

THE APPLICATION OF ARTICLE 42 OF THE ICSID CONVENTION – THE IRRECONCILABILITY OF DOMESTIC AND INTERNATIONAL LAW IN THE CHOICE OF APPLICABLE LAW FOR INVESTMENT ARBITRATION

Keywords:

international investment arbitration, the ICSID Convention, applicable law

Siiri Sinnemäki¹

ABSTRACT

Investointiriidat liittyvät useimmiten kansainvälisiin vapaakauppa- ja investointisuojausopimukseen. ICSID-yleissopimuksella luodaan menettelylliset puitteet sijoittajien ja valtioiden välisille välimiesmenettelyille. Tämä artikkeli käsittelee ICSID-yleissopimuksen 42 artiklan 1 kohtaa koskien sovellettavan lain valintaa tilanteessa, jossa siitä ei ole osapuolten kesken sovittu. Sen mukaan kiistaan sovelletaan riidassa osapuolena olevan valtion oikeussääntöjä ja kansainvälisen oikeuden sääntöjä. Kyseinen artikla on ollut laajan keskustelun aiheena aina säätämistään lähtien. Tämä artikkeli erittelee ICSID-yleissopimuksen 42 artiklan 1 kohdan soveltamisessa tehtyjä ratkaisuja erityisesti oikeuskirjallisuudessa esitettyjen lähestymistapojen kautta. Teorioita on jaoteltu sen mukaan, kumman oikeusjärjestelmän alaisia sääntöjä ne painottavat. Artikkelii pyrkii löytämään vastauksen siihen, kumman oikeusjärjestelmän sääntöjä välimiesoikeudet ovat soveltaneet ja mikä on näiden oikeusjärjestelmien välinen suhde yleissopimuksen 42 artiklan 1 kohdan näkökulmasta. Artikkelin mukaan oikeuskäytännössä on sovellettu ICSID-yleissopimuksen 42 artiklan 1 kohtaa molemmista oikeusjärjestelmistä käsin ja hyvin erilaisin tavoin. Mitään yksittäistä tulkintatapaa ei ole, mutta kansainvälisen oikeuden säännöt ovat olleet vahvemmassa asemassa soveltamisessa. Vaihtelevat lähestymistavat soveltamisessa ovat ongelmallisia välimiesmenettelyn oikeusvarmuuden kannalta. Yleissopimuksen 42 artiklan 1 kohta heijastaa koko ICSID-järjestelmän hybridinomaista luonnetta: investointioikeus läpäisee sekä kansallisten oikeusjärjestelmien että kansainvälisen oikeuden kentän.

Investment disputes usually rise out of international free trade agreements and investment protection treaties. The ICSID Convention is a procedural framework for arbitration between investors and states. This article deals with Article 42(1) of the ICSID Convention which concerns choice of law by an investment tribunal when the applicable law has not been chosen by the parties. It states that the tribunal shall apply the law of the state party to the dispute, and the rules of international law. Article 42(1) of the ICSID Convention has been subject to extensive discussion ever since it was drafted. This article analyzes the decisions made in the application

1 LL.B., University of Helsinki. This article is based on her Bachelor's Thesis.

and interpretation of Article 42(1) of the ICSID Convention in particular through the approaches laid down in literature. Such theories are divided based on which assumption on regime of law they emphasize. This article attempts to reconcile the relationship between these two regimes of law and answer the question of which rules of law arbitration tribunals have applied in relation to Article 42(1) of the ICSID Convention. According to the conclusions, Article 42(1) of the ICSID Convention has been applied in various ways from the point of view of each regime. While there is no one way of interpretation, the rules of international law seem to have the more prominent role. The fluctuating approaches are problematic with regard to the realization of legal certainty in the arbitration process. Article 42(1) of the ICSID Convention reflects the hybrid character of ICSID arbitration: investment law penetrates the fields of both domestic and international law.

ICSID 42 artiklan soveltaminen – kansallisen ja kansainvälisen oikeuden ratkaisematon suhde investointeja koskevan välimiesmenettelyn lainvalinnassa

Asiasanat: kansainvälinen investointivälimiesmenettely, ICSID-yleissopimus, lainvalinta

I JOHDANTO

Taustaa: investointisuoja ja kansainvälinen välimiesmenettely

Kansainväliseen investointioikeuteen liittyvät välimiesmenettelyt ovat ajankohtainen aihe. Valtioiden välisten vapaakauppa- ja investointisopimusten solmiminen on johtanut investointioikeuden kasvamiseen oikeudenalana. Sopimukset mahdollistavat sekä valtioiden välisen että sijoittajan ja valtion välisen kansainvälisen välimiesmenettelyn. Näiden välimiesmenettelyjen määrä on kasvanut huomasti tällä vuosituhanella. Tämän prosessin keskiössä on ICSID² eli sijoituksia koskevien riitaisuuksien kansainvälinen ratkaisu- ja sovittelukeskus sekä sen mukainen riidanratkaisumenettely.

Investointisuoja sopimukset sisältävät aineellisia ja menettelyllisiä määräyksiä, jotka sääntelevät ulkomaisten sijoittajien oikeuksia suhteessa siihen valtioon, jossa sijoitus on tehty.³ Tätä kautta investointisuoja sopimukset pyrkivät edistämään ulkomaisen pääoman virtaamista näihin valtioihin. Myös useat vapaakauppasopimukset (esimerkiksi NAFTA⁴), joiden tarkoitus on yleisemmin purkaa kansainvälisen kaupan esteitä, sisältävät määräyksiä investointien suojaamisesta.⁵

Investointivälimiesmenettelyt ovat nostaneet pinnalle joukon ongelmia, jotka ovat koetelleet

2 International Centre for the Settlement of Investment Disputes.

3 Dolzer – Schreuer 2012, s. 13.

4 North American Free Trade Agreement between the Government of Canada, the Government of Mexico and the Government of the United States, 17.2.1992.

5 Dolzer – Schreuer 2012, s. 14.

perinteisiä oikeudenalojen ja oikeudellisten käsitteiden rajoja.⁶ Välimiesmenettelyn avulla ratkaistaan kahden tasavertaisen osapuolen välinen materiaallinen konflikti. Todellisuudessa on kuitenkin osoittautunut, että erityisesti investointeihin liittyvillä välimiesoikeuksien päätöksillä on paljon laajempia seurauksia. Välimiesoikeudet seuraavat toistensa päätöksiä ja oikeuskäytännön vahvan aseman on esitetty antaneen niille jopa lainsäätäjän funktiota.⁷ Sijoittajien oikeudet perustuvat useimmiten bilateraaliseseen suhteeseen, mutta välimiesmenettelyjen institutionalisoituminen on luonut hajautetusta järjestelmästä uuden, vahvan oikeudellisen regiimin.

Valtioiden ja toisten valtioiden kansalaisten välisten sijoituksia koskevien riitaisuuksien ratkaisemisesta tehdyn sopimuksen (jäljempänä ”ICSID-yleissopimus” tai ”yleissopimus”)⁸ 42 artikla tarjoaa tähän keskusteluun oman näkökulmansa. Sen mukaan kiistaan sovelletaan niitä oikeussääntöjä, joista osapuolet ovat sopineet. Tällaisen sopimuksen puuttuessa sovelletaan kiistassa osapuolena olevan valtion oikeussääntöjä ja kansainvälisen oikeuden soveltuvia sääntöjä.

Kansainvälinen oikeus on perinteisesti mielletty valtioiden väliseksi oikeudeksi. Sijoittajan ja valtion välillä käytävä välimiesmenettely on asettanut tämän lähtökohdan uuteen valoon. Välimiesmenettely, joka perustuu kahden valtion solmimaan sopimukseen, mutta jossa osapuolina ovat valtio ja toisen sopimusvaltion tunnustama yksityinen juridinen henkilö, on asettanut perinteiset teoriat uuden haastavan tilanteen eteen. Puhutaan välimiesmenettelyn hybridistä tai sekamuotoisuudesta; investointioikeus ei tee enää jyrkkää erottelua kansainvälisen oikeuden ja kansallisen oikeusjärjestelmän välillä, vaan yhdistää ja ulottuu näihin molempiin.⁹

1.2 Kysymys lainvalinnasta ja sen merkitys

ICSID-yleissopimuksen 42 artiklan 1 kohdan alkuperäinen englanninkielinen sopimusteksti kuuluu seuraavasti:

“The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable.”¹⁰

6 Ks. yleisesti Alvik 2011, s. 45 ss.

7 Ks. yleisesti Urueña 2014, luku ”Introduction”.

8 Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Washington 1965. Saatavilla osoitteesta <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partA.htm>. Suomenkielinen versio saatavilla Finlex-palvelusta osoitteesta http://www.finlex.fi/fi/sopimukset/sopsteksti/1969/19690004/19690004_2.

9 Alvik 2011, s. 3.

10 Suomenkielinen sopimusteksti kuuluu seuraavasti: ”Tuomioistuin ratkaisee riidan osapuolten mahdollisesti sopimien oikeussääntöjen mukaisesti. Ellei sellaista sopimusta ole tehty, tuomioistuin soveltaa osapuolena olevan sopimusvaltion lakia (kansainvälistä yksityisoikeutta koskevine säännöksineen) sekä

Kyseinen kohta koskee lainvalintaa investointia koskevassa välimiesmenettelyssä. Yleissopimuksen 42 artikla määrittää, mikä on välimiesoikeuden soveltama aineellisoikeudellinen laki eli minkä oikeussääntöjen mukaan riidan asiakysymykset ratkaistaan.¹¹ Kysymyksessä on siis ICSID:n mukaisen välimiesprosessin substanssikysymykseen sovellettava laki. Yleissopimuksen 42 artiklaa on sovellettu välimiesmenettelyissä eri tavoin, painottaen kansallista tai kansainvälistä oikeutta.

Käsillä oleva artikkeli tarkastelee ICSID-yleissopimuksen 42 artiklan 1 kohdan toista lausetta ja välimiesoikeuden lainvalintaa tilanteessa, jossa sovellettavasta oikeudesta ei ole sovittu osapuolten kesken. Käsillä oleva artikkeli erittelee kuinka tätä artiklaa on käsitelty oikeuskirjallisuudessa ja miten kansallisen ja kansainvälisen oikeuden suhde on hahmotettu ICSID:n oikeuskäytännössä. Pääpaino on teorian tarkastelussa. Tarkoituksena on avata ikkuna ICSID-välimiesmenettelyyn yleissopimuksen lainvalinta-artiklan kautta. Taustalla on ajatus siitä, missä määrin yleissopimuksen 42 artikla näyttäytyy välimiesmenettelyn osana ja toisaalta heijastaa sen kokonaisuutta.

Artiklan sisällöstä ja merkityksestä on keskusteltu sen säätämisestä lähtien. Lainvalinta on ensimmäinen askel tapauksen ratkaisemisessa. Vaikka siinä ei vielä oteta kantaa varsinaisen ratkaisun sisältöön, lainvalinnan lopputuloksella voi olla merkittäviä vaikutuksia osapuolten aseman ja tapauksen lopputuloksen kannalta. ICSID-välimiesmenettelyt ovat moninkertaistuneet 2000-luvulla¹², ja jatkuva uusien tapausten virta takaa sen, että aihe on yhä ajankohtainen.

ICSID-järjestelmän on tarkoitus itsenäisenä ja epäpoliittisena foorumina ottaa huomioon molempien osapuolten hyvin erilaiset tarpeet ja ylläpitää näiden välistä balanssia.¹³ ICSID:n lainvalintaa on luonnehdittu yhdistelmäksi ”joustavuutta ja varmuutta”.¹⁴ Joustava se on siltä osin, että osapuolet voivat vapaasti sopia sovellettavasta oikeudesta. Oikeusvarmuutta taas sen tuona, että tuomioistuin voi löytää soveltuvat säännöt, vaikka tällaista sopimusta ei olisi osapuolten välille syntynyt. Schreuerin mukaan artiklan ratkaisu on ”huolellinen kompromissi” vastaanottajavaltioiden ja sijoittajien intressien välillä.¹⁵

Täsmällistä suuruusluokkaa on tietysti vaikea arvioida, mutta voidaan sanoa, että ICSID:n toi-

tapaukseen soveltuvia kansainvälisen oikeuden periaatteita.” Käsillä olevassa työssä nojaututaan alkupe-
räiseen englanninkieliseen sopimustekstiin.

11 Prosessilaki sen sijaan määräytyy yleissopimuksen 44 artiklan mukaan. Prosessilain valintaa ei käsitellä tässä työssä.

12 ”Cases registered by ICSID”, s. 7 – <https://icsid.worldbank.org> (Resources > The ICSID Caseload – Statistics, Issue 2015-1), vierailtu 11.4.2015.

13 ICSID:n internetsivut osoitteessa <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Pages/default.aspx>, vierailtu 11.4.2015.

14 Schreuer 2009, s. 550.

15 Ibid., s. 595.

mivalta kattaa merkittävän osan niistä kansainvälisistä investoinneista, joita globaalissa taloudessa tehdään.¹⁶ Myös Suomi on solminut joukon investointisopimuksia. Toistaiseksi näiden sopimusten pohjalta Suomi ei ole ollut osapuolena välimiesmenettelyssä. Tämä ei tarkoita, ettei niin voisi tapahtua tulevaisuudessa. Lissabonin sopimuksen myötä suorat investoinnit kolmansiin maihin tai kolmansista maista kuuluvat Euroopan unionin yksinomaiseen toimivaltaan.¹⁷ Parhaillaan käydään Euroopan unionin ja USA:n välillä neuvotteluja vapaakauppasopimuksesta (TTIP¹⁸), johon on kaavailtu sijoittaja–valtio–välimiesmenettelyä.¹⁹ Lisäksi Kiinan kanssa on käyty neuvotteluja kahdenvälisestä investointisopimuksesta²⁰ ja Kanadan kanssa laajemmasta vapaakauppa- ja taloussopimuksesta (CETA²¹). Tämän vuoksi ICSID-yleissopimuksen mekanismien avaaminen on tärkeää myös suomalaisessa keskustelussa.

Tutkittavaa aihetta leimaa vahva oikeustapauksellisuus: osapuolten erimielisyydet ratkaistaan yksittäistapauksina sitä varten perustetussa välimiesoikeudessa. Oikeuskäytäntö on hyvin moninaista. Pyrin tuomaan oikeustapausesimerkkejä esiin, mutta niiden laaja käsittely ei ole mahdollista tämän artikkelin puitteissa.

Toisessa luvussa luodaan katsaus ICSID:n perustamiseen ja funktioihin sekä tarkastellaan yleissopimuksen sisältöä pääpiirteissään. Kolmannessa luvussa keskiössä on ICSID-yleissopimuksen 42 artiklan 1 kohta. Siinä tarkastellaan tuon kohdan sanamuotoa, kansallista ja kansainvälistä oikeutta artiklan merkityksessä sekä näiden oikeussysteemien välistä suhdetta ja sitä kuinka 1 kohta on ymmärretty ICSID:n oikeuskäytännössä ja kirjallisuudessa.

2 YLEISSOPIMUS JA MENETTELYN PÄÄPIIRTEET

Pääoman liikkuvuus ja investointien suojaaminen vieraassa valtiossa perustuivat pitkään valtioiden väliseen diplomatiaan ja kansainväliseen tapaoikeuteen. Toisen maailmansodan jälkeen taloudellisia suhteita ryhdyttiin institutionalisoimaan. Myös investointien suojaaminen siirtyi yhä enemmän valtioiden välisillä sopimuksilla säänneltäväksi. ICSID²² perustettiin Kansainvälisen

16 Ibid., s. xi.

17 Dolzer – Schreuer 2012, s. 11. Ks. myös SEUT 64 artikla.

18 Transatlantic Trade and Investment Partnership.

19 Ulkoministeriön uutinen 28.10.2014: EU:n ja Yhdysvaltojen kauppasopimusneuvottelut: Neuvottelujen seitsemännen kierroksen anti – formin.finland.fi (Taloudelliset ulkosuhteet > EU:n yhteinen kauppapolitiikka > EU:n ja Yhdysvaltojen kauppasopimusneuvottelut > Uutisia), vierailtu 11.4.2015. Komission tiedote 13.1.2015 osoitteessa <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1234>, vierailtu 11.4.2015.

20 Euroopan komission tiedote 20.1.2014 osoitteessa http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-33_en.htm, vierailtu 11.4.2015.

21 CETA, Comprehensive Trade and Economic Agreement, Euroopan komission internet-sivut <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta>, vierailtu 11.4.2015.

22 On syytä erottaa ICSID-keskus ja -instituutio ja yleissopimuksen mukainen ICSID-riidanratkaisumenettely. ICSID ei itse ole varsinainen välimiesoikeus, vaan tuomioistuin perustetaan kutakin tapausta

jälleenrakennus- ja kehittämiss pankin eli Maailmanpankin yhteyteen 1960-luvulla multilateraalilla sopimuksella, joka tunnetaan myös nimellä Washingtonin sopimus.²³

Osana Maailmanpankkia ICSID oli taloudellisen kehityksen instrumentti. ICSID:n tarkoitus oli tarjota neutraali foorumi ja alusta investointeja koskevien riitojen tasapuoliselle ratkaisemiselle.²⁴ Taustalla oli ajatus yksityisten investointien edistämisestä kehitysmaissa ja ei-kaupallisten riskien minimoiminen tasapuolisella sovittelulla tai välimiesmenettelyllä.²⁵ Konventiossa tavoiteltiin tehokkuutta, jota multilateraaliset yleissopimukset tai kansalliset oikeusistuimet eivät voisi tarjota.²⁶ ICSID-yleissopimus ei sisällä aineellisia säännöksiä investoinneista; ne on tarkoituksella jätetty sen ulkopuolelle.²⁷ Sen sijaan yleissopimus sisältää yleiset menettelylliset puitteet välimiesmenettelylle.

ICSID:in perustaminen oli tietoinen yritys epäpolitisoida ulkomaiseen pääomaan liittyvät konfliktit²⁸ ja välttää vastakkainasettelua valtioiden välillä.²⁹ 1960-luvun alussa itsenäistyi suuri joukko valtiota ja postkolonialismi sekä monien maiden omaksuma sosialistinen talouspolitiikka toi mukanaan halun kansallistaa omaisuutta ja luonnonvaroja. Kolmansien maiden oikeusjärjestelmät ja -instituutiot koettiin epäluotettaviksi pääoman vientimaiden keskuudessa. Erilaisten sopimusjärjestelyjen luominen ja sijoittajien aseman vahvistaminen oli kehittyneiden maiden reaktio tähän kehitykseen.³⁰

ICSID:n tarkoitus on yleissopimuksen 1 artiklan mukaan tarjota mahdollisuudet investointiriitojen sovitteluun ja välimiesmenettelyyn sopimusvaltioiden ja toisten sopimusvaltioiden kansalaisten välillä. ICSID tarjoaa sijoittajille mahdollisuuden ratkaista erimielisyydet suoraan sen valtion kanssa, jossa investointi on tehty. Tätä kutsutaan sijoittaja–valtio–välimiesmenettelyksi. Valtio toimii kyseisessä menettelyssä aina vastaajana.³¹ Yleissopimuksen 25 artiklassa määritellään ICSID:n toimivalta. ICSID:n toimivalta perustuu neljän edellytyksen täyttymiseen: 1) riita on ICSID:n sopimuspuolena olevan valtion ja toisen sopimuspuolena olevan valtion kansalaisen

varten.

23 Yleissopimuksen on tällä hetkellä allekirjoittanut 159 valtiota. Ks. ICSID:n internetsivut osoitteessa <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Pages/Database-of-Member-States.aspx>, vierailtu 11.4.2015.

24 Newcomb Paradell 2009, s. 26.

25 ICSID:n internetsivut osoitteessa <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Pages/default.aspx>, vierailtu 20.2.2015.

26 Schreuer 2009, s. xi.

27 McLachlan et al 2007, s. 4.

28 Newcombe – Paradell 2009, s. 27.

29 Dolzer – Schreuer 2012, s. 9.

30 Miles 2013, s. 84.

31 McLachlan et al 2007, s. 5.

välinen, 2) osapuolet suostuvat riidanratkaisuun ICSID:n alaisuudessa, 3) riita on oikeudellista laatua ja 4) se liittyy investointiin, joka on tehty sopimusosapuolena olevassa vastaanottajavaltiossa.³² Yleissopimuksen 41 artiklan mukaan tuomioistuin tutkii itse väitteen siitä, kuuluuko riita sen toimivaltaan (competence-competence).

ICSID hallinnoi välimiesmenettelyä. Sen tehtäviin kuuluu muun muassa pyynnön vastaanottaminen välimiesmenettelyyn aloittamiseksi ja kommunikointi osapuolten välillä.³³ Välimiesoikeuden kokoonpano valitaan kutakin riitaa varten. Useimmiten sen kokoonpano muodostuu kolmesta välimiehestä.³⁴ ICSID ylläpitää välimiesluetteloa, johon tukeutuen voidaan nimittää välimiehet riidan ratkaisijoiksi, jos osapuolet eivät pääse sopimukseen tuomioistuimen kokoonpanosta.³⁵

Sijoittaja–valtio–välimiesmenettely sulkee pois kansallisten oikeussuojakeinojen käytön. Nimittäin yleissopimuksen 26 artiklan mukaan osapuolten suostuessa yleissopimuksen mukaiseen välimiesmenettelyyn katsotaan niiden, ellei toisin ilmoiteta, luopuneen kaikista muista oikeussuojakeinoista.³⁶ Sopimusvaltiot eivät myöskään saa myöntää diplomaattista suojelua eivätkä esittää kansainvälistä vaatimusta välitystuomion alaisessa riidassa. Yleissopimuksen 27 artiklan mukaan tämä on sallittua vain tilanteessa, jossa sopimusvaltio on jättänyt noudattamatta välitystuomiota.

ICSID-välitystuomiot ovat suoraan täytäntöön pantavissa sopimusvaltioissa. Välitystuomio on osapuolia sitova: sitä on noudatettava kuin se olisi valtion oman tuomioistuimen antama lainvoimainen päätös (ICSID-yleissopimuksen 53–54 artiklat). Yleissopimuksen 52 artiklan mukaan välitystuomio on mahdollista kumota erillisessä menettelyssä. Perusteita tähän ovat muiden muassa tuomioistuimen toimivallan ylitys ja huomattava poikkeaminen jostakin menettelytapoja koskevasta perussäännöstä. Oikeuskäytännössä myös yleissopimuksen 42 artiklan vääriä soveltaminen on voinut johtaa päätöksen toteamiseen pätemättömäksi.³⁷

Kuten yllä on käynyt ilmi, ICSID-yleissopimuksen alaiseen välimiesmenettelyyn osallistuminen edellyttää osapuolten kirjallista suostumusta. Tällaisen suostumuksen ei katsota syntyvän pelkästään sen perusteella, että valtio on allekirjoittanut ja ratifoinut ICSID-yleissopimuksen. Merkittävin osa ICSID:n välimiesmenettelyistä perustuu kansainvälisiin investointisopimuksiin (IIA, International Investment Agreement).³⁸ Näistä suuri osa on valtioiden kahdenvälisiä sopi-

32 Newcomb – Paradell 2009, s. 27 ja Bishop – Crawford 2014, s. 11.

33 Schreuer 2009, s. 11.

34 Dolzer – Schreuer 2012, s. 279.

35 Wallgren – Pauni 2005, s. 215.

36 Mikäli sopimusvaltio haluaa edellyttää sisäisten muutoksenhakukeinojen käyttöä välimiesmenettelyn ehtona, se voi vaatia sitä erikseen.

37 Schreuer 2009, s. 554.

38 Newcomb – Paradell 2009, s. 69.

muksia investointien edistämisestä ja suojaamisesta (BIT, Bilateral Investment Treaty).

BIT:t perustuvat usein mallisopimuksiin, joten eri sopimusten määräykset ovat hyvin samankaltaisia sisällöltään ja rakenteeltaan.³⁹ Menettelyllisenä takeena sijoittajille ne viittaavat usein ICSID:iin ja mahdollistavat näin kanteen kotivaltiota vastaan.⁴⁰ Aineelliset määräykset sisältävät yleensä muun muassa reilun ja tasapuolisen kohtelun vaatimuksen, pakkolunastustoimien kiellon ja suosituimmuusehdon (most favoured nation clause).⁴¹ Ne eivät kuitenkaan yleensä sisällä kovinkaan yksityiskohtaisia määritelmiä esimerkiksi siitä, mikä on ”yleinen etu” sallitun pakkolunastuksen perusteena.

BIT:n lisäksi suostumus välimiesmenettely voi perustua sijoittajan ja valtion (tai sen alaisten elinten) tekemään kahdenväliseen investointisopimukseen esimerkiksi jotakin tiettyä sijoitusta tai urakkaa koskien. Tämän lisäksi on erilaisia multilateraalisia instrumentteja, joihin suostumus voidaan perustaa. Tällaisia ovat esimerkiksi NAFTA ja ECT⁴². Suostumus voi perustua myös valtion omaan lainsäädäntöön.⁴³

Esimerkkinä kahdenvälisestä sopimuksesta voidaan mainita sopimus Suomen tasavallan hallituksen ja Ecuadorin tasavallan hallituksen välillä sijoitusten edistämisestä ja suojaamisesta. Sopimus sisältää muun muassa investoinnin määritelmän, määräykset sijoittajien vähimmäiskohtelusta, pakkolunastuksen kiellon ja määräykset sopivasta korvauksesta. Lisäksi siinä määritellään sopimuspuolten välisten riitojen sekä sijoittajan ja sopimuspuolen välisten riitojen ratkaisemisesta. Esimerkiksi Suomen ja Ecuadorin välisen investointisopimuksen mukaan ”[...] sijoittaja voi valintansa mukaan saattaa tapauksen ratkaistavaksi [...] sijoituksia koskevien riitaisuuksien kansainväliselle ratkaisukeskukselle (ICSID)”.

3 YLEISSOPIMUKSEN 42 ARTIKLA ERILAISIA LÄHESTYMISTAPOJA LAINVALINTAAN

3.1 Artiklan metodologia

ICSID-yleissopimuksen 42 artiklan 1 kohdan metodologia on seuraava⁴⁴. Ensi vaiheessa välimiestuomioistuimen tulisi kyseisen kohdan ensimmäisen virkkeen mukaisesti tarkistaa, onko

39 McLachlan et al 2007, s. 25.

40 Dolzer – Schreuer 2012, s. 257.

41 McLachlan et al 2007, s. 30.

42 Energy Charter Treaty, 17.12.1994.

43 Newcombe Paradell 2009, s. 43.

44 Schreueria seuraten (ks. Schreuer 2009, s. 554).

osapuolten välillä sovittu mahdolliseen riitaan sovellettavasta laista. Sopimus voi olla nimenomainen tai implisiittinen.⁴⁵ Jos tällaista sopimusta ei ole (tai sopimuksen sisällöstä on epäselvyyttä) tuomioistuimen tulee samaisen kohdan toisen virkkeen mukaisesti turvautua riidan osapuolena olevan valtion lakiin ja kansainväliseen oikeuteen. On myös mahdollista, että osapuolet sopivat sovellettavasta laista prosessin jo alettua.⁴⁶ Lienee myös mahdollista, että sopimuksessa tai ”yhteisymmärryksessä” määritelty laki on riittämätön ratkaisemaan riitaisuuksiin liittyviä kysymyksiä.⁴⁷ Myös tällaisessa tapauksessa tuomioistuin joutuu soveltamaan yleissopimuksen 42 artiklan 1 kohdan toista virkettä.

Artiklassa käytetty termi ”rules of law” ei viittaa oikeusjärjestykseen sellaisenaan eikä myöskään jonkin valtion yksittäiseen lakiin. Sen sijaan tuo ilmaisu viittaa oikeussääntöihin. Välimiesmenettelyn osapuolilla on vapaus yhdistellä, valita ja sulkea pois oikeussääntöjä valintansa mukaan.⁴⁸ Tämä ei tarkoita jonkin oikeusjärjestyksen valitsemista ja soveltamista sellaisenaan.⁴⁹ Myös käsite ”laki” on tässä yhteydessä liian suppea: ”rules of law” voi viitata yksittäiseen normiin tai normien joukkoon.⁵⁰

Kun tuomioistuin soveltaa yleissopimuksen 42 artiklan 1 kohdan toista virkettä, sen tulee siis soveltaa kansallisia oikeussääntöjä ja kansainvälisen oikeuden soveltuvia sääntöjä. Monissa BIT:issä sovellettavaa oikeutta koskeva muotoilu on samankaltainen kuin ICSID-yleissopimuksen 42 artiklan 1 kohdassa, mikä tarkoittaa, että niissä viitataan sekä kansalliseen että kansainväliseen oikeuteen.⁵¹ Tällöin välimiestuomioistuimen analyysi voi tosiasiaassa olla samankaltainen kuin silloin, kun se soveltaa yleissopimuksen 42 artiklan 1 kohtaa, vaikka oikeuspohja onkin eri.⁵²

Se, miten ratkaisu näiden kahden oikeudellisen regiimin välillä tehdään, ei ole selvä kysymys. Aloitakaamme tarkastelu yleissopimuksen 42 artiklan 1 kohdan varsinaisesta sanamuodosta. Siinä mainittuun kansalliseen oikeuteen viitataan kokonaisuudessaan, kun taas kansainvälisen oikeuden osalta viitataan vain sen soveltuviin sääntöihin. Osapuolena välimiesmenettelyssä on tietty sopimusvaltio, ja riita koskee investointia, joka on tehty tässä maassa. Läheisin liittymä riidassa on siis kansallinen valtio. Täten olisi luontevaa, että vastaanottajavaltion kansallinen oikeus on se oikeusjärjestys, joka olisi tärkeimmässä roolissa välimiesmenettelyn lainvalinnassa.

45 Schreuer 2009, s. 570 ja Dolzer – Schreuer 2012, s. 291.

46 Schreuer 2009, s. 569.

47 Ibid., s. 593.

48 Ibid., s. 563.

49 Ibid. ”Rules of law” erotetaan käsitteestä ”systems of law”.

50 Ibid.

51 Ibid.

52 Ks. Dolzer – Schreuer 2012, s. 290.

Toisaalta tarkastelun lähtökohdaksi voidaan ottaa konfliktin kansainvälisoikeudellinen luonne. Kun investointia koskeva välimiesmenettely perustuu valtioiden väliseen sopimukseen, on tämä oikeussuhde kansainvälisen oikeuden määrittelemä. Samoin ICSID-yleissopimus on multilateraalinen kansainvälinen sopimus: se on solmittu kansainvälisen oikeuden nojalla ja sen puitteissa. Näin ollen olisi luonnollista, että sijoittajan ja valtion välinen konfliktinratkaisumenettely on kansainvälisen oikeuden hallinnoima ja että kansainvälinen oikeus määräisi myös asiakysymykseen sovellettavan lain. Yleissopimuksen 42 artiklan 1 kohtaa tulkittaessa on lisäksi otettava huomioon Wienin valtiosopimuksia koskeva yleissopimus ja sen määräykset valtiosopimusten tulkinnasta. Sopimuksen 31 artiklan 3 kohdan c alakohdan mukaan tulkinnassa on otettava huomioon valtiosopimuksen tekstin lisäksi kaikki osapuolten välisissä suhteissa sovellettavissa olevan kansainvälisen oikeuden asiaan vaikuttavat säännöt.⁵³

Olen jaotellut erilaisia lähestymistapoja lainvalintakysymyksen ratkaisemiseksi sen mukaan, kumpaa oikeudellista järjestelmää teorian painottavat. Aloitamme tarkastelun niistä lähestymistavoista, jotka painottavat kansallisen oikeuden roolia asiakysymyksen ratkaisussa. Sen jälkeen tarkastelemme kansainvälistä oikeutta painottavia lähestymistapoja. Viimeiseksi tarkastelemme tapoja, joilla molempien regiimien soveltaminen on yritetty yhdistää. Kirjallisuuden käsitykset perustuvat osaltaan ICSID:n välimiesoikeuksien päätöksiin. Tätä yhteyttä pyritään tuomaan paikoitellen esiin myös tässä esityksessä.

3.2 Kansallinen oikeus ja sen rooli lainvalinnassa

Kansallisella oikeudella viitataan ICSID-yleissopimuksen sopimusvaltion ja välimiesmenettelyn osapuolen eli ”vastaanottajavaltion” lakiin. Sovellettavaa kansallista oikeutta voivat olla esimerkiksi tuon valtion perustuslaki tai yksityisoikeudellinen lainsäädäntö.⁵⁴ Kansallisen oikeuden perusteella ratkaistaan muiden muassa kysymykset investoinnin olemassaolosta ja sen pätevydestä.⁵⁵ Osana kansallista oikeutta välimiesoikeuden tulisi ottaa huomioon myös vastaanottajavaltion relevantti oikeuskäytäntö. Nämä päätökset eivät kuitenkaan sido välimiesoikeutta.⁵⁶

Ottaessaan kansallisen oikeuden lähtökohdakseen välimiesoikeus tutkii ensin kansallista oikeutta, minkä jälkeen sitä peilataan kansainväliseen oikeuteen. Tässä tilanteessa kansainvälisen oikeuden rooli on tyypistynyt. Sen soveltaminen tulee kysymykseen vain osana kansallista

53 Wienin yleissopimus, 23.5.1969.

54 Kansalliseen oikeuteen kuuluvat artiklan mukaan myös vastaanottajavaltion lainvalintasäännöt. Tämän renvoi-lausekkeen mukaan sovellettavaan oikeuteen kuuluvat myös vastaanottajavaltion kansainvälisen yksityisoikeuden määräykset siitä, mikä on kyseiseen konfliktiin sovellettava laki. On mahdollista, että nämä säännöt johtaisivat jonkun muun kuin vastaanottajavaltion oman lain soveltamiseen, jos liittymä johonkin toiseen oikeusjärjestykseen on läheisempi (ks. Newcombe – Paradell 2009, s. 94).

55 Newcombe – Paradell 2009, s. 93. McLachlanin mukaan tämä on kansallisen oikeuden ”pääasiallinen rooli” (McLachlan et al 2007, s. 69).

56 Newcombe – Paradell 2009, s. 94.

oikeutta inkorporaation kautta. Tämä tarkoittaa, että kansainvälinen oikeus tulee sovellettavaksi osana investointiin liittyvää välimiesmenettelyä kansallisen oikeuden kautta siltä osin, kuin kansallinen oikeus on sisällyttänyt kansainvälisen oikeuden säännöt osaksi oikeusjärjestystään. Tällöin peruste esimerkiksi kansainvälisen investointisopimuksen soveltamiselle on kansallisessa oikeusjärjestyksessä asetettu oikeuslähteiden hierarkia, jonka mukaan kansainvälinen oikeus on hierarkkisesti ylemmänasteinen verrattuna tavallisiin kansallisen oikeuden lähteisiin.⁵⁷

Lisäksi kansainvälisellä oikeudella voi olla täydentävä tai korjaava funktio. Kansainvälisellä oikeudella on kansallista oikeutta täydentävä funktio niin kutsutussa lacuna-tilanteessa: kun kansallinen oikeus ei tarjoa vastausta tai vaikenee kysymyksestä, sovellettava sääntö etsitään kansainvälisestä oikeudesta. Kansainvälisen oikeuden korjaava funktio taasen tarkoittaa, että kansainvälinen oikeus tulee sovellettavaksi, kun kansallisen oikeuden sisältö ei vastaa tai se on ristiriidassa kansainvälisen oikeuden sisällön kanssa. Täydentävä ja korjaava funktio on ollut vallitseva teoria ICSID-yleissopimuksen 42 artiklan 1 kohtaa koskevassa doktriinissa.⁵⁸

Täydentävässä ja korjaavassa lähestymistavassa välimiesoikeus soveltaa yleissopimuksen 42 artiklan 1 kohdan toista virkettä siten, että se tutkii kysymyksen sovellettavasta laista molempien oikeusjärjestysten kannalta. Ad hoc -komitea tapauksessa Klöckner v. Kamerun⁵⁹ toteaa, että kansainvälisellä oikeudella voi olla täydentävä tai korjaava rooli. Molemmissa tapauksissa välimiesoikeus voi kääntyä kansainvälisen oikeuden puoleen vasta, kun se on tutkinut kansallisen oikeuden sisällön. Komitean mukaan on selvää, ettei välitystuomio voi perustua ainoastaan kansainväliseen oikeuteen.

Schreuerin mukaan on kuitenkin mahdollista, että tuomioistuin antaa päätöksen nojautuen ainoastaan kansallisen oikeuden sääntöihin, sikäli kuin ne eivät ole ristiriidassa kansainvälisen oikeuden kanssa.⁶⁰ Tässä suhteessa oikeuskäytäntö on kuitenkin mennyt pidättyväisempään suuntaan. Vuoden 2002 päätöksessä Autopista v. Venezuela suhtautuminen kansalliseen oikeuteen on jo pidättyväisempi. Välimiesoikeus pohjaa kansainvälisen oikeuden soveltamisen täydentävään ja korjaavaan lähestymistapaan. Se kuitenkin täsmentää, että tämän pidemmälle ei kyseisessä tapauksessa ole syytä mennä juuri sen takia, että riita perustuu kantajan ja vastaajan väliseen sopimukseen eikä BIT:hen.⁶¹

57 Ibid., s. 99.

58 Dolzer – Schreuer 2012, s. 292.

59 Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Societe Camerounaise des Engrais (Case No. ARB/81/2). Decision on Annulment, 3.5.1985. Lainaukset teoksesta Schreuer 2009, s. 621.

60 Schreuer 2009, s. 626.

61 Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/00/5) Award 23.9.2003.

3.3 Kansainvälinen oikeus ja sen rooli lainvalinnassa

Kansainvälinen oikeus on ymmärrettävä laajasti ICSID-yleissopimuksen 42 artiklan 1 kohtaa sovellettaessa.⁶² Selvitettäessä kansainvälisen oikeuden sisältöä on lähtökohdaksi otettava kansainvälisen tuomioistuimen perussäännön⁶³ 38 artikla. Kansainvälisen oikeuden lähteitä ovat valtion solmimat kansainväliset sopimukset, kansainvälinen velvoittava tapaoikeus ja yleiset oikeusperiaatteet.

Artiklan sanamuodon mukaan ratkaisumenettelyyn sovelletaan kansainvälisen oikeuden ”soveltuvia” sääntöjä (”as may be applicable”). Sanamuotoa seuraten tämä soveltuvuuden vaatimus koskee vain kansainvälisen oikeuden sääntöjä, ei sen sijaan artiklassa tarkoitettua kansallista oikeutta. Schreuerin mukaan tämä artiklan pääte on jäänne yleissopimuksen säätämisprosessista. Se ei tarkoita kansainvälisen oikeuden ehdollista soveltamista, vaan yksinkertaisesti relevanttien kansainvälisen oikeuden sääntöjen soveltamista.⁶⁴

Selvää on, että sovellettavaa oikeutta riitakysymyksessä ovat sen kansainvälisen sopimuksen aineellisoikeudelliset määräykset, joista ICSID:n toimivalta käsillä olevassa tapauksessa juontaa juurensa. Esimerkiksi Newcombe hahmottaa tilanteen niin, että investointisopimus (esimerkiksi BIT) on tässä tapauksessa *lex specialis* ja siten ensisijainen lähde välimiesmenettelyssä.⁶⁵ Näiden sopimusten määräykset ovat kuitenkin usein hyvin yleisiä, jolloin sopimus ei yksinään riitä ratkaisemaan riidan asiakysymyksiä, vaan välimiesoikeus tarvitsee ratkaisunsa tueksi myös muita lähteitä.

BIT:n tai IIA:n lisäksi sovellettavaksi voivat tulla myös muut valtiosopimukset, jotka on solmittu investointisopimuksessa osapuolina olevien valtioiden välillä.⁶⁶ Sen lisäksi sovellettavaksi tulee kansainvälinen tapaoikeus (esimerkiksi oppi valtion vastuusta). Yleisinä oikeusperiaatteina välimiesoikeudet ovat soveltaneet esimerkiksi sopimusoikeudellisia periaatteita, *res judicata* -oppia ja oikeutta korvaukseen sekä vahingon arvioimista.⁶⁷

Monet välimiesoikeudet ja kirjoittajat ovat lähteneet siitä, että kansainvälinen oikeus soveltuu aina. Newcomben mukaan tärkein välimiesoikeuden ratkaistava kysymys, valtion vastuu

62 Schreuer 2009, s. 604.

63 Kansainvälisen tuomioistuimen perussääntö, 26.6.1945.

64 Schreuer 2009, s. 617.

65 Newcombe – Paradell 2009, s. 90.

66 Sarooshi 2012, s. 613.

67 Schreuer 2009, s. 608–609.

kansainvälisen velvoitteensa rikkomisesta, on kansainvälisen oikeuden alainen.⁶⁸ Kansallisella oikeudella on relevanssia joidenkin esikysymysten – esimerkiksi investoinnin laajuuden – ratkaisemisessa, mutta tämän jälkeen sillä ei ole roolia sovellettavana lakina. Koska valtion vastuukysymys on kansainvälisen oikeuden alainen, myös tästä seuraava velvollisuus maksaa korvauksia on kansainvälisen oikeuden alainen.⁶⁹

Samoilla linjoilla on myös Sarooshi.⁷⁰ Kahdesta oikeudellisesta regiimistä kansainvälinen oikeus on vallitseva. Kansainvälinen oikeus tarjoaa itsenäisen säännöstön sopimusten tulkintaan. Kansainvälisellä oikeudella on etusija suhteessa kansalliseen oikeuteen. Jos kansallisen oikeuden säännöt hallinnoisivat investointivälimiesmenettelyä, tämä vaarantaisi koko ICSID-järjestelmän tehokkuuden.

Mikä rooli kansalliselle oikeudelle jää tässä tilanteessa? Newcomben mukaan jotkut välimiesoikeudet ovat punninneet kansallista oikeutta valtion vastuukysymyksen osalta lähinnä ”kohteliaisuudesta” tai ”huomaavaisuudesta” vastaanottajavaltion oikeusjärjestelmää kohtaan.⁷¹ Tässä lähestymistavassa viittaaminen kansalliseen oikeuteen muuten on turhaa, sillä kansainvälisellä oikeudella on joka tapauksessa etusija.⁷²

Kansallinen oikeus voi tulla sovellettavaksi kansainvälisen oikeuden renvoina. Newcombe tarkoittaa tällä lähinnä viittausta faktuaalisiin esikysymyksiin, kuten vaikkapa investoinnin laajuuteen tai pätevyYTEEN ennen vastuukysymyksen ratkaisemista.⁷³ Joka tapauksessa kotimaisen oikeuden rooli vaihtelee sen mukaan, mikä on väitetty loukkaus ja mihin sopimusrikkomukseen kantaja vetoaa.⁷⁴ Sasson tarkoittaa renvoilla sitä, että kansalliseen oikeuteen turvaudutaan tilanteessa, jossa kansainvälisen oikeuden sisältö on riittämätön ratkaisemaan substanssiin liittyvää kysymystä. Rajoituksena toimii kuitenkin oppi valtioiden vastuusta – kansallisen oikeuden soveltaminen ei voi mennä niin pitkälle, että valtio voisi välttää kansainvälisen vastuunsa.⁷⁵

Tapauksessa *Azurix v. Argentiina* välimiesoikeus toteaa, että sen tutkimukset pohjautuvat IC-SID-yleissopimukseen, kahdenväliseen investointisopimukseen ja soveltuvaan kansainväliseen

68 Newcombe – Paradell 2009, s. 97.

69 Ibid., s. 98.

70 Sarooshi 2012, s. 612–614.

71 Newcomb toteaa seuraavasti: ”This [examination of domestic law] seems to arise out of comity or a perceived need for courtesy towards the host state legal system, rather than a real requirement or duty to apply domestic law in matters of liability” (Newcombe – Paradell 2009, s. 100).

72 Ibid.

73 Newcombe – Paradell 2009, s. 94.

74 Ibid., s. 96.

75 Sasson 2010, s. 195.

oikeuteen. Välimiesoikeus jatkaa, että Argentiinan kansallinen oikeus on avuksi tapauksen tutkinnassa, mutta se on lähinnä ”tutkimuksellinen elementti”, kun otetaan huomioon tapauksen sopimusoikeudellinen luonne.⁷⁶

3.4 Molempien regiimien soveltaminen

Jotkin välimiesoikeudet ovat pyrkineet ratkaisemaan lainvalintakysymyksen erottelemalla tapauksen osiin siten, että eri osakysymyksiin sovelletaan kansallista lakia ja toisiin kansainvälisen oikeuden sääntöjä. Schreuer kutsuu tätä molempien oikeussysteemien autonomiseksi soveltamiseksi tai ”à la carte” -lähestymistavaksi. Näissä välimiesoikeuden päätöksissä molemmilla oikeusjärjestelmillä on autonominen mutta samanaikainen rooli.⁷⁷

Tämä tulokulma oikeastaan muistuttaa myös Newcomben lähestymistapaa, jossa tapaus voidaan pilkkoa erillisiksi esikysymyksiksi ja vastuukysymykseksi. Menetelmä muistuttaa kansainvälisen yksityisoikeuden dépeçagea eli paloittelua. Tällaiseen lainvalintaan on suhtauduttu viimeaikaisessa oikeuskehityksessä sallivammin.⁷⁸ Schreuer ei erittele, millä perusteella välimiesoikeus on jaotellut tapauksen substanssia ja mitä nämä erilliset kysymykset voisivat olla.

Ad hoc -komitea lausui tuomion Wena Hotels v. Egypti kumoamiseksi, että sanan ”ja” tulisi todella tarkoittaa ”ja” eli sitä, että molempia regiimejä on sovellettava.⁷⁹ Tässä tapauksessa argumentaatio kuitenkin johti loppupäätelmään, että kansainvälisen oikeuden sääntöjä voidaan soveltaa sellaisenaan ilman, että olisi turvaututtava kansallisen oikeuden sääntöihin. Tätä lähestymistapaa on kuitenkin hyödynnetty myöhemmissä välitystuomioissa. Tapauksessa CMS v. Argentiina⁸⁰ lausuttiin, ettei artiklan soveltamisessa ole kysymys enää siitä, että toinen oikeusjärjestys menisi etusijalle tai sulkisi toisen pois kokonaan. Välitystuomion mukaan ”molemmilla systeemeillä on oma roolinsa”.

Tämä lähestymistapa tarkoittaa samalla, että ICSID-välimiesoikeus ei voisi perustaa tuomioon ainoastaan kansalliseen oikeuteen. Samalla se johtaisi siihen, ettei kansainvälisen oikeuden rooli voi rajoittua vain korjaavaksi tai täydentäväksi. Schreuerin mukaan tämä lähestymistapa on ollut viimeaikaisena trendinä ICSID:n soveltamiskäytännössä.⁸¹ Molempien regiimien oikeussääntöjen soveltaminen on pragmaattinen tapa lähestyä lainvalintaa. Se voi mahdollisesti myös palvella riidan osapuolia ja ratkaisua paremmin; pilkkomisella voidaan välttää yleissopi-

76 Azurix Corp. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/12) Award 14.7.2006.

77 Schreuer 2009, s. 628.

78 Liukkonen 2012, s. 24.

79 Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/98/4), Decision on annulment 5.2.2002. Lainaukset teoksesta Schreuer 2009, s. 628.

80 CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/8).

81 Schreuer 2009, s. 628.

muksen 42 artiklan 1 kohdan soveltamiseen liittyvät teoreettiset kiemurat.

3.5 Kansainvälisen oikeuden dominanssi?

Yleissopimuksen lainvalintaa voi lähestyä erilaisin tavoin. Voimme myös tarkastella sitä, johdattavaksi nämä eri lähestymistavat kuitenkin erilaisiin lopputuloksiin lainvalinnassa. Edellä esitetyn valossa vaikuttaa, että vallitseva oikeustila tukee enemmän kansainvälisen oikeuden soveltamista riidan ratkaisijaksi.

Vaikka välimiesoikeus soveltaisi lähtökohtaisesti kansallisia oikeusohjeita, se voisi päättyä täydentämään tai korjaamaan sitä kansainvälisen oikeuden säännöksillä. Samoin se voisi todeta, että kansalliseen oikeusjärjestykseen on sisällytetty kansainvälisen oikeuden elementtejä ja näin päättyä soveltamaan kansainvälistä oikeutta. Toisenlaisessa lähestymistavassa se voisi asettaa jo lähtökohdaksi kansainvälisen oikeuden soveltamisen. Näin käytännössä jokainen skenaario voi helposti johtaa siihen, että viime kädessä sovellettava sääntö löytyy kansainvälisestä oikeudesta. Kaikki lähestymistavat johtavat yhteen ja samaan tulokseen. Erityisesti uudemmassa oikeuskäytännössä kansallisen oikeuden soveltamiskynnys on noussut, kuten vaikkapa tapauksien *Klöckner v. Kamerun* ja *Azurix v. Argentiina* erot lähestymistavoissa osoittavat.

ICSID-yleissopimuksen 42 artiklan 1 kohdan muotoilu on jättänyt välimiesoikeuksille paljon harvintavaltaa. Oikeuskäytännössä ja asiaa koskevassa oikeuskirjallisuudessa esiintyy tältä osin myös tiettyä ristiriitaisuutta. Kun täydentävää ja korjaavaa lähestymistapaa on pidetty vallitsevana teoriana, Dolzerin mukaan on kuitenkin kyseenalaista, heijastaako kyseinen doktriini oikeastaan vallitsevaa oikeustilaa.⁸² Kansainvälisen oikeuden säännöt eivät ole jääneet vain korjaavan ja täydentävän funktion tasolle. Lienee luonnollista, että kansainvälinen välimiesoikeus painottaa kansainvälisiä sääntöjä. Investointiriidat omaavat luonnostaan kansainvälisen luonteen, ICSID ja kansainväliset investointisopimukset ovat valtioiden välistä oikeutta. Kuitenkin kansallisen oikeuden luonne vaikuttaa jääneen melko vähäpätöiseksi.

Oikeustila on osa laajempaa sopimusoikeuden ja kaupallisen välimiesmenettelyn kansainvälistymis- tai denationalisaatioilmiötä. Alvik on esittänyt, että doktriini kansainvälisen oikeuden soveltumisesta sopimusperusteisiin kanteisiin on kehittynyt tarpeesta etäännyttää sopimusvelvoitteet kansallisesta oikeudesta. Hänen mukaansa lainvalinta on ollut yksi työkalu, jolla mahdollistetaan kansainvälisen oikeuden mahdollisimman laaja soveltuvuus.⁸³

Ovatko kansainvälisen oikeuden säännöt kuitenkin sisällöltään riittäviä materiaalisten asiakysymysten ratkaisuun? Kansainvälisen oikeuden sääntöpalettia ei ole luotu investointioikeuden

82 Dolzer – Schreuer 2012, s. 292.

83 Alvik 2011, s. 47 ja 51.

tarpeisiin. Jos lainvalinnan kautta päädytään soveltamaan kansainvälistä oikeutta, on mahdollista, ettei riittävän täsmällisiä oikeussääntöjä löydy pelkästään sen piiristä.⁸⁴ Tämä jättää välimiesoikeudelle tyhjän tilan. Jos sitä ei täytetä esimerkiksi kansallisen oikeuden säännöillä, sen voi täyttää kenen tahansa intressissä olevilla ”soveltuvilla säännöillä”. On jopa esitetty, että välimiesoikeus toimii lainsäätäjän elkein.⁸⁵ Ongelmaan välitystuomioiden roolista prejudikaatteina ei pystytä tässä syventymään tarkemmin, mutta sen toteaminen on paikallaan. ICSID-yleissopimuksen 42 artiklan mahdollistamat ratkaisut ovat osa tätä kysymystä.

Dolzerin ja Schreuerin mukaan suurimmassa osassa investointivälimiesmenettelyjä sovelletaan sekä kansallista että kansainvälistä oikeutta siitä huolimatta, onko lainvalinnassa alun perin valittu näiden yhdistelmä.⁸⁶ Kansainvälisen oikeuden soveltuvat oikeussäännöt saavat konfliktitilanteessa etusijan.⁸⁷

3.6 Johtopäätökset

Olen edellä tarkastellut erilaisia tapoja hahmottaa ICSID-yleissopimuksen lainvalintaa. Yhteenvetona voidaan vähintäänkin todeta, ettei oikeuskäytännöstä tai -kirjallisuudesta erotu mitään yhtä dominoivaa ratkaisua siihen, kumman järjestelmän oikeussääntöjä välimiestuomioistuinten tulisi soveltaa – vai tulisiko sen soveltaa molempia. Artiklan sanamuoto ei tarjoa selkeää johtolankaa siihen, mikä on lainvalinnassa välimiesoikeuden johtotähti. Välimiesoikeudet ovat päätyneet mitä erilaisimpiin ratkaisuihin sovellettavan lain valinnassa, eikä oikeuskirjallisuudessa ole pystytty muodostamaan pysyvää kantaa tai ratkaisua asiaan.

ICSID-yleissopimuksen lainvalintaa koskeva säännös tarjoaa jokaiselle jotakin. Väljällä muotoilulla on etunsa, sillä se tuo mukanaan joustavuutta. Välimiesoikeus pystyy ottamaan huomioon osapuolten varsin erilaiset intressit ja tapauksen erityispiirteet laajalti. Toisaalta pitkälle viety joustavuus on pois oikeusvarmuuden ideaalilta. Osapuolet voivat olla epätietoisia siitä, mikä on heidän oikeudellinen liikkumavaransa, kun sovellettavasta säännöstöstä ei ole varmuutta. Yleissopimuksen 42 artikla heijastelee koko ICSID-järjestelmän hybridinomaista luonnetta.

ICSID:n tavoitteet depolitisaatiosta ja neutraliteetista voidaan kyseenalaistaa yleissopimuksen 42 artiklan valossa. Kun yleissopimuksen 42 artikla mahdollistaa varsin monenlaiset ratkaisut, se jättää tilaa myös epävarmuudelle. Kun osapuolet aloittavat välimiesmenettelyn, lainvalinnan lopputuloksesta ei ole varmuutta. Välimiesoikeudella ei ole vain oikeudellista harkintavaltaa, vaan sillä on myös laajempaa päätösvaltaa vaikuttaa osapuolten asemiin konfliktinratkaisussa.

84 Bishop – Crawford 2014, s. 13.

85 Näin esimerkiksi Urueña 2014, luku ”Conclusion”.

86 Dolzer – Schreuer 2012, s. 293.

87 Ibid.

On syytä pitää mielessä myös välimiesmenettelyn sopimuksenvaraisuus. Välimiesoikeudella on velvollisuus perustella päätöksensä.⁸⁸ Se ei kuitenkaan sulje pois vaihtoehtoa, että menettelyyn liittyviä ratkaisuja on voitu saavuttaa myös neuvotteluteitse. Yllä esitetyt lainvalinnan eri vaihtoehdot jättävät mahdolliseksi myös sen, että lainvalintaratkaisu tehdään tukemaan lopullista aineellista ratkaisua. Voidaan jopa esittää, että lainvalinta on välimiesoikeudelle väline perustella tapauksen lopputulos. Tällaiseen vaihtoehtoon ei kuitenkaan ole tässä artikkelissa mahdollisuutta ottaa kantaa.

4 LOPUKSI

Viime vuosikymmeninä sijoittajien ja valtioiden väliset suhteet ovat kansainvälistyneet tai ”denationalisoituneet”. Muiden muassa Bishop pitää mahdollisena, että tämä suunta voisi olla peruuntumaan päin. Kansainväliseen oikeuteen ei sisälly sellaisia sääntöjä, jotka voisivat ratkaista monimutkaisten riitojen kaikkia kysymyksiä.⁸⁹ Toisaalta välimiesoikeudet eivät ole hämmentyneet tällaisten aukkojen edessä. Välimiesoikeuksilla on ollut vahva rooli investointisuojaan liittyvien sääntöjen tulkinnan vakiinnuttamisessa.⁹⁰ Tosin on mahdollista, että kansallinen oikeus saa tulevaisuudessa enemmän jalansijaa.

Tämä ajatusleikki herättää myös kysymyksen koko lainvalinta-artiklan funktiosta. Ferrari on esittänyt, ettei lainvalinta kansainvälisessä välimiesmenettelyssä useinkaan ole ratkaisevaa käsiteltävänä olevan asian kannalta.⁹¹ Lakeja säättävä valtio toisena osapuolena tekee kysymyksestä ICSID-menettelyssä merkityksellisemmän, mutta on mahdollista, että lainvalinta on välimiestuomioistuimelle toissijainen tapauksen muiden seikkojen rinnalla.

Kansainvälisen investointioikeuden merkityksen kasvaessa ja välimiesmenettelyjen yleistyessä myös ICSID-yleissopimuksen 42 artiklan 1 kohdan tulkinta saattaa vakiintua. Toisaalta päinvastainen oikeuskehitys on myös mahdollinen. Vakiintumattomuus voi olla myös etu. Artikla on elänyt ajassa ja tulkinta muuttunut välimiesmenettelyiden lisääntyessä. On siis mahdollista, että uudenlaiset tulkinnat löytävät jalansijaa jatkossakin. Kansallisen ja kansainvälisen oikeuden lainvalinta investointeja koskevassa välimiesmenettelyssä on toistaiseksi ratkaisematon.

88 Ibid., s. 286.

89 Bishop - Crawford 2014, s. 13.

90 Urueña 2014, s. 1.

91 Ferrari – Silberman 2011, s. 257.

LÄHTEET

Kirjallisuus

Alvik, Ivar, Contracting with Sovereignty – State Contracts and International Arbitration. Hart Publishing 2011. (Alvik 2011)

Bishop, Doak, Crawford, James and Reisman, Michael, Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary. Kluwer Law International 2014. (Bishop – Crawford 2014)

Dolzer, Rudolf and Schreuer, Christoph, Principles of International Investment Law. Oxford University Press 2012. (Dolzer – Schreuer 2012)

Ferrari, Franco and Silberman, Linda, Getting to the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and the Consequences of Getting It Wrong. Teoksessa Ferrari, Franco and Kröll, Stefan (ed.), Conflict of Laws in International Arbitration. European Law Publishers 2011. (Ferrari – Silberman 2011)

McLachlan, Campbell; Shore, Laurence; Weiniger, Matthew, International Investment Arbitration – Substantive Principles. Oxford University Press 2007. (McLachlan 2007)

Miles, Kate, Origins of International Investment Law – Empire, Environment and the Safeguarding of Capital. Cambridge University Press 2013. (Miles 2013)

Newcombe, Andrew and Paradell, Lluís, Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment. Kluwer Law International 2009. (Newcombe – Paradell 2009)

Liukkunen, Ulla, Sopimussuhteita koskeva lainvalinta. Talentum 2012. (Liukkunen 2012)

Sarooshi, Dan, When International Financial Institutions Arbitrate: What Law Governs International Investment Arbitration. Butterworths Journal of International Banking and Financial Law, Vol. 27, No. 10, 2012, p. 612. (Sarooshi 2012)

Sasson, Monique, Substantive Law in Investment Treaty Arbitration: The Unsettled Relationship between International Law and Municipal Law. Kluwer Law International 2010. (Sasson 2010)

Schreuer, Christoph; Malintoppi, Loretta; Reinisch, August; Sinclair, Anthony, The ICSID Convention: A Commentary. Cambridge University Press 2009. (Schreuer 2009)

Urueña, Rene, Of Precedents and Ideology: Law-making by Investment Arbitration Tribunals. Teoksessa Prabhakar, Singh and Benoit Mayer (ed.), Critical International Law – Postrealism, Postcolonialism and Transnationalism. Oxford University Press 2014. (Urueña 2014)

Wallgren, Carita and Pauni, Sami, ICSID-välimiesmenettely. Teoksessa Turunen (toim.), Conflict Management – Riidanratkaisun uusi maailma. Edita Publishing 2005. (Wallgren – Pauni 2005)

Virallislähteet

Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Washington 1965.

Kansainvälisen tuomioistuimen perussääntö, 26.6.1945.

Valtiosopimusoikeutta koskeva Wienin yleissopimus, 23.5.1969.

Tasavallan presidentin asetus (79/2001) Ecuadorin kanssa tehdyn sijoitusten edistämistä ja suojaamista koskevan sopimuksen voimaansaattamisesta ja sopimuksen eräiden määräysten hyväksymisestä annetun lain voimaantulosta.

Oikeustapaukset

Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/98/4).

CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/8).

Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela.

(ICSID Case No. ARB/00/5).

Klößner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Societe Camerounaise des Engrais (Case No. ARB/81/2).