaltioiden välisiä investointisuojasopimuksia: Unionin yhteisillä sisämarkkinoilla ei ole tarvetta tällaisille sopimuksille, eikä niiden laillinen perusta ole täysin selvä. Investointisuojasopimusten sisältö on syrjäytynyt EU-oikeuden tieltä, valtioiden liityttyä osaksi Euroopan unionia. On kuitenkin olemassa riski siitä, että välimiesinstanssit, jotka mahdollisesti sijaitsevat EU:n ulkopuolella, ottavat käsiteltäväkseen kanteita ottamatta huomioon sitä, että Euroopan unionin oikeus on syrjäyttänyt jäsenvaltioiden väliset investointisuojasopimukset.⁴¹

Komissio katsoo, että investoijat voivat harjoittaa ”forum shoppingia” nostamalla kanteita välimiesinstanssiin kansallisten oikeuksien sijasta – tai niiden lisäksi. Tämä voi johtaa välimiesmenettelyyn jossa Euroopan unionin tuomioistuin ei saa ratkaistavakseen kysymystä EU-oikeuden tulkitsemisesta, sekä investoijien syrjivään kohteluun Euroopan unionin sisällä. Välttääkseen tällaiset oikeudelliset epävarmuudet ja tarpeettomat riskit, Komissio kehottaa jäsenvaltioita päättämään unionin sisäiset investointisuojasopimukset. Jäsenvaltioita pyydettiin raportoimaan kesäkuun 2007

⁴⁰ Ibid. s. 24-26.

⁴¹ Eastern Sugar v. Czech Republic, kohta 126.

loppuun mennessä toimet, jotka ovat tehty jäsenvaltioiden investointisuojausopimusten päättämiseksi.⁴²

Komissio käynnisti kesäkuussa 2015 rikkomusmenettelyt viittä EU:n jäsenvaltiota vastaan, jossa se vaati Alankomaita, Itävaltaa, Romaniaa, Ruotsia ja Slovakiaa lakkauttamaan EU:n sisäiset kahdenväliset investointisopimuksensa. Komission mukaan EU:n sisäiset investointisuojausopimukset ovat vanhentuneita 28 jäsenvaltion muodostamilla sisämarkkinoilla ja ne pirstovat sisämarkkinoita. Investointisuojausopimusten määräykset ovat komission mukaan päällekkäisiä ja ristiriidassa rajat ylittäviä investointeja koskevan EU:n sisämarkkinalainsäädännön kanssa.⁴³

Slovakian valtio esitti välimiesoikeudessa vastaajana tapauksessa *Eureko* oheisen taulukon, joka havainnollistaa investointisuojausopimusten ja EU-oikeuden laajaa päällekkäisyyttä:⁴⁴

BIT	EC Treaty
Free Transfer of Capital (Art. 4)	Free Movement of Capital (Art. 56)
Fair and Equitable Treatment (Art. 3(1))	Prohibition of Discrimination (Art. 12)
Full Security and Protection (Art. 3(2))	Freedom of Establishment (Art. 43)
Indirect Expropriation (Art. 5)	Freedom of Establishment (Art. 43)

Seuraavaksi siirrynkkin tarkastelemaan pääoman vapaan liikkuvuuden sekä investointisuojausopimusten tarkoitusten päällekkäisyyttä.

⁴² Eastern Sugar v. Czech Republic, kohta 126.

⁴³ Euroopan komissio – lehdistötiedote. Komissio kehottaa jäsenvaltioita lakkauttamaan EU:n sisäiset kahdenväliset investointisopimuksensa. 18.6.2015.

⁴⁴ Eureko B.V. v. Slovakia. PCA Case No. 2008-13, kohta 70. Eureko on Alankomaalaiseen vakuutus konserniin kuuluva yritys, joka tarjosi yksityisiä sairaskorvauksia Slovakiassa sen avattua vuoden 2004 terveydenhuoltouudistuksen yhteydessä markkinansa kotimaisille ja ulkomaisille yksityisten sairaskorvauksien tarjoajille. Slovakian hallituksen vaihduttua 2006 se peruutti osittain sairaskorvausmarkkinoiden vapauttamisen. Eureko katsoi, että Slovakian lainsäädäntötoimet rikkoivat kahdenvälisen investointisuojausopimusta ja käynnisti asiassa välimiesmenettelyn.

2.2 Pääoman vapaa liikkuvuus ja sijoittautumisvapaus

Pääoman vapaa liikkuvuus on yksi Euroopan unionin oikeuden ideologian kulmakivistä.⁴⁵ SEUT 61 artiklan mukaan kaikki rajoitukset jotka koskevat pääoman liikettä jäsenvaltioiden välillä taikka jäsenvaltioiden ja kolmansien maiden välillä, ovat kiellettyjä. SEUT 49 artikla kieltää rajoitukset, jotka koskevat jäsenvaltion kansalaisen vapautta sijoittautua toisen jäsenvaltion alueelle, sekä rajoitukset, jotka estävät jäsenvaltion alueelle sijoittautuneita jäsenvaltion kansalaisia perustamasta kauppaedustajan liikkeitä, sivuliikkeitä ja tytäryhtiöitä. Kiellettyjä ovat SEUT 63 artiklan mukaan myös kaikki rajoitukset, jotka koskevat pääoman liikkeitä jäsenvaltioiden välillä taikka jäsenvaltioiden ja kolmansien maiden välillä.

Jäsenvaltioiden välisillä investointisuojausopimuksilla sekä pääoman vapaan liikkuvuuden säännöksillä on nähtävissä laaja päällekkäinen ulottuvuus. Molemmat niistä asettavat velvoitteita, joiden tehtävänä on ulkomaisten investoinnin suojaaminen. Investoinnin suojaaminen on luonnollisesti investointisuojausopimuksen pääasiallinen tehtävä, mutta se on myös pääoman vapaan liikkuvuuden ja sijoittautumisvapauden yksi tehtävistä. Tämä päällekkäisyys antaa sijaa periaatteelliselle argumentoinnille jäsenvaltioiden välisien investointisuojausopimusten voimassaolosta.⁴⁶

Kansainväliseen oikeuteen kuuluvat kaikki ne oikeussäännöt, jotka järjestävät valtioiden sekä muiden kansainvälisten oikeussubjektien keskinäisiä oikeussuhteita. Jokainen valtiosopimus on omalta osaltaan kansainvälistä oikeutta, ja tällaiset valtioiden tekemien sopimusten oikeudelliset vaikutukset perustuvat yleisen sopimussitovuuden periaatteelle (*pacta sunt servanda*).⁴⁷ Kansainvälisten sopimusten velvoittavuuden periaate on vahvistettu Wienin vuoden 1969 yleissopimuksessa. Valtioiden on sen mukaan ”pantava sopimukset täytäntöön vilpittömässä mielessä” (26 artikla).⁴⁸

⁴⁵ Ks. lisää esim. Foster 2014, s. 304.

⁴⁶ Eilmansberger 2009 (b), s. 518.

⁴⁷ Ks. Hakapää 2010, s. 2, 15-16.

⁴⁸ SopS 32-33/1980. Suomessa Wienin yleissopimus astui voimaan 27.1.1980.

Kansainvälisten sopimusten sitovuuden periaatteella on sekä positiivinen että negatiivinen ulottuvuus. Positiivinen ulottuvuus tarkoittaa sitä, että sopimuksen ratifioinut valtio ei saa vedota sisäiseen oikeuteensa syyksi sopimuksesta poikkeamiselle. Negatiivinen ulottuvuus puolestaan tarkoittaa, että valtion on myös vastaisessa lainsäädännössään vältettävä säätämästä sellaisia uusia lakeja, jotka loukkaavat kansainvälisen sopimuksen velvoitteita.⁴⁹

Huolimatta ainutlaatuisista erityispiirteistään, EU-oikeus on loppujen lopuksi oikeudellinen järjestelmä, joka perustuu kansainvälisille sopimuksille. Kansainvälisen oikeuden näkökulmasta tarkasteltuna ristiriitaisuudet EU-oikeuden ja jäsenvaltioiden välisten investointisuojausopimusten kanssa voidaan siten nähdä kansainvälisten sopimusten kollisiona.⁵⁰

Vuonna 1969 tehdyssä valtiosopimusoikeutta koskevassa Wienin yleissopimuksessa säännellään valtiosopimusten tekemistä, tulkintaa sekä niiden pätemättömyysperusteita. Tämän sopimuksen nojalla tulee kansainvälisoikeudellisesti arvioitavaksi kahden samaa asiaa koskevan valtiosopimuksen ensisijaisuus. Seuraavaksi siirrynkkin tarkastelemaan ongelmaa Wienin yleissopimuksen näkökulmasta.

2.3 Wienin yleissopimus

Yleissopimuksen 59 artikla sääntelee tilannetta, jossa valtiosopimusta on pidettävä päättyneenä myöhemmän valtiosopimuksen tekemisen johdosta:

1. Valtiosopimus katsotaan päättyneeksi, jos sen kaikki osapuolet tekevät samaa asiaa koskevan myöhemmän valtiosopimuksen, ja:

a) myöhemmästä valtiosopimuksesta käy ilmi tai muuten on osoitettavissa, että osapuolten aikomus oli järjestää asia mainitulla valtiosopimuksella; tai

⁴⁹ Koulu 2003, s. 9.

⁵⁰ Fecák 2016, s. 313.

b) myöhemmän valtiosopimuksen määräykset ovat siinä määrin ristiriidassa aikaisemman valtiosopimuksen määräysten kanssa, ettei näitä kahta valtiosopimusta voi soveltaa samanaikaisesti.

Tiivistetysti voidaan sanoa, että Wienin sopimuksessa valtiosopimusten ristiriidassa toimii ”*lex posterior derogat legi priori*”-periaate, joka tarkoittaa, että normikollisiotilanteessa tulee soveltaa myöhemmin säädettyä oikeusnormia. Kuitenkin, jotta periaatetta voitaisiin soveltaa, tulee oikeusnormien kesken olla todellinen kollisio.⁵¹

Jäsenvaltioiden välisten investointisuojausopimusten ja EU-oikeuden vastaavanlainen sisältö ja tarkoitus herättävät kysymyksen, onko jäsenvaltioiden investointisuojausopimukset Wienin yleissopimuksen nojalla katsottava päättyneiksi. Valtion liittyminen Euroopan unioniin voidaan kyseisessä tapauksessa rinnastaa Wienin sopimuksen mukaiseen samaa asiaa koskevan myöhemmän valtiosopimuksen solmimiseksi.⁵² Edellytykset artiklan 59 soveltamiselle ovat kuitenkin tiukat, ja sen soveltaminen käytännön tilanteissa on poikkeuksellista.⁵³

Jotta yleissopimuksen 59 artikla tulisi sovellettavaksi, myöhemmästä valtiosopimuksesta tulee ilmetä, että osapuolten tarkoituksena on ollut järjestää asia uudella valtiosopimuksella, tai myöhemmän valtiosopimuksen määräykset tulisi olla niin ristiriitaisia aikaisemman sopimuksen kanssa, ettei valtiosopimuksia voisi soveltaa samanaikaisesti. Vaikka molempien valtiosopimusten yhteisenä nimittäjänä on edistää ulkomaisten investointien suojaamista, eroavat kahden valtion väliset investointisuojausopimukset ja EU-oikeuden tarjoama investointien suoja toisistaan merkittävästi.

Euroopan unionin perussopimukset ovat yleisiä ja laaja-alaisia sopimuksia, jotka sisältävät määräyksiä muun muassa maanviljelystä, kalastuksesta, kansanterveydestä, kuluttajansuojasta ja kehitysyhteistyöstä. Vaikka perussopimuksissa on eräitä säännöksiä pääoman vapaasta liikkuvuudesta ja sijoittamisvapaudesta, investointisuojausopimuksissa nämä säännökset ovat huomattavasti

⁵¹ Ibid. s. 383.

⁵² Eilmansberger 2009 (b), s. 519.

⁵³ Villiger 2009, s. 729.

yksityiskohtaisemmat kuin EU:n perussopimuksissa. Vaikka perussopimukset tarjoavatkin jonkin asteista investointien suojaa, tämä ei välttämättä tarkoita sitä, että investointisuojaus sopimukset ja EU:n perussopimukset koskevat Wienin yleissopimuksen mukaisesti *samaa asiaa*, jolloin aikaisempi valtiosopimus tulisi katsoa päättyneeksi.⁵⁴

Investointisuojaus sopimusten yhtenä tärkeimpänä päämääränä on luoda korkeatasoista suojaa investoijille sen jälkeen, kun investointi on tehty. Pääoman vapaata liikkuvuutta koskevien artikloiden tavoitteena puolestaan on pääoman vapaata liikkuvuutta koskevien rajoitusten poistaminen, ja täten vaikutukset ovat ennakkollisia, säännösten pyrkiessä eliminoimaan mahdolliset esteet. Suurin eroavaisuus näiden kahden sopimuksen välillä on kuitenkin se, että investointisuojaus sopimukset tarjoavat mahdollisuuden tiettyyn riidanratkaisumekanismiin – välimiesmenettelyyn – niin, että vastapuolina voivat olla investoinnin tehnyt henkilö (investoija) sekä sopimusvaltio, johon investointi on tehty. Investointien suojaamisen näkökulmasta välityslauseke itsessään on investointisuojaus sopimusten tärkein säännös.⁵⁵ Oikeutta panna riita vireille valtioin yleisissä tuomioistuimissa ei yksinkertaisesti voida rinnastaa oikeuteen panna asia vireille välimiesoikeudessa.⁵⁶

Välityslauseke ei julkisasiamies Watheletin mukaan kuulu sen paremmin sijoittamisvapauden, pääomien vapaan liikkuvuuden, kuin minkään muunkaan EU:n perussopimuksen määräyksen aineelliseen soveltamisalaan, sillä unionin oikeudessa ei ole tarjolla oikeuskeinoa, jonka ansiosta yksityiset voivat nostaa kanteita jäsenvaltioita vastaan unionin tuomioistuimissa. Investointisuojaus sopimuksen aineellinen soveltamisala ulottuu lisäksi huomattavasti laajemmalle kuin SEUT 49 artiklassa tarkoitettu sijoittautumisvapaus ja SEUT 63 artiklassa tarkoitettu pääomien vapaa liikkuvuus.⁵⁷

Wienin yleissopimuksen 59 artikla ei erittele, onko koko sopimusta vaiko vain niiden ristiriitaisia säännöksiä pidettävä päättyneenä mahdollisessa valtiosopimusten kollisiotilanteessa. Säännöksen tekstissä termi ”sopimus” kuitenkin viittaa koko

⁵⁴ Kantajan kommentti tapauksessa *Eureka B.V. v. Slovakia*, PCA Case No. 2008-13 s. 22.

⁵⁵ Eilmansberger 2009 (b), s. 519.

⁵⁶ Ks. *WNC Factoring Limited v. The Czech Republic*, PCA Case No. 2014-34, kohta 300.

⁵⁷ Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa C-284/16 *Achmea*, kohdat 56-57.

sopimukseen, myöhemmän muodostaessa esteen uudelle sopimukselle, syrjäyttäen koko aikaisemman sopimuksen. Artikla 59 ei täten sovellu tilanteeseen, jossa vain jotkin tietyt aikaisemman valtiosopimuksen säännökset ovat ristiriitaisia uuden sopimuksen kanssa.⁵⁸

Mikäli aikaisemmin solmittua valtiosopimusta ei katsota päättyneeksi vain valtiosopimusten osittaisen ristiriitaisuuden johdosta, säilyvät kumpikin sopimus voimassa artiklan 30 säännellessä näiden sopimusten etusijasta.⁵⁹

1. Jollei Yhdistyneiden Kansakuntien peruskirjan 103 artiklasta muuta johdu, määräytyvät niiden valtioiden oikeudet ja velvollisuudet, jotka ovat osapuolina perättäisissä, samaa asiaa koskevissa valtiosopimuksissa, seuraavien kappaleiden mukaisesti.

[...]

3. Milloin kaikki aikaisemman valtiosopimuksen osapuolet ovat myös myöhemmän valtiosopimuksen osapuolina, mutta aikaisempi valtiosopimus ei ole päättynyt tai sen soveltaminen 59 artiklan mukaisesti keskeytynyt, tätä aikaisempaa valtiosopimusta sovelletaan vain siltä osin kuin sen määräykset ovat sopusoinnussa myöhemmän valtiosopimuksen määräysten kanssa. (Wienin yleissopimus artikla 30)

Kyseinen Wienin yleissopimuksen artikla 30 sääntelee siis valtiosopimusten etusijasta tilanteessa, jossa sopimukset ovat vain osittain ristiriitaisia toistensa kanssa. Tällöinkin edellytyksenä kuitenkin on, että valtiosopimusten ristiriitaiset säännökset koskevat samaa asiaa.⁶⁰

Tapauksessa *Eastern Sugar*⁶¹ välimiesoikeus hylkäsi Tšekin esittämän argumentin, jonka mukaan jäsenvaltioiden välisen investointisuojausopimuksen ja EU-oikeuden

⁵⁸ Villiger 2009, s. 725-726.

⁵⁹ Ks. Yearbook of the International Law Commission 1966 s. 253: ”4. The foregoing paragraphs are without prejudice to any provision in the treaty applicable in the event of a breach.”

⁶⁰ Ibid. s. 401-402.

⁶¹ Eastern Sugar on Alankomainen sokerintuottaja, joka investoi Tšekissä sokerituotantoon ennen Tšekin liittymistä Euroopan unioniin 1.5.2014. Vuosien 2000-2004 välisenä aikana Tšekki asetti moni uusia lakeja, joiden tarkoituksena oli saattaa sokerin tuotanto vastaamaan

ristiriitaisuus olisi johtanut investointisuojausopimuksen automaattisen päättymiseen Wienin yleissopimuksen 59 tai 30 artiklan nojalla. Välimiesoikeus totesi, ettei Tšekin ja Alankomaiden välinen investointisuojausopimus ja EU-oikeus suojaa täsmällisesti samaa asiaa. Välitystuomion mukaan pääoman vapaa liikkuvuus ja investointien suojaaminen ovat eri – mutta toisiaan täydentäviä – asioita. Kuitenkin pelkästään se tosiasia, että EU-oikeus ei investointiriidassa tarjoa mahdollisuutta investoijalle nostaa kannetta suoraan valtiota vastaan välimiesoikeudessa sopimusrikkomuksen johdosta, tämän mahdollisuuden ollessa yksi investointisuojausopimusten tärkeimmistä ominaisuuksista, oli riittävää kumoamaan Tšekin argumentin siitä, että valtiosopimukset koskivat samaa asiaa.⁶²

Komissio totesi myöhemmässä tapauksessa *Eureko B.V. v. Slovakia*, että välimiesoikeus on tapauksessa *Eastern Sugar* arvioinut väärin sitä, mikä on katsottava Wienin yleissopimuksen mukaiseksi ”samaksi asiaksi”. Komission mielestä on riittävää, että sopimukset ovat vastaavan kaltaisia ja joiden rinnakkaiden soveltaminen johtaisi yhteensopimattomaan lopputulokseen. Komissio pitää selvänä, että sopimukset tavoittelevat samankaltaisia päämääriä, ja jonka vuoksi niitä on pidettävä Wienin yleissopimuksen mukaisena samaa asiaa koskevinä sopimuksina ja täten yhteensopimattomina.⁶³

Välimiesoikeus kuitenkin katsoi tapauksessa *Eureko B.V. v. Slovakia*, että investointisuojausopimukset tarjoavat laajempia oikeudellisia keinoja ja velvollisuuksia, joita ei ole tarjolla EU:n perussopimuksissa, näiden keinojen ja velvollisuuksien ollessa investointisuojausopimusten keskeinen tarkoitus. Se, että investointisuojausopimukset tarjoavat laajennettua investointien suojausta verrattuna EU-oikeuteen, ei välimiesoikeuden mukaan tarkoita sitä, että sopimukset muodostaisivat esteen molempien sopimusten yhtäaikaiselle soveltamiselle. Välimiesoikeus katsoi

EU:n asettamia vaatimuksia. Eastern Sugar joutui lopulta sulkemaan sokeritehtaansa Tšekin suorittamien lainsäädäntötoimien vuoksi. Tšekki kuitenkin säilytti harkinnanvaraisen sokerintuotannon poikkeuskiintiön, joka vaikutti ainoastaan kotimaisiin sokerintuottajiin. Eastern Sugar nosti kanteen välimiesoikeuteen Alankomaiden ja Tšekin investointisuojausopimuksen nojalla, vedoten Tšekin rikkoneen säännöstä, jonka mukaan investoijia on kohdeltava oikeudenmukaisesti ja kohtuullisesti (”fair and equitable treatment provision”). ks. *Eastern Sugar V. Czech Republic*, SCC Case No 088/2004.

⁶² *Eastern Sugar V. Czech Republic*, SCC Case No 088/2004, kohdat 158-180.

⁶³ *Eureko B.V. v. Slovakia*, PCA Case No. 2008-13, kohta 191.

samoin kuten tapauksessa *Eastern Sugar*, ettei investointisuoja sopimuksia tule tulkita päättyneiksi Wienin yleissopimuksen nojalla.⁶⁴

Yleisen kansainvälisen oikeuden ja Wienin yleissopimuksen kannalta katsottuna, molemmat sopimukset ovat voimassa ja niitä voidaan kumpaakin soveltaa. Tämä tilanne tunnetaan myös terminä ”*principle of political decision*”, koska sopimusosapuolen on yksinkertaisesti kollisiotilanteessa tehtävä päätös, kumpaa kansainvälistä sopimusta se noudattaa, mikäli kollisiotilanne muodostuu.⁶⁵

Kuitenkaan se tosiasia, että investoijat voivat saada parempaa oikeudellista suojaa investointisuoja sopimuksista kuin mitä EU-oikeus tarjoaa, ei tee investointisuoja sopimuksia yhteensopimattomaksi EU-oikeuden kanssa. Yksinkertaistettuna voidaan kuvailla EU:n perussopimusten tarjoaman suojan oleva minimistandardi, jonka jäsenvaltiot ovat velvoitettuja investoijilleen takamaan.⁶⁶ Vaikka EU-oikeus ei estäisikään jäsenvaltioita tarjoamasta investoijilleen korkeampaa suojaa kuin EU-oikeus velvoittaa, järjestelmien päällekkäisyys ja erilliset riidanratkaisuinstitanssit saattavat johtaa ongelmiin.⁶⁷

Yksi huomionarvoinen seikka on myös se, että EU itse on aktiivinen tukija investointien suojaamisessa. Kaikki jäsenvaltiot ja unioni ovat nimittäin ratifioineet Lissabonissa 1994 allekirjoitetun peruskirjaa koskevan sopimuksen.⁶⁸ Sopimus tarjoaa merkittävän laajaa suojaa yksityisille sijoittajille, ja se sisältää mm. määräykset riitojenratkaisumenettelystä, joita sovelletaan myös jäsenvaltioiden välisiin suhteisiin. Julkisasiamies onkin ratkaisuehdotuksessaan huomauttanut, ettei yksikään unionin toimielin tai jäsenvaltio ole epäillyt energiaperuskirjan yhteensopivuutta EU:n perussopimusten kanssa, ja saattanut kysymystä unionin tuomioistuimen ratkaistavaksi.⁶⁹

⁶⁴ Ibid. s. 69-72.

⁶⁵ Klabbers 2008, s. 88.

⁶⁶ Fecák 2016, s. 378.

⁶⁷ Näistä ongelmista tarkemmin myöhemmin tutkielmassani.

⁶⁸ Neuvoston ja komission päätös 98/181/EY, EHTY, Euratom, energiaperuskirjaa koskevan sopimuksen ja energiatehokkuutta ja siihen liittyviä ympäristönäkökohtia koskevan energiaperuskirjan pöytäkirjan tekemisestä Euroopan yhteisöjen osalta. 23.9.1997.

⁶⁹ Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa C-284/16 *Achmea*, kohta 43.

Yleisen kansainvälisen oikeuden näkökulmasta tarkasteltuna EU:n sisäiset investointisuojaus sopimukset eivät siis ole päättyneet Wienin yleissopimuksen 59 tai 30 artiklan nojalla. EU-oikeus kuitenkin sääntelee myös itse kansainvälisten sopimusten ja EU-oikeuden hierarkiaa, jota siirryn tarkastelemaan tutkielmani seuraavassa luvussa.

2.4 EU-oikeuden ensisijaisuus

Euroopan unionin oikeusjärjestelmää voidaan luonnehtia *sui generis* -tyyppiseksi järjestelmäksi. Termillä viitataan ennen kaikkea unionin oikeusjärjestelmän luonteeseen - EU:n oikeusjärjestelmä on omaa erityislaatuaan oleva järjestelmä, joka sisältää piirteitä niin EU:n jäsenvaltioiden kuin kansallisten organisaatioiden oikeusjärjestelmistä.⁷⁰ EU-oikeus erillisenä ja eräänlaisena kansainvälisen oikeuden laajennettuna autonomisena osajärjestelmänä sääntelee EU-oikeuden ja aikaisemmin solmittujen kansainvälisten sopimusten hierarkiaa.⁷¹

EU-oikeudessa johtavana periaatteena normikollisiotilanteessa toimii EU-oikeuden ensisijaisuuden periaate, jonka Euroopan unionin tuomioistuin on kehittänyt omassa oikeuskäytännössään.⁷² EUT:n linjaus tapauksessa *Van Gend & Loos* korostaa EU-oikeuden eroa juuri kansainväliseen oikeuteen. Tällä tavoin EUT on halunnut alusta alkaen viestiä, että EU-oikeuden alaan kuuluvia kysymyksiä ei voida hahmottaa ja ratkaista samoin kuin perinteisen kansainvälisen oikeuden yhteydessä.⁷³

⁷⁰ Talus – Penttinen 2015, s. 2. Euroopan unionin tuomioistuin on todennut tämän erityislaatuisuuden jo vuonna 1964 antamassaan ratkaisussaan *Costa v. E.N.E.L (C 6/64)*: ”[t]oisin kuin tavanomaisilla kansainvälisillä sopimuksilla, ETY:n perustamissopimuksella on perustettu oma oikeusjärjestys, joka on sisällytetty perustamissopimuksen voimaantullessa jäsenvaltioiden oikeusjärjestyksiin ja jota jäsenvaltioiden tuomioistuinten on sovellettava.” s. 217.

⁷¹ Fecák 2016, s. 313.

⁷² Ks. *Van Gend & Loos C-26/26 ja Costa v E.N.E.L. C 6/64*. Tapauksessa *Van Gend & Loos* tuomioistuin toteaa unionin muodostavan ”kansainvälisessä oikeudessa uuden oikeusjärjestyksen, jonka hyväksi jäsenvaltiot ovat rajoittaneet suvereneja oikeuksiaan, vaikkakin rajatuilla aloilla; tämän oikeusjärjestyksen oikeussubjekteja ovat sekä jäsenvaltiot että niiden kansalaiset.” s. 162. EU-oikeuden etusijaisuuden periaatteesta ei edelleenkään ole nimenomaista määräystä EU:n perussopimuksissa.

⁷³ Ojanen 2016, s. 38.

Kansainvälisen oikeuden ja EU-oikeuden välinen ero kävi vielä selvemmin esiin tapauksessa *Costa v E.N.E.L.*, jossa unionin tuomioistuin vahvisti ensimmäisen kerran EU-oikeuden etusijan kansalliseen oikeuteen nähden:

Toisin kuin tavanomaisilla kansainvälisillä sopimuksilla, ETY: n perustamissopimuksella on perustettu oma oikeusjärjestys, joka on sisällytetty perustamissopimuksen voimaantullessa jäsenvaltioiden oikeusjärjestyksiin ja jota jäsenvaltioiden tuomioistuinten on sovellettava.

*Perustamalla rajoittamattomaksi ajaksi yhteisön, jolla on omat toimielimet, oikeushenkilöllisyys, oikeuskelpoisuus, kelpoisuus edustaa itseään kansainvälisissä yhteyksissä ja todellista toimivaltaa, joka perustuu jäsenvaltioiden toimivallan rajoittamiseen tai siirtämiseen yhteisölle, jäsenvaltiot ovat rajoittaneet suvereenia oikeuksiaan, tosin rajatuilla aloilla, ja luoneet säännösten, jota sovelletaan niiden kansalaisiin sekä jäsenvaltioihin itseensä.*⁷⁴

EUT:n näkökulmasta ainoa poikkeus EU-oikeuden ensisijaisuuden periaatteesta on säännelty SEUT artiklassa 351.⁷⁵ Artikla on ainut EU-oikeudellinen säännös, joka koskee EU-oikeuden ja muiden sopimusten välistä suhdetta.⁷⁶ SEUT artikla 351 tavoitteena on ennaltaehkäistä mahdolliset sopimuskonfliktit, joita EU-oikeuden ja jäsenvaltioiden ennen unioniin liittymistä tehtyjen sopimusten välillä saattaa olla, samalla ylläpitäen aikaisemmin solmittujen sopimusten suojan sekä Euroopan integraation eheyden.⁷⁷ EUT on useaan otteeseen todennut, että säännöksen tarkoituksena ei ole suojella jäsenvaltion oikeuksia, vaan ennen kaikkea kolmansia osapuolia.⁷⁸

Perussopimusten määräykset eivät vaikuta sellaisiin oikeuksiin tai velvollisuuksiin, jotka johtuvat yhden tai useamman jäsenvaltion yhden

⁷⁴ C-6/64 *Costa v E.N.E.L.* s. 217.

⁷⁵ De Witte 2000, s. 46.

⁷⁶ Klabbers 2008, s. 12.

⁷⁷ *Ibid.* s. 118.

⁷⁸ *Ibid.* s. 12.

tai useamman kolmannen maan kanssa - -. ennen liittymispäivää tekemästä sopimuksesta.

Siltä osin kuin tällaiset sopimukset eivät ole sopusoinnussa perussopimusten kanssa, asianomaiset jäsenvaltiot käyttävät kaikkia aiheellisia keinoja todettujen ristiriitojen poistamiseksi. Tällöin jäsenvaltiot tarvittaessa avustavat toisiaan ja tapauksissa, joissa se on aiheellista, vahvistavat yhteisen kannan.

Soveltaessaan ensimmäisessä kohdassa tarkoitettuja sopimuksia jäsenvaltiot ottavat huomioon sen, että ne edut, jotka kukin jäsenvaltio on perussopimuksissa myöntänyt, ovat erottamaton osa unionin toteuttamista ja liittyvät sen vuoksi kiinteästi yhteisten toimielinten perustamiseen ja niille annettuun toimivaltaan sekä siihen, että kaikki jäsenvaltiot myöntävät samat edut. (SEUT 351)

SEUT artikla 351 asettaa kaksi periaatteellista sääntöä. Ensimmäinen kappale vahvistaa niiden kansainvälisten sopimusten ensisijaisuuden, jotka jäsenvaltio on solminut kolmannen valtion kanssa ennen sen liittymistä Euroopan unioniin. Sopimuskollisiotilanteessa EU-oikeuden ensisijaisuus ei siis koske näitä sopimuksia. Voidaan nähdä, että tämä säännös vahvistaa yleiset *pacta sunt servanda* ja *res inter alios acta* – periaatteet, jotka löytyvät myös Wienin yleissopimuksesta.

SEUT artikla 351 kuitenkin menee Wienin yleissopimusta pidemmälle, sillä se ei ainoastaan vahvista sitä, että EU-oikeuden ensisijaisuus ei vaikuta jäsenvaltion solmimiin kansainvälisiin sopimuksiin jotka se on tehnyt ennen liittymistä Euroopan unioniin, vaan se myös sallii tällaisten sopimusten olemassaolon, joita normaalisti pidettäisiin perussopimusten määräysten vastaisina. Jäsenvaltio voidaan asettaa vastuuseen vain artiklan toisen kappaleen perusteella, joka asettaa jäsenvaltioille veloitteen käyttää kaikkia aiheellisia keinoja todettujen ristiriitojen poistamiseksi.⁷⁹

SEUT artiklan 351 perusteella voisi todeta, että jäsenvaltioiden välisillä investointisopimuksilla on etusija EU-oikeuteen nähden – onhan jäsenvaltioiden väliset investointisopimukset solmittu ennen kuin sopimusvaltio on liittynyt osaksi

⁷⁹ Fecák 2016, s. 315.

Euroopan unionia. EUT on kuitenkin tulkinnut EU-oikeuden ensisijaisuuden periaatteen ulottuvan myös aikaisemmin solmittuihin valtiosopimuksiin (sekä jäsenvaltioiden välisiin, että muihin), jos tämä ei vaikuta kolmannen valtion oikeuksiin.⁸⁰ Tämä on myös linjassa yleisen kansainvälisen oikeuden periaatteen kanssa, jonka mukaan kollisiotilanteessa tulee soveltaa myöhemmin solmittua sopimusta.⁸¹

Vuonna 1961 tapauksessa *Komissio v Italy*, EUT totesi, että EU:n perussopimukset ovat ensisijaisia niihin sopimuksiin nähden, jotka on solmittu jäsenvaltioiden välillä unioniin liittymisen jälkeen.⁸² Tapauksessa *Matteucci* (1998), EUT linjasi uudelleen EU:n perussopimusten ja jäsenvaltioiden välisten sopimusten suhdetta. Italian kansalainen, Annunziata Matteucci, joka asui Belgiassa, haki Saksan ja Belgian väliseen ”kulttuurisopimuksen” nojalla stipendiä opintojensa tukemiseen Belgiassa.⁸³ Stipendiin oli kulttuurisopimuksen mukaan oikeutettuja vain Belgian ja Saksan kansalaiset, ja täten Matteucci ei ollut oikeutettu samaan stipendiä. EUT kuitenkin katsoi, että EU-oikeuden ensisijaisuuden ja syrjimättömyysperiaatteen vuoksi stipendiä ei voitu rajoittaa ainoastaan sopimusvaltioiden kansalaisiin.⁸⁴

Ranskan hallitus, joka toimitti omat huomionsa ongelmaan prosessin aikana, argumentoi, että kahdenvälisen kulttuurisopimuksen tavoitteet eivät kuulu alaan jota EU:n perussopimus sääntelee, jolloin tästä sopimuksesta aiheutuvat oikeudet eivät voi estää EU-oikeuden toteutumista. EUT kuitenkin katsoi, että jos kahdenvälisen sopimuksen täytäntöönpanon yhteydessä toteutettu toimenpide saattaa estää yhteisön oikeuden säännöksen tai määräyksen soveltamisen - vaikka sopimus olisi tehty perustamissopimuksen soveltamisalan ulkopuolella - kunkin jäsenvaltion on pyrittävä turvaamaan tämän kyseisen yhteisön säännöksen tai määräyksen soveltaminen ja

⁸⁰ De Witte 2000, s. 46.

⁸¹ Wienin yleissopimuksen artikla 30(3): Milloin kaikki aikaisemman valtiosopimuksen osapuolet ovat myös myöhemmän valtiosopimuksen osapuolina, mutta aikaisempi valtiosopimus ei ole päättynyt tai sen soveltaminen 59 artiklan mukaisesti keskeytynyt, tätä aikaisempaa valtiosopimusta sovelletaan vain siltä osin kuin sen määräykset ovat sopusoinnussa myöhemmän valtiosopimuksen määräysten kanssa.

⁸² C-10/61, s. 10.

⁸³ Saksan ja Belgian välinen kulttuurisopimus oli solmittu jo vuonna 1956.

⁸⁴ Asia 235/87 *Matteucci*.

avustettava tässä yhteydessä muita jäsenvaltioita, joiden on täytettävä yhteisön oikeudesta johtuva velvoite.⁸⁵

Ehkäpä merkittävin EUT:n antama ratkaisu ongelmaan liittyen on tapaus *Exportur*, joka käsitteli espanjalaisen ja ranskalaisen yrityksen välistä, alueellisista tuotenimistä aiheutunutta riitaa. Ranskan ja Espanjan välillä oli solmittu vuonna 1973 sopimus (Espanja ei ollut vielä tuolloin EU:n jäsenvaltio), jonka mukaan nimet "Turrón de Alicante" ja "Turrón de Jijona" oli Ranskan alueella varattu yksinomaan espanjalaisille tuotteille tai tavaroille, ja niitä voi käyttää ainoastaan Espanjan valtion lainsäädännössä säädetyin edellytyksin.⁸⁶

Kiinnittämättä suurempaa huomiota kansainvälisen sopimuksen ja EU-oikeuden suhteeseen, EUT totesi ratkaisussaan, että jäsenvaltion jonkin toisen jäsenvaltion kanssa tekemän sopimuksen määräyksiä ei voida soveltaa näiden kahden valtion välillä sen jälkeen, kun jälkimmäinen on liittynyt unioniin, jos käy ilmi, että kyseiset määräykset ovat ristiriidassa EU:n perussopimusten kanssa. Julkisasiamies Lenzin mukaan tämä johtuu EU-oikeuden ensisijaisuudesta.⁸⁷ Loppuosassa tuomiota EUT keskittyy analysoimaan, muodostaako kansainvälisen sopimuksen säännökset esteen SEUT:n mukaiselle tavaroiden vapaalle liikkumiselle. Toisin sanoen, tuomioistuin suoritti jäsenvaltioiden välisen sopimuksen osalta yhteensopivuuden analyysin, joka normaalisti suoritetaan tutkiessa kansallisen lainsäädännön yhteensopivuutta EU-oikeuden kanssa.⁸⁸

Voidaan argumentoida, että EUT on vahvistanut yllämainituissa ratkaisuissaan EU-oikeuden ensisijaisuuden jäsenvaltioiden välisiin kansainvälisiin sopimuksiin nähden.⁸⁹ Täytyy kuitenkin ottaa huomioon tapausten erityislaatuiset piirteet, ennen kuin niistä voidaan tehdä suoria johtopäätöksiä koskemaan EU-oikeuden ensisijaisuutta myös jäsenvaltioiden välisiin investointisuojaosopimuksiin nähden.

⁸⁵ Ibid. kohta 19.

⁸⁶ C-3/91 *Exportur*.

⁸⁷ Klabbers 2008, s. 130-131.

⁸⁸ Fecák 2016, s. 391.

⁸⁹ Ks. esim. Fecák 2016, s. 391, jossa toteaa, että EU-oikeuden ensisijaisuus on vahvistettu näissä tapauksissa.

Vuoden 1961 tapaus *Komissio v. Italy*, käsitteli monen valtion välisiä kansainvälisiä sopimuksia (*multilateral agreements*), eikä ratkaistavana ollut ongelmaa ennen unioniin liittymistä solmittujen kansainvälisten sopimusten ja EU-oikeuden suhteesta. Tapauksessa *Matteucci* oli puolestaan pohjimmiltaan kyse EU kansalaisten vapaasta liikkuvuudesta. Euroopan unionin tuomioistuin ei myöskään todennut Belgian ja Saksan kulttuurisopimusta pätemättömäksi, vaan ainoastaan kielsi sopimuksesta aiheutuvan syrjivän säännöksen soveltamisen EU-oikeuden vastaisena. Tapaus *Exportur* puolestaan käsitteli tavaroiden vapaata liikkuvuutta, eikä sillä – kuten ei kansalaisten vapaalla liikkuvuudella – ole mitään tekemistä EU:n jäsenvaltioiden välisten investointien kanssa.⁹⁰

On mahdotonta kuvailla yleisin termein, missä tapauksissa jäsenvaltioiden välisten sopimusten velvoitteet voidaan nähdä yhteensopimattomina EU-oikeuden kanssa. Voidaan kuitenkin väittää, että Euroopan unionin tuomioistuin, joka tukee EU-oikeuden ensisijaisuuden periaatetta, todennäköisesti tulkitsee yhteensopimattomuuden helpommin kuin miten yhteensopimattomuus tulkitaan Wienin yleissopimuksen ja yleisen kansainvälisen oikeuden doktriinien mukaisesti. Yleisessä kansainvälisessä oikeudessa on vahva oletama välttää normikollisio, antamalla sopimusten sisällölle sellainen merkitys, että molempia sopimuksia voitaisiin yhtäaikaaisesti soveltaa. EUT:n ratkaisutoiminnasta on kuitenkin havaittavissa, ettei sen pyrkimyksenä ole välttää normikollisioita sen tulkitessa perussopimusten sisältöä.⁹¹

Yhteensopimattomuus EU-oikeuden kanssa ei kuitenkaan automaattisesti vaikuta kansainvälisten sopimusten voimassaolemiseen. Yhteensopimattomuudesta aiheutuvat seuraukset EU-oikeuden näkökulmasta ovat tapauskohtaisia. Jäsenvaltioiden vilpittömän yhteistyön vaatii jäsenvaltioita toteuttamaan kaikki yleis- tai erityistoimenpiteet, joilla voidaan varmistaa perussopimuksista johtuvien velvoitteiden täyttäminen. Joissain tapauksissa voi olla riittävää laajentaa sopimuksen oikeuksia koskemaan kaikkia EU:n jäsenvaltioita, syrjinnän välttämiseksi. Oikeuksien positiivinen laajentaminen ei kuitenkaan aina ole mahdollista, jolloin jäsenvaltioilta

⁹⁰ Söderlund 2007, s. 464-465.

⁹¹ Fecák 2016, s. 392.

vaaditaan yhteisiä toimia kansainvälisten sopimusten päättämiseksi tai niiden uudelleen neuvottelemiseksi.⁹²

Julkisasiamies on ratkaisuehdotuksessaan *Slovakian tasavalta v. Achmea BV* todennut, että on korostettava sitä, ettei kahdenvälinen investointisuojausopimus enää kuulu SEUT 351 artiklan soveltamisalaan siitä lähtien, kun valtio on liittynyt Euroopan unioniin. Tämä ei kuitenkaan tarkoita investointisuojausopimuksen automaattista pätemättömyyttä tai yhteensopimattomuutta EU-oikeuden kanssa. Sopimusten määräyksiä sovelletaan jäsenvaltioiden keskinäisiin suhteisiin siltä osin, kun ne ovat sopusoinnussa EU:n perussopimusten kanssa⁹³.⁹⁴

Edellä olen tarkastellut investointisuojausopimusten kansainvälisoikeudellista voimassaoloa niin kansainvälisoikeudellisesta kuin eurooppaoikeudellisesta näkökulmasta. Esitetyn perusteella katson, ettei investointisuojausopimuksia voida pitää pätemättöminä, vaan ne sitovat valtioita sopimuksien sitovuuden periaatteen (*pacta sunt servanda*) mukaisesti. Näiden sopimusten voimassaolosta saattaa kuitenkin aiheutua ongelmia, erityisesti kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän periaatteen kannalta. Siirryn tarkastelemaan tätä ongelmaa tutkielmani seuraavassa luvussa.

⁹² Ibid.

⁹³ Näin myös Wienin yleissopimuksen 30 artiklan 3 kohta, jonka mukaan ”Milloin kaikki aikaisemman valtiosopimuksen osapuolet ovat myös myöhemmän valtiosopimuksen osapuolina, mutta aikaisempi valtiosopimus ei ole päättynyt tai sen soveltaminen 59 artiklan mukaisesti keskeytynyt, tätä aikaisempaa valtiosopimusta sovelletaan vain siltä osin kuin sen määräykset ovat sopusoinnussa myöhemmän valtiosopimuksen määräysten kanssa”.

⁹⁴ Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa C-284/16 *Achmea*, kohdat 46-47.

3. Sisäiset investintisuoja sopimukset ja kansalaisuuteen perustuva syrjintä

Euroopan unionin oikeuden yleisen periaatteen mukaan kaikki kansalaisuuteen perustuva syrjintä on kiellettyä.⁹⁵ EU:n sisäisistä kahdenvälisistä investintisopimuksista seuraa, että investoijille sopimuksissa annetuista oikeuksista pääsee nauttimaan ainoastaan EU:n kansalaiset ja yritykset, joiden kotivaltio on solminut investintisopimuksen toisen jäsenvaltion kanssa. Koska moni EU:n valtio ei ole solminut investintisopimuksia toistensa kanssa (esimerkiksi EU-15 valtioilla ei ole keskenään solmittuja investintisopimuksia), on olemassa laaja joukko EU-investoijia, jotka eivät pääse nauttimaan samoista oikeuksista, joista osa EU-investoijista pääsee nauttimaan.⁹⁶

Tämä herättää kysymyksen, onko tilanne yhteensopiva kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kiellon kanssa, joka on myös yksi EU:n sisämarkkinoiden ideologian kulmakivistä. Ongelma diskriminaatiosta ei koske ainoastaan investintisuoja sopimusten takaamia laajennettuja aineellisia oikeuksia, mutta erityisesti niiden tarjoamaa prosessuaalista mekanismia, jossa sopimusvaltiota vastaan voidaan nostaa kanne välimiesoikeudessa.

Kahdenvälisen investintisopimusten luonteesta aiheutuva investoijien erilainen kohtelu voidaan todeta ainakin kolmessa eri tilanteessa. Ensimmäisessä tilanteessa valtio antaa parempia oikeuksia sopimusvaltion sijoittajalle kuin kotimaiselle sijoittajalle. Tämä on esimerkki muutoin harvinaisesta tilanteesta, jossa ulkomaiset sijoittajat ovat paremmassa asemassa kuin kotimaiset sijoittajat. Diskriminaatio johtuu investintisopimusten kahdenvälisestä luonteesta, joka takaa oikeuksia ainoastaan sopimusvaltion sijoittajalle.⁹⁷

Toinen näkökohta, jonka perusteella kahdenvälistä investintisopimusta voidaan katsoa kansalaisuuteen perustuvana syrjintänä, on se, että investintisopimuksen

⁹⁵ SEUT 18: ”Kaikki kansalaisuuteen perustuva syrjintä on kiellettyä perussopimusten soveltamisalalla, sanotun kuitenkin rajoittamatta perussopimusten erityismääräysten soveltamista.”

⁹⁶ Fecák 2016, s. 474.

⁹⁷ Ibid.

solminut EU:n jäsenvaltio asettaa ne EU:n sijoittajat huonompaan asemaan, joiden kotivaltiolla ei ole investointisopimusta kyseisen valtion kanssa. Toisin sanoen, jäsenvaltio A joka on solminut investointisopimuksen jäsenvaltio B:n kanssa, mahdollisesti rikkoo kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltoa, jos jäsenvaltio C:n sijoittajat eivät pääse nauttimaan investointisopimuksen tarjoamista oikeuksista.⁹⁸

Kolmas tapaus jossa kansalaisuuteen perustuva syrjintä voidaan todeta, on tilanne, jossa jäsenvaltio A, joka on solminut investointisopimuksen jäsenvaltio B:n kanssa takaa oikeuksia ainoastaan sijoittajille, jotka todetaan investointisopimuksen mukaisesti olevan jäsenvaltio B:n investoijia. Eräissä investointisuojasopimuksissa tämä edellyttää ns. ”*criterion of incorporation*”⁹⁹ täyttymistä. EU:n sijoittautumisvapautta nauttiva jäsenvaltion B:n investoija ei siis välttämättä pääse hyödyntämään investointisopimuksen tarjoamaa suojaa, mikäli tämä edellytys ei täyty.¹⁰⁰

Kortenberg katsoo, että mikä tahansa kahden jäsenvaltioiden välinen yhteistyö on syrjivää. Kiellettyä syrjintänä on kuitenkin pidettävä tästä yhteistyöstä aiheutuvien etujen varaamista ainoastaan näiden jäsenvaltioiden kansalaisille silloin, kun kolmannen jäsenvaltion kansalainen täyttää tarvittavat edellytykset etuuden saamiseksi.¹⁰¹

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ Esim. Valtioilla A ja B on voimassa investointisuojasopimus. Tytäryhtiö X, joka toimii valtiossa C, investoi valtioon A. Yhtiöllä X ei ole kansalaisuuteen perustuvaa oikeutta nostaa kannetta investointisopimuksen nojalla. Kuitenkin, mikäli yhtiötä X tosiasiaassa hallitsee henkilöt, joilla on valtion B kansalaisuus, on yhtiöllä X oikeus nostaa kanne investointisopimuksen nojalla, koska se läpäisee ”*criterion of incorporation*” -testin. Ks. lisää. Nikiöma 2012, s. 9.

¹⁰⁰ Fecák 2016, s. 474.

¹⁰¹ Kortenberg 1998, s. 848.

3.1 EUT:n oikeuskäytäntö kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän osalta

EUT on useasti joutunut ratkaisuihinsa käsittelemään väitteitä kansalaisuuteen perustuvasta syrjinnästä. Olen valinnut näistä nyt käsiteltäväksi tapauksia, jotka mahdollisimman hyvin ovat verrattavissa käsilläni olevaan ongelmaan kahden jäsenvaltion välisestä sopimuksesta aiheutuvasta syrjinnästä. Tässä luvussa esittelen tapaukset ja niiden lopputulokset, mutta esitysteknisistä syistä analysoin niitä vielä tarkemmin vasta myöhemmässä luvussa.

Tapaus *Matteucci*, jota käsitteletin tutkielmassani jo aikaisemmin EU-oikeuden ja kansainvälisten sopimusten suhdetta koskevassa luvussa, koskee myös kansalaisuuteen perustuvaa syrjintää. *Matteucci*, Italian kansalainen joka asui Belgiassa, haki Belgian ja Saksan välisen kulttuurisopimuksen nojalla stipendiä opintojensa suorittamiseen Saksassa. Belgian viranomaiset kuitenkin hylkäsivät hakemuksen, koska stipendit olivat varattuja ainoastaan Belgian kansalaisille. EUT kuitenkin katsoi, että *Matteucci* joka on EU:n kansalainen ja joka työskentelee Belgiassa, on oikeutettu samoihin sosiaalisiin etuuksiin kuin Belgian kansalliset työntekijät.¹⁰²

Sillä tosiasialla, että kyseiset sosiaaliset etuudet perustuivat Belgian ja Saksan kahdenväliseen sopimukseen, ei ollut asiassa merkitystä. EUT totesi, että mikäli etuuden hylkääminen johtaa EU kansalaisia syrjivään lopputulokseen, EU-oikeus ei voi väistyä kahden valtion välisen sopimuksen tieltä.¹⁰³ Kahdenvälinen sopimus joka antaa vain näiden jäsenvaltioiden kansalaisille oikeuden stipendin saamiseen, ei voi estää yhdenvertaisen kohtelun periaatteen soveltamista.¹⁰⁴

Unionin tuomioistuimen tapaus *Saint-Gobain* koski Saksassa sijaitsevien muulta unionin jäsenvaltioista tulevien tytäryhtiöiden (kyseisessä tapauksessa ranskalainen toimija joka nautti sijoittamisvapautta Saksassa, harjoittaen toimintaa tytäryhtiön kautta Ranskassa) erilaista verotuskohtelua. Tuomioistuimen tuli ratkaista, asettaako se, että ranskalaisten tytäryhtiöiden kiinteiltä toimipaikoilta evätään konsernin veroetu

¹⁰² C-235/87 *Matteucci*, kohta 16.

¹⁰³ *Ibid.* kohta 14.

¹⁰⁴ *Ibid.* kohta 23.

varallisuusverotuksessa, ne asemaan, joka on saksalaisten tytäryhtiöiden asemaa epäedullisempi. Tuomioistuin katsoi, että vain saksalaisten yhtiöiden saadessa veronkevennyksiä, rajoittaa se perustamissopimuksessa taloudellisille toimijoille nimenomaisesti taattua vapautta valita asianmukainen oikeudellinen muoto toiminnan harjoittamiselle jossain toisessa jäsenvaltiossa.¹⁰⁵

Tapauksessa *Gottardo*, Italian viranomaiset hylkäsivät Gottardon vanhuuseläkettä koskevan hakemuksen. Gottardo oli Ranskan kansalainen, joka työskenteli Italiassa, Sveitsissä ja Ranskassa. Italian viranomaiset hylkäsivät hakemuksen, koska hän ei Italiassa ja Ranskassa täytettyjen vakuutuskausien yhteen laskemisen perusteella olisi suorittanut vakuutusmaksuja sitä vähimmäisaikaa, jota Italian lainsäädännössä edellytetään eläkeoikeuden saamiseksi. Gottardo saisi oikeuden italialaisen vanhuuseläkkeeseen ainoastaan, jos Sveitsissä täytetyt vakuutuskaudet otettaisiin lisäksi huomioon Italian ja Sveitsin välisen sopimuksen mukaisesti. Italian viranomaiset eivät kuitenkaan ottaneet näitä kuukausi huomioon sillä perusteella, että Gottardo on Ranskan kansalainen, minkä vuoksi häneen ei voitu soveltaa Italian ja Sveitsin välistä sopimusta. Toisin sanoen Sveitsissä työskennellyt kuukaudet olisi otettu huomioon ainoastaan, jos hän olisi ollut Italian kansalainen.¹⁰⁶

Euroopan unionin tuomioistuin linjasi, että jäsenvaltion tehdessä kolmannen maan kanssa kahdenvälisen kansainvälisen sosiaaliturvasopimuksen, jonka mukaan kyseisessä kolmannessa maassa täytetyt vakuutuskaudet otetaan huomioon vanhuusetuuksia koskevan oikeuden saamiseksi, yhdenvertaisen kohtelun peruseriaate edellyttää, että tämä jäsenvaltio myöntää muiden jäsenvaltioiden kansalaisille samat edut kuin sen omat kansalaiset saavat kyseisen sopimuksen perusteella, jollei se esitä objektiivista perustetta etuuksien epäämiselle.¹⁰⁷

Tuomioistuimen mukaan objektiivinen peruste etuuksien epäämiselle voi olla jäsenvaltion ja kolmannen maan välisen kahdenvälisen kansainvälisen sopimuksen tasapainon ja vastavuoroisuuden vaarantuminen. Tuomioistuin katsoi, että Italian laajentaessa yksipuolisesti muiden jäsenvaltioiden kansalaisten hyväksi edun siitä, että se ottaa huomioon Sveitsissä täytetyt vakuutuskaudet määrittäessään oikeutta Italian

¹⁰⁵ C-307/97, kohdat 42-43.

¹⁰⁶ C-55/00, *Gottard*, kohdat 14-17.

¹⁰⁷ *Ibid.* kohta 34.

vanhuusetuuksiin, ei millään tavalla vaaranna Sveitsin oikeuksia, jotka sillä on Italian ja Sveitsin välisen sopimuksen perusteella, eikä täten aseta Sveitsille uusia velvoitteita.¹⁰⁸

Yhteistä näille ratkaisuille on se, että kahdenvälisen sopimusten tarjoamat oikeudet oli tarjottava myös muille EU:n kansalaisille, jotka nauttivat sopimusvaltiossa yhtä EU:n perusoikeutta (tyypillisesti sijoittautumisvapautta tai työntekijöiden vapaata liikkuvuutta). Useasti onkin ehdotettu, että vaikka jäsenvaltioiden sisäiset investointisuojasopimukset syrjivätkin kolmansien jäsenvaltioiden sijoittajia, voidaan tämä ongelma poistaa laajentamalla investointisuojasopimuksien takaamat oikeudet kaikille sijoittajille.¹⁰⁹

Epätasavertaista kohtelua ei tulisi ratkaista ”negatiivisesti” eliminoimalla kahdenvälisestä sopimuksesta aiheutuvat etuudet, vaan ”positiivisesti” laajentamalla nämä etuudet koskettamaan myös muita kuin sopimusvaltioiden sijoittajia. Investointisuojasopimusten suhteen tämä tarkoittaa sitä, että huonommassa asemassa olevien EU investoijien - jotka eivät kuulu investointisopimuksen soveltamisalaan - tulisi kanneteitse vaatia yhdenvertaisia oikeuksia mahdollisessa tilanteessa, jossa sopimukset aiheuttavat kansalaisuuteen perustuvaa syrjintää.¹¹⁰

Asian tarkempi tarkastelu kuitenkin osoittaa, ettei ongelman ”positiivinen” ratkaiseminen ole niin yksinkertaista kuin miltä se vaikuttaa. Diskriminaatio saadaan useimmissa tapauksissa eliminoitua laajentamalla oikeuksia koskemaan kaikkia sijoittajia. Tällä menetelmällä on kuitenkin rajansa. Ensinnäkin, diskriminaatiotilanteessa jäsenvaltiolla on oltava mahdollisuus tehokkaasti laajentaa sopimusten tarjoamia oikeuksia, mikä ei kaikissa tapauksissa tule kysymykseen. Tapaus *Open Skies*¹¹¹ toimii hyvänä esimerkkinä ongelmasta.

¹⁰⁸ Ibid. kohdat 36-37.

¹⁰⁹ Ks. esim. *Eureko v. Slovakia*, kohta 267: ”There is moreover no reason, legal or practical, why an EU Member State should not accord to investors of all other EU Member States rights equivalent to those which the State has bound itself to accord to investors of its EU bilateral investment treaty partners – or, indeed, to investors from States that are not members of the EU.”

¹¹⁰ Eilmansberg 2009 (a), s. 403.

¹¹¹ C-471/98 *Commission v. Belgium*.

Tapaus koski Belgian ja USA:n välistä lentoliikennesopimusta. Sopimuksessa oli lauseke, jonka nojalla USA voi peruuttaa, keskeyttää, tai rajoittaa sellaisen lentoyhtiön toimiluvan tai teknisen luvan, joka on Belgian kuningaskunnan nimeämä, mutta joka ei ole tämän jäsenvaltion tai Belgian kansalaisten olennaisesti omistama ja tehokkaasti valvoma. EUT katsoi, ettei ole epäilystäkään siitä, etteikö tämä lauseke voisi vaikuttaa niihin Belgiaan sijoittautuneisiin lentoyhtiöihin, jotka ovat joko jonkin muun jäsenvaltion kuin Belgian tai tällaisen jäsenvaltion kansalaisten olennaisesti omistamia ja tehokkaasti valvomia. Tämän vuoksi yhteisön lentoyhtiöt voidaan aina jättää osattomiksi Belgian ja Yhdysvaltojen välisen lentoliikennesopimuksen eduista, kun nämä edut sitä vastoin saavat belgialaiset lentoyhtiöt. Euroopan unionin lentoyhtiöt kärsivät tämän vuoksi syrjinnästä, joka estää niitä saamasta kansallista kohtelua siinä jäsenvaltiossa, johon ne ovat sijoittautuneet, eli Belgiassa.¹¹² Yhteensopimattomuutta EU-oikeuden kanssa ei kyseisessä tapauksessa olisi voitu ratkaista oikeuksien positiivisella laajentamisella.

Ainoana vaihtoehtona yksityiselle sijoittajalle, joka ei täytä investointisopimuksen kriteereitä ”oikeasta kansalaisuudesta”, on ensin nostaa kanne jäsenvaltiota vastaan kansallisuuteen perustuvan syrjinnän perusteella jäsenvaltion tuomioistuimessa, saadakseen myönnytys välimiesmenettelyn käynnistämiseen yksittäisessä investointiriidassa. Fecák kuitenkin huomauttaa, ettei tämän tyyppisiä kanteita kuitenkaan todennäköisesti tunnusteta useimpien jäsenvaltioiden prosessioikeudessa. Lisäksi ainakin ensimmäisissä tapauksissa EUT:lle on todennäköisesti esitettävä asiasta ennakkoratkaisupyyntö.¹¹³

Ongelman ratkaiseminen laajentamalla investointisopimusten oikeudet koskemaan kaikkia EU sijoittajia on houkutteleva oikoreitti, joka voi näyttää ratkaisevan kyseessä olevan ongelman paperilla, mutta jota ei käytännön syistä voida pitää ongelman vartenotettavana ratkaisuna. Investoijalle aiheutuvat käytännön esteet riidan saattamiseksi välimiesmenettelyyn asti ovat niin suuret, että ongelman ”positiivinen” ratkaisu on käytännössä mahdotonta.

¹¹² C-471/98 *Commission v. Belgium*, kohdat 137-140.

¹¹³ Fecák 2016, s. 482.

Euroopan unionin tuomioistuin on kuitenkin antanut myös täysin päinvastaisia tuomioita äskeisiin esitettyihin ratkaisuihin verrattuna.

Unionin tuomioistuimen ratkaisu asiassa ”D”¹¹⁴ koski kaksinkertaista verotusta. Alankomaiden viranomaiset kieltäytyivät myöntämästä vähennystä varallisuusverosta Saksan kansalaiselle D:lle, joka oli tehnyt Alankomaissa sijaitseviin kiinteistöihin sijoituksia. D vetosi asiassa syrjintään sillä perusteella, että tämä etu oli myönnetty Belgian kansalaisille, jotka olivat tehneet investointeja Alankomaissa sijaitseviin kiinteistöihin - Belgian ja Alankomaiden solmiman verosopimuksen nojalla.

Ratkaisussaan EUT katsoi, että D:n Saksassa asuvan verovelvollisen samanlainen kohtelu varallisuusverotuksessa Alankomaiden Belgiassa asuvan verovelvollisen kanssa edellyttää, että näiden kahden katsotaan olevan samassa tilanteessa.¹¹⁵ Tuomioistuin totesi, että kaksinkertaisen verotuksen välttämiseksi tehtyjen kahdenvälisen sopimusten luonnollinen seuraus on, että vastavuoroiset oikeudet ja velvollisuudet koskevat ainoastaan jommankumman sopimuspuolen jäsenvaltion asukkaita. Tämän vuoksi Belgiassa asuva verovelvollinen ei ole samassa tilanteessa kuin Belgian ulkopuolella asuva verovelvollinen, kun kyse on Alankomaissa sijaitsevasta kiinteästä omaisuudesta kannettavasta varallisuusverosta.¹¹⁶

Tapaus ”D” on herättänyt kiivasta vastustusta eräiden lainoppineiden keskuudessa, muun muassa sen kehäpäätelmäisen argumentoinnin vuoksi jolla ohitettiin kysymys kansalaisuuteen perustuvasta syrjinnästä, ja siksi, että kahdenväliset verosopimukset asetettiin EU-oikeuden fundamentaalisten sääntöjen ja periaatteiden edelle.¹¹⁷ Tästä huolimatta tapauksessa esitetty päätelmä vahvistettiin myöhemmin ratkaisussa *Test Claimants in Class IV*.¹¹⁸ Ei myöskään ole täysin selvää, miksi tuomioistuin katsoi tapauksessa *Saint-Gobain*, että ranskalaisen yrityksen Saksassa toimiva tytäryhtiön tilanne oli rinnastettavissa Saksassa toimivaan yritykseen ja yhtiö oli oikeutettu

¹¹⁴ C-376/03 D.

¹¹⁵ C-376/03 D, kohta 59.

¹¹⁶ C-376/03 D, kohta 61.

¹¹⁷ Kofler – Schindler 2005, s. 534-538.

¹¹⁸ ”Se, että vastavuoroiset oikeudet ja velvollisuudet koskevat ainoastaan jommassakummassa sopimuspuolena olevassa jäsenvaltiossa asuvia henkilöitä, on kaksinkertaisen verotuksen välttämiseksi tehtyjen kahdenvälisen sopimusten luonnollinen seuraus” C-374/04 *Test Claimants in Class IV*, kohta 91. Myös tämä ratkaisu koski kahden valtion välistä verosopimusta.

samoihin veroetuihin kuin saksalaiset yhtiöt, kun tapauksessa ”D” lopputulos oli täysin päinvastainen.¹¹⁹

3.2 EUT:n oikeuskäytännön soveltuminen ongelmaan

Ratkaisuehdotuksessaan asiassa *Achmea* julkisasiamies katsoo EUT:n tapauksen ”D” soveltuvan jäsenvaltioiden välisiin investointisuojaosopimukseen. Julkisasiamiehen mukaan tuomiosta käy selvästi ilmi, etteivät EU:n perussopimukset sisällä suosituimmuuslauseketta¹²⁰, jollainen sisältyy investointisuojaosopimukseen ja ettei ole syrjivää olla myöntämättä toisen jäsenvaltion kansalaiselle kohtelua, jonka se myöntää sopimuksen nojalla jonkin kolmannen jäsenvaltion kansalaisille.¹²¹

Julkisasiamies Wathelet katsoo, että ratkaisu ”D” voidaan rinnastaa kyseiseen ongelmaan mainiosti, sillä myös jäsenvaltioiden sisäisissä investointisuojaosopimuksissa on kaksi investoijaa, joista vain toinen hyötyy investointisuojaosopimuksissa annetusta aineellisesta suojasta ja toinen ei. Vastaavasti se, että vain toinen pääsee hyötymään etuuksista, johtuu näiden sopimusten kahdenvälisestä luonteesta.¹²²

Vaikkakin tapauksen ”D” argumentointi - joka nojautuu kahdenvälisen sopimusten luonteesta aiheutuvaan kolmannen osapuolen epäedullisempaan asemaan asettamiseen - voidaan prima facie katsoa soveltuvan myös kahdenvälisen unionin sisäisten investointisuojaosopimusten alaan, ei asiassa voida suorittaa näin suoraviivaisia analogisia päätelmiä. Tämä johtuu lähinnä siitä, että EU-oikeus vero-oikeuden saralla sisältää omia erikoisuuksiaan. Veroasiat ovat perinteisesti nähty yhtenä

¹¹⁹ Ks. tarkemmin De Groot 2014, s. 413-415.

¹²⁰ Suosituimmuuslausekkeella (*Most-Favored-Nation clause*) tarkoitetaan investointisuojaosopimuksessa olevaa periaatetta, jonka mukaan kumpikin sopimuspuoli antaa toisen sopimuspuolen investoinnille täyden ja kattavan suojan, joka ei missään tapauksessa voi olla vähäisempi kuin sen omien investoijansa investoinneille tai minkä tahansa muun maan investoinneille myöntämä suoja, sen mukaan, kumpi on suotuisampi kyseisen investoijan kannalta. Ks. lisää OECD (2004), *Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law*.

¹²¹ Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa C-284/16 *Achmea*, kohta 74.

¹²² *Ibid.* kohdat 73 ja 75.

jäsenvaltioiden tarkasti vartioituna, niiden suvereeniteettiin kuuluvana asiana, eikä jäsenvaltioiden välistä harmonisaatiota verokysymyksissä olla juurikaan nähty.¹²³

Aikana jolloin EUT antoi ratkaisun asiassa ”D”, EY:n perustamissopimus nimenomaisesti ilmaisi artiklassa 239 (jota ei toistettu enää Lissabonin sopimuksessa), että jäsenvaltiot ryhtyvät keskenään tarvittaessa neuvotteluihin taatakseen kansalaistensa hyväksi kaksinkertaisen verotuksen poistamisen yhteisön alueella. EU:n yhteisen sääntelyn, sekä kaikkien jäsenvaltioiden kattavien verotussopimusten puuttuessa, lukuisia kahdenvälisiä verotussopimuksia solmittiin.¹²⁴ Mielestäni kahdenvälisille verotussopimuksille oli siis olemassa selkeä lainsäädännöllinen perusta EY:n perustamissopimuksissa – toisin kuin investointisuojausopimusten tapauksessa – ja näitä sopimuksia myös oletettiin solmittavan.

Julkisasiamies puolestaan katsoo ratkaisuehdotuksessaan, että ”[t]oisin kun komissio väittää, jäsenvaltioiden välisten kaksinkertaisen verotuksen välttämistä koskevien sopimusten oikeudellinen perusta ei ole EY 293 artikla - -. Jos näin olisi, mitä artiklaa uusista verotussopimuksista neuvottelevat valtiot voisivat käyttää perustana, kun otetaan huomioon, ettei EY 293 artikla sisälly Lissabonin sopimukseen?”.¹²⁵

Täytyy kuitenkin muistaa, että Lissabonin sopimus ei korvannut aikaisempia perussopimuksia. Sitä vastoin, se ”vain” muutti aiempaa perussopimusta siten, että aiemmat sopimukset pysyvät muutoin voimassa paitsi niiltä osin kuin ne nimenomaisesti muutettiin tai kumottiin Lissabonin sopimuksella.¹²⁶ Vaikka EY 293 artiklaa ei enää toistettu Lissabonin sopimuksella, ei tämä tarkoita sitä, että tuo artikla on Lissabonin sopimuksella nimenomaisesti muutettu tai kumottu. Haluaisin myös tietää, mikä julkisasiamiehen mukaan sitten on ja on ollut näiden sopimusten oikeudellinen perusta, jos se ei ollut edes tuona aikana EY 293 artiklan nimenomaisesti näiden sopimusten takaama säännös?

On myös argumentoitu, että tapaus ”D” on yksi tuomioiden sarjasta, jolla EUT uudelleenarvioi sen lähestymistavan verotuskysymyksiin, joka nykyään on

¹²³ Kingston 2007, s. 287, 299-300.

¹²⁴ Ks. C-376/03 *D*, kohdat 49-51.

¹²⁵ Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa C-284/16 *Achmea*, kohta 80.

¹²⁶ Ojanen 2016, s. 19-20.

suvaitsevampi jäsenvaltioiden omaa verotussuvereiniteettia kohtaan. Verotuskysymykset ovat ikään kuin erotettu sisämarkkinoiden vapauksista. Kahdenvälisten verotussopimusten mahdollinen syrjivä kohtelu eri jäsenvaltioiden kansalaisia kohtaan voidaan myös nähdä hyväksyttävänä ottaen huomioon jäsenvaltioiden suvereniteetin verotuskysymyksissä. Samanlaista argumentaatiota on vaikea nähdä jäsenvaltioiden sisäisten investointisuojausopimusten saralla. Toisin sanoen tarkasteltaessa investointisuojausopimuksista, ei ole nähtävissä mitään sellaista syytä, miksi jäsenvaltio A:n ja B:n investoijia, jotka kumpikin tekevät investoinnin jäsenvaltioon C, ei voida katsoa olevan samassa asemassa vain sen vuoksi, että jäsenvaltio C on solminut investointisuojausopimuksen vain jäsenvaltio A:n kanssa.¹²⁷

Tästä huolimatta on mielestäni julkisasiamiehen antama ratkaisuehdotus asiassa perusteltu. Toisen sisältöisellä ehdotuksella muodostettaisiin käytännössä koko unionin kattava investointisuojausopimusten verkko myös sellaisten investoijien ja valtioiden välille, joiden tarkoituksena ei ole ollut olla osa tällaista erityislaatuista järjestelmää. Tämän vuoksi jäsenvaltioiden sisäisiä investointisuojausopimuksia ei tule mielestäni tulkita siten, että niistä aiheutuu kansalaisuuteen perustuvaa syrjintää.¹²⁸

¹²⁷ Fecák 2016, s. 481.

¹²⁸ Ks. EU-oikeuden tulkinnasta tarkemmin luvussa 6.

4. Euroopan unionin tuomioistuin EU:n perussopimusten tulkitsijana

Euroopan unionin tuomioistuin on yksi vaikutusvaltaisimmista tuomioistuimista koko maailmassa.¹²⁹ EU:n oikeudellinen järjestelmä on oikeussuojakeinojen ja menettelyjen kokonaisuus, jonka tarkoituksena on varmistaa EU:n ja sen toimielinten lainmukainen toiminta.¹³⁰ Unionin jäsenvaltioille on tämän vuoksi asetettu merkittäviä rajoituksia ratkaista EU-oikeuden soveltamisesta aiheutuva riita EU:n institutionaalisen ja oikeudellisen systeemin ulkopuolella. EUT puolustaa sen yksinomaista roolia EU:n perussopimusten tulkitsijana ja soveltajana.¹³¹ Pääasialliseksi syyksi ratkaisuinstantssin rajoittamiseksi on nähty tarve turvata EU:n perussopimusten yhdenmukainen tulkitseminen ja soveltaminen.¹³²

Ennakkoratkaisupyyntö (*preliminary ruling, renvoi préjudiciel*) on menettely, jonka avulla Euroopan unionin tuomioistuimelle voidaan esittää kysymys unionin oikeuden tulkinnasta tai lainvoimaisuudesta. Ennakkoratkaisupyyntöillä voidaan taata oikeusvarmuus EU:n lainsäädännön yhdenmukaiselle soveltamiselle.¹³³ EU-oikeus on usein teknisesti vaikeaa ja monimutkaista, minkä vuoksi on tarkoituksenmukaista, että unionin oikeuden tulkintaa ohjaa ja yhtenäistää siihen erikoistunut Euroopan unionin tuomioistuin.¹³⁴ Jo yhdenkin jäsenvaltion tuomioistuimissa saattaa olla eri käsityksiä EU-oikeuden tulkinnasta – puhumattakaan siitä, kuinka paljon nämä käsitykset voivat vaihdella jäsenvaltiosta toiseen.¹³⁵

Euroopan unionin tuomioistuimen näkökulmasta katsottuna sen ennakkoratkaisumenettely muodostaa EU-oikeuden juridisen pohjan. EUT:lla on yksinomainen kompetenssi tulkita EU-oikeuden sisältöä ja muodostaa tämän tulkinnan seurauksena EU-oikeudellisia sääntöjä. Näiden sääntöjen täytäntöönpaneminen on puolestaan pääasiallisesti jäsenvaltioiden kansallisten

¹²⁹ Ks. esim. Craig – De Búrca 2011, s. 121.

¹³⁰ Unionin tuomioistuimen lausunto 1/09, kohdat 20 ja 70.

¹³¹ Fecák 2016, s. 484.

¹³² Govaere 2010, s.187.

¹³³ Ks. EUR-Lex tiivistelmä EU-lainsäädännöstä, Ennakkoratkaisupyyntö (32012H1106(01)).

¹³⁴ Jääskinen 2007, s. 429.

¹³⁵ Ojanen 2016, s. 191.

oikeuksien tehtävä. Ennakkoratkaisumenettely on jäsenvaltioiden kansallisten oikeusasteiden ja EUT:n juridisen dialogin pääasiallinen instrumentti.¹³⁶

Ennakkoratkaisumenettelyllä on ollut merkittävä rooli koko EU-oikeuden kehittymisen kannalta. EU-oikeuden sekä jäsenvaltion kansallisten oikeuden ja sopimusten välistä suhdetta määrittävät periaatteet ovat kehittyneet juuri ennakkoratkaisumenettelyn kautta.¹³⁷

SEUT artiklan 344 mukaan jäsenvaltiot sitoutuvat ratkaisemaan perussopimusten tulkintaa tai soveltamista koskevat riidat perussopimuksissa määrätyllä tavalla. SEUT 267 artiklan mukaan jäsenvaltion tuomioistuimella on oikeus (ja tietyssä tapauksessa velvollisuus) pyytää Euroopan unionin tuomioistuinta ratkaisemaan kysymys perussopimusten tulkinnasta. Säännökset estävät jäsenvaltioita saattamasta perussopimusten tulkinnasta tai soveltamisesta aiheutuvat erimielisyydet vaihtoehtoisten riidanratkaisuinstantssien – kuten välimiesoikeuden – ratkaistavaksi. Täytyy muistaa, että investointisuojasopimukset antavat mahdollisuuden yksityiselle sijoittajalle nostaa kanne suoraan jäsenvaltiota vastaan sopimusrikkomuksen johdosta. EU:n perussopimukset eivät tarjoa mitään erillistä riidanratkaisumekanismia jäsenvaltioiden ja yksittäisten henkilöiden välisten riitojen ratkaisemiseksi.¹³⁸

Kuten on aikaisemmin käynyt ilmi, jäsenvaltioiden sisäisillä investointisuojasopimuksilla ja EU-oikeudella on laaja päällekkäinen soveltamisala. Nämä kaksi asiaa voidaan osittain nähdä jopa toistensa kopioina. Laajan päällekkäisyyden vuoksi, välimiesoikeudet saattavat EU:n jäsenvaltioiden sijoittajien välisiä investointiriitoja ratkaistessaan joutua soveltamaan myös EU-oikeutta. Arkaluontoisimmat tapaukset koskevat jäsenvaltioiden toimia, jotka se on tehnyt täyttääkseen velvoitteet EU:n jäsenvaltiona, mutta joiden perusteella sitä vastaan on nostettu kanne investointisuojasopimuksen rikkomisen nojalla.¹³⁹

¹³⁶ Fecák 2016, s. 485.

¹³⁷ Ojanen 2016, s. 191.

¹³⁸ Ibid. s. 485.

¹³⁹ Näin esim. tapauksessa *Eastern Sugar*, jossa Tšekki asetti uusia lakeja, joiden tarkoituksena oli saattaa sokerin tuotanto vastaamaan EU:n asettamia vaatimuksia, mutta joiden perusteella Tšekkiä vastaan nostettiin kanne investointisuojasopimuksen nojalla.

Ongelmana onkin siis se, miten kysymys EU:n perussopimuksen tulkinnasta ja soveltamisesta tulisi ratkaista, kun asia esiintyy välimiesoikeudessa? Slovakian valtio katsoo, etteivät välimiesoikeudet ole oikeutettuja – kuten kansalliset oikeudet – ennakkoratkaisukysymyksen esittämiseen Euroopan unionin tuomioistuimelle ratkaistakseen kysymyksen EU-oikeuden soveltamisesta, ja tämän vuoksi on vaarassa, että välimiesoikeudet vakavasti vahingoittaisivat EU-oikeuden yhtenäistä soveltamista.¹⁴⁰

Vaikka välimiesoikeudet ovat taipuvaisia painottamaan, että heidän toimivaltansa rajoittuu ainoastaan investointisuojaosopimusten rikkomuksista nostettujen kanteiden tutkimiseen, ei tämä tarkoita sitä, että kysymys EU-oikeuden soveltamisesta investointiriitaan on heidän lainkäyttövaltansa ulkopuolella. Suurin osa välimiesoikeuksista onkin hyväksynyt sen, että EU-oikeus voi olla sovellettavana lainsäädäntönä välimiesmenettelyssä, vaikka heidän toimivaltansa perustuukin investointisuojaosopimukseen. EUT:lla on monopoli viimeisen ja auktoritatiivisen päätöksen tekemiseen EU-oikeuden tulkinnasta, mutta ei tulkinnallista monopolia.¹⁴¹

Toisin sanoen, on olemassa mahdollisuus, että kahdella instanssilla (EUT ja välimiesoikeus) on kilpaileva toimivalta – ei kylläkään koskien riitaa kokonaisuudessaan, vaan siitä, miten EU-oikeutta tulee riitaan soveltaa.¹⁴² Vaarana välimiesoikeuksien soveltaessa ja tulkitessa EU lainsäädäntöä on kuitenkin se, ettei EU-oikeutta tulkita yhtenäisesti ja koherentisti. Yhtenä ratkaisuvaihtoehtona EU:n lainsäädännön yhdenmukaiseksi soveltamiseksi on ehdotettu, että välimiesoikeuksilla olisi mahdollisuus esittää ennakkoratkaisupyynnön EU-oikeuden tulkinnasta Euroopan unionin tuomioistuimelle. Tämä ainakin teoriassa takaisi riittävän yhdenmukaisen EU-oikeuden tulkitsemisen.¹⁴³

¹⁴⁰ Ks. Slovakian kommentti tapauksessa *Eureko B.V. v. Slovakia*, PCA Case No. 2008-13, kohta 114.

¹⁴¹ *Eureko B.V. v. The Slovak Republic*, PCA Case No. 2008-13, kohta 282.

¹⁴² Von Papp 2013, s. 1-2.

¹⁴³ *Ibid.* s. 19.

5. Välimiesoikeuden mahdollisuus esittää ennakkoratkaisupyyntö Euroopan unionin tuomioistuimelle

Mikä tahansa lainkäyttöelin, joka kohtaa ongelman EU-oikeuden soveltamisesta, ei kuitenkaan voi esittää ennakkoratkaisupyyntöä asiasta EUT:lle. SEUT 267 artiklan mukaan ainoastaan *jäsenvaltion tuomioistuimella* on oikeus pyytää Euroopan unionin tuomioistuinta ratkaisemaan kysymys perussopimusten tulkinnasta.

Euroopan unionin tuomioistuimella on toimivalta antaa ennakkoratkaisu:

a) perussopimusten tulkinnasta;

b) unionin toimielimen, elimen tai laitoksen säädöksen pätevyydestä ja tulkinnasta.

Jos tällainen kysymys tulee esille jäsenvaltion tuomioistuimessa, tämä tuomioistuin voi, jos se katsoo, että kysymys on ratkaistava, jotta se voi antaa päätöksen, pyytää Euroopan unionin tuomioistuinta ratkaisemaan sen. (SEUT 267)

Kysymykseksi muodostuukin se, voidaanko välimiesoikeus katsoa artiklan mukaiseksi jäsenvaltion tuomioistuimeksi. Perussopimus itsessään ei määrittele yksityiskohtaisemmin, mitä tarkoitetaan jäsenvaltion tuomioistuimella. Vuosien saatossa unionin tuomioistuin on kuitenkin oikeuskäytännössään määritellyt jäsenvaltion tuomioistuimelle asetettavat kriteerit.

Tulkinta siitä, täyttääkö lainkäyttöelin SEUT 267 artiklan mukaisen jäsenvaltion tuomioistuimen tunnusmerkistön, tapahtuu yhdenmukaisen ja autonomisen unionin oikeuden määritelmien mukaisesti.¹⁴⁴ Toisin sanoen, määrittely ei nojaudu minkään jäsenvaltion kansalliseen lainsäädäntöön. Tämä tarkoittaa, ettei ainoastaan elimet jotka on määritelly ”tuomioistuimiksi” tai ”oikeuksiksi” kansallisessa lainsäädännössä voi toimittaa ennakkoratkaisupyyntöä unionin tuomioistuimelle. Toisaalta, ainoastaan se tosiasia, että elin on kansallisessa lainsäädännössä määritelly ”tuomioistuimeksi” tai

¹⁴⁴ Julkisasiamies Reichelin ratkaisuehdotus asiassa 246/80 *Broekmeulen*, s. 2335-2336.

”oikeudeksi”, ei tee tästä elimestä automaattisesti kelpoista ennakkoratkaisupyynnön esittämiseen.¹⁴⁵

Suomenkielisen perussopimustekstin ilmaisu herättää helposti liian kapean mielikuvan jäsenvaltion tuomioistuimesta. Englannin kielisessä sopimustekstissä ilmaisu ”*court or tribunal*” selvästi osoittaa, että ennakkoratkaisua voi tietyin edellytyksin pyytää myös muu kuin jäsenvaltion lainkäyttöelimen varsinaiseen tuomioistuinorganisaatioon kuuluva elin.¹⁴⁶

Ensinäkemältä EU:n oikeuskäytäntö sen osalta, mikä voidaan katsoa artiklan 267 mukaiseksi jäsenvaltion tuomioistuimeksi, näyttäisi estävän välimiesoikeuksien ennakkoratkaisupyynnöiden esittämisen Euroopan unionin tuomioistuimelle. Unionin tuomioistuin on ratkaisuisaan todennut, ettei välimiehet voi pyytää kansallisten tuomioistuinten tavoin yhteisöjen tuomioistuimelta ennakkoratkaisua yhteisön oikeuden tulkinnasta tai pätevyydestä.¹⁴⁷ Myös Jääskinen on todennut, ettei vapaaehtoisten yksityisoikeudellisten välimiesmenettelyjen välimiesoikeudet täytä jäsenvaltion tuomioistuimelle asetettuja kriteerejä, eivätkä ne täten voi tehdä ennakkoratkaisupyynnöitä EUT:lle.¹⁴⁸ Komission näkökulma on myös mitä ilmeisemmin se, ettei välimiesoikeuksilla ole mahdollisuutta ennakkoratkaisupyynnön esittämiseen EUT:lle.¹⁴⁹

Asia on selvä kaupallisissa välimiesmenettelyissä, kuten tapauksissa *Nordese* ja *Danfoss*, jossa EUT on linjannut, että sopimukseen perustuva välimiesoikeus ei ole artiklassa tarkoitettu jäsenvaltion tuomioistuin, jos sopimuspuolilla ei ole minkäänlaista oikeudellista tai tosiasiallista velvollisuutta saattaa riitonsa välimiesoikeuden ratkaistaviksi ja jos kyseisen jäsenvaltion viranomaiset eivät osallistu millään tavalla sen päätöksen tekoon, jolla käsittelyjärjestykseksi valitaan

¹⁴⁵ Broberg – Fenger 2010, s. 60.

¹⁴⁶ Ojanen 2016, s. 195.

¹⁴⁷ Ks. C-126/97 *Eco Swiss*, kohta 40.

¹⁴⁸ Jääskinen 2007, s. 430.

¹⁴⁹ ”Investoijat voisivat yrittää harjoittaa ”forum shoppingia” nostamalla kanteet välimiesoikeuksissa sen sijaan – tai sen lisäksi – että he nostaisivat kanteet kansallisissa oikeuksissa. Tämä voisi johtaa välimiesmenettelyyn, jossa relevanttia kysymystä EU-oikeuden tulkinnasta ei esitettäisi EUT:lle, jonka mahdollisena seurauksena jäsenvaltioiden kansalaisia kohdeltaisiin syrjivästi.” Euroopan komission huomiot tapauksessa *Eastern Sugar B.V. v Czech Republic*, SCC No. 088/2004, kohta 126.

välimiesmenettely, eikä viranomaisten tehtävänä ole osallistua viran puolesta asian käsittelyyn välimiesoikeudessa.¹⁵⁰ Investointisuojasopimusten nojalla käytävä välimiesmenettely eroaa kuitenkin monessa suhteessa ns. normaalista kaupallisesta välimiesmenettelystä.

Kaupallinen välimiesmenettely perustuu yksityisoikeudellisen kahden osapuolen väliseen sopimukseen, joka on solmittu näiden osapuolten kansallisen lainsäädännön puitteissa. Kaupallisessa välimiesmenettelyssä sovelletaan lakia, jonka sopimuksen osapuolet ovat itse päättäneet. Osapuolten suhdetta voidaan kuvailla horisontaaliseksi, sillä kumpikaan ei itsenäisesti voi tehokkaasti langettaa toiselle osapuolelle velvollisuuksia. Kaupallisen välimiesmenettelyn osapuolet eivät myöskään ole EU-oikeudesta johtuvien velvoitteiden subjekteja – he eivät esimerkiksi ole velvoitettuja ratkaisemaan riitaansa ainoastaan kansallisten oikeuksien ja/tai unionin tuomioistuimen kautta.¹⁵¹ Välitylauseke on lisäksi kaupallisessa välimiesmenettelyssä usein sovittu ainoastaan tiettyä sopimusosapuolten suhdetta varten.¹⁵²

Investointisuojasopimusten nojalla käytävien välimiesmenettelyn toisena osapuolena puolestaan on aina valtio. Sen suhde riidan toiseen osapuoleen, investoijaan, on poikkeuksellinen. Rozhenalová onkin kuvaillut tätä suhdetta lävistäväksi: valtio toimii itsenäisenä subjektina investoijaa vastaan riidassa, joka johtuu valtion suvereenista toiminnasta, jonka investoija katsoo investointisuojasopimuksen rikkomukseksi. Valtio ei myöskään ole investointisuojasopimusten nojalla käytävissä välimiesmenettelyssä vapaa sille kansainvälisistä tai EU-oikeudesta aiheutuvista velvoitteista.¹⁵³

EUT on oikeuskäytännössään tarkentanut sitä, mitä voidaan pitää SEUT 267 artiklan mukaisena tuomioistuimena. Oikeuskäytännön mukaan, arvioitaessa sitä, onko lainkäyttöelin luonteeltaan SEUT 267 artiklassa tarkoitettu tuomioistuin, huomioon on otettava useita seikkoja, kuten ”elimen lakisääteisyys, pysyvyys, tuomiovallan

¹⁵⁰ Ks. asia 102/81 *Nordsee*, kohdat 10-12 ja asia 109/88 *Danfoss*.

¹⁵¹ Poikkeuksellisesti välimiesoikeudet joutuvat kuitenkin soveltamaan unionin pakottavaa lainsäädäntöä, kuten kilpailulainsäädäntöä.

¹⁵² Olík – Fyrbach 2011, s. 199.

¹⁵³ Ibid. s. 9-10.

pakottavuus, menettelyn kontradiktorisuus, toimiminen oikeussääntöjen soveltajana sekä riippumattomuus”.¹⁵⁴ Lisäksi edellytetään, että on vireillä oikeusriita ja vireillä olevan menettelyn tarkoituksena on ratkaisun antaminen tuomiovaltaa käyttäen.¹⁵⁵

Lähtökohtana ei voidakaan pitää sitä, että investointisuojaopimusten nojalla käytävässä välimiesmenettelyssä esitetty ennakkoratkaisupyynnö olisi rinnastettavissa tapauksiin *Nordsee* tai *Danfoss*. Arvioitaessa sitä, voiko välimiesoikeus esittää asiassa ennakkoratkaisupyynnön, on tehtävä tapauskohtainen arviointi siitä, täyttääkö välimiesoikeus EUT:n asettamat kriteerit tuomioistuimesta, jolloin välimiesoikeudella on mahdollisuus ennakkoratkaisupyynnön esittämiselle.¹⁵⁶

5.1 SEUT 267 artiklan mukainen jäsenvaltion tuomioistuin

Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan arvioitaessa sitä, onko lainkäyttöelin luonteeltaan SEUT 267 artiklassa tarkoitettu jäsenvaltion tuomioistuin, huomioon on otettava useita seikkoja, kuten elimen lakisääteisyys, pysyvyys, tuomiovallan pakottavuus, menettelyn kontradiktorisuus, toimiminen oikeussääntöjen soveltajana sekä riippumattomuus.¹⁵⁷ Julkisasiamies Tesauron on osuvasti ilmaissut: ”Jos toimielin ei ole tuomioistuin, sitä ei pidetä tuomioistuimena vain siksi, että parempaa ratkaisua ei ole.”¹⁵⁸

Seuraavaksi siirryn tutkielmassani arvioimaan yksitellen jokaista EUT:n ennakkoratkaisuissaan kehittämää kriteeriä, tarkoituksenani selvittää, täyttääkö investointisuojaopimusten mukainen välimiesoikeus SEUT 267 artiklan mukaiselle tuomioistuimelle asetetut kriteerit.

¹⁵⁴ Ks. mm. asia C-394/11 *Belov*, kohta 38 ja C- 196/09 *European Schools*, kohta 37.

¹⁵⁵ C-394/11 *Belov*, kohta 39.

¹⁵⁶ Ks. C-61/65 *Vaassen-Göbbels*.

¹⁵⁷ C-394/11 *Belov*, kohta 38 ja C- 196/09 *European Schools*, kohta 37.

¹⁵⁸ Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa C-54/96 *Dorsch Consult*, kohta 40.

5.1.1 Investointisuojasopimusten mukaisten välimiesoikeuksien lakisääteisyys

Euroopan unionin tuomioistuimen asettama ensimmäinen kriteeri SEUT 267 artiklan mukaiseksi jäsenvaltion tuomioistuimeksi on lakisääteisyys (*”established by law”*). Tämä tarkoittaa sitä, että tuomioistuimella tulee olla lakisääteinen perusta.¹⁵⁹ Täten toimielin, joka on perustettu sopimuksella tai muulla hallinnollisella päätöksellä ei normaalisti täytä lakisääteisyyskriteeriä.¹⁶⁰

Ei ole täysin selvää, voidaanko (investointisuoja)sopimukseen perustuvaa välimiesoikeutta katsoa tuomioistuimeksi, jolla olisi lakisääteinen perusta. Investointisuojasopimuksen mukainen välimiesoikeus ei perustu puhtaasti yksityisoikeudelliselle sopimukselle, kuten tutkielmassani on aikaisemmin käynyt ilmi. EUT:n tapauksissa, jossa välimiesoikeuksia ei ole hyväksytty SEUT 267 mukaisiksi unionin tuomioistuimiksi, on ollut kyseessä kaupallisesta välimiesmenettelystä, joiden oikeudellinen perusta on ollut sopimuksessa olevassa välityslausekkeessa.¹⁶¹ On argumentoitu, että investointisuojasopimusten välimiesoikeudet kuitenkin täyttäisivät lakisääteisyyskriteerin, sillä ne perustuvat kansainvälisen oikeuden nojalla solmittuihin valtioiden välisiin sopimuksiin.¹⁶²

Tapaus *Nordsee* koski usean yrityksen välillä tehtyä sopimusta, jonka tavoitteena oli jakaa keskenään 13 kalanjalostamon rakentamista koskeva Euroopan maatalouden ohjaus- ja kehitysrahastolta saatava tuki. Välimiesoikeus, jonka käsiteltävänä asia oli, epäili sopimuksen yhteensopivuutta unionin oikeuden kanssa ja esitti ennakkoratkaisupyynnön unionin tuomioistuimelle. EUT katsoi, ettei sillä ollut toimivaltaa tutkia kysymystä, sillä välimiesoikeus ei ollut SEUT 267 artiklassa tarkoitettu tuomioistuin kahdesta syystä. Ensinnäkään osapuolilla ei ollut oikeudellista tai tosiasiallista velvollisuutta saattaa riitaa välimiesoikeuden ratkaistavaksi, sillä sopimusosapuolet olivat vapaita saattamaan riitansa myös tuomioistuimen

¹⁵⁹ Yhdistetyt asiat C-110/98 - C-147/98, kohta 34.

¹⁶⁰ Broberg – Fenger 2010, s. 61.

¹⁶¹ Esim. 102/81 *Nordsee*.

¹⁶² Ks. Olík – Fyrbach 2011, s. 200.

käsiteltäväksi.¹⁶³ Toiseksi tuomioistuin totesi, että Saksan viranomaiset eivät osallistu millään tavalla välimiesmenettelyn käyttämisestä tehtävään päätökseen eivätkä osallistua viran puolesta asian käsittelyyn välimiesoikeudessa.¹⁶⁴

EUT:n asettamaa kriteeriä velvollisuudesta saattaa riita tietyn toimielimen – tässä tapauksessa välimiesoikeuksien – ratkaistavaksi on vaikea täyttää. Investoijat voivat nimittäin saattaa riidan ratkaistavaksi myös muualle kuin investointisuojausopimuksen mukaiseen välimiesoikeuteen, erityisesti kansallisiin oikeuksiin.¹⁶⁵ Unionin tuomioistuimen tapauksessa *Merck Canada* välimiesoikeuden lakisääteisyys vaatimuksen täytti kuitenkin se, että Portugalin laissa veroriitojen ratkaisumuodoksi oli säädetty, että veroriitojen ratkaiseminen välimiesmenettelyssä on vaihtoehtoinen tuomioistuininperusteinen veroriitojen ratkaisumuoto normaalille oikeusprosessille, ja laissa annettiin veroasioita käsitteleville välimiesoikeuksille yleinen toimivalta arvioida minkä tahansa veron maksamisen lainmukaisuutta.¹⁶⁶

Julkisasiamies katsoo ratkaisuehdotuksessaan, ettei investointisuojausopimuksen säännöksiin mukaisesti muodostetun välimiesoikeuden, jonka käsiteltäväksi asia on saatettu, lakisääteisyttä voida kiistää. Siitä on määrätty paitsi kansainvälisessä sopimuksessa, mutta myös säädetty jäsenvaltioiden laeissa, jolla kyseinen kahdenvälinen investointisuojausopimus on asetettu osaksi näiden oikeusjärjestystä. Julkisasiamies Wathelet katsoo edelleen, että toisin kuin tapauksessa *Nordsee*, asiassa on ilmeistä, että viranomaiset ovat osallistuneet itse välimiesmenettelyyn, sekä välimiesmenettelyn valitsemiseen käsittelyjärjestykseksi.¹⁶⁷ EUT on myös ratkaisussaan *Danfoss* katsonut, että välimiesoikeutta, joka oli perustettu ratkaisemaan Tanskan lain mukaiset, työehtosopimusten osapuolten väliset riidat, oli pidettävä SEUT 267 mukaisena jäsenvaltion tuomioistuimena.¹⁶⁸

Asiassa *Merck Canada* välimiesoikeus täytti lakisääteisyyden perusteen juuri siksi, koska välimiesoikeuden toimivalta perustui Portugalin lakiin, eikä johtunut

¹⁶³ 102/81 *Nordsee*, kohta 11.

¹⁶⁴ *Ibid.* kohta 13.

¹⁶⁵ Fecák 2016, s. 506.

¹⁶⁶ C-555/13 *Merck Canada*, kohta 19.

¹⁶⁷ Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa C-284/16 *Achmea*, kohta 96.

¹⁶⁸ 109/88 *Danfoss*, kohdat 7-9.

asianosaisen tahdosta.¹⁶⁹ Myös investointisuojaopimusten mukaiset välimiesoikeudet, jotka perustuvat molempien jäsenvaltioiden kansalliseen lainsäädäntöön, tulee mielestäni katsoa täyttävän samalla perusteella lakisääteisyyskriteerin.

Lainkäyttöelimen tulkitseminen lakisääteiseksi onkin nähty pääasiassa muodollisena vaatimuksena – EUT ei ole antanut yhtäkään ratkaisua, jossa se olisi kieltäytynyt antamasta ennakkoratkaisua sen vuoksi, ettei lainkäyttöelin täytä lakisääteisyysedellytystä.¹⁷⁰ Edellä esitettyjen seikkojen perusteella katson, että investointisuojaopimusten mukaiset välimiesoikeudet täyttävät SEUT 267 artiklassa tarkoitetulle jäsenvaltion tuomioistuimelle asetetun lakisääteisyyskriteerin. Seuraavaksi siirryn käsittelemään asetettua kriteeriä elimen pysyvistä luonteista.

5.1.2 Investointisuojaopimusten mukaisten välimiesoikeuksien pysyvyys

Toinen asia, johon Euroopan unionin tuomioistuin kiinnittää huomiota arvioitaessa sitä, onko elin SEUT 267 artiklan mukainen jäsenvaltion tuomioistuin, on se, onko elimellä pysyvä luonne.¹⁷¹ Tästä huolimatta, EUT ei ole antanut täysin selvää linjausta siitä, onko pysyvyys yksi ehdottomista edellytyksistä. Suurimmassa osassa EUT:n tapauksia lainkäyttöelin on ollut luonteeltaan pysyvä, ja niissä muutamissa tapauksissa joissa näin ei ole ollut, on ollut olemassa muita seikkoja, joiden takia elimen on katsottu täyttävän artiklan mukaisen jäsenvaltion tuomioistuimen edellytykset. On kuitenkin lähdettävä siitä, että tuomioistuin tarkastelee myös pysyvyyden kriteerin täyttymistä, eikä lähtökohtaisesti hyväksy ennakkoratkaisupyynnöjä elimiltä, jotka on perustettu ratkaisemaan yksittäisiä riitoja.¹⁷²

Investointisuojaopimusten mukaiset välimiesoikeudet perustetaan *ad hoc* ratkaisemaan yksittäistä riitaa. Tämän vuoksi on vaikea nähdä, että nämä välimiesoikeudet täyttäisivät niille asetetun pysyvyyden vaatimuksen. Arviota elimen

¹⁶⁹ C-555/13 *Merck Canada*, kohta 19.

¹⁷⁰ Broberg – Fenger 2010, s. 61-62. Fečák on kuitenkin katsonut, että mahdollisuus sille, että investointisuojaopimukse välimiesoikeus katsottaisiin SEUT 267 mukaiseksi jäsenvaltion tuomioistuimeksi, näyttää kaukaiselta. ks. Fečák 2016, s. 506.

¹⁷¹ C-54/96 *Dorsch Consult*, kohta 26.

¹⁷² Broberg – Fenger 2010, s. 62.

pysyvyydestä ei tule kuitenkaan kytkeä elimen perustamisen ja sen riidan väliseen yhteyteen, vaan täytyy pitää mielessä välimiesoikeuksien yleinen institutionaalinen toimivalta ratkaista tietyn tyyppisiä oikeudellisia riitoja.¹⁷³

EUT:n oikeuskäytännöstä ilmenee, että pysyvyyden edellytyksellä ei tarkoiteta välimiesoikeuden kokoonpanoa sinänsä, vaan sitä, että välimiesmenettely on riitojenratkaisukeinona institutionalisoitunut. Pysyvyyden edellytyksiä on siis tarkasteltava suhteessa välimiesmenettelyä hallinnoivaan välimiesinstituutioon eikä suhteessa välimiesoikeuksiin, joiden kokoonpanot ovat hetkellisiä.¹⁷⁴ Tällöin investointisuojasopimusten välimiesoikeus näyttäytyykin institutionalisoituneena ja pysyvänä toimielimenä, joka täyttää edellytyksen tuomioistuimelle asetetusta pysyvyydestä.

Tapauksessa *Merck Canada* oli kyseessä ad hoc- tuomioistuin jota ei hallinnut välimiesinstituutio, joka olisi taannut sen pysyvyyden. EUT kuitenkin katsoi pysyvyyden kriteerin silti täyttyvän, koska tuomioistuin oli lakisääteinen, sillä oli pysyvästi pakottava toimivalta, ja koska lisäksi kansallisessa lainsäädännössä määriteltiin ja rajattiin sen soveltamat menettelysäännöt, vaikka välimiesoikeus saattoi vaihdella muodoltaan, kokoonpanoltaan ja menettelysäännöiltään asianosaisten valinnan mukaan.¹⁷⁵

Julkisasiamies Wathelet katsoo ratkaisuehdotuksessaan, että investointisuojasopimuksen mukaisesti muodostettujen välimiesoikeuksien kriteeri pysyvyydestä täyttyy, koska jäsenvaltiot ovat säätäneet lailla välimiesmenettelyn käyttämisestä riitojenratkaisuvälineenä oikeusriidoissa, joissa vastakkain ovat jommankumman valtion ja toisen valtion investoija.¹⁷⁶ Kyseisessä Slovakian ja Alankomaiden välisessä investointisuojasopimuksessa on julkisasiamiehen mukaan myös muita välimiesmenettelyn institutionalisoinnin osoittavia tekijöitä, kuten se, että

¹⁷³ Julkisasiamies AG Lenzin ratkaisuehdotus asiassa 109/88 *Danfoss*, kohta 21.

¹⁷⁴ C-555/13 *Merck Canada* kohta 24 ja C-377/13 kohta 26.

¹⁷⁵ C-555/13 *Merck Canada* kohta 24.

¹⁷⁶ Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa C-284/16 *Achmea*, kohta 105.

välimiesten valinta on osoitettu Tukholman kauppakamarin SCC:n tehtäväksi, ja se, että välimiesmenettelyyn sovelletaan UNCITRALin¹⁷⁷ välimiesmenettelysääntöjä.¹⁷⁸

Edellä esitetyn perusteella katson, että investointisuojasopimusten mukaiset välimiesoikeudet täyttävät SEUT 267 artiklassa tarkoitetulle jäsenvaltion tuomioistuimelle asetetun kriteerin elimen pysyvyydestä. Seuraavaksi siirryn käsittelemään EUT:n asettamaa kriteeriä tuomiovallan pakottavuudesta.

5.1.3 Investointisuojasopimusten mukaisten välimiesoikeuksien tuomiovallan pakottavuus

Euroopan unionin tuomioistuin katsoo tärkeäksi, että ollakseen SEUT 267 artiklan mukainen jäsenvaltion tuomioistuin, elimen tuomiovallan tulee olla pakottavaa (*”mandatory jurisdiction”*). Tällä kriteerillä on kolme aspektia. Ensinnäkin se tarkoittaa sitä, että elimen tekemän päätöksen tulee olla osapuolia sitovaa.¹⁷⁹ Toiseksi, tuomiovallan pakottavuuden kriteeri edellyttää, että osapuolet eivät voi keskenään valita muuta vaihtoehtoista riidanratkaisuinstantssia.¹⁸⁰ Kolmanneksi tuomiovallan pakottavuus edellyttää, etteivät osapuolet voi ratkaista riitaa jossain muussa elimessä.¹⁸¹

Nämä kriteerit toimivat hyvinä lähtökohtina tuomiovallan pakottavuuden arvioimiseksi. EUT:n oikeuskäytäntö asian osalta ei kuitenkaan ole täysin johdonmukaista. Tapauksessa *Felix Swoboda* tuomiovallan pakottavuuden kriteeriä arvioitiin siten, oliko elimen menettelyn tarkoituksena oikeudenkäyntiasian ratkaiseminen elimen päätöksellä, eli onko elimellä ”juridista luonnetta”

¹⁷⁷ UNCITRALin välimiesmenettelysäännöt ovat välimiesmenettelyissä käytettyjä prosessuaalisia säännöksiä, joita käytetään laajasti ja vakiintuneesti sekä ad hoc-, että hallinnollisissa välimiesmenettelyissä. Säännöt kattavat koko välimiesmenettelyn prosessin, sisältäen mm. prosessuaaliset säännökset tuomareiden nimittämisestä, sekä välitystuomioiden täytäntöönpanemisesta. Ks. tarkemmin: http://uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html.

¹⁷⁸ Julkisasiameiehen ratkaisuehdotus asiassa C-284/16 *Achmea*, kohdat 106-107.

¹⁷⁹ C-259/04 *Emanuel*, kohta 23.

¹⁸⁰ Yhdistetyt asiat C-110/98 - C-147/98, kohdat 35-36.

¹⁸¹ Broberg – Fenger 2010, s. 65.

alkuunkaan.¹⁸² Mielestäni on selvää, että investointisuojasopimusten mukaisilla välimiesoikeuksilla on tällainen juridinen luonne, sillä niiden tarkoituksena on investointisuojasopimuksen rikkomuksesta aiheutuvan kanteen oikeudellinen lopullinen ratkaiseminen.

On myös selvää, että investointisuojasopimusten mukaiset välimiesoikeudet antavat asiassa ratkaisuja, jotka ovat osapuolia velvoittavia. Sen sijaan kriteeriä ainoasta käytettävissä olevasta riidanratkaisuelimestä on pohdittava tarkemmin. Tapauksien *Nordsee* ja *Danfoss* myötä on selvää, että osapuolilla ei saa olla mahdollisuutta saattaa riitaa ratkaistavaksi muille vaihtoehtoisille elimille. Välimiesoikeuksia ei kyseisissä tapauksissa voitu katsoa jäsenvaltion tuomioistuimiksi, koska osapuolilla oli mahdollisuus jättää asia myös kansallisten oikeuksien tutkittavaksi.¹⁸³

Tämä on ongelmallista ajatellen investointisuojasopimusten mukaisia välimiesoikeuksia, sillä ainakin teoriassa, investoijat voivat nostaa kanteita myös jäsenvaltioidensa kansallisissa oikeuksissa.¹⁸⁴ Tämä on mahdollista erityisesti siksi, että investointisuojasopimuksilla sekä EU-oikeudella on laaja päällekkäinen soveltamisala, jolloin investointisuojasopimuksen mukainen rikkomus voidaan nähdä myös EU-oikeuden, kuten pääoman vapaan liikkuvuuden periaatteen rikkomuksena.

Asiassa on kuitenkin hiukan liukumavaraa sen suhteen, milloin voidaan katsoa, että osapuolet ovat velvoitettuja saattamaan asian välimiesoikeuksien tutkittavaksi. Tapauksessa *Nordsee* nimittäin todettiin, että ”[a]sian olosuhteista johtuu, ettei sopimuspuolilla ole ollut minkäänlaista oikeudellista tai tosiasiallista velvoitetta saattaa riitajansa välimiesoikeuden ratkaistaviksi”.¹⁸⁵ Voidaan väittää, että saadakse *de facto* neutraalin forumin, jossa investoija voi haastaa valtion toimet, tulee hänen saattaa riita investointisuojasopimusten mukaisten välimiesoikeuksien tutkittavaksi.¹⁸⁶

Mikäli investointisuojasopimuksia ei olisi olemassa - *conflict of laws* periaatteen mukaisesti - koska riidalla olisi lähin yhteys valtioon jossa sijoitus on tehty, tulisi

¹⁸² C-411/00 *Felix Swoboda*, kohdat 25-26. Ks. myös Von Papp 2013, s. 21.

¹⁸³ Ks. 102/81 *Nordsee*, kohdat 10-12 ja asia 109/88 *Danfoss*.

¹⁸⁴ Von Papp 2013, s. 22.

¹⁸⁵ 102/81, *Nordsee*, kohta 11.

¹⁸⁶ Von Papp 2013, s. 22.

investointia koskeva riita käsitellä investointikohteen tuomioistuimessa. Ulkomaisen investoijan näkökulmasta tämä ei ole kovinkaan houkutteleva vaihtoehto. Kansalliset oikeudet ovat nimittäin usein taipuvaisia soveltamaan kansallista oikeuttaan, vaikka se olisi vastoin kansainvälisen oikeuden säännöksiä.¹⁸⁷ Täytyy myös muistaa, että arkaluontoisimmat riidat koskevat jäsenvaltion toimia, jotka se on tehnyt täyttääkseen velvoitteet EU:n jäsenvaltiona, mutta joiden perusteella sitä vastaan on nostettu kanne investointisuojasopimuksen rikkomisen nojalla.¹⁸⁸

Investointisuojasopimusten ja niiden välityslausekkeen perimmäisenä tarkoituksena on ollut tarjota investoijille neutraali riidanratkaisuinstitanssi, jota sijoituskohteen valtion kansallinen tuomioistuin ei tarjoa. Sijoittajan kotivaltion tuomioistuin ei myöskään ole usein houkutteleva vaihtoehto, sillä tämän päätökseltä saattaa puuttua täytäntöönpanokelpoisuus.¹⁸⁹

Näistä syistä katsonkin, että asian *olosuhteista* johtuen neutraalin riidanratkaisuinstitanssin takaamiseksi investoijilla ei ole tosiasiallista vaihtoehtoa nostaa investointia koskevassa riidassa kannetta muualla kuin investointisuojasopimusten mukaisissa välimiesoikeuksissa. Täytyy myös muistaa, että investointisuojasopimukset takaavat sijoittajille huomattavasti laajempia oikeuksia kuin mitä EU:n perussopimukset tarjoavat. Tämä tarkoittaa sitä, että investointisuojasopimusten mukainen välimiesoikeus saattaa tosiasiasa olla myös ainut *oikeudellinen* vaihtoehto riidan ratkaisemiseksi.

Asiassa *Merck Canada* unionin tuomioistuin katsoi, että vaikka välimiesmenettely oli vapaaehtoista ja verovelvollinen oli päättänyt käyttää Portugalin tasavaltaa vastaan kyseistä menettelyä, ei se kuitenkaan sulkenut välimiesoikeutta SEUT 267 artiklassa tarkoitetun jäsenvaltion tuomioistuimen käsitteen ulkopuolelle.¹⁹⁰ Tuomioistuimen mukaan nimittäin välimiesoikeuden ratkaisut sitoivat asianosaisia, ja sen toimivalta perustui välittömästi asetuksen säännöksiin, eikä sen toimivalta riippunut osapuolten etukäteen ilmaisemasta tahdosta saattaa riita välimiesoikeuden ratkaistavaksi.¹⁹¹

¹⁸⁷ Koulu 2003, s. 37.

¹⁸⁸ Näin esim. tapauksessa *Eastern Sugar*.

¹⁸⁹ Dolzer – Schreuer, 2012. s. 235.

¹⁹⁰ C-377/13, kohta 24.

¹⁹¹ Ibid. kohta 29.

Julkisasiamies katsoo, että tämän ratkaisu soveltuu myös kahdenvälisen investointisuojasopimusten mukaisesti muodostettuihin välimiesoikeuksiin. Julkisasiamiehen mukaan tapauksesta käy ilmi, ettei se, että investoija voi valita, paneeko se asiansa vireille kyseisen jäsenvaltion tuomioistuimissa vai välimiesoikeudessa, vaikuta tuomiovallan pakottavuuteen. Jäsenvaltion alustavasti suostuessa välimiesmenettelyyn, tulee tuomiovallasta pakottavaa sekä investoijaa että jäsenvaltiota kohtaan.¹⁹²

Mielestäni tätä tapausta ei kuitenkaan tule näin analogisesti rinnastaa investointisuojasopimusten mukaisiin välimiesoikeuksiin. Tapauksessa *Merck Canada* verovelvollisella oli lainsäädännön takamaat selkeät vaihtoehdot – joko saattaa kysymys välimiesoikeuden tai kansallisen tuomioistuimen ratkaistavaksi. Investoijien mahdollisuus saattaa riita jäsenvaltioiden tuomioistuinten ratkaistavaksi on kuitenkin teoreettisempaa. Investointisuojasopimusten mukaisesti riidat nimittäin ratkaistaan välimiesoikeudessa – ei kansallisissa tuomioistuimissa. Näin ollen investoija ei voi saattaa kysymystä sopimusrikkomuksesta itsessään kansallisten tuomioistuinten tutkittavaksi. Riidan sisältö sen sijaan voidaan tutkia kansallisissa tuomioistuimissa, mikäli EU:n jäsenvaltion toimen voidaan katsoa täyttävän jonkun muun kanneperusteen, kuten EU-oikeudellisen pääoman vapaan liikkuvuuden periaatteen rikkomisen. Tästä syystä katson, ettei tuomiovallan pakottavuutta voida johtaa tapauksesta *Merck Canada*, vaan investointisuojasopimusten mukaisten välimiesoikeuksien tuomiovallan pakottavuus täyttyy myös ilman tapausten analogiaa.

¹⁹² Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa C-284/16 *Achmea*, kohdat 113-119.

5.1.4 Investointisuojaosopimusten mukaisten välimiesoikeuksien menettelyn kontradiktorisuus, oikeussääntöjen soveltaminen, sekä välimiesten riippumattomuus

Menettelyn kontradiktorisuus on yksi seikka, johon EUT kiinnittää huomiota tehdessään arvioita siitä, katsotaanko elimen olevan SEUT 267 artiklan mukainen jäsenvaltion tuomioistuin.¹⁹³ Kontradiktorisen menettelyyn periaatteelle ei kuitenkaan anneta yhtä suuntaa painoarvoa kuin muille kriteereille, ja se näyttäisi vaikuttavan vasta kun muut jäsenvaltion tuomioistuimen määrittelemisessä käytettävät kriteerit osoittavat toiseen suuntaan.¹⁹⁴

EUT:n vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan riippumattomuus ja puolueettomuus edellyttävät sellaisten oikeussääntöjen olemassaoloa, jotka koskevat muun muassa elimen kokoonpanoa ja sen jäsenten nimitystä, toimikauden kestoja, jääviysperusteita ja erottamista, sekä muita seikkoja joiden perusteella epäillyt kyseisen elimen puolueettomuudesta voidaan sivuuttaa. Jotta edellytys riippumattomuudesta täyttyy, edellytetään oikeuskäytännössä muun muassa, että tapaukset, joissa elinten jäsenet voidaan erottaa, määritellään nimenomaisissa lainsäädännön säännöksissä.¹⁹⁵

Julkisasiamies katsoo, että välimiesmenettelyn kontradiktorisen periaatteen noudattaminen sekä riippumattomuus on kyseisessä tapauksessa varmistettu, sillä prosessin menettelysäännöt vahvistetaan UNCITRALIN välimiesmenettelysääntöjen mukaisesti, joissa todetaan muun muassa, että osapuolilla on kaikissa menettelyn vaiheissa mahdollisuus vedota oikeuksiinsa ja esittää niille perusteensa, sekä jossa taataan välimiesoikeuksien puolueettomuus ja riippumattomuus.¹⁹⁶ Mielestäni investointisuojaosopimusten menettelyn kontradiktorisuutta eikä puolueettomuutta voida helposti kyseenalaistaa, etenkin silloin, kun välimiesmenettelyn prosessisääntöinä ovat jonkin välimiesinstituutin säännöt.

EUT on myös painottanut, että toimielimen ollakseen jäsenvaltion tuomioistuin artiklan 267 tarkoittamassa merkityksessä, toimielimen tulee tehdä päätöksensä

¹⁹³ Asia 61/65 *Vaassen-Göbbels*, s. 267.

¹⁹⁴ Broberg – Fenger 2010, s. 7.

¹⁹⁵ C-222/13 *TDC*, kohta 32.

¹⁹⁶ Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa C-284/16 *Achmea*, kohta 120-125.

perustuen lakiin.¹⁹⁷ Tämä edellytys tulee täytetyksi jo sillä, että investointitribunaali esittää ennakkoratkaisupyynnön EU-oikeuden tulkinnasta ja soveltamisesta EUT:lle. On vaikeaa kuvitella tilannetta, jossa toimielin, joka perustuen perussopimukseen (lakiin) esittää ennakkoratkaisupyynnön EUT:lle, ei täyttäisi edellytystä oikeussääntöjen soveltamisesta. EUT:n asettama kriteeri oikeussääntöjen soveltamisesta on muutoinkin epäselvä, sillä edellytyksen oikeussääntöjen soveltamisesta ovat täyttäneet elimet, joiden on noudatettava täysin kansallisia lakeja, kansainvälisiä lakeja tai EU-oikeutta.¹⁹⁸

Julkisasiamies katsoo, että edellytys oikeussääntöjen soveltamisesta tulee täytetyksi, sillä investointisuojasopimuksessa määrätään, että ”välimiesoikeus perustaa ratkaisunsa lakiin”. Välimiesoikeudet eivät voi antaa ratkaisuja *ex aequo et bono*.¹⁹⁹ Mielestäni ei ole olemassa perusteita sille, miksi investointisuojasopimusten mukaiset välimiesoikeudet eivät täyttäisi kriteereitä menettelyn kontradiktorisuudesta, oikeussääntöjen soveltamisesta tai välimiesten riippumattomuudesta.

Viimeinen ja isoin kompastuskivi investointisuojasopimusten mukaisille välimiesoikeuksille esittää ennakkoratkaisupyynnön unionin tuomioistuimille on se, että tuomioistuimen tulee artiklan mukaisesti olla *jäsenvaltion* tuomioistuin. Siirryn tarkastelemaan tätä ongelmaa seuraavaksi.

5.1.5 Investointisuojasopimusten mukaiset välimiesoikeudet jäsenvaltion tuomioistuimina

Kaikki toimielimet, jotka täyttävät edellä esitetyt vaatimukset SEUT 267 mukaisesta tuomioistuimesta, eivät voi esittää ennakkoratkaisupyynnön Euroopan unionin tuomioistuimelle. Oikeus ennakkoratkaisupyynnön esittämiseen on nimittäin ainoastaan ”jäsenvaltioiden” tuomioistuimilla.²⁰⁰ Tämä tarkoittaa sitä, että

¹⁹⁷ Yhdistetyt asiat C-110/98 – 147/98, kohta 38.

¹⁹⁸ Broberg – Fenger 2014, s. 68-69.

¹⁹⁹ Julkisasiameiehen ratkaisuehdotus asiassa C-284/16 *Achmea*, kohta 123.

²⁰⁰ SEUT 267 artiklan 2 kohta: ”Jos tällainen kysymys tulee esille *jäsenvaltion* tuomioistuimessa, tämä tuomioistuin voi, jos se katsoo, että kysymys on ratkaistava, jotta se voi antaa päätöksen, pyytää Euroopan unionin tuomioistuinta ratkaisemaan sen.”

tuomioistuimen tulisi sijaita unionin jäsenvaltiossa, tai ainakin olla osa jäsenvaltion oikeudellista kokonaisuutta.²⁰¹ Unionin tuomioistuin tutkii tämän edellytyksen täyttymisen omasta aloitteestaan.²⁰²

Kansainvälistä välimiesoikeutta ei luonnostaan voida katsoa tuomioistuimeksi, joka on ”jäsenvaltiossa”. EUT on kuitenkin hyväksynyt ennakkoratkaisupyynnön myös unionin ulkopuolella sijainneista kansallisista toimielimistä, joiden on kokonaan tai osaksi sovellettava EU:n perussopimuksia. Näistä EUT:n ratkaisuihin ei voida täysin päätellä, mihin raja ”jäsenvaltion” tuomioistuimelle tulisi vetää, mutta EUT näyttää antavan painoarvoa EU-oikeuden yhdenmukaisen soveltamisen turvaamiselle. Tämä tarkoittaa sitä, että toimielin voitaisiin katsoa ”jäsenvaltion” tuomioistuimeksi kaikissa tapauksissa, joissa EU:n perussopimukset soveltuvat kokonaan tai osittain toimielimen lainkäyttövaltaan, eikä merkitystä olisi sillä, missä tämä elin fyysisesti sijaitsee.²⁰³

Unionin tuomioistuin näyttääkin omaksuneen laajan tulkinnan se suhteen, mikä on katsottava jäsenvaltion tuomioistuimeksi, tärkeimmän tekijän ollessa yhdenmukainen unionin oikeuden tulkinta ja soveltaminen.²⁰⁴ EUT on ratkaisussaan *Dior* tarkastellut jäsenvaltioiden välisellä kansainvälisellä sopimuksella perustetun, kansainvälisen järjestön yhteydessä perustetun ns. Benelux-tuomioistuimen luonnetta. EUT totesi ratkaisussaan, ettei ole olemassa mitään pätevää syytä, miksei tällainen useiden jäsenvaltioiden yhteinen tuomioistuin voisi esittää unionin tuomioistuimelle ennakkoratkaisukysymyksiä vastaavalla tavoin kuin kunkin jäsenvaltion omat tuomioistuimet.²⁰⁵ Julkisasiamies katsoo ratkaisuehdotuksessaan, että sama pätee investointisuojausopimuksen mukaiseen välimiesoikeuteen, sillä kaksi unionin jäsenvaltiota ovat perustaneet sen riitojenratkaisuelimeksi.²⁰⁶

Tämän ratkaisun analogia investointisuojausopimusten mukaisiin välimiesoikeuksiin saattaa kuitenkin rajoittaa ratkaisu asiassa *European Schools*. Tapauksessa valituslautakunnan elintä ei katsottu SEUT 267 mukaiseksi jäsenvaltion tuomioistuimeksi, koska ”[v]aikka valituslautakunnan ovat perustaneet kaikki

²⁰¹ Hartley 2007, s. 277.

²⁰² C-65/81, kohta 7.

²⁰³ Broberg – Fenger 2010, s. 94.

²⁰⁴ Hartley 2007, s. 277.

²⁰⁵ C-337/95 *Dior*, kohta 21.

²⁰⁶ Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa C-284/16 *Achmea*, kohta 130.

jäsenvaltiot ja unioni, on kuitenkin niin, että se on kansainvälisen järjestön toimielin, joka sillä unionin kanssa olevista toiminnallisista yhteyksistä huolimatta pysyy muodollisesti erillisenä unionista ja näistä jäsenvaltioista.” Pelkästään se, että valituslautakunnan oli sovellettava unionin oikeuden yleisiä periaatteita, ei riittänyt saattamaan valituslautakuntaa tuomioistuimen käsitteen alaan.²⁰⁷

Tämä tapaus kuitenkin eroaa investointisuojausjärjestelmien mukaisista välimiesoikeuksista, sillä *European Schools System* on kansainvälinen organisaatio, jonka valituslautakunnalla ei ole jäsenvaltioita velvoittavaa vaikutusta, vaan sen päätökset velvoittavat kansainvälistä organisaatio itsessään. Sitä vastoin investointisuojausjärjestelmien mukaiset välimiesoikeudet antavat suoraan jäsenvaltioita velvoittavia tuomiota.²⁰⁸

Koskien ICSID-välimiesoikeuksia²⁰⁹ jäsenvaltion tuomioistuimen kriteerin täytyminen on vaikeampaa, sillä yleensä näiltä puuttuu toiminnallinen yhteys unionin jäsenvaltion oikeudelliseen systeemiin. Tästä huolimatta myös ICSID-välimiesoikeuksien ratkaisulla on jäsenvaltioita velvoittava vaikutus (eikä ainoastaan kansainvälistä organisaatiota, kuten tapauksessa *European Schools System*). ICID-tribunaalit voidaan täten myös tulkita jäsenvaltion ja sijoittajan yhteiseksi tuomioistuimeksi.²¹⁰

Julkisasiamies onkin ratkaisuehdotuksessaan tapauksessa *Achmea* katsonut, että kahdensivulisen investointisuojausjärjestelmän mukaisesti muodostettu välimiesoikeus on SEUT 267 artiklassa tarkoitettu tuomioistuin, joka on kahden jäsenvaltion (ko. tapauksessa Alankomaiden ja Slovakian) yhteinen ja joka voi asiassa esittää unionin tuomioistuimelle ennakkoratkaisupyyntönsä.²¹¹ Julkisasiamehen mukaan SEUT 267 artiklaa on tulkittava siten, että se ei ole esteenä kahdensivulisen

²⁰⁷ C-196/09 *European Schools*, kohdat 42-43.

²⁰⁸ Hindelang 2012, s. 203.

²⁰⁹ International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) on Maailmanpankin alainen, sijoituksia koskevien riitaisuuksien kansainvälinen ratkaisu- ja sovittelukeskus. ICSID:n välitystuomioelimenä hallinnoi menettelyjä, jotka liittyvät ICSID-välimiesmenettelyssä ratkaistavaksi tuotuihin riitoihin. ICSID:n yleissopimus tuli voimaan vuonna 1966 ja se kattaa yli 140 valtiota, Suomi mukaan lukien. Ks. lisää Wallgren & Pauni 2005, s. 199-200.

²¹⁰ Von Papp 2013, s. 24.

²¹¹ Julkisasiamehen ratkaisuehdotus asiassa C-284/16 *Achmea*, kohta 85.

investointisuojasopimuksen määräykselle, jonka mukaan investojien ja valtioiden väliset riidat voidaan ratkaista välimiesoikeudessa, jota on pidettävä SEUT 267 artiklan mukaisena jäsenvaltion tuomioistuimena.²¹²

Mikäli katsottaisiin, että investointisuojasopimusten mukaisilla välimiesoikeuksilla ei ole oikeutta ennakkoratkaisupyynnön esittämiseen EUT:lle, nousee esille ongelma EU-oikeuden yhdenmukaisesta soveltamisesta. Välimiesoikeuden kohdatessa ongelman EU-oikeuden tulkittamisesta ja soveltamisesta, olisi tribunaalilla edessään käytännössä kaksi eri vaihtoehtoa. Ensinnäkin, se voi ratkaista riidan tekemättä minkäänlaista viittausta EU-oikeuteen. Tämä olisi kuitenkin vastoin EU-oikeuden ensisijaisuuden periaatetta, ja se uhkasi unionin oikeuden yhdenmukaista tulkintaa ja soveltamista. Toisessa vaihtoehdossa välimiesoikeus soveltaisi ratkaisussaan EU-oikeutta – ilman ennakkoratkaisupyynnön esittämistä EUT:lle.²¹³

Kumpaakaan näistä vaihtoehdoista ei voida pitää varteenotettavina, sillä kaikki investointisuojasopimusten mukaisissa välimiesmenettelyissä ilmaantuvat epäselvät kysymykset koskien EU-oikeuden tulkintaa ja soveltamista, jotka eivät päädy Euroopan unionin tuomioistuimen käsiteltäväksi, kiertävät SEUT 267 mukaista tuomioistuimen velvollisuutta saattaa kysymys EUT:n tutkittavaksi.²¹⁴ Tämän sanottuani katsonkin, että ainoa oikea vaihtoehto on sallia investointisuojasopimusten mukaisten välimiesoikeuksien ennakkoratkaisupyynnöt. Seuraavaksi siirryn käsittelemään tästä aiheutuvia mahdollisia ongelmia.

²¹² Julkisasiameiehen ratkaisuehdotus asiassa C-284/16 *Achmea*, kohta 131.

²¹³ Hindelang 2012, s. 196-197.

²¹⁴ *Ibid.* s. 198.

5.2 Yhteenveto sekä mahdolliset seuraamukset välimiesmenettelyssä esitetystä ennakkoratkaisupyynnöstä

Kuten edellä esitetystä on käynyt ilmi, ei ole olemassa abstraktia määritelmää sen suhteen, mikä on EUT:n oikeuskäytännön perusteella katsottava SEUT 267 artiklan mukaiseksi jäsenvaltion tuomioistuimeksi. Unionin tuomioistuimen ratkaisutoiminta onkin saanut kritiikkiä tästä syystä.

Julkisasiamies Colomer on ratkaisuehdotuksessaan tapauksessa *De Coster* katsonut, että oikeuskäytäntö on liian joustava, ja siitä puuttuu tarvittava johdonmukaisuus, mikä heikentää oikeusvarmuutta. Oikeaa tietä ei ole viitoitettu, mistä seuraa eksymisvaara. ”Oikeuskäytäntö on kasuistista, hyvin joustavaa, vailla tieteellistä pohjaa ja ääriviivoiltaan niin epätarkka, että sen perusteella jopa Sancho Panza olisi voinut esittää ennakkoratkaisukysymyksen toimiessaan Baratarían saaren käskynhaltijana.”²¹⁵

Unionin tuomioistuimella on nyt yksi mahdollisuus selkeyttää tätä huonosti viitoitettua tietä. Mielestäni ainoa oikea ratkaisu EU-oikeuden yhdenmukaisen tulkinnan ja soveltamisen mahdollistamiseksi on sallia investointisuojasopimusten mukaisten välimiesoikeuksien ennakkoratkaisupyynnöt. Tämän sallimisella on kuitenkin myös mahdollisia negatiivisia vaikutuksia.

Mikäli investointisuojasopimusten mukaiset välimiesoikeudet tulkitaan SEUT 267 mukaisiksi jäsenvaltion tuomioistuimiksi, tarkoittaa tämä sitä, että investointisuojasopimusten mukaiset välimiesoikeudet ovat sidoksissa Euroopan unionin tuomioistuimeen ja sen oikeuskäytäntöön, ja sen on tulkittava ja sovellettava

²¹⁵ Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa C-17/00 *De Coster*, kohta 14. Sancho Panza on M. Cervantesin teoksessa *Mielevä hidalgo Don Quijote* esiintyvä henkilö, joka käyttää ennakkoratkaisutoimivaltaa Baratarían saaren käskynhaltijana. Sancho Panzan toimittaessa tuomarin tehtäviä, hänelle esitettiin neljän tuomarin toimesta kysymys siitä, kuinka oli sovellettava lakia tilanteessa jossa se, joka halusi ylittää joen siltaa pitkin, oli ilmoitettava, minne hän on menossa ja mitä tekemään; jos hän kertoi todenmukaisesti, hänen annettiin kulkea siltaa vapaasti, mutta jos hän valehteli, hänet oli hirtettävä. Kun eräs mies kertoi aikovansa mennä hirsipuuhun kuolemaan, syntyi ongelma, sillä jos hänet hirtettäisiin, hän oli puhunut totta, joten hänet oli päästettävä vapaaksi ja hän sai kulkea sillan yli, mutta jos häntä ei hirtettäisi, hän oli valehdellut, joten hänen oli lain mukaan kuoltava. Sancho Panza noudatti tilanteessa Don Quijoten hänelle aikoinaan antamaan ohjetta ja päätti soveltaa sääntöä, jonka mukaan oikeuden epäröidessä on turvauduttava armahdukseen.

riitaan soveltuvaa EU-säännöstä täysin EUT:n ratkaisukäytännön mukaisesti. Ratkaisuehdotuksen mukaan tämä sisältää sen, että välimiesoikeuksien on sillä uhalla, että ne muuten todetaan pätemättömäksi oikeusjärjestyksen perusteiden vastaisina, noudatettava mm. periaatetta unionin oikeuden ensisijaisuudesta verrattuna jäsenvaltioiden lainsäädäntöihin ja jäsenvaltioiden välillä tehtyihin kansainvälisiin sitoumuksiin nähden, sekä periaatetta unionin perustana olevien yhteisten arvojen noudattamisesta.²¹⁶

Tämä on ennen kaikkea ongelmallista niissä investointisuojausopimusten mukaisissa välimiesoikeuksissa, jotka eivät fyysisesti sijaitse EU:ssa. On vaikeaa nähdä, kuinka välimiestribunaalit, jotka sijaitsevat EU:n ulkopuolella, voidaan velvoittaa soveltamaan EU-oikeutta tässä laajuudessa. Toinen merkittävä ongelma on ICSID-sopimus ja sen mukaiset välimiesoikeudet. ICSID-sopimus ei anna mahdollisuutta uudelleenarvioida sen välimiesoikeuksien antamia tuomioita enää siinä vaiheessa, kun kansallinen tuomioistuin on täytäntöönpanemassa välitystuomiota. Ei ole olemassa myöskään mitään takeita siitä, että välitystuomio päättyisi jäsenvaltion tuomioistuimeen ja sitä kautta Euroopan unionin tuomioistuimen arvioitavaksi, sillä välitystuomiot voidaan täytäntöönpanna myös EU:n ulkopuolella.²¹⁷

Välimiesmenettelyn etuna verrattuna tuomioistuinkäsittelyyn on perinteisesti nähty prosessin nopeus, sen lähtökohtainen salaisuus sekä päätöksien välitön täytäntöönpanokelpoisuus. Kun välimiesoikeus käsittelee kysymystä EU-oikeuden tulkinnasta ja soveltamisesta, tarkoittaa tämä prosessin mahdollista pitkittymistä tribunaalin esittäessä ennakkoratkaisupyynnön EUT:lle. Toisaalta täytyy muistaa, että tämä viivytys on huomattavasti vähäisempi, kun se tapahtuu prosessin tässä vaiheessa, eikä tilanteessa, jossa jäsenvaltion kansallinen tuomioistuin esittää tuomion täytäntöönpanoprosessin yhteydessä ennakkoratkaisupyynnön EUT:lle.²¹⁸

EUT:lle esitetyt ennakkoratkaisupyynnöt ovat julkisia, ja Euroopan komissiolla (sekä muilla jäsenvaltioilla) on oikeus toimittaa prosessin aikana myös omat havaintonsa. Mielenkiintoinen kysymys on myös se, kuinka välimiesoikeudet tosiasiallisesti

²¹⁶ Ks. Julkisasiemiehen ratkaisuehdotus asiassa C-284/16 *Achmea*, kohta 134.

²¹⁷ Hindelang 2012, s. 198.

²¹⁸ Von Papp 2013, s. 26.

noudattavat *acte clair*-oppia²¹⁹, ja esittävät opin mukaisesti asiassa ennakkoratkaisupyynnön Euroopan unionin tuomioistuimelle. Ennakkoratkaisuprosessin myötä investointisuojausopimusten mukaisia välitystuomioita ei voida myöskään enää automaattisesti pitää sellaisinaan täytäntöönpanokelpoisina.

Mikäli EUT katsoisi vastoin julkisasiamiehen ratkaisuehdotusta, että investointisuojausopimusten mukaiset välimiesoikeudet eivät ole SEUT 267 artiklassa tarkoitettuja tuomioistuinta, on unionin tuomioistuimen lisäksi ratkaistava sille esitetty kysymys siitä, onko SEUT 344 artikla - jonka mukaan jäsenvaltiot sitoutuvat ratkaisemaan perussopimusten tulkintaa tai soveltamista koskevat riidat vain perussopimuksissa määrättyllä tavalla - esteenä investointisuojausopimusten välityslausekkeelle.²²⁰

En kuitenkaan tutkielmassani sen rajallisen pituuden vuoksi tarkastele tätä ongelmaa syvällisemmin, sillä tämä ongelma aktualisoituu vasta, mikäli investointisuojausopimusten mukaisia välimiesoikeuksia ei tulkita (näkemystäni vastoin) jäsenvaltioiden tuomioistuimiksi.²²¹ Lisäksi julkisasiamiehen tekemä analyysi ratkaisuehdotuksessa *Achmea* on sisällöltään pikäلتi vastaava tutkielmani luvun ”2. *Sisäisten investointisuojausopimusten yhteensopivuus EU-oikeuden kanssa*” kanssa. Lyhyesti kuitenkin totean julkisasiamiehen ratkaisuehdotuksessaan katsovan,

²¹⁹ Kun tuomioistuimessa ratkaistavassa asiassa nousee esille kysymys unionin oikeuden soveltamisesta, asia on ratkaistava sitä koskevan EUT:n oikeuskäytännön mukaisesti, joka on selventänyt EU-oikeuden sisältöä kyseisessä asiassa (*acte éclairé*). Jos selventävää oikeuskäytäntöä ei ole, ja unionin oikeuden sisältö asiassa ei ole selvä ja yksiselitteinen (*acte clair*), viimeisen asteen tuomioistuin on velvollinen ennakkoratkaisupyynnön esittämiseen EUT:lle. Ns. *Köbler*-ratkaisussaan (C-224/01) unionin tuomioistuin katsoi, että jäsenvaltion ylimmän tuomioistuimen laiminlyönti pyytää ennakkoratkaisua tilanteessa, jossa sen pyytäminen on selvästi tarpeen, katsotaan unionin oikeuden vakavaksi loukkaukseksi, josta jäsenvaltio voidaan määrätä vahingonkorvausvelvolliseksi. Ks. tarkemmin. esim. Talus, 2013(b).

²²⁰ Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa C-284/16 *Achmea*, kohta 136.

²²¹ Mikäli välimiesoikeudet katsotaan SEUT 267 mukaisiksi jäsenvaltioiden tuomioistuimiksi, ne kuuluvat sopimuksesta Euroopan unionin liittymisestä Euroopan ihmisoikeussopimukseen 176 kohdassa tarkoitettujen tuomioistuinten välisen vuoropuhelun piiriin ja niiden on sovellettava unionin oikeutta. Näin ollen kansainvälisen välimiesmenettelyn käyttäminen kyseisen kahdenvälisen investointisuojausopimuksen edellytyksin ei voi rikkoa SEUT 344 artiklaa eikä loukata perussopimuksissa määrättyä toimivaltajärjestelmää ja unionin oikeusjärjestyksen itsenäisyyttä. ks. Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa C-284/16 *Achmea*, kohta 133.

ettei välityslausekkeiden mukainen riidanratkaisumekanismi ole ristiriidassa SEUT 344 artiklan kanssa, koska investointiriidassa on kyseessä investoijan ja jäsenvaltion välisestä riidasta, eikä artiklan mukaisesti riitaa ole jäsenvaltioiden välillä.²²² Edelleen julkisasiamies toteaa investointisuojaosopimusten soveltamisalan olevaan EU:n perussopimusten soveltamisalaa laajempi, jonka vuoksi investointisuojaosopimusta koskeva riita ei koske EU:n perussopimusten tulkintaa ja soveltamista.²²³

²²² Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa C-284/16 *Achmea*, kohta 146.

²²³ *Ibid.* kohta 228.

6. EU-oikeuden tulkinnasta

Monet olivat odottaneet, että julkisasiamiehen ratkaisuehdotus lopulta löisi viimeisen naulan arkkuun EU:n sisäisten investointisuojausopimusten osalta.²²⁴ Komission lukuisat kannanotot investointisuojausopimusten EU-oikeuden vastaisuudesta, sekä sen useat pyynnöt EU:n jäsenvaltioille päättää jäsenvaltioiden sisäiset investointisuojausopimukset olisi saanut luonnollisen jatkumon julkisasiamiehen antaessa ratkaisuehdotuksen, joka tukisi komission näkemyksiä. Näiden valossa julkisasiamiehen kannanotto, jonka mukaan investointisuojausopimukset ovat täysin EU-oikeuden kanssa yhteensopivia, oli hyvin yllättävä.

Ymmärtääkseen, miksi julkisasiamiehen ratkaisuehdotus on monella tapaa yllättävä sen muodostaessa laajan tulkinnan erityisesti sen osalta, mikä on katsottava SEUT 267 mukaiseksi jäsenvaltion tuomioistuimeksi, on huomioitava EU-oikeudellisen tulkinnan erityislaatuisuus. EU-oikeuden tulkinta poikkeaa huomattavasti kansallisen oikeuden tulkinnasta. EU-oikeudessa tavoitteiden merkitys korostuu, kun kansallisessa oikeudessa lain esitöillä on keskeinen asema.²²⁵ Kuten Euroopan unionin tuomioistuin on todennut, unionin oikeussäännön ulottuvuuden määrittämiseksi on otettava huomioon samanaikaisesti sen sanamuoto, asiayhteys ja tarkoitus.²²⁶

Perussopimusten tulkinnasta puhuttaessa on myös kiinnitettävä huomiota perussopimusten erityiseen luonteeseen unionin oikeusjärjestelmän perustana. Sopimusten sisältämät artiklat ovat hyvin ytimekkäitä eivätkä kovinkaan yksityiskohtaisia. Tämä puolestaan liittyy unionin oikeusjärjestelmän toimintakeskeisyyteen; perussopimuksen artiklat muodostavat ainoastaan yleiskehikon, sisältäen unionin tavoitteet sekä keinot niiden saavuttamiseksi. Perussopimusten yleinen luonne jättää tällöin tilaa teleologiselle tulkintametodille.²²⁷

²²⁴ Ks. Lavranos, Nikos - The poison pill for maintaining intra-EU BITs arbitration. Practical Law Arbitration Blog. 28.9.2017.

²²⁵ Talus – Penttinen 2015, s. 19.

²²⁶ C-174/08 *NCC Construction Danmark*, kohta 23.

²²⁷ Talus – Penttinen 2015, s. 11.

Tunnettu englantilainen tuomari Lord Denning kuvasi osuvasti EU:n perussopimustaan sen jälkeen, kun Iso-Britannia oli liittynyt osaksi Euroopan unionia:

The (EU) Treaty lays down general principles. It expresses its aim and purposes. All in sentences of moderate length and commendable style. But it lacks precision. It uses words and phrases without defining what they mean. - - All the way through the Treaty there are gaps and lacunae. - - No longer must they argue about the precise grammatical sense. They must look the purpose or intent. - - It is the European way. ²²⁸

Teleologinen tulkinta onkin hyvin tyypillistä EU-oikeudessa. Tuomioistuin pyrkii toteuttamaan säännöksen tarkoitusta, sen ”*effet utile*”. Tulkittaessa normia tuomioistuin lähestyy sitä sen tarkoituksen ja päämäärän kautta, pyrkien toteuttamaan sovellettavan normin tarkoitusta. Teleologinen tulkinta on luonnollinen EU-oikeudellinen tulkintamethodi, sillä se mahdollistaa normien tarkoituksen toteuttamisen muuttuvassa toimintaympäristössä. Teleologisen tulkintamallin mukaan asiassa tulee ottaa huomioon kontekstuaalisuus: huomioon otetaan unionin oikeus kokonaisuudessaan, metatavoitteet, sekä kulloinkin kyseessä oleva tulkinta-ajankohta. ²²⁹

EU-tuomioistuin ei tukeudu pelkästään tulkittavan lausekkeen sanamuotoon, lainsäädäntöhistoriaan tai sen systeemiseen kontekstiin, vaan se saattaa omaksua tulkinnan, joka parhaiten vastaa tarkoitusta miksi koko EU on ylipäätään perustettu ja mihin sillä pyritään. ²³⁰ Teleologisella tulkinnalla tavoiteltavat päämäärät eivät ole ainoastaan tietyn yksittäisen lainsäädännön tavoitteita, vaan koko oikeudellisen rakenteen taustalla vaikuttavia arvoja ja päämääriä. ²³¹

Tulkinnan taustalla on siis keskeistä kiinnittää huomiota tuomioistuimen rooliin unionin oikeusjärjestelmässä, etenkin sen omaan aktiivisuuteen unionin oikeusjärjestelmän kehittämisessä, sekä tämän kautta tuomioistuimen oikeutta luovaan

²²⁸ Kellermann 1998, s. 15.

²²⁹ Talus – Penttinen 2015, s. 16.

²³⁰ Raitio 2005, s. 278.

²³¹ Paso 2009, s. 331.

vaikutukseen. Unionin tuomioistuimen ratkaisuja tulkittaessa tulee siis huomioida unionin tuomioistuimen rooli, sekä unionin tavoitteet kokonaisuudessaan.²³²

Olisi hyvin yllättävää, jos investointisuojausopimuksen mukaiset välimiesoikeudet voitaisiin katsoa SEUT 267 artiklan mukaisiksi jäsenvaltion tuomioistuimiksi. Perussopimusten avoin kirjoitusmuoto ja EU-oikeudellinen tulkintamethodi kuitenkin mahdollistavat myös tämän sisältöisen tulkinnan. Pidän erittäin tärkeänä EU:n integraatiokehityksen kannalta sitä, että tällainen tulkinta on mahdollista ja teleologista tulkintaa uskalletaan toteuttaa käytännössä. Julkisasiamiehen radikaalia ratkaisuehdotusta tarkastellessa tulee muistaa, että perimmäisenä EU:n tarkoituksena on luoda eheät ja toimivat sisämarkkinat, eikä ole järkevää vain periaatteellisista syistä tuhota EU:n sisällä hyvin toimivaa, investoinneille suojaa antavaa järjestelmää.

Vaikka EU:n sisäiset investointisuojausopimukset ovatkin päällekkäinen ja osaksi ristiriitainen instrumentti tarkasteltaessa niitä EU:n oikeuden näkökulmasta, eivät ne vaaranna EU:n oikeusjärjestelmän toimintaa. Sitä vastoin niillä on mielestäni nähtävissä integraatiokehitykseen positiivisesti vaikuttavia tekijöitä.

²³² Talus – Penttinen 2015, s. 3.

7. Johtopäätökset

Kansainvälinen investointioikeus on hyvin vakiintunut tieteenala, joka pohjautuu kansainvälisen oikeuden periaatteisiin jotka ovat muotoutuneet jo 1800-luvulla. Viime vuosina kansainvälinen investointioikeus on kuitenkin ollut epävakaa tilassa. 2000-luvulla kansainvälisen investointioikeus on monimutkaistunut, laajentunut, sekä muodostunut epävarmemmaksi. Investointioikeus omana oikeudenalanaan on kehittynyt erityisesti investointiriitojen räjähdysmäisen kasvun takia. Investointiriitojen kasvun vuoksi oikeudenalan huomio on kohdistunut investointiriitojen prosessuaalisiin kysymyksiin, kuten investointisuojasopimusten legitimitettiin ja sen keskinäisiin vaikutuksiin muun kansainvälisen oikeuden kanssa.²³³

Tutkielmassani olen tarkastellut EU:n jäsenvaltioiden sisäisten investointisuojasopimusten voimassaoloa kansainvälisoikeudellisesta näkökulmasta, niistä mahdollisesti seuraavaa kansalaisuuteen perustuvaa syrjintää, sekä investointisuojasopimusten mukaisten välimiesoikeuksien mahdollisuutta esittää ennakkoratkaisupyyntö Euroopan unionin tuomioistuimelle.

Lopputulena olen tutkimuksessani tullut johtopäätökseen, jossa (i.) jäsenvaltioiden sisäiset investointisuojasopimukset ovat voimassa, (ii.) niitä ei tule tulkita siten, että niistä aiheutuu kansalaisuuteen perustuvaa syrjintää, sekä siihen, että (iii.) investointisuojasopimusten mukaisilla välimiesoikeuksilla on oikeus ennakkoratkaisupyyntöön esittämiseen EUT:lle. Merkittävässä asemassa kaikkien näiden kysymysten lopullisen ratkaisun kannalta on pian EUT:n antama ratkaisu asiassa C-284/16 *Achmea*.

Euroopan unionin tuomioistuimen päätöksellä – oli se sisällöltään millainen tahansa – tulee olemaan huomattava vaikutus koko kansainväliseen oikeuteen ja sen soveltamiseen. Mikäli lopullinen ratkaisu annetaan ratkaisuehdotuksen sisältöisenä, jäsenvaltioilla ei ole enää mitään syytä (komission vaatimusten mukaisesti) päättää sen

²³³ Brown – Miles 2011, s. 4-5.

sisäisiä investointisuojaosopimuksiaan, eikä komissiolla ole syytä jatkaa taistelua näitä sopimuksia vastaan.

Tilanne EU-oikeuden ja sisäisten investointisuojaosopimusten ristiriitaisuuden kannalta on joka tapauksessa tällä hetkellä kestävä, ja ratkaisu asiassa tulee sen sisällöstään riippumatta olemaan toivottu. Lyhyellä aikavälillä on varmasti nähtävissä investointiriitojen määrän kasvua, sillä epäselvässä nykytilanteessa investoijat ovat aktivoituneet varmistaakseen mahdollisten korvauksien saamisen investointisuojaosopimusten nojalla. Asiassa annettava nopea ratkaisu olisi omiaan edistämään EU:n integraatiota, jotta saataisiin vältettyä ”turhat” unionin sisäiset investointiriidat. Oikeudellinen sääntely on keskeisessä asemassa integraation välineenä. Slovakian valtio on välimiesoikeudessa todennut osuvasti:

[T]he uncertain fate of the old Intra-EU BITs provokes an ever-growing debate in the whole of Europe without unfortunately clear outcome at the moment. ²³⁴

Kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän osalta julkisasiamies on ratkaisuehdotuksessaan katsonut, ettei ole syrjivää olla myöntämättä toisen jäsenvaltion kansalaiselle kohtelua, jonka se myöntää sopimuksen nojalla jonkin kolmannen jäsenvaltion kansalaisille. ²³⁵ Vaikka julkisasiamies olisi voinut ratkaisuehdotuksessaan helpostikin tulla toisenlaiseen lopputulokseen aikaisempaan unionin tuomioistuimen ratkaisukäytäntöön tukeutuen, on tämä silti mielestäni ainoa oikeansisältöinen ratkaisu käytännön syistä. Toisen sisältöisellä ehdotuksella muodostettaisiin käytännössä koko unionin kattava investointisuojaosopimusten verkko myös sellaisten investoijien ja valtioiden välille, joiden tarkoituksena ei ole ollut olla osa tällaista erityislaatuista järjestelmää. Mielestäni integraatiota ei tule toteuttaa vastoin jäsenvaltioiden yhteistä ymmärrystä.

Kansainvälisen oikeuden sanotaan olevan olemassa sen yhteiskunnallisen tehtävän toteuttamisen vuoksi. Olemme sitoutuneet sitä noudattamaan, koska uskomme sen auttavan riidanratkaisussa sen antaessa vastauksen kysymykseen, kuinka asioissa tulee

²³⁴ Eureko B.V. v. Slovakia, PCA Case No. 2008-13. s. 16.

²³⁵ Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa C-284/16 *Achmea*, kohta 74.

toimia.²³⁶ Eräät koulukunnat kuitenkin katsovat, että riidanratkaisu on vain yksi marginaalinen kansainvälisen oikeuden funktioista, ja pelkästään riidanratkaisufunktioon keskittymällä lähestymistapa kansainvälisen oikeuden olemassaoloon on liian formaalinen tai juridinen. Kansainvälinen oikeus toimii myös epäformaalilla tavalla tuoden ilmi valtioiden jaettuja yhteisiä arvoja sekä muodostamalla käsityksiä tulevaisuuden käyttäytymisestä.²³⁷

Mielestäni julkisasiamiehen antamassa ratkaisuehdotuksessa tulisikin keskittyä riidanratkaisufunktion sijasta sen erinomaiseen konfliktinvälttämiskäyttöön. Ratkaisua tulee tulkita tilanteen keskustelun avauksena, jossa on nähtävissä EU:n jaettuja yhteisiä arvoja sekä heijastuksia tulevaisuuden käyttäytymisestä. Ratkaisuehdotus on kirjoitettu sellaiseksi, että vaikka lopullinen tuomio annettaisiin ehdotuksen sisältöisenä, jättää se pelivaraa tulevaisuutta ajatellen.

Yhtenä vaihtoehtona ongelman ratkaisuun on nimittäin se, että unionin sisäiset kahdenväliset investointisuojaus sopimukset korvataan yhdellä monenvälisellä sopimuksella. Hollanti, Itävalta, Ranska, Saksa ja Suomi ovatkin toimittaneet yhteisen epävirallisen kannanottonsa, ns. ”Non-paperin” EU:n neuvoston kauppapoliittiselle komitealle. Tässä kannanotossa jäsenvaltiot ilmaisivat yhteisen tahtonsa päättää EU:n sisäiset kahdenväliset investointisopimukset välittömästi niin, että ne korvaantuvat kaikkia jäsenvaltioita koskevalla yhteisellä investointisuojaus sopimuksella.²³⁸

Myös julkisasiamies toi ratkaisuehdotuksessaan tämän vaihtoehdon ilmi.²³⁹ Vaikka lopullinen tuomio annettaisiin ratkaisuehdotuksen sisältöisenä, ei se estä tällaisen unionin yhteisen sisäisen sopimuksen solmimista. Jäsenvaltion sisäiset investointisuojaus sopimukset eivät sinänsä vaaranna EU:n kehitystä, mutta mielestäni olisi silti järkevää korvata nämä sopimukset yhteisellä unionin sopimuksella. Tällä voitaisiin taata aito syrjimättömyys EU:n kansalaisten välillä.

Toisenlaisella ratkaisuehdotuksella sen sijaan olisi tuhottu toimiva investointisuojaus sopimusten verkosto, sekä hyvin todennäköisesti turmeltu edellytykset

²³⁶ Koskeniemi 1989, s. 25.

²³⁷ Ks. esim. Coplin 1966, s. 168.

²³⁸ INTRA-EU INVESTMENT TREATIES. Non-paper from Austria, Finland, France, Germany and the Netherlands. 7.4.2016.

²³⁹ Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa C-284/16 *Achmea*, 81.

unionin yhteisen investointisuojasopimuksen neuvottelemiseksi. Komissio on myös hiljattain antanut suosituksen Neuvoston päätökselle aloittaa neuvottelut yleissopimuksesta investointiriitojen ratkaisemiseen tarkoitetun monenvälisen investointituomioistuimen perustamiseksi.²⁴⁰

Julkisasiamies otti ratkaisuehdotuksessaan hyvin erilaisen taktiikan lähestyessään EU:n sisäisiä investointisuojasopimuksia kuin Euroopan komissio. Sen sijaan, että jäsenvaltioiden investointisuojasopimusten mukaiset tribunaalit kokonaan tuhottaisiin, hän päätti integroida ne osaksi EU:n oikeudellisesta systeemiä ja alistaa ne EUT:n täyteen kontrolliin, samalla kuitenkin turvaten voimassa olevat investointisuojasopimukset. Julkisasiamiehen ratkaisuehdotusta on kuvailtu täydellisen eurooppalaistumisen ”myrkkypilleriksi”.²⁴¹

Kansainvälisen prosessioikeuden merkittävä ongelma on sen eräänlainen kaksinaismoralismi. Riidanratkaisuinstitanssit ulottavat oman toimivaltansa mahdollisimman pitkälle, samalla odottaen, että muut kunnioittavat sen antamia ratkaisuja. Toisaalta toisten instanssien antamiin tuomioihin suhtaudutaan epäilyksellä – erityisesti sellaisin, joissa vaaditaan oikeusvaikutuksia siellä, missä toimivalta antaa tuomioita on pääsääntöisesti nähty jonkin tietyn riidanratkaisuinstitanssin alaisuudessa. Tämä kaksinaismoralismi on kuitenkin vähitellen murtumassa erityisesti eurooppalaisen integraation ansiosta.²⁴²

Ymmärrän, että ratkaisuehdotus tulee hyvin radikaalilla tavalla vaikuttamaan investointisuojasopimusten tribunaalien vahvaan autonomiseen asemaan. En silti itse käyttäisi näin radikaalia termiä – ”myrkkypilleri” - kuvaamaan asiassa annettua ratkaisuehdotusta. Ehdotettu ratkaisu on pitkään odotettu parannus tilanteeseen, jonka avulla välimiestribunaalit saadaan lopullisesti kytkettyä EU-oikeudellisen sääntelyn piiriin. Yhä enemmän ja enemmän läpileikkaavassa juridisessä maailmassa on hyväksyttävä se tosiasia, että jonkin tietyn toimielimen autonomia ei voi olla absoluuttista, vaikka näin olisi totuttu ajattelemaan.

²⁴⁰ Ks. COM(2017) 493 final. Bryssel 13.9.2017.

²⁴¹ Ks. Lavranos, Nikos - The poison pill for maintaining intra-EU BITs arbitration. Practical Law Arbitration Blog. 28.9.2017.

²⁴² Koulu 2003, s. 2.

Koskenniemi on osuvasti verrannut kansainvälisen oikeuden harjoittajaa siiliin:

[O]li yksi iso asia, jonka se tunsu – diplomaattiset ja juridiset tekniikat – ja jolla se koetti ratkaista maailman ongelmat. Toisinaan nuo tekniikat toimivatkin, mutta niillä oli selkeät rajansa. Nyt noiden rajojen ylittäminen tuntuu entistä tärkeämmältä. Siksi siilin tulisi muuttua ketuksi, joka tuntee monenlaisia toiminnan muotoja diplomatian ja YK:n peruskirjan 33 artiklan ulkopuolelta ja joka etukäteen mihinkään periaatteeseen tai instituutioon sitoutumatta koettaa löytää oikeudenmukaisen ratkaisun.²⁴³

Investointisuojausopimuksilla ja niiden muodostamilla välimiesoikeuksilla on ollut pitkä ja toimiva historiansa, ja ne ovat toimineet merkittävässä roolissa koko EU:n integraatiokehityksen kannalta. Nyt tämän vanhan järjestelmän rajat ovat muuttuvassa maailmassa kuitenkin tulleet vastaan. Siilin käyttämät tutut ja turvalliset tekniikat ovat tulleet tiensä päähän. Se ei enää voi käpertyä palloksi - sen on aika muuttua ketuksi.

²⁴³ Koskenniemi 2002, s. 1234.