

Helsinki Law Review 1/2015

BOARD OF EDITORS

EDITORS-IN-CHIEF

Sonja Heiskala

Elisa Suokko

EDITORS

Jussi Honkasalo

Jenni Hakkarainen

Essi Koskinen

Elina Kuosmanen

Toni Kuosmanen

Eerika Majamaa

Antto Orasmaa

Eve Pekkala

Tero Pikkarainen

Tuuli Pikkarainen

Laura Salokangas

Minna Siekkinen

Siiri Sinnemäki

Mirella Vaaramaa

ACADEMIC COUNCIL

Adjunct Professor, Senior Lecturer Ari Hirvonen LL.D.

Professor Jukka Kekkonen LL.D., trained on the bench

Professor Päivi Korpisaari LL.D., trained on the bench

Professor Pia Letto-Vanamo LL.D., trained on the bench

Professor Olli Norros LL.D.

Adjunct Professor, Senior Lecturer Jarna Petman LL.D., M.Soc.Sc.

Adjunct Professor, Senior Lecturer Ville Pönkä LL.D., trained on the bench

AUTHORS

Janne Myllymäki

Kate O'Malley

Tero Rehula

Siiri Sinnemäki

Essi Ulander

COLUMN

Magdalena Kmak LL.D., University Lecturer

COMMENTARY

Sonya Walkila LL.D., Senior Adviser in Legislative Affairs

ELEMENTS OF STYLE

Niilo Jääskinen LL.D., trained on the bench, Advocate General

SPECIAL THANKS

Professor, Dean Kimmo Nuotio, LL.D., trained on the bench

Professor Jaana Norio-Timonen, LL.D.

Helsinki Law Review sincerely thanks the referees.

THE BOARD OF EDITORS WOULD LIKE TO THANK:

Niilo Jääskinen, Magdalena Kmak, Sonya Walkila, Iiris Keino, Antti Kuha, Iikka Kuusela, Tuomas Tofferi, and Sebastian Wiik.

Helsinki Law Review 2015, 9th annum. © Pykälä ry and the respective contributors.

CONTACT INFORMATION:

Board of Editors: *hlr-toimitus@pykala.fi*

Editors-in-Chief: *sonja.heiskala@helsinkilawreview.fi*
elisa.suokko@helsinki.fi

Secretary: *tilaus@helsinkilawreview.fi*

Article submissions: *submissions@helsinkilawreview.fi*

Publisher: Pykälä ry, the law students' association of the University of Helsinki (est. 1935).

Address: Mannerheimintie 3 B, 00100 HELSINKI, Finland. Tel: +358 9 278 5003.

Email: *tilaus@helsinkilawreview.fi*.

Layout: Tuomas Tofferi & Iikka Kuusela

Printed in Hakapaino, Helsinki.

ISSN 1797-6251

FROM THE EDITORS

In the aftermath of the Charlie Hebdo attacks, the mechanisms of freedom of expression rose to the public's attention. Fear damages our thinking. When we try really hard to suppress an idea, all thinking becomes conditional. Within legal scholarship, the same mechanism applies to another type of fear – the fear of critical thinking.

For a student, critical thinking often feels frightening. Maybe you don't feel that you understand the legal phenomenon well enough, or feel that you haven't gained the authority to question the substance of the legal question. It is essential to work through these feelings and challenge your way of reading legal articles. One of the biggest challenges for student writers is critical thinking. Most of the works Helsinki Law Review decides not to publish are technically impeccable, but lack the analysis that would make them academically relevant. A seminar instructor might not expect the same degree of critical analysis, but it is always expected from an academic article.

Legal science is peculiar. Law does not smoothly fall into the categories of either human or natural science, and instead is in a very special category of its own. The extraction of relevant academic results from legal research requires an understanding of the legal method, which develops when you read and write. Law is interpretation, and subjective views have value when they are well based. To strengthen your line of reasoning, the argumentation must be subjected to scrutiny – ideally both by yourself and by a distinguished reviewer.

If you publish an article in Helsinki Law Review, our editors will subject your text to numerous thorough readings. We give you constructive comments and support the development of your argumentation. Our referees are always experienced academic professionals who have agreed to review your text. The referee process is anonymous to guarantee honest, impartial feedback. If, as a writer, you feel that your analysis needs a more rounded review, you can request two referees for it. The purpose of the referee process is to control the quality and credibility of the published content. This is why, in addition to academic articles, also case commentary written by students is peer reviewed in Helsinki Law Review. In addition to that, our editors consult the Academic Council (see the inner cover of this issue) in all questions related to the control of academic quality.

As a writer, you also need to review the content yourself. It is important that you understand the methods you are using, and that you follow the academic form, which legitimizes your results and exposes them to scientific evaluation. Be critical of your sources. Predatory open access journals are problematic and prevalent in law as well as in other sciences. Their names sometimes sound very convincing. On the Internet, a lot of expert commentary is commercially motivated, and needs critical assessment before you cite the content. If you don't recognize the writer or the journal, research the background before citing in your work. In academic publishing, paywalls cannot be trusted as indicators of quality, as publications of different academic

reliability are bundled together in online databases. Helsinki Law Review will always be available for free, to serve students and independent researchers not backed by affluent institutions. On our website you will find tips on verifying the credibility of your sources and building your argumentation throughout your article.

The pressure to graduate quickly and accomplish a lot encourages students to develop an ability to write pseudo-academically – to use phrases that give an intelligent impression but lack actual substance. This kind of writing optimizes ECTS points – but it does not have any academic value. It undermines the legitimate conclusions of your research, and frustrates the reader. In comparison, genuine attempts at analysis are valuable even when they are not perfect. Many less developed arguments evolve in the editing process. It may feel safe to hide behind the empty phrases, but there's a reward in challenging yourself, finding critical angles, and trying to view your topic independently. Our editors are always happy to meet with writers during the editing process and discuss the article. Helsinki Law Review is a publication that welcomes critical commentary and strives to become a platform for lively intellectual exchange. That is why we invite you to question the views presented on our pages as well.

Even the most established views benefit from analysis and dialogue through academic channels, and even the highest-quality research must be questioned. Public discourse and scientific courage have intrinsic value. Trust your thinking, dare to question, and send us your articles, case comments, or opinion at submissions@helsinkilawreview.fi. Most importantly, never give up independent thinking.

On behalf of the Board of Editors,

Sonja Heiskala & Elisa Suokko

Editors-in-Chief

SUBMISSIONS

Articles and other contributions may currently be submitted to the Board of Editors in the email address submissions@helsinkilawreview.fi or through our website at www.helsinkilawreview.fi.

Articles are selected for editing shortly after the publication of the previous issue. Helsinki Law Review accepts articles and other writings in English, Swedish and Finnish. Submissions should not exceed the length of 25 size A4 sheets. Each submission selected for publication will be edited in active co-operation with the author(s) as well as evaluated anonymously by a referee chosen by the Board of Editors.

In addition to research articles and case commentaries, Helsinki Law Review is also interested in publishing other types of writings, such as book reviews.

Any contributor wishing to publish an article based on a Master's thesis is requested to draft the article within the requested length limit before submitting. A copy of the original Master's thesis may be included for the Board's reference as a separate appendix, but not submitted alone.

For further information, please contact the Board of Editors at hlr-toimitus@pykala.fi. Thank you for your submission!

Subscriptions

Helsinki Law Review is currently available for free subscription at www.helsinkilawreview.fi to organizations. Free copies are distributed to various libraries, faculties and student organisations. To obtain a free personal copy, please visit the Pykälä ry office (open Tuesday till Thursday, 12 p.m. – 5 p.m.) or contact the Board Secretary. See inner front cover for contact details.

SISÄLLYSLUETTELO

- 8 “Too Many Eyes in the Sky:” The Impact of Private Sector Drone Use on the Right to Privacy and Data Protection” **Kate O’Malley**
- 26 “Luxembourg vs. Strasbourg” Oikeusministeriön lainsäädäntöneuvos **Sonya Walkila** kommentoi Euroopan unionin tuomioistuimen lausuntoa 2/13, jossa tuomioistuin torjui EU:n liittymisen Euroopan ihmisoikeussopimukseen.
- 30 Case WinCapita – Case commentary on Supreme Court’s advance ruling KKO 2014:7 **Janne Myllymäki**
- 49 Administrative Detention of Migrants in Finland. **Magdalena K. maki**
- 52 Sopimusperusteinen luoton alistaminen rahoitus- ja vakuusinstrumenttina Suomen oikeudessa. **Essi Ulander**
- 72 Elements of style. **Niilo Jääskinen**
- 75 How Does One Lock-Up a Friendly Deal After Omnicare v. NCS? **Tero Rehula**
- 99 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 **Siiri Sinnemäki**

“TOO MANY EYES IN THE SKY:” THE IMPACT OF PRIVATE SECTOR DRONE USE ON THE RIGHT TO PRIVACY AND DATA PROTECTION

Search Words

Drones, RPAS, data protection, privacy, surveillance, emerging technology, European law, European Convention on Human Rights, Data Protection Directive, general data protection regulation, private sector.

Kate O'Malley¹

ABSTRACT

The once-looming prospect of expanded use of Remotely Piloted Aircraft Systems (RPAS, or colloquially drones) into non-military operations has now become reality. Although not a new phenomenon,² the influence of new technology, which has characterised the 21st century, has seen the use of RPAS expanding into the commercial, non-commercial and governmental sectors. This essay will consider how the use of RPAS will impact on a person's right to privacy and data protection, and it will analyse to what extent the legal framework of the European Union on privacy and data protection is applicable and adequate to protect infringement of these rights by RPAS. It will also consider the proposed General Data Protection Regulation in the context of RPAS, before reaching the conclusion that the existing legal regime needs to be updated to ensure that an integration of RPAS into national airspace does not interfere with personal rights.

I INTRODUCTION

'[P]rogress has never been a bargain. You have to pay for it. Sometimes I think there's a man who sits behind a counter and says, "Alright, you can have a telephone, but you lose privacy and the charm of distance... Mister, you may conquer the air, but the birds will lose their wonder and the clouds will smell of gasoline."' ³

The current integration of RPAS into more and more aspects of everyday life has been met with mixed reviews. RPAS are unmanned aerial vehicles, with a vast range of sizes, which are

1 Junior Sophister, LLB Candidate Trinity College Dublin. This author wishes to thank and acknowledge the guidance of Jens Kremer, lecturer in the Faculty of Law, University of Helsinki and the editorial team at the Helsinki Law Review. All errors and omissions remain the author's own.

2 Drones have been used by the US military since the 1930s; See Cole 2014.

3 'Inherit the Wind', 1960, motion picture, the United States of America.

controlled by 'pilots' on the ground.⁴ For the purpose of this essay, RPAS will be referred to by their more colloquial term, drones.

On the one hand, there are the almost unquantifiable advantages drones can offer to society. The European RPAS Steering Group advocates that emerging drone technology can contribute to boost industrial competitiveness, promote entrepreneurship and create new businesses, which will generate growth and jobs.⁵ Drones have the undeniable potential to offer a myriad of benefits across a growing number of sectors – from agriculture to security, from delivery to emergency services, from journalism to scientific research, from advertising to audio-visual film-making.⁶ Thus their proliferation into everyday use is unsurprising.

However, on the other hand, when we accept the conveniences of modern drone technology, in the specific context of surveillance, it is argued that it comes at a price; our privacy. It can be said that the point of the legal framework in this context is to ensure a fair transaction, to ensure the scales are balanced when weighing technological advances against the right to privacy. Too rigid an approach would dilute the benefits offered by drones, stifle innovation, and slow down the current competitiveness in the European drone industry, while too broad an approach could result in legitimising gross invasions of an individual's right to privacy.

This essay will examine how commercial and non-commercial use of drones in public places impacts on an individual's right to privacy and data protection rights. It will firstly assess the impact of drone-based surveillance on privacy, comparing it with traditional forms of surveillance and demonstrate how drone-based surveillance has the potential to interfere with an individual's privacy to a greater extent. Secondly, it will analyse the current and projected legal frameworks within the EU, which can offer protection from interference by drones to an individual's privacy and data protection rights. This section will be split into two parts; it will look first at the right to privacy in the sense of privacy as a person's private sphere, and secondly it will look at the legal framework concerning data protection. In this section the scope of applicability of the legal framework to drone-based surveillance will be discussed, as well as an analysis of the adequacy of protection offered. Finally, a conclusion will be drawn emphasising that while the current and

4 Australian Certified Operators Inc. - <http://www.acuo.org.au/industry-information/terminology/what-do-we-call-them/>, accessed 2 January 2015.

5 European Commission, 2013, http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/aerospace/files/rpas-road-map_en.pdf, accessed 2 January 2015; Also, a US industry study forecasts that in the first three years of RPAS integration in the national airspace more than 70,000 jobs will be created with an economic impact of more than \$13.6 billion. The number of jobs created through new RPAS activities in the US is estimated to exceed 100,000 by 2025. For Europe, about 150,000 jobs by 2050 are forecasted excluding employment generated through operational services. See, Commission, 'A new era for aviation: Opening the aviation market to the civil use of remotely piloted aircraft systems in a safe and sustainable manner' (Communication) COM (2014) 207 final.

6 Voisin 2013.

projected privacy protecting legal framework can certainly be applied to cases of drone-based surveillance, it is harder to determine the adequacy of the framework when faced with the challenges posed by drones, and much depends on the approach taken by the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights. It is submitted that the main task lies in ensuring that any approach taken by legislators or judges should focus on the effects of the surveillance, as opposed to the means of surveillance, because in that way the law has a better chance of keeping up with the rapid technological advancements of the 21st century.

2 HOW DO DRONES CHALLENGE THE RIGHT TO PRIVACY?

Privacy has been a key factor in the critique of drones and 'new-surveillance' technologies alike⁷. Despite this, the concept of privacy is not an uncontested one. The origins of the right to privacy lie in the celebrated article by Warren and Brandeis "The Right to Privacy", which articulates the right to privacy as a "right to be left alone".⁸ Years later Whitman describes it as 'an unusually slippery concept'⁹ and, more recently still, Solove describes privacy as 'a concept in disarray', and that it is best understood as a family of 'different yet related things'.¹⁰ So although a widely accepted definition of privacy remains elusive, there has been more of a consensus on a recognition that privacy comprises of multiple dimensions¹¹, and that there exists a 'private sphere' where individuals are entitled to a reasonable expectation of privacy.¹² Roger Clarke defines these dimensions as privacy of the person, privacy of personal data, behavioural privacy, and privacy of personal communication.¹³ The former UN Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue, has favoured a definition of privacy as articulated by Lord Lester and D. Pannick:¹⁴

"Privacy can be defined as the presumption that individuals should have an area of autonomous development, interaction and liberty, a "private sphere" with or without interaction with

7 Gary Marx characterises new surveillance as data gathered from new forms of technology that has low visibility, and is more likely to be involuntary, automated, and remotely collected. The information is gathered from categories of interest rather than a subject, there is an increase in the amount of data collected, and the data is usually real-time. 'What's New About the "New Surveillance" Classifying for Change and Continuity' (Surveillance and Society, 2002), <http://www.surveillance-and-society.org/articles1/whatsnew.pdf>, accessed 8 January 2015.

8 Warren and Brandeis 1890, p.193.

9 Whitman 2004, p. 1151.

10 Solove 2008, p. 12.

11 Finn and Wright 2012, p. 184.

12 Stanford Encyclopedia of Technology - <http://plato.stanford.edu/entries/privacy/>, accessed 8 January 2015.

13 Clarke 2013.

14 UN special rapporteur report.

others, free from State intervention and from excessive unsolicited intervention by other uninvited individuals.”¹⁵

For the purpose of this article, Lester and Pannick’s definition of privacy will be preferred. The non-uniform use of the term privacy is, however, potentially problematic; if there remains confusion over the concept, scope and value of privacy,¹⁶ legislation protecting privacy will prove harder to be created and enforced.

3 RPAS AS A SURVEILLANCE TOOL: ANOTHER BRICK IN THE WALL?

This section is addressing how drones operate, and compares drones to traditional forms of surveillance. When so doing, it determines why the use of drones has sparked such a debate on the threat they pose to privacy and data protection.

Drones were primarily developed in the context of military operations, although non-military drones are being increasingly integrated into the civil and commercial sphere. Though the first non-military uses of drones were undertaken by governmental authorities, notably police and intelligence agencies,¹⁷ the focus of this article concerns private sector use. In the commercial sector this includes businesses, corporations or professionals, such as journalists. Retail users are also increasingly interested in the monitoring capabilities of drones, from security measures to recreational activities.¹⁸ Although much literature focuses on the governmental use of drones, the Commission’s RPAS Final Privacy Report suggests that it is the anticipated use of drones by the private sector and citizens that will likely pose the greatest threat to privacy, as the use of surveillance by these sectors of society is less regulated.¹⁹ Thus, in order to assess the impact of drone surveillance on privacy it is prudent to address whether the use of drones is “just another tool in the toolbox”²⁰ of traditional aerial or visual surveillance by helicopters or closed-circuit television (CCTV) respectively, or whether it brings a new dimension to the nature of surveillance.

This author is an advocate of the latter; opining that the complexity of drone technology characterises it as a ‘new technology’.²¹ A unique feature of a drone is its ability to be equipped with

15 Lester and Pannick 2004, para. 4.82.

16 Stanford Encyclopedia of Technology - <http://plato.stanford.edu/entries/privacy/>, accessed 08 January 2015.

17 RPAS report, p. 24.

18 European Commission, 2014, p. 24.

19 Ibid.

20 Nevins 2011.

21 Gary Marx characterises this as surveillance data gathered from new forms of technology, that

a 'payload', which, in the context of this essay, includes advanced sensors to process different types of surveillance i.e. physical surveillance, surveillance of communications, dataveillance, tracking and body surveillance. Mounted with these technologies, drones can engage in, inter alia, facial recognition, license-plate recognition and automated object detection, intercept electronic messages, detect abnormal or 'antisocial' behaviour and use enhanced image resolution to magnify their operator's capacity to observe.²² It's argued that the greater the advancement in technologies, the greater the drone's ability to invade privacy. Compared to CCTV systems, which are fixed and confined to public places, a drone poses a greater threat to privacy due to its mobile capability. It can offer new angles for visual surveillance, can be deployed without delay to follow an individual or vehicle, and can monitor in locations, which do not require access to the premises. While helicopters can carry out aerial surveillance and have many similar technological enhancements, the noise and mass of alone of such an aircraft prevent the surveillance being carried out in secrecy. The characteristics of drones thus make them a unique tool for covert surveillance.

On this point, the UK Information Commissioner correctly identified that an issue with drones in public spaces is that the data subjects are usually unaware they are being recorded, and the surveillance is often highly intrusive because they can capture images of individuals unnecessarily. Even where individuals may not be directly identifiable by the image captured by the drone, they may be identified by the context they are captured in, or through enhanced resolution zooming technology later applied to the data.²³

In addition to their technical and physical superiority to other forms of surveillance, drones are becoming increasingly cheaper than any other surveillance system, meaning that any economic barriers, which existed to the proliferation of drone users for aerial surveillance will disappear, and a shift in the actors of surveillance will occur. While military, police and other governmental use of drones will continue to be deployed, the world of drones is becoming more accessible to an increasingly wider variety of organisations and individuals. Due to the affordability of drones and their payloads, drones are contributing to the recent phenomenon of 'privatization of surveillance'.²⁴ Schlag observes that "many privately owned companies already use or have expressed interest in obtaining drones for security, loss prevention" and to "survey property,

has low visibility, and is more likely to be involuntary, automated, and remotely collected. The information is gathered from categories of interest rather than a subject, there is an increase in the amount of data collected, and the data is usually real-time - <http://www.surveillance-and-society.org/articles1/whatsnew.pdf>, accessed 8 January 2015.

22 Schlag 2013, p. 1.

23 <http://www.out-law.com/en/articles/2014/october/filming-using-drones-must-comply-with-data-protection-laws-says-ico/>, accessed 8 January 2015.

24 European Commission, 2014, p. 26.

secure premises or monitor employees”.²⁵

Thus the evidence above suggests that drones will change the nature of surveillance, and pose a greater threat to privacy. It is submitted that drones, by their nature, present a unique threat to privacy as they “are designed to undertake constant, persistent surveillance to a degree that former methods of surveillance were unable to achieve,”²⁶ and they could in fact be “transformative in the way they conduct surveillance”.²⁷ An increase in the users of the new surveillance technology only exuberates that threat. That said, however, new users of drones should not be deprived of their freedom to operate them legally, and the duty is on the EU and its Member States to develop laws, which allow the operation of drones while controlling this threat to privacy.

4 THE LEGAL FRAMEWORK OF THE RIGHT TO PRIVACY AND THE RIGHT OF DATA PROTECTION IN EUROPE

4.1 Some introductory remarks on the Legal Framework

It is often said that Europe has a comprehensive legal framework surrounding privacy. This current, extensive regulation of matters concerning privacy in Europe is often justified with reference to continental experiences under extremist governments in the World War II era and Cold War communist regimes, pursuant to which Europeans retain a somewhat suspicious perception of unchecked uses of personal information.²⁸ With the dawn of the information society European guardedness concerning surveillance and the collection and retention of personal data has intensified, and arguably extended to a distrust of corporate and government databases.²⁹

The emergence of drones capable of carrying out such covert surveillance has thus been regarded rather warily by some. However, it is submitted that the extent of the current legal framework on privacy, as well as new privacy regimes due to come into force, are adequate to protect and safeguard citizens’ right to privacy in the context of drone-based surveillance.

The following section will analyse the extent of European framework on, firstly, the general concept of privacy and in its sense of a ‘private sphere’, and secondly, on data protection. It will

25 Schlag 2013, p. 1.

26 Epic.org - <http://epic.org/privacy/drones/>, accessed 8 January 2015.

27 Courtland 2013.

28 Bennett 1992, p. vii.

29 For example, the Court of Justice of the European Union declared Directive 2006/24/EC on the retention of Data to be invalid on 8 April 2014, which provided for the retention of data by providers of publicly available electronic communications services or networks in providing their service, because it was considered to be a disproportionate interference with the fundamental rights to respect for individual privacy and protection of personal data guaranteed by Articles 7 and 8 of the European Charter of Fundamental Rights.

also discuss the extent to which these protections can extend to regulate the use of drones in European airspace.

4.2 Legal framework of the right to privacy

The European Convention on Human Rights (ECHR) is one of Europe's most important legal instruments for the protection of fundamental rights. Article 8 of the ECHR explicitly recognises the right to private life, with the first part enunciating the four aspects protected, privacy, family, home and correspondence, and the second part being providing for the possibility of limiting this right, legitimising interference with it in certain circumstances.³⁰ While these four aspects do not reflect the meaning of privacy in today's society, the European Court of Human Rights (ECtHR) dealt with this issue by holding that "private life is a broad concept which is incapable of exhaustive definition,"³¹ thus the meaning of privacy is capable of being broadened along with the norms of society, and any changing circumstances, which can pose a threat to privacy; such as the emergence of drone-based surveillance.

Article 8 explicitly protects individuals when they are in their personal, intimate sphere, which is considered the private sphere.³² Physical boundaries delineate this sphere from the public sphere, such as the home, personal relationships, and by select fields of information (such as sensitive or personal information).³³ Thus the use of drone technology, which monitors or captures someone in this private sphere, will undoubtedly be a strong interference of Article 8.

The Venice Commission³⁴ defines a public space as one 'which can be in principle accessed by anyone freely, indiscriminately, at any time under any circumstance'.³⁵ It further notes that, in public places, individual privacy is similar to the concept of non-privacy because by entering a public place and remaining there, there is an implication that one is aware they will be seen or recognised, and that one's behaviour may be scrutinised by anyone in that public sphere who may draw inferences from the individual's behaviour.³⁶ It is acknowledging that 'any human being in a public place may well expect a lesser degree of privacy'. Individuals in the public sphere

30 Article 8 of the European Convention of Human Rights states (1) Everyone shall have the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. (2) There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic wellbeing of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

31 Costello-Roberts v. the United Kingdom 1993, para. 36.

32 P.G. and J.H. v. the United Kingdom 2001.

33 Nissenbaum 1997, p. 207.

34 The Venice Commission is an advisory body of the Council of Europe created in 1990.

35 Venice Commission 2007, p. 3.

36 Ibid., 5.

can still hold privacy expectations, and should not expect or be subject to a deprivation of their rights, however the degree of expectation is lower than if the individual was in the private sphere. Therefore it can be said that Article 8 does apply in a public space, if the individual can reasonably expect a degree of privacy, as in some circumstances there is a zone of interaction of a person with others or the outside world, even in a public context, which may fall within the scope of “private life”.³⁷ It is interesting to note, however, that the degree of privacy a person can expect in a public space does not seem to apply equally to everyone. While the ECtHR has held that even where a person is known to the general public, in certain circumstances he may rely on a ‘legitimate expectation’ of protection of and respect for his privacy,³⁸ the notoriety of a person will be taken into consideration in assessing the degree of privacy so afforded to them, i.e. whether or not they can be regarded as public figures.³⁹ To determine whether the right to private life has been interfered with in a public place, the ECtHR uses the ‘reasonable expectation of privacy’ test. In *P.J. and J.H. v. UK*,⁴⁰ the Court found:

‘A person who walks down the street will, inevitably, be visible to any member of the public who is also present. Monitoring by technological means of the same public scene (for example a security guard through a closed-circuit television) is of a similar character.’⁴¹

In *Perry v. the UK*, the Court held that ‘the recording of data and the systematic or permanent nature of the record may give rise to such considerations’ as an interference with Article 8(1).⁴²

The decisions are practical ones, and they focus on the effect the surveillance has on the right to privacy, rather than the means of surveillance. Because this approach is not product- or technology-specific, it will be easy to apply it to all forms of surveillance technologies that emerge in the future, including drone-based surveillance. In the abovementioned cases, the ECtHR is drawing a distinction between the monitoring of a public space, and the recording of data from a public space in a permanent way, the conclusion being that while the former does not interfere with the right to private life, the recording of sound or visual images in a public place through surveillance methods may interfere with Article 8(1).

Although the surveillance in the abovementioned cases was undertaken by public authorities, it is submitted that the approach taken by the Court can be applied to surveillance activities carried out by any actor, including commercial or private operators. Similarly, while the reaso-

37 *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, 2001.

38 *Von Hannover v. Germany*, 2004.

39 *Von Hannover v. Germany (No. 2)* 2012, para 110.

40 *Ibid.*

41 *Ibid.*, para 56.

42 *Perry v. the United Kingdom*, para. 38.

ning of these cases has not yet been applied to surveillance by drone technology, it is submitted that there are many similarities between the issues considered by the Court, and the scenarios envisaged by the use of drones in public places. Considering the conclusion stipulated from the court, notwithstanding the advanced surveillance capabilities of a drone over a fixed surveillance camera or helicopter, it is opined that, through the application of the case law, a drone is likely to interfere with an individual's right to private life, under Article 8(1) of the ECHR if the payload system records the information captured in a public place, and the operator does not subsequently disclose the footage captured.⁴³

In *Uzun v Germany*,⁴⁴ the ECtHR established a graduation in the level of interference of Article 8(1) of the ECHR depending on the type of surveillance technologies used, and made a distinction between 'hard surveillance' (visual surveillance, tapping communications) and 'soft surveillance' (location surveillance).

"GPS surveillance is by its very nature to be distinguished from other methods of visual or acoustical surveillance which are, as a rule, more susceptible of interfering with a person's right to respect for private life, because they disclose more information on a person's conduct, opinions or feelings."⁴⁵

The Court found that GPS devices are less intrusive than video or voice surveillance, and that a party responsible for an infringing act of location surveillance must prove that it ensured "a general protection against arbitrary interference" in order to justify that interference under Article 8(2).⁴⁶

Based on this case law, it is argued that a drone fitted with a sensor capable of reading location data of an individual is likely to be found to be carrying out 'soft surveillance', based on its similarities with GPS technologies. It follows that an operator carrying out soft surveillance will have a greater chance of justifying that interference under Article 8(2) of the ECHR than if they were conducting hard surveillance. This approach embodies a form of the proportionality principle, in that the surveillance that encroaches rights less (i.e. the soft surveillance) will be easier to justify than the surveillance that causes a more significant encroachment of rights (i.e. the hard surveillance). However, new types of payloads for drones are constantly being developed, and it is submitted that categorising surveillance into either 'hard' surveillance or 'soft' surveillance may be premature, as the line delineating the two may not always be so clear cut.

After the Lisbon Treaty came into force, the Charter of the Fundamental Rights of the EU (Char-

43 RPAS report p. 56; *Perry v. the United Kingdom*, 2002.

44 *Uzun v. Germany*, 2010.

45 *Uzun v. Germany*, 2010, para. 52.

46 European Commission, 2014, p. 59.

ter) has become legally binding on all EU member states, and the provisions of the Charter ‘have the same legal value as the Treaties’.⁴⁷ This means that the Charter has direct effect in national legal systems, meaning an individual who has had a Charter-right infringed upon by another private individual or corporation can bring a case under the specific article of the Charter before its national court. The Charter is consistent with the ECHR, and when the Charter contains rights that stem from this Convention, their meaning and scope are the same.⁴⁸ Article 7 of the Charter recognises the right to private life to all individuals, and contains a copy of the rights guaranteed by Article 8 ECHR, so Article 7 must therefore receive ‘the same meaning and the same scope as Article 8(1) ECHR, as interpreted by the European Court of Human Rights’.⁴⁹ Thus the scope of Article 7 of the Charter certainly can be applied to privacy concerns raised by drone-based surveillance.

4.3 Legal Framework on Data Protection in Europe

Although data protection and privacy share certain characteristics and interplay, since the emergence of the computer age during the 1960s privacy has no longer been regarded as sufficient to address the issues posed by emerging technologies.⁵⁰ While the right to data protection emanated from the rights of privacy, it is said to be more responsive to the specific need to protect citizens from abuses of data processing.⁵¹ In giving practical effect to the overall right to privacy, it can be said that the most prominent aspect of Europe’s legal framework is through its regulation of personal data protection through a number of conventions and directives.

An interference with personal data protection occurs if the data that is collected and processed relates to an identified or identifiable person. Applying data protection laws to drones, a distinction arises between data protection and privacy laws, in that data protection legislation will only protect individuals where the drones have collected personal data. The right to privacy is different as it protects people who are monitored by drones in a systematic way or through the means of intrusive payloads, regardless of whether the data is stored.⁵²

In *M.S. v Sweden*,⁵³ the ECtHR found that “the protection of personal data is fundamental to a

47 Article 6 Treaty of the European Union.

48 Art 53(2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union; however Art 53(2) also enables the European Court of Justice to provide more extensive protection to rights of the European Charter than the rights granted by the ECHR; also, in practice, the interpretations of the two different courts on the same issue have differed in some cases, however this is beyond the scope of this article.

49 O’Neill 2012.

50 De Hert and Papakonstantinou 2009, p. 403.

51 Ibid.

52 European Commission, 2014, p. 61.

53 *M.S. v Sweden*, 1997.

person's enjoyment of his or her right to respect for private and family life as guaranteed by Article 8 ECHR.⁵⁴ This case highlights the dual functionality of Article 8 ECHR for the purpose of this article, in that it protects both the general right to privacy in its context of a 'private sphere' as well as the protection of personal data. However, the lack of specifics in the provision relating to data processing is problematic. In response to concerns that the wording of Article 8 ECHR was insufficient to protect privacy from all forms of emerging technology, the European Council adopted in 1981 the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data. This included new data protection principles as well as those developed by the ECtHR, and to this day it remains the only binding international legal instrument with a worldwide scope of application in the field of data privacy, open to any country, including those who are not members of the Council of Europe.⁵⁵ Although this Convention was formulated well before drones became popular on the private market, because it is both rigorous and adaptive, it is still relevant today to the data collected by drone-based surveillance.

4.3.1 Data Protection Directive

In recognition of a growing need for data protection harmonisation across its member states, the EU adopted the Data Protection Directive⁵⁶ (DPD) in 1995. This ensures a balance between a high level of privacy for individuals and the free movement of personal data within the EU.⁵⁷

There is no distinction between public and private life, unlike the right to privacy; the DPD applies to 'the processing of personal data wholly or partly by automatic means, and to the processing otherwise than by automatic means of personal data which form part of a filing system or are intended to form part of a filing system'.⁵⁸ It is submitted that the concept of "automated processing" is a priori broad enough to include payloads fitted to drone technology.⁵⁹

While the DPD applies to both public entities and private companies and parties, data collected by a 'natural person in the course of a purely personal or household activity' does not fall within the scope of the Directive.⁶⁰ The meaning of this was explained by the Court of Justice of the European Union in Lindqvist:

"That exception must be interpreted as relating only to activities which are carried out in the

54 *Ibid.*, para 41.

55 Council of Europe Privacy Convention - <https://epic.org/privacy/intl/coeconvention/>, accessed 8 January 2015.

56 Council Directive 95/46/EC.

57 Recital 3 of Council Directive 95/46/EC.

58 Article 3(1) of Council Directive 95/46/EC.

59 European Commission, 2014, p. 63.

60 Art 3(2) of Council Directive 95/46/EC.

course of private or family life of individuals, which is clearly not the case with the processing of personal data consisting in publication on the internet so that those data are made accessible to an indefinite number of people.”⁶¹

In *Rynes*⁶², the CJEU ruled that video surveillance by a camera installed in a family home falls outside the scope of this exception, due to the fact that the data collected covers, even partially, a public space, and people walking on the public pathway were identifiable within the meaning of the DPD by the data collected.⁶³

The reasoning in these cases can be applied to drone users, and demonstrates that even hobbyists or those using drones for personal security do not fall within the ‘household’ exemption if the surveillance involved monitors a public space or is capable of processing personal data.

Article 9 of the DPD stipulates that Member States must “provide for exemptions or derogations from some of its provisions where processing is carried out solely for purposes of journalism or the purposes of literary or artistic expression” only if this is necessary to reconcile the right to privacy with rules governing freedom of expression.⁶⁴ The wording of this provision is such that it does not give a blanket exemption in every case, but only where ‘necessary’. In *Satamedia*⁶⁵, the Court of Justice of the European Union (ECJ) gave a broad interpretation of the phrase ‘for purposes of journalism’, intending it to cover the disclosure to the public of information, opinions or ideas by any means”.⁶⁶ Considering civil drones are often used by journalists or in audio-visual fields, this exemption is best applied with caution. If not, there’s a risk drones may be used to gather data under the guise of journalistic purpose.

There are also a number of principles encompassed in the DPD, known as the common core principles, to ensure data protection standards when processing data. They are found in Article 6 (data quality) and Article 7 (processing quality). Article 6(1)a provides that data must be collected ‘fairly and lawfully’, and is only legitimate if one of the conditions in Article 7 is met. If the data subject has not given ‘unambiguous consent’, a notably high standard reflective of the importance clear consent is regarded as a safeguard against unlawful exercise of surveillance power, the data may still be processed on the condition one of the other conditions in Article 7 are met.

While it is clear that consent is often essential to ensure the lawful operation of surveillance

61 Bodil Lindqvist, 2003.

62 František Rynes, 2014.

63 *Ibid.*, para 33.

64 Article 9 of Council Directive 95/46/EC.

65 *Satamedia*, 2008.

66 *Ibid.*, para 61.

activities, the weight given to its requirement is uncertain as a result of the other instances. Video-surveillance can be undertaken without the requirement of explicit consent in many cases, because consent is deemed to be implied through the data subject entering public space.⁶⁷ Nonetheless, in this situation the data controller still has to comply with the other data protection principles. However these provisions are relatively out-dated to cope with the types of surveillance drones are capable of carrying out. Furthermore, the DPD does not adequately protect the transmission of personal data to outside the EU. This is especially relevant for multi-national companies who operate drones, as data collected in an EU Member State may be transmitted to the headquarters of the company in, for example, the US.

4.3.2 General Data Protection Regulation

The DPD is currently under review, and is due to be replaced by the General Data Protection Regulation (GDPR). The GDPR was formally adopted by the European Parliament in 2014.

Although the GDPR does not contain any drone-specific regulations, some of the new provisions could be relevant in addressing data privacy concerns related to the use of drones, as the aim of the GDPR is to provide for 'a single set of rules technologically neutral – regardless of how technology and the digital environment develop in the future'.⁶⁸

The proposed Article 23 contains two principles, which are likely applicable to the civil use of drones in Europe. Privacy by Design entails adopting privacy-embedding technologies and policies, from design stage and deployment activities, to end use and final disposal. Privacy by Default requires that companies install the strictest possible data privacy settings on a product, so when the data controller receives the product, he or she will have a positive obligation to reduce the privacy setting if they so choose, but the default setting will embody the 'data minimization' principle of having the highest security setting.⁶⁹ The Article 29 Working Party commented that the application of these principles to RPAS technology could contribute to better respect for data and privacy and data protection.⁷⁰

A Privacy Impact Assessment system is also included in Article 33 of the draft proposal, and although not defined in the proposal, it makes the controller of the data responsible for the decision as to whether their processing meets the requirements of the GDPR by conducting a Data Protection Impact Assessment prior to dealing with the personal data of their subjects.

As mentioned above, the enforcement of data protection and privacy rules is not easy to achieve,

67 European Commission, 2014, p. 67.

68 European Commission, 2012, accessed 8 January 2015.

69 European Commission, 2014, p. 70.

70 Wong 2011, p. 53.

yet, as David Canton suggests, “if privacy is built into the technology from the beginning, function does not have to be compromised by privacy concerns, and vice versa.”⁷¹ Thus it is unsurprising that researchers, lawyers and policy makers have welcomed these new provisions in the context of drones.

5 CONCLUSIONS

The essay presents the privacy and data protection issues that have arisen due to the expansion of drone technology into the non-governmental civilian sector and compares this type of surveillance to traditional aerial, video and audio surveillance. It has clearly demonstrated that drones have the potential to cause greater interference with our right to privacy because of their superiority in surveillance capabilities. This means that concerns surrounding the integration of drones into everyday life are justified. In determining whether there is applicable and adequate legislation in place in Europe to regulate the use of drones from a privacy perspective, it must be acknowledged that the EU has a notable legal framework for both privacy and data protection, of which some were only touched upon within this essay. Article 8 of the ECHR has been the ‘historic driver’ of the development and expansion of the right to private life in Europe,⁷² and if it continues to develop in this way, there is no reason why a sound application of Article 8 will not offer adequate protection from potential privacy infringements by drones. The DPD sets up high-level data protective rules and although it is relatively out-dated and fragmented, there is little room to doubt its provisions can be applicable to drone-based surveillance. However, it is argued that the DPD is unlikely to offer adequate protection of data for citizens because its provisions will not be able to keep pace with the continuously advancing superiority of drone-based surveillance. While much of the current EU framework is not drone-specific, it was found that the majority of the provisions could be applied to such technology. However, due to the potential drones have in infringing on privacy to an extent the EU courts have not previously dealt with, the replacement of the DPD with the GDPR is especially important.

This is a welcome and necessary step to ensuring that privacy is not substituted for the benefits of technological advancements, and vice versa. While the new provisions in the GDPR are in theory likely to provide adequate protection against an interference with personal data because of its technologically-neutral approach, the real effect of the provisions will depend largely on how the CJEU and ECtHR will interpret these provisions in future cases. The GDPR along with Article 8 ECHR and the numerous other privacy instruments have the potential to be adequate, at least for the time being, to protect the privacy interests of European citizens from drone-based surveillance. However, issues will undoubtedly arise in the future, and when that

71 Canton 2012.

72 Doquir 2008.

time comes perhaps another assessment will be due. To finally conclude, the response to rapid advancements across surveillance technologies lies in ensuring that the legal landscape is a technology-neutral one. Legal guarantees should be in place, which delineates the boundary between acceptable surveillance and surveillance that causes a violation of privacy, data protection or indeed other civil liberties, such as freedom of expression, but which is still flexible enough to cover emerging technologies.

LIST OF REFERENCES

Articles and Books

Bennet Colin J., *Regulating Privacy: Data Protection and Public Policy in Europe and the United States*, Cornell University Press 1992.

Craig Paul and De Búrca Gráinne, *EU Law: Text, Cases and Materials*, 5th edn, Oxford University Press 2011.

De Hart Paul and Papakonstantinou Vagelis, *The Data Protection Framework Decision of 27 November 2008 Regarding Police and Judicial Cooperation in Criminal Matters – A Modest Achievement However Not the Improvement Some Have Hoped For* 2009, 25 *Computer Law & Security Review* 2009.

Doquir Benjamin, *Le droit de la vie privée: aperçu général et règles de proportionnalité* in B. Docquir and A. Puttemans (Eds.), *Actualités du droit de la vie privée*, Bruylant Bruxelles 2008 (Doquir 2008).

Finn Rachel and Wright David, *Unmanned aerial systems: Surveillance, ethics and privacy in civil applications*, 28 *Computer Law and Security Review* 184 2012.

Lord Lester and Pannick, D. (eds.), *Human Rights Law and Practice*, Butterworth London 2004.

Nissenbaum Helen, *Toward an Approach to Privacy in Public: Challenges of Information Technology*, 7 (3) *Ethics & Behavior* 207 1997.

Schlag Chris, *The New Privacy Battle: How the Expanding Use of Drones Continues to Erode Our Concept of Privacy and Privacy Rights*, 13 (2) *Journal of Technology Law and Policy* 12013.

Solove Daniel, *Understanding Privacy*, Harvard University Press 2008.

Warren Samuel and Brandeis Louis, *The Right to Privacy*, 4 *Harvard Law Review* 193 1890.

Whitman James, *The two western cultures of privacy: dignity versus liberty*, 113 *Yale Law Journal* 1151 2004.

Wong Rebecca, *The Future of Privacy*, 27 (1) *Computer Law and Security Review* 53 2011.

Cases

Costello-Roberts v. the United Kingdom App no. 13134/87 (ECtHR, 25 March 1993).

Uzun v. Germany, App no. 35623/05 (ECtHR, 2 September 2010).

P.G. and J.H. v. the United Kingdom, App no. 44787/98 (ECtHR, 6 February 2001).

Von Hannover v. Germany, App no. 59320/00 (ECtHR, 24 June 2004).

Von Hannover v. Germany (No. 2) App nos. 40660/08 and 60641/08 (ECtHR, Grand Chamber, 7 February 2012).

Perry v. the United Kingdom, App no. 6737/00 (ECtHR, 17 July 2002).

M.S. v Sweden, App no. 20837/92 (ECtHR, 27 August 1997).

C-101/01 Bodil Lindqvist [2003].

C-212/13 František Ryneš [2014].

C-73/07 Satamedia [2008].

Official Documents of the European Commission

European Commission, Privacy, data protection and ethical risks in civil RPAS operations - Final Report, 7 November 2014.

European Commission, How will the EU's Reform Adapt Data Protection Rules to New Technological Developments?, Europa, 2012, http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/factsheets/8_en.pdf, accessed 8 January 2015.

European RPAS Steering Group, Roadmap for the integration of civil Remotely-Piloted Aircraft Systems into the European Aviation System, June 2013, 5, http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/aerospace/files/rpas-roadmap_en.pdf, accessed 2 January 2015.

European Commission, A new era for aviation: Opening the aviation market to the civil use of remotely piloted aircraft systems in a safe and sustainable manner (Communication) COM, 2014, 207 final, 8 April 2014.

European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation), 2012/0011 (COD), 25 January 2012.

Legislation

Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data.

Other Documents

European RPAS Steering Group, Privacy, data protection and ethical risks in civil RPAS operations – Final Report for the European Commission, 7 November 2014.

Venice Commission, Opinion on Video Surveillance In Public Places by Public Authorities and the Protection of Human Rights, Council of Europe, Strasbourg, March 2007, 3.

Internet Sources

Canton David, Drones Offer Whole New Candid Camera, Harrison Pensa Blog, 2012, <http://harrisonpensa.com/drones-offer-candid-camera/>, accessed 8 January 2015 (Canton 2012).

Clarke Roger, Introduction to Dataveillance and Information Privacy, and Definitions of Terms, 21 October 2013, <http://www.rogerclarke.com/DV/Intro.html>, accessed 3 January 2015 (Clarke 2013).

Cole Chris, Rise of the Reapers: A Brief History of Drones, Drone Wars UK, 6 November 2014, <http://dronewars.net/2014/10/06/rise-of-the-reapers-a-brief-history-of-drones/>, accessed 2 January 2015 (Cole 2014).

Council of Europe Privacy Convention (epic.org), <https://epic.org/privacy/intl/coeconvention/>, accessed 8 January 2015.

Courtland, Erin, Drones in Canada – Will the proliferation of domestic drone use in Canada raise new concerns for privacy?, Officer of the Privacy Commissioner of Canada, March 2013, https://www.priv.gc.ca/information/research-recherche/2013/drones_201303_e.asp, accessed 8 January 2015 (Courtland 2013).

Domestic Unmanned Aerial Vehicles (UAVs) and Drones epic.org, 2013, <http://epic.org/privacy/drones/>, accessed 8 January 2015.

Marx Gary, What's New About the "New Surveillance? Classifying for Change and Continuity, Surveillance and Society, 2002, <http://www.surveillance-and-society.org/articles1/whatsnew.pdf>, accessed 8 January 2015.

Nevins Joseph, Robocop, Drones at Home, Boston Review, January/February 2011, <http://new.bostonreview.net/BR36.1/nevins.php>, accessed 8 January 2015 (Nevins 2011).

O'Neill Aidan, How the CJEU uses the Charter of Fundamental Rights, Eutopia Law, April 2012,

<http://eutopialaw.com/2012/04/03/how-the-cjeu-uses-the-charter-of-fundamental-rights/>, accessed 8 January 2015 (O'Neill 2012).

Privacy, Stanford Encyclopedia of Technology, 9 August 2013, <http://plato.stanford.edu/entries/privacy/>, accessed 8 January 2015.

Voisin Gabriel, Drones: Privacy implications across the EU, Bird&Bird, 15 July 2013, <http://www.twobirds.com/en/news/articles/2013/global/drones-privacy-implications-across-the-eu>, accessed 4 July 2015 (Voisin 2013).

What do we call them: UAV, UAS or RPAS?, Australian Certified Operators Inc, <http://www.acuo.org.au/industry-information/terminology/what-do-we-call-them/>, accessed 2 January 2015.

“LUXEMBOURG VS. STRASBOURG”

Oikeusministeriön lainsäädäntöneuvos Sonya Walkila kommentoi Euroopan unionin tuomioistuimen lausuntoa 2/13, jossa tuomioistuin torjuu EU:n liittymisen Euroopan ihmisoikeussopimukseen.

LAUSUNNON TAUSTASTA

EU-oikeudesta kiinnostuneet odottivat henkeään pidätellen viime vuoden joulukuun 18. päivää. Ajankohdan oli määrä jäädä unionin oikeuden historiaan hetkenä, jolloin sopimusluonnos EU:n liittymisestä Euroopan ihmisoikeussopimukseen¹ saisi unionin tuomioistuimelta lopullisen siunauksensa.²

EU:n (ja sen edeltäjän EY:n) liittymisestä Euroopan ihmisoikeussopimukseen on keskusteltu vähintäänkin jo vuodesta 1975 lähtien, jolloin tuomioistuin ensimmäistä kertaa viittasi ihmisoikeussopimukseen silloisen EY-oikeuden tulkinta-apuna. Noin 20 vuotta myöhemmin, vuonna 1996, tuomioistuin kuitenkin katsoi, ettei liittymistä voitaisi toteuttaa sen mahdollistavan puuttuvan oikeusperustan vuoksi. Kyseistä tuomioistuimen antamaa lausuntoa 2/94³ kritisoitiin jo tuolloin laajalti.

Lähes kaksi vuosikymmentä myöhemmin liittymisen konkretisoituminen näytti kuitenkin paljon valoisammalta. Muodolliset esteet liittymisen tieltä näyttivät jääneet historiaan Lissabonin sopimuksen aikaansaamilla muutoksilla, joilla mm. EU-sopimuksen (SEU) 6 artiklaan lisättiin unionia velvoittava määräys liittyä ihmisoikeussopimukseen. Lisäksi unioni sai oikeushenkilöllisyyden SEU 47 artiklan perusteella. Kaikki näytti siten enteilevän hyvää liittymissuunnitelmille.

Toisin kuitenkin kävi. Unionin tuomioistuimen joulukuussa 2014 antama lausunto liittymissopimusluonnoksen EU-oikeuden mukaisuudesta oli kaikkea muuta kuin mitä valistuneinkaan eurooppalainen yleisö olisi osannut odottaa, ja kannanotto oli selkeydessään täysi tyrmäys liittymistä kannattaneille. Unionin tuomioistuin totesi selkein sanakääntein lausuntonsa loppukaneettina, ettei liittymissopimus ole sopusoinnussa EU-oikeuden kanssa.

1 Ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehty yleissopimus on Euroopan neuvostossa tehty monenvälinen kansainvälinen sopimus, joka tuli voimaan 3.9.1953. Kaikki EU:n 28 jäsenvaltiota ovat myös Euroopan neuvoston jäseniä ja kyseisen yleissopimuksen sopimusosapuolia.

2 Tällä viitataan erityisesti SEUT 218 artiklan 11 kohdan mukaiseen menettelyyn, jonka perusteella jäsenvaltio, Euroopan parlamentti, neuvosto tai komissio voi hankkia unionin tuomioistuimelta lausunnon siitä, onko suunniteltu sopimus sopusoinnussa EU:n perussopimusten kanssa. Nyt puheena olevassa asiassa komissio oli pyytänyt lausuntoa liittymissopimuksen EU-oikeuden mukaisuudesta heinäkuussa 2013.

3 Lausunto 2/94, Yhteisöjen liittyminen Euroopan ihmisoikeussopimukseen, EU:C:1996:140.

LAUSUNNON SISÄLLÖSTÄ

Tuomioistuimen pääasialliset argumentit kiteytyvät EU-oikeuden itsenäisyyden, sen erityispiirteiden ja tuomioistuimen (yksinomaisen) toimivallan suojelemiseen. Kaikki seitsemän luonnossopimuksessa ongelmallisiksi katsottua osatekijää voidaan nähdä näiden pääteemojen ilmentyminä. Kolmen ensimmäisen ongelma-alueen, ts. EU:n perusoikeuskirjan (POK) 53 artiklan ja ihmisoikeussopimuksen 53 artiklan yhteensovittaminen, jäsenvaltioiden keskinäisen luottamuksen periaatteen kunnioittaminen ja ihmisoikeussopimuksen kuudennentoista pöytäkirjan mukainen neuvoo-antava lausunnotmenettely, katsotaan jättävän huomiotta unionin oikeuden erityislaatuisuus ja sen erityispiirteet.⁴

Ihmisoikeussopimuksen 53 artiklan mukaan sopimusosapuolet voivat nimittäin tarjota myös korkeampaa suojaa, kun taas EU-oikeuden alalla jäsenvaltiot ovat POK 53 artiklan perusteella velvollisia noudattamaan unionin oikeuden asettamia tulkintakannanottoja suojan tasoa määrittäessään. Unionin tuomioistuin katsoo siksi, että kyseiset eri suuntaan velvoittavat määräykset ovat omiaan johtamaan ristiriitoihin oikeuksien soveltamisessa käytännössä. Keskinäisen luottamuksen periaatteen perusteella unionin jäsenvaltioiden täytyy taas voida luottaa siihen, että kaikki jäsenvaltiot kunnioittavat perus- ja ihmisoikeuksia omalla alueellaan ja kaikissa omissa toimissaan, esimerkiksi eurooppalaista pidätysmääräystä toimeenpantaessa. Euroopan ihmisoikeussopimus sen sijaan kuitenkin edellyttää, että sopimusosapuoli tosiasiaassa varmistaa, että toinen sopimusvaltio in concreto kunnioittaa näitä oikeuksia myös käytännössä. Tuomioistuin katsoo tämän johdosta, ettei ihmisoikeussopimuksen varaan rakentuva järjestelmä ota riittävällä tavalla huomioon tätäkään keskinäisen luottamuksen periaatteen mukaista EU-oikeuden erityispiirrettä. Lisäksi ihmisoikeussopimuksen 2.10.2013 allekirjoitettu 16. pöytäkirja mahdollistaa neuvoo-antavien lausuntojen antamisen periaatteellisesti merkittävistä kysymyksistä.⁵ Unionin tuomioistuin katsoo, että kyseinen menettely voisi rajoittaa SEUT 267 artiklan mukaista ennakkoratkaisumenettelyä ja heikentää sen tehokkuutta.

Neljäs lausunnossa esiin nostettu piirre, SEUT 344 artiklan edellyttämä EU:n sisäinen toimivaltajärjestelmä ja unionin oikeusjärjestyksen itsenäisyys, korostaa unionin tuomioistuimen lainkäyttövallan yksinomaista luonnetta. Lausunnossa viidentenä ja kuudentena mainitut kansavastaajajärjestely ja unionin tuomioistuimen ennakko-osallistumista koskeva menettely eivät nekään tuomioistuimen mukaan turvaa kaikilta osin riittävästi unionin ja sen jäsenvaltioiden välistä toimivallan jakoa tai unionin tuomioistuimen yksinomaista toimivaltaa tulkita lopullisesti

4 Lausunto 2/13, EU:n liittyminen Euroopan ihmisoikeussopimukseen, EU:C:2014:2454, 189-192 ja 196-200 kohta.

5 On huomionarvoista, että kyseinen pöytäkirja allekirjoitettiin vasta sen jälkeen, kun EU:n ja EN:n puolesta toimivat neuvottelijat olivat jo päässeet sopimukseen liittymisasiakirjoja koskevista luonnoksista (5.4.2013).

unionin oikeutta. Seitsemäs ja viimeinen osatekijä liittyy tuomioistuINVALVONTAAN unionin yhteisellä ulko- ja turvallisuuspolitiikan (YUTP) alalla. Nykytilassahan tietyt YUTP:n yhteydessä toteutetut toimet jäävät unionin tuomioistuimen harjoittaman tuomioistuINVALVONNAN ulkopuolelle samalla, kun ne liittymisen jälkeen kuitenkin kuuluisivat ihmisoikeustuomioistuimen harjoittaman tuomioistuINVALVONNAN piiriin. Tällöin ihmisoikeustuomioistuin voisi siis ottaa kantaa ja tulkita EU-oikeuden alaan kuuluvia toimia unionin tuomioistuimesta riippumatta. Unionin tuomioistuin näkee kyseisenkaltaisen tilanteen uhkana unionin oikeuden itsenäisyydelle ja tuomioistuimen yksinomaiselle toimivallalle EU-oikeuden alalla.

LAUSUNNON VAIKUTUKSISTA

Lausunto on yleisen akateemisen kirjoittelun ja mielipiteiden tasolla saanut myrskyisän vastaanoton.⁶ Vaikka perus- ja ihmisoikeuksien kunnioittaminen ja turvaaminen on tällä hetkellä vahvempaa kuin koskaan aikaisemmin EU:n historiassa, yksilöillä ei vielä ole tehokasta tapaa valittaa tuomioistuimeen EU:n toimien perus- ja ihmisoikeuksien mukaisuudesta. Toteutuneen liittymisen katsottaisiin myös estävän eriävien oikeuskäytäntöjen kehittymistä unionin tuomioistuimen ja ihmisoikeustuomioistuimen välillä ja siten edistävän ihmis- ja perusoikeuksien yhdenmukaista ja johdonmukaista soveltamista ja toteutumista koko Euroopan alueella. Liittymisen ja unionin alistuminen ulkoisen lainkäyttövallan kontrolliin nähdään myös vahvana symbolisena eleenä, joka vahvistaisi EU:n legitimitettä.

Kiistatonta lienee se, ettei EU:n liittymisen ihmisoikeussopimukseen ole mahdollista ainakaan nyt neuvotellun liittymissopimuksen pohjalta.⁷ Lausunto ei silti näytä lannistaneen liittymisprosessiin kytkettyjä toiveita eikä itse prosessinkaan jatkamista, sillä komissio ja neuvosto ovat jo ryhtyneet selvittämään mahdollisuuksia jatkaa liittymisneuvotteluita ja tapoja huomioida tuomioistuimen esiin ostamat ongelmakohtat liittymissopimuksen tai perussopimusten tasolla.⁸

Vaikeinta tullee käytännössä olemaan viimeisimmän lausunnossa mainitun piirteen, YUTP:n alaa koskevien toimivaltarajoitusten käsitteleminen. Vaikka liittymisneuvotteluiden jatkaminen ei ole yksiselitteistä vielä edes unionin sisällä, ei ole myöskään lainkaan sanottua, että neuvot-

6 Mm., Besselink, L.F.M., "Acceding to the ECHR notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13", VerfBlog, 2014/12/23, <http://www.verfassungsblog.de/acceding-echr-notwithstanding-court-justice-opinion-213/>, Peers, S., "The CJEU and the EU's accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection", EU Law Analysis, 2014/12/18, <http://eulawanalysis.blogspot.co.uk/2014/12/the-cjeu-and-eu-accession-to-echr.html> [Vierailtu 17.4.2015]

7 SEUT 218 artiklan 11 kohdan jälkimmäisen osan mukaan tuomioistuimen antaman lausunnon ollessa kielteinen, suunniteltu sopimus ei voi tulla voimaan, ellei sitä ole muutettu tai perussopimuksia tarkistettu.

8 Liittymisneuvotteluiden jatkamismahdollisuuksista on keskusteltu epävirallisesti Coreperissä jo 28.1.2015 ja jatkettiin edustajien välillä 9.4.2015. Jäsenvaltiot näyttävät olevan halukkaita jatkamaan liittymisprosessia ja etsimään mahdollisuuksia huomioida tuomioistuimen lausunnossa esiin nostamat ongelma-alueet.

telupöydän toisella puolella oltaisiin sen enempää innostuneempia uusiin kompromisseihin jo aikaisempienkin vaikeina koettujen neuvotteluiden jälkeen. Lisäksi geo- ja reaalioliittinen maailmantilanne on muuttunut viime aikoina aivan lähiympäristössämme; on nimittäin muistettava, että myös Venäjä on yksi Euroopan neuvoston jäsenistä ja siten mukana neuvottelupöydässä.

Valtavirrasta poiketen en kuitenkaan itse näe lausuntoa lainkaan niin tyrmistyttävänä. Unionin tuomioistuin on oikeuskäytännössään aina korostanut unionin oikeuden itsenäisyyttä ja puolustanut omaa toimivaltaansa.⁹ Liittyminen tulee käytännössä merkitsemään huomattavaa rakenteellista muutosta EU:n oikeusjärjestelmään ja tästäkään näkökulmasta katsottuna ei ole lainkaan hämmästyttävää, että unionin tuomioistuin suhtautuu liittymiseen (yltiö)varovaisesti. Erityisesti toimivaltarajojen täsmentäminen ja niitä määrittävien sääntöjen yksiselitteisyys on äärimmäisen tärkeää liittymisen jälkeiselle hyvin toimivalle perus- ja ihmisoikeusprosessuamiselle Euroopan alueella. Epäselvyydet toimivaltasuhteissa ja forum-shoppingin mahdollistaminen heikentäisi molempien eurooppalaisten tuomioistuinten arvovaltaa ja toimintakykyä ja olisi vahingollista koko eurooppalaiselle oikeusjärjestykselle.

OTT, lainsäädäntöneuvos **Sonya Walkila**, 17.4.2015

⁹ Esim. lausunto 1/91, ETA, EU:C:1993:106, 35 kohta; ja lausunto 1/09, Eurooppapatentti- ja yhteisöpatenttituomioistuin, EU:C:2011:123, 67 kohta: "unionin tuomioistuimen tehtävänä on valvoa, että perussopimuksissa täten luodun unionin oikeusjärjestyksen itsenäisyyttä kunnioitetaan".

CASE WINCAPITA – CASE COMMENTARY ON SUPREME COURT’S ADVANCE RULING KKO 2014:7

Keywords:

money collection crime, pyramid scheme, principle of legality, concurrence of crimes, subsidiary clause

Janne Myllymäki¹

ABSTRACT

Case WinCapita is undoubtedly the criminal case which has drawn the most public attention in recent years. The Finnish Supreme Court gave on 27 February 2014 the advance ruling KKO 2014:7 in the criminal offence against WinCapita’s main operator Hannu Kailajärvi and his female accessory. Supreme Court considered that Kailajärvi and his accessory were guilty not only for aggravated fraud but also for money collection crime.

Supreme Court’s ruling addressed various legal questions. The most significant of them was whether the principle of legality prevented the Court from convicting Kailajärvi and his female accessory for money collection crime. Ruling dealt also with other minor legal questions.

This case commentary covers case WinCapita. Emphasis is on the question concerning the significance of principle of legality. Other questions are also briefly discussed.

TAPAUK WINCAPITA – OIKEUSTAPAUKSKOMMENTTI KORKEIMMAN OIKEUDEN RATKAISUSTA KKO 2014:7

Asiasanat: rahankeräysrikos, pyramidipeli, laillisuusperiaate, rikosten yhtyminen, lainkonkurrenssi, toissijaisuuslauseke

¹ The author is a post-graduate student of law at the University of Helsinki. He holds master’s degrees in both law and economics. He also holds a licentiate’s degree in economics. He works in the Finnish Tax Administration as a senior adviser. His main fields of interest are company and securities market law as well as tax law. This article is based on a seminar paper prepared for a research seminar held during the Spring of 2014.

I JOHDANTO

WinCapita-tapaus on ollut varmasti yksi viime vuosien eniten julkisuutta saaneista suomalaisista rikostapauksista. Tämä on varsin ymmärrettävää paitsi tapauksen taloudellisen merkityksen myös rikoksen uhrien suuren lukumäärän vuoksi. Arviot WinCapitaan sijoitettujen varojen määrästä ovat liikkuneet jopa 100 miljoonan euron suuruusluokassa. WinCapitaan sijoittaneita henkilöitä on puolestaan arvioitu olevan jopa kymmenen tuhatta.²

Korkein oikeus antoi 27.2.2014 WinCapitan päätoimijaa Hannu Kailajärveä ja häntä avustanutta naishenkilöä koskeneen tuomion, joka julkaistiin vuosikirjaratkaisuna KKO 2014:7. Korkein oikeus katsoi ratkaisussa Kailajärven syyllistyneen törkeän petoksen lisäksi rahankeräysrikokseen. Häntä avustaneen naishenkilön korkein oikeus katsoi syyllistyneen avunantoon edellä mainittuihin rikoksiin.

Ratkaisussa KKO 2014:7 oli käsiteltävänä useita oikeuskysymyksiä. Näistä merkittävin koski sitä, estikö rikosoikeudellinen laillisuusperiaate tuomitsemasta Kailajärveä ja häntä avustanutta naishenkilöä rahankeräysrikoksesta. Tähän kysymykseen annettiin varsin mielenkiintoisin perusteluin kieltävä vastaus. Ratkaisussa oli lisäksi käsiteltävänä kolme muuta oikeuskysymystä. Niiden osalta ratkaisu ei kuitenkaan sisältänyt aivan yhtä mielenkiintoisia oikeudellisia kannanottoja kuin laillisuusperiaatteen osalta. Petosrikoksen osalta tapauksista ei enää korkeimmassa oikeudessa käsitelty, vaan tältä osin käräjäoikeuden tuomio jäi voimaan.

Tässä oikeustapauskommentissa käsitellään edellä mainittua WinCapitaa koskevaa korkeimman oikeuden ratkaisua. Oikeustapauskommentti keskittyy erityisesti laillisuusperiaatteen merkitystä koskevaan kysymyksenasetteluun, koska se on ratkaisun oikeuskysymyksistä mielenkiintoisin. Tarkastelun kohteeksi otetaan kuitenkin myös ratkaisussa esillä olleet oikeuskysymykset.

Oikeustapauskommentti jakautuu viiteen lukuun. Oikeustapauskommentin toisessa luvussa esitellään korkeimman oikeuden ratkaisu ja siinä esillä olleet keskeiset oikeuskysymykset. Kolmannessa luvussa tarkastellaan rikosoikeudelliseen laillisuusperiaatteeseen liittyvää kysymyksenasettelua ja neljännessä luvussa muita korkeimmassa oikeudessa esillä olleita oikeuskysymyksiä. Lopuksi luvussa viisi esitetään eräitä kokoavia päätelmiä.

2 TAPAUKSEN KUVAUS JA OIKEUSKYSYMYKSET

2.1 Tapauksen kuvaus

Tapauksessa oli kysymys siitä, että syytettynä ollut Kailajärvi oli antanut GiiClubin, WinClubin

² Keskusrikospoliisin tiedote ”WinCapitan tutkinta etenee”. Oikeuskirjallisuudessa tapauksista ovat käsitelleet muun muassa Kallio 2014, s. 53–72 ja Tapani 2014, s.740–751.

ja lopulta WinCapitan nimellä toimineen klubin Internet-sivuilla ja sähköpostivastauksissaan klubin jäsenille erehdyttävää tietoa, jonka mukaan klubi harjoittaisi erittäin tuottoisaa vedonlyöntitoimintaa ja maksaisi jäsenille tästä saatuja tuottoja. Kailajärvi oli lisäksi ilmaissut, että WinCapita kävisi saamillaan varoilla itse tuottoisaa valuuttakauppaa ja maksaisi jäsenille tästä saatuja tuottoja. Erehdyttävää tietoa olivat Kailajärven tietien levittäneet myös lukuisat muut henkilöt eli niin sanotut sponsorit. Tuhannet henkilöt olivat saamiensa tietojen perusteella sijoittaneet varojaan Kailajärven hallinnoimille tileille.

Todellisuudessa WinCapitan harjoittama vedonlyöntitoiminta ja sen koemielessä käymä vähäinen valuuttakauppa olivat olleet tappiollisia. Klubilla ei ollut ollut muuta tulolähdettä kuin jäsenten klubiin sijoittamat rahavarat. Kailajärvi oli kierrättänyt jäsenten klubille antamat varat rahansiirtoina toisille jäsenille ja omille pankkitileilleen. Varoja oli maksettu Kailajärven kehittämien laskenta- ja tuotonjakosääntöjen perusteella pääasiassa klubiin hyvin aikaisessa vaiheessa liittyneille jäsenille. Voitto-osuuksina maksetut määrät olivat siten olleet klubiin myöhemmin liittyneiden jäsenten suorittamista maksuista saatua laskennallista tuotto-osuutta.

WinCapitan kautta olivat saaneet varoja pääasiassa siihen hyvin aikaisessa vaiheessa liittyneet jäsenet. Sen sijaan klubiin toiminnan loppuvaiheessa liittyneet jäsenet olivat yleensä jääneet ilman luvattuja tuottoja ja menettäneet kaikki sijoittamansa varat. WinCapitan ”varat ja tulot” eli lähinnä Kailajärven hallinnoimille tileille kertyneet jäsenten maksut eivät millään laskennallisella hetkellä olleet riittäneet kattamaan jäsenten sijoituspanoksia ja niille ilmoitettuja huomattavia tuottoja. Kysymys ei siis ollut ollut todellisesta matala- tai korkeariskisestä sijoitustoiminnasta tai klubin jäsenrekisterin perusteella arvokkaasta kauppapaikasta. Lukuisille henkilöille oli näin aiheutettu taloudellista vahinkoa tai sen vaaraa ainakin 57 miljoonan euron arvosta.

2.3 Aikaisemmat käsittelyvaiheet

WinCapita-tapauksen tapauksen oikeuskäsittely alkoi Vantaan käräjäoikeudessa 2.2.2011. Syyttäjä vaati käräjäoikeudessa nostamassaan syytteessä Kailajärvelle viiden vuoden ehdotonta vankeusrangaistusta törkeästä petoksesta ja rahankeräysrikoksesta sekä häntä avustaneelle naishenkilölle tuomiota avunannosta kyseisiin rikoksiin.³

Käräjäoikeus antoi asiassa tuomionsa 2.12.2011. Käräjäoikeus tuomitsi Kailajärven törkeästä petoksesta neljän vuoden ehdottomaan vankeusrangaistukseen ja häntä avustaneen naishenkilön vuoden ehdolliseen vankeusrangaistukseen.⁴ Käräjäoikeus perusteli tuomiotaan sillä, että Kailajärvi oli hankkiakseen itselleen tai toiselle oikeudetonta taloudellista hyötyä erehdyttämällä ja erehdystä hyväksikäyttämällä saanut tuhannet ihmiset sijoittamaan varojaan WinCapitan toimintaan ja aiheuttanut näin lukuisille henkilöille taloudellista vahinkoa tai sen

3 Vantaan käräjäoikeuden (VanKäO) 2.12.2011 antama tuomio 11/4341, s. 4–7.

4 VanKäO 2.12.2011 nro. 11/4341, s. 486–489.

vaaraa.⁵ Kailajärvi oli tavoitellut rikoksella huomattavaa hyötyä, minkä lisäksi sillä oli aiheutettu huomattavaa ja erityisen tuntuvaan taloudellista vahinkoa. Tekoa oli myös kokonaisuutena arvostellen pidettävä törkeänä.⁶

Rahankeräysrikoksen osalta kärjäoikeus hylkäsi syytteet. Kärjäoikeus perusti ratkaisunsa siihen, että kielto järjestää rahankeräys pyramidipelin muodossa ei ollut riittävän yksiselitteisellä tavalla toteutettu kriminalisointi. Lisäksi kärjäoikeus totesi, että syyte olisi tullut hylätä myös rahankeräysrikoksia koskevan rikossäännöksen toissijaisuuslausekkeen perusteella.⁷ Sekä syyttäjä että syytetyt valittavat kärjäoikeuden tuomiosta hovioikeuteen.

Helsingin hovioikeus antoi asiassa tuomionsa 7.2.2013. Hovioikeus pysytti kärjäoikeuden tuomion törkeää petosta ja avunantoa törkeään petokseen koskevilta osin. Lisäksi hovioikeus katsoi Kailajärven syyllistyneen rahankeräysrikokseen ja tuomitsi hänet törkeästä petoksesta ja rahankeräysrikoksesta yhteiseen viiden vuoden vankeusrangaistukseen. Kailajärven avustajana toimineen naishenkilön hovioikeus tuomitsi avunannosta törkeään petokseen ja avunannosta rahankeräysrikokseen yhteiseen yhden vuoden kolmen kuukauden ehdolliseen vankeusrangaistukseen.⁸

Hovioikeus perusteli ratkaisuaan rahankeräysrikoksen osalta sillä, että tarkoitusperiltään kaikenlaisten rahankeräysten toimeenpano ketjukirjein tai pyramidipelin muodossa oli ollut rangaistavaa syytteessä tarkoitettuna tekoaikana riittävän täsmällisillä lain säännöksillä, jotka olivat oikeudellisesti olleet sanamuotonsa puitteissa tulkittavissa lainsäätäjän tarkoittamalla tavalla. Lisäksi hovioikeus totesi, että rahankeräysrikoksen ja petoksen tunnusmerkistöt suojasivat siinä määrin eri oikeushyviä, että molempia rangaistussäännöksiä voitiin soveltaa samanaikaisesti.⁹ Syytetyt valittavat hovioikeuden tuomiosta korkeimpaan oikeuteen.

2.3 Oikeuskysymykset korkeimmassa oikeudessa

5 VanKäO 2.12.2011 nro. 11/4341, s. 478–479. Petoksen tunnusmerkistö on rikoslain (39/1889) 36 luvun 1 §:ssä. Lainkohdan 1 momentin mukaan se joka, hankkiakseen itselleen tai toiselle oikeudetonta taloudellista hyötyä taikka toista vahingoittaakseen, erehdyttämällä tai erehdystä hyväksi käyttämällä saa toisen tekemään tai jättämään tekemättä jotakin ja siten aiheuttaa taloudellista vahinkoa erehtyneelle tai sille, jonka eduista tällä on ollut mahdollisuus määrätä, on tuomittava petoksesta sakkoon tai vankeuteen enintään kahdeksi vuodeksi.

6 VanKäO 2.12.2011 nro. 11/4341, s. 478–479. Törkeästä petoksesta säädetään rikoslain 36 luvun 2 §:ssä. Sen 1 ja 2 kohtien mukaan, jos petoksessa tavoitellaan huomattavaa hyötyä tai aiheutetaan huomattavaa tai erityisen tuntuvaan vahinkoa, ja petos on myös kokonaisuutena arvostellen törkeä, rikoksenteijä on tuomittava törkeästä petoksesta vankeuteen vähintään neljäksi kuukaudeksi ja enintään neljäksi vuodeksi.

7 VanKäO 2.12.2011 nro. 11/4341, s. 476–478.

8 Helsingin hovioikeuden (HelHO) 7.2.2013 antama tuomio numero 364, s. 23 ja 27.

9 HelHO 7.2.2013 nro. 364, s. 19 ja 21.

Korkein oikeus myönsi tapauksessa valitusluvan rajoitetusti.¹⁰ Korkein oikeus rajoitti valitusluvan koskemaan kysymystä siitä, onko Kailajärvi syyllistynyt hovioikeuden tuomiossa kerrotulla menettelyllä rahankeräysrikokseen ja häntä avustaneen naishenkilön avunantoon rahankeräysrikokseen. Törkeää petosta koskevan syytekohtan osalta hovioikeuden tuomio jäi lopulliseksi. Korkeimmassa oikeudessa oli ratkaistavana seuraavat neljä oikeuskysymystä:

- 1 Estikö rikosoikeudellinen laillisuusperiaate rahankeräysrikoksen lukemisen Kailajärven ja hänen avustajansa syyksi?
- 2 Jos vastaus ensimmäiseen kysymykseen on kielteinen, tuliko syytetyt kuitenkin vapauttaa rangaistusvastuusta rikoslain 4 luvun 2 §:ssä tarkoitetulla erehdysperusteella?
- 3 Estikö rikoslain 17 luvun 16 b §:n niin sanottu toissijaisuuslauseke joka tapauksessa rahankeräysrikoksen syyksi lukemisen kummankin syytetyn osalta?
- 4 Onko rangaistus tuomittu oikean määräisenä?¹¹

Edellä mainitusta ilmenee, että tapauksessa oli useita ennakkoratkaisukysymyksiä. Kaikki tapauksen ennakkoratkaisukysymykset olivat luonteeltaan niin sanottuja demonstratiivisia ennakkoratkaisukysymyksiä eli ne ilmaisivat pikemminkin harkintaohjeen kuin yksiselitteisen säännön¹². Seuraavaksi käsitellään yksityiskohtaisesti korkeimman oikeuden ratkaistavana olleita ennakkoratkaisukysymyksiä. Tarkastelu painottuu erityisesti ensimmäiseen kysymykseen eli laillisuusperiaatteen merkityksen tarkasteluun.

3 RIKOSOIKEUDELLINEN LAILLISUUSPERIAATE

3.1 Rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen sisällöstä

Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate on rikosoikeuden keskeisin periaate, joka on ilmaistu useissa Suomen kansallisen lain säännöksissä ja kansainvälisissä sopimuksissa.¹³ Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate sisältyy ensinnäkin Suomen perustuslain (731/1999) 8 §:ään. Kyseisen lainkohdan mukaan ketään ei saa pitää syyllisenä rikokseen eikä tuomita rangaistukseen sellaisen teon perusteella, jota ei tekohetkellä ole laissa säädetty rangaistavaksi. Rikoksesta ei

10 Oikeudenkäymiskaaren (4/1734) 30 luvun 3 §:n 2 kohdan mukaan valituslupa voidaan myöntää osittain. Tällöin valituslupa voidaan rajoittaa koskemaan kysymystä, jonka ratkaiseminen on tarpeen oikeuskäytännön ohjaamiseksi tai valituslupaperusteen kannalta muutoin.

11 KKO 2014:7, kohta 9.

12 Ennakkopäätösten ryhmittelystä katso esimerkiksi Möller 1993, 193 ss..

13 Rikosoikeudellisesta laillisuusperiaatteesta ja sen vaikutuksesta lainlulkintaan katso esimerkiksi Frände 2012, s. 27–56 ja Tapani 2006, s. 333–361. Laajimmin laillisuusperiaatetta on käsitelty Dan Fränden vuonna 1989 ilmestyneessä väitöskirjassa ”Den straffrättsliga legalitetsprincipen”.

saa tuomita ankarampaa rangaistusta kuin tekohetkellä on laissa säädetty.¹⁴ Rikosoikeudellisesta laillisuusperiaatteesta säädetään lisäksi rikoslain 3 luvun 1 §:ssä. Sen 1 momentin mukaan rikokseen syylliseksi saa katsoa vain sellaisen teon perusteella, joka tekohetkellä on laissa nimenomaan säädetty rangaistavaksi. Saman lainkohdan 2 momentin mukaan rangaistuksen ja muun rikosoikeudellisen seuraamuksen on perustuttava lakiin.¹⁵

Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate sisältyy niin ikään Euroopan ihmisoikeussopimuksen (EIS) 7 artiklaan¹⁶ ja kansalaisyhteiskunnallisia ja poliittisia oikeuksia koskevan yleissopimuksen (KP-sopimus) 15 artiklaan¹⁷. EIS 7 artiklan 1 kohdan mukaan ketään ei ole pidettävä syyppäänä rikokseen sellaisen teon tai laiminlyönnin perusteella, joka ei ollut tekohetkellä kansallisen lainsäädännön tai kansainvälisen oikeuden mukaan rikos. Rikoksen tekohetkellä sovellettavissa ollutta rangaistusta ankarampaa rangaistusta ei saa määrätä.¹⁸ KP-sopimuksen 15 artiklan 1 kohdan mukaan ketään ei ole pidettävä syyppäänä rikokseen sellaisen teon tai laiminlyönnin perusteella, joka ei ollut tekohetkellä kansallisen tai kansainvälisen lainsäädännön mukaan rikos. Rikoksen tekohetkellä sovellettavaa rangaistusta ankarampaa rangaistusta ei saa määrätä.¹⁹

Edellä mainitusta ilmenee, että rikosoikeudellinen laillisuusperiaate on kirjattu moneen eri säädökseen. Tämä osoittaa osaltaan periaatteen suurta merkitystä ja vahvaa velvoittavuutta rikosoikeudellisessa laintulkinnassa.²⁰ Rikosoikeudellista laillisuusperiaatetta voidaankin pitää

14 Rikosoikeudellisesta laillisuusperiaatteesta säädettiin ensimmäisen kerran perustuslain tasolla vuoden 1995 perusoikeusuudistuksessa. Laillisuusperiaate lisättiin tuolloin vuoden 1919 hallitusmuodon (94/1919) 6 a §:ään. Tästä huolimatta laillisuusperiaatteen katsottiin olevan voimassa ilman kirjoitetun lain tukea. HE 309/1993 vp, Yksityiskohtaiset perustelut, luku 1.1, 6 a §.

15 Rikoslakiin rikosoikeudellinen laillisuusperiaate lisättiin lain yleisiä oppeja koskevan uudistuksen yhteydessä. Katso HE 44/2002 vp, s. 13 ja 28–35.

16 Yleissopimus ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi (SopS 18/1990). Rikosoikeudellista laillisuusperiaatetta on nimenomaan Euroopan ihmisoikeussopimuksen näkökulmasta käsitelty esimerkiksi teoksessa Pellonpää ym. 2012, s. 643–651.

17 Kansalaisyhteiskunnallisia ja poliittisia oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus (SopS 7/1976).

18 Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on ratkaisukäytännössään painottanut laillisuusperiaatteen ehdottomuutta ja keskeistä asemaa oikeusjärjestyksessä (katso esimerkiksi *Del Río Prada v. Espanja* 21.10.2013 kohta 77 ja *Alimuçaj v. Albania* 7.2.2012 kohta 148). Laillisuusperiaate tulee ottaa huomioon yhtäläisesti riippumatta kulloinkin käsillä olevan rikoksen moitittavuudesta (näin esimerkiksi *Dragotoni ja v. Militaru-Pidhorni v. Romania* 24.5.2007 kohta 41).

19 Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate sisältyy lisäksi Euroopan unionin perusoikeuskirjan 49 artiklaan. Euroopan unionin rikosoikeuden näkökulmasta laillisuusperiaatetta on käsitelty muun muassa Melander 2010, s. 129–133.

20 Eri säädöksissä olevien laillisuusperiaatteen määritelmien keskeinen sisältö on sama. Määritelmät poikkeavat kuitenkin hieman toisistaan. HE 44/2002 vp, s. 13 on todettu, että rikoslain laillisuusperiaatetta koskeva säännös vastaa olennaisilta osiltaan perustuslain sääntelyä. Frände 2012, s. 28 on perustuslain 8 §:n ja rikoslain 3 luvun 1 §:n välistä suhdetta tarkastelleessaan lähtenyt siitä, että rikoslain säännös ainoastaan toistaa eri sanoin perustuslain säännöksen sisällön.

eräänlaisena rikosoikeudellisena metaperiaatteena.²¹

Rikosoikeudelliseen laillisuusperiaatteeeseen sisältyy useita eri osaperiaatteita.²² Ratkaisussa KKO 2014:7 näistä osaperiaateista sovellettavaksi tulivat kirjoitetun lain vaatimus (niin sanottu praeter legem -kielto) ja analogiakielto syytetyn vahingoksi. Ensimmäinen mainittu osaperiaatteen mukaan tuomioistuimien ei saa rangaistussäännöstä soveltaessaan mennä lain kirjaimen ulkopuolelle. Jälkimmäisen osaperiaatteen mukaan tuomioistuimien ei saa täydentää tai korjata lakia analogiapäätelmään turvautumalla.²³ Ratkaisussa tarkastelun kohteena olivat laillisuusperiaatteen näkökulmasta rahankeräysrikosta koskevat säännökset.

3.2 Rahankeräysrikosta koskeviin säännöksiin liittyvä kysymyksenasettelu

Tekoajkaan voimassaolleen rikoslain 17 luvun 16 b §:n 2 kohdan mukaan, joka tahallaan toimeenpanee rahankeräyksen vastoin rahankeräyslain 9 §:ssä säädettyä kieltoa, on tuomittava *rahankeräysrikoksesta*. *Rahankeräysrikoksena rangaistavaan tekoon syyllistynyt henkilö tuomitaan* sakkoon tai vankeuteen enintään kahdeksi vuodeksi, jollei teosta muualla laissa säädetä ankarampaa rangaistusta.²⁴

Rahankeräyslain (255/2006) 9 §:ssä säädetään kielletyistä rahankeräyksen toimeenpanosta. Pykälän 3 kohdan mukaan kiellettyä on muun ohessa järjestää rahankeräys pyramidipelin muodossa. *Pyramidipelillä tarkoitetaan* rahankeräyslain 4 §:n 5 kohdan mukaan toimintaa, jossa mukaan liittyvän henkilön ansainta- tai voittomahdollisuudet osaksi tai kokonaan muodostuvat vastikkeetta niistä maksuista, joita toimintaan myöhemmin mukaan liittyvät maksavat osallistumismaksuina tai muina kerta- tai toistuvaissuorituksina.

Laillisuusperiaatteen näkökulmasta ratkaisussa KKO 2014:7 ongelman muodostivat rahankeräyslain soveltamisalan rajaukset. Lain soveltaminen on ensinnäkin rajattu ainoastaan vastikkeetomaan toimintaan. Rahankeräyslain 3 §:n 1 momentin mukaan rahankeräyksellä tarkoitetaan toimintaa, jossa yleisöön vetoamalla kerätään vastikkeetta rahaa. Toiseksi lain soveltaminen

21 Tapani 2006, s. 334. Laillisuusperiaatetta on käsitelty kymmenissä korkeimman oikeuden vuosikirjaratkaisuissa, joista viimeisimpinä voidaan mainita ratkaisut KKO 2013:50, KKO 2013:12 ja KKO 2012:37.

22 HE 44/2002 vp, s. 13 ja 28–35. Laillisuusperiaatteen katsotaan vakiintuneesti muodostuvan neljästä osaperiaatteesta. Nämä ovat ratkaisussa KKO 2014:7 esiin nousseiden kirjoitetun lain vaatimuksen ja analogiakielton ohella taannehtivan rikoslain kielto ja epätäsmällisyyskielto. Laillisuusperiaatteeeseen liittyy lisäksi niin sanottu lievimmän lain periaate. Katso tarkemmin esimerkiksi Frände 2012, s. 29–30 ja Tapani 2006, s. 334.

23 KKO 2014:7, kohta 17.

24 Rikoslain 17 luvun 16 b § sellaisena kuin se oli rikoslain 17 luvun muuttamisesta annetulla lailla (257/2006) muutetussa muodossaan. Rikoslakia on sittemmin muutettu nykyiseen muotoonsa 1 päivänä lokakuuta 2010 voimaantulleella lailla rikoslain muuttamisesta (663/2010). Tässä yhteydessä ei tehty muutoksia tuolloin voimassaolleen 17 b §:n sisältöön, vaan kyseinen säännös ainoastaan siirrettiin uudeksi 17 c §:äksi. Rahankeräysrikoksista yleisesti Lappi-Seppälä ja muut 2014, Osa II, luku 7.11.3.

koskee, eräitä laissa säädettyjä poikkeuksia lukuun ottamatta, ainoastaan yleishyödyllisen toiminnan rahoittamiseksi harjoitettua toimintaa. Tämä ilmenee implisiittisesti rahankeräyslain 1 §:stä, jonka mukaan lain tarkoituksena on mahdollistaa yleishyödyllisen toiminnan rahoittamiseksi järjestettävät rahankeräykset ja estää epärehellinen toiminta rahankeräysten yhteydessä.²⁵

WinCapitassa ei ollut kysymys vastikkeettomasta toiminnasta, vaan toimintaan osallistuminen perustui odotuksiin sijoituksen vastineeksi saatavasta tuotosta. Toiminnassa ei myöskään ollut kysymys millään muotoa yleishyödyllisestä toiminnasta, vaan puhtaasta voitontavoittelusta. Näiden seikkojen vuoksi ratkaisussa KKO 2014:7 nousi esille kysymys siitä, voitiinko rikoslain rahankeräysrikoksia koskevaa sääntelyä lainkaan soveltaa WinCapitan toimintaan. Tämän asian pohdinta muodostikin keskeisen osan korkeimman oikeuden päättelystä.

Laillisuusperiaatteen kannalta ratkaisussa KKO 2014:7 oli siis kysymys siitä, kävikö rikoslain asianomaisesta rangaistussäännöksestä ja rahankeräyslaista rahankeräysrikoksen syyksilukemisen edellyttämällä tarkkuudella ilmi se, että pyramidipeli on rangaistavaa syytteessä tarkoitettussa muodossa eli myös silloin, kun pelin järjestäminen ei tähtää yleishyödyllisen toiminnan rahoittamiseen vastikkeetta rahankeräyslain 1 §:ssä ja 3 §:n 1 momentissa säännellyllä tavalla.²⁶

3.2 Korkeimman oikeuden päättely

Korkein oikeus tarkasteli ratkaisussaan rahankeräysrikoksia koskevan sääntelyn lainsäädäntöhistoriaa vuonna 1939 voimaantulleesta eräänlaisten rahankeräysten kieltämisestä annetusta laista (65/1939) alkaen.²⁷ Mainitulla lailla kiellettiin ensimmäisen kerran ketjukirjeen avulla tapahtuva rahan kerääminen. Sääntelyä on tämän jälkeen nimenomaisesti laajennettu myös muihin vastaaviin menettelyihin, muun muassa pyramidipeliin. Korkein oikeus totesi johtopäätöksensä, että rahankeräyslakien lainsäädäntöhistoriasta ei ilmene, että lainsäätäjän tarkoituksena olisi ollut rikoksen tekohekellä voimassaolleen rahankeräysrikoksia koskevan lainsäädännön säätämisen yhteydessä poistaa rangaistavuutta jo vuonna 1939 rangaistaviksi säädettyiltä ketjukirjeellä tai siihen verrattavalla tavalla järjestetyiltä rahankeräyksiltä kuten pyramidipeleiltä.²⁸

Seuraavaksi korkein oikeus otti kantaa siihen, millainen oli katsottava olleen tekoaikana voimassaolleen oikeuden sisältö tapauksessa kuvatun teon osalta. Korkein oikeus totesi, että huolimatta lain säännösten ristiriitaisuudesta lainsäätäjällä on lain esitöiden perusteella ollut

25 Katso tarkemmin HE 102/2005 vp, s. 1, 18, 19 ja 24.

26 KKO 2014:7, kohta 15.

27 KKO 2014:7, kohta 20–28. Korkeimman oikeuden tarkastelun kohteena olivat HE 50/1938 vp, s. 1 ja LaVM 18/1938 vp, s. 1 sekä HE 27/1980 vp, s. 4, HE 3/1983 vp, s. 2 sekä HE 102/2005 vp, s. 35. Korkeimman oikeuden enemmistön perusteluja on analysoinut perusteellisesti Tapani 2014, s. 743–744.

28 KKO 2014:7, kohta 28. Tältä osin myös ratkaisun lopputuloksesta eri mieltä olleet oikeusneuvokset yhtyivät enemmistön perusteluihin.

ilmeinen tarkoitus säätää rangaistavaksi kaikenlainen pyramidipelin järjestäminen.²⁹ Korkein oikeus jatkoi toteamalla, että käsitteiden tulkinta on välttämätöntä ja oikeutettua myös yksittäisiä rikostunnusmerkistöjä sovellettaessa.³⁰ Korkein oikeus totesi lisäksi, että tapauksessa on välttämätöntä tulkita rahankeräyslain määritelmäsäännöksiä yksittäisinä normeina sekä arvioida tulkinnallisesti niiden välisiä suhteita toisiinsa pyramidipelin kiellon rangaistavuuden kannalta.³¹

Korkein oikeus lausui johtopäätöksensä, että rahankeräyslakia oli edellä selostetusta lakitekstin ristiriitaisuudesta huolimatta tapauksessa perusteltua tulkita siten, että merkitystä annetaan sille lainsäätäjän tahdolle, joka lain säätämishistoriasta ja esitöistä ilmenee. Korkein oikeus totesi edelleen, että sanalla rahankeräys voi olla eri merkityksiä soveltamistilanteesta riippuen, joten sitä ei voida terminä tässä yhteydessä painottaa. Korkein oikeus päätyi siten katsomaan, että rahankeräysten järjestäminen pyramidipelin muodossa missä tahansa tarkoituksessa on ollut WinCapitan toiminnan aikaan kiellettyä ja siten rangaistavaa.³²

Eri mieltä ollut oikeusneuvos Littunen totesi lausunnossaan vuoden 2002 rikoslain yleisiä oppeja koskevan uudistuksen esitöihin viitaten, että samalle käsitteelle ei voida rikoslain tulkinnassa antaa sekä yleiskielistä että juridis-teknistä merkitystä. Tällainen tavoite ei hänen mukaansa myöskään ilmennyt erityisesti rahankeräysrikosten osalta niitä koskevan sääntelyn esitöistä. Lisäksi hän toi esille epäilyksensä siitä, voitiinko WinCapitan toimintaa ylipäänsäkään pitää rahankeräyksenä edes sanan yleiskielisessä merkityksessä. Kailajärven menettely ei myöskään millään tavalla liittynyt rahankeräyslain mukaiseen rahankeräykseen. Tämän vuoksi tulkinta rahankeräyksen tunnusmerkistön täyttymisestä olisi ollut hänen mukaansa kiellettyä lain sanamuodon ulkopuolelle menevää laajentavaa tulkintaa syytetyn vahingoksi.³³

Lopuksi korkein oikeus tarkasteli tilannetta sääntelyn selkeyden näkökulmasta. Korkein oikeus totesi aluksi edellä selostetun sääntelyn ongelmallisuuden viitaten muun muassa korkeimman

29 KKO 2014:7, kohta 31. Eri mieltä olleen oikeusneuvos Littusen lausunnossa todettiin olevan ilmeistä, että säännöksiä laadittaessa on tapahtunut lainsäädäntötekniinen virhe.

30 KKO 2014:7, kohta 32. Korkein oikeus on oikeuskäytännössään katsonut käsitteiden tulkinnan olevan välttämätöntä ja oikeutettua myös yksittäisiä rikostunnusmerkistöjä sovellettaessa edellyttäen, että tulos on sopusoinnussa tunnusmerkistöstä ilmenevän, rangaistusuhalla tavoitellun suojan tarkoituksen kanssa ja että lopputulos on kohtuudella tekijän ennakoitavissa (katso esimerkiksi KKO 2013:55, KKO 2013:12, KKO 2004:46 ja KKO 2002:11). Samoin Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on ratkaisukäytännössään tuonut esiin säännösten tulkinnan välttämättömyyden, asettanut hyväksyttävälle tulkinnalle samansisältöisen teonhetkisen ennakoitavuuden vaatimuksen ja edellyttänyt, että lopputulos on yhteneväinen kulloinkin kyseessä olevan rikoksen ydinolemuksen kanssa (näin esimerkiksi C.R. v. Iso-Britannia 22.11.1995 kohta 34 sekä Jorgic v. Saksa 12.7.2007 kohta 109). Katso myös Frände 2012, s. 47–55.

31 KKO 2014:7, kohta 34.

32 KKO 2014:7, kohta 35.

33 Oikeusneuvos Littusen lausunto, johon oikeusneuvos Rautio yhtyi. Eri mieltä olleet oikeusneuvokset olivat siten perusteluissaan samoilla linjoilla Vantaan kärjäoikeuden kanssa. HE 44/2002 vp, s. 34. Vähemmistöön jääneiden oikeusneuvosten perusteluja on analysoinut perusteellisesti Tapani 2014, s. 747–749.

oikeuden oikeuskäytännön puuttumiseen.³⁴ Tämän jälkeen korkein oikeus arvioi, täyttikö sääntely ennakoitavuuden vaatimuksen. Tarkasteltaessa sitä, mikä on ollut kansalaisten ja yhteisöjen mahdollisuus kohtuudella ennakoida nyt puheena olevan sääntelyn tulkinta kussakin tapauksessa, korkeimman oikeuden mukaan on perusteltua ottaa huomioon niiden henkilöiden ja yhteisöjen asema, joihin sääntely kohdistuu.³⁵

Korkein oikeus totesi Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuun *Cantoni v. Ranska* 11.11.1996 viitaten, että laki voi täyttää ennakoitavuuden vaatimukset, vaikka sen kohteena oleva henkilö joutuu hankkimaan oikeudellista apua arvioidakseen seuraamukset, joihin jokin toiminta voi johtaa. Henkilöltä, joka on mukana sellaisessa ammatillisessa tai kaupallisessa toiminnassa, johon liittyy riskejä, voidaan tässä suhteessa odottaa enemmän kuin keskivertoihmiseltä.³⁶

Korkein oikeus myös totesi, että asianmukainen selonotto sanotunlaisen toiminnan oikeudellisesta luonteesta olisi johtanut kysyjän kääntymään viime kädessä rahankeräyksiä valvovan viranomaisen puoleen. Niitä selvitysmahdollisuuksia, joita WinCapitan toimijoilla on ollut käytettävissään, ei ollut ilmennyt käytetyn. Selonotto olisi, huomioon ottaen sanotun viranomaisen tässäkin asiassa myöhemmin ilmennyt kanta, tehnyt selväksi, että syytetyillä oli ollut todellinen riski joutua syytetyksi rahankeräysrikoksesta.³⁷

Ratkaisun perusteella taloudellista toimintaa harjoittavalta henkilöltä edellytetään siis tietynlaista selonottovelvollisuutta toimintaa koskevasta sääntelystä, mukaan lukien rikosoikeudellinen sääntely.³⁸ Toiminnan harjoittaja ei toisin sanoen voi vedota siihen, että toimintaa koskeva sääntely ei ole yleisesti tiedossa, vaan häneltä edellytetään omaa aktiivisuutta asianomaisen sääntelyn sisällön selvittämisessä. Aktiivisuus voi ilmetä esimerkiksi viranomaisten puoleen kääntymisenä tai oikeudellisten asiantuntijapalveluiden hankkimisena. Tällaista vaatimusta voidaan toki pitää kohtuullisena.³⁹

WinCapitan toiminnan luonne huomioon ottaen on varsin ymmärrettävää, että asiassa ei ollut

34 KKO 2014:7, kohta 38. Korkein oikeus viittasi ratkaisussaan alempien oikeusasteiden vuosina 2005 ja 2007 annettuihin tuomioihin niin sanotussa WGI-tapauksessa, jossa syytetyt tuomittiin pyramidipelin muodossa toteutetusta rahankeräysrikoksesta.

35 KKO 2014:7, kohta 38.

36 KKO 2014:7, kohta 39. Ratkaisussa *Cantoni v. Ranska* 11.11.1996 oli kysymys tapauksesta, jossa ranskalaisen valintamyymälän johtaja oli tuomittu sakkoihin, koska myymälässä oli myyty laissa säädetyn kiellon vastaisesti lääkkeiksi luokiteltuja tuotteita. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimien katsoi ratkaisussa, että sääntelyn vaikeaselkoisuudesta huolimatta hänen olisi ainakin oikeudellisen neuvojen avulla ollut mahdollista ennakoida luvattomasta lääkkeiden myynnistä seuraava rangaistus. Sääntely täytti siten ennakoitavuuden vaatimuksen. Pellonpää ja muut 2012, s. 645–646.

37 KKO 2014:7, kohta 42.

38 Kysymys on tietystä mielessä jo roomalaisen oikeuden periaatteisiin kuuluneen *ignorantia iuris non nocet* -periaatteen sovelluksesta.

39 Samaan lopputulokseen on päätenyt Kallio 2014, s. 57.

käännetty oikeudellisten avustajien tai viranomaisen puoleen toimintaa koskevan sääntelyn sisällön selvittämiseksi. Tarkoituksellisesti petolliseen toimintaan ryhtyvä henkilö tuskin yleensä ryhtyy etukäteen varta vasten selvittämään sitä, minkälaisiin rikoksiin hän mahdollisesti toiminnassaan syyllistyy. Korkeimman oikeuden ratkaisusta KKO 2014:7 ilmenee, että tällainen henkilö ei kuitenkaan voi tehokkaasti vedota puolustukseksi sääntelyn vaikeaselkoisuuteen tai yllättävyyteen. Vaikka tällainen päättely on yleisesti ottaen hyväksyttävissä, se ei sinänsä poista sitä tosiasiaa, että sääntely on ollut tässä tapauksessa yllättävää.

Lainsäätäjän tarkoituksena on ollut epäilyksettä säätää rikosoikeudellisesti rangaistavaksi pyramidipelin järjestäminen. Tämä on kiistatta tarkoituksenmukainen ratkaisu myös kriminaalipoliittisesta näkökulmasta. Tästä huolimatta on jossain määrin yllättävää, että pyramidipeliä pidetään lainsäätäjän käsityksen mukaan rahankeräyksenä. Rahankeräys-sana viittaa sekä yleiskielisessä että rahankeräyslain mukaisessa juridis-teknisessä merkityksessä jonkinlaiseen vastikkeettomaan toimintaan, ei voitontavoittelutarkoituksessa harjoitettuun toimintaan. Siten voidaan varsin perustellusti kyseenalaistaa pyramidipelin sanktioiminen rahankeräysrikoksena.

Laillisuusperiaatetta koskenut oikeudellinen epäselvyys johtui paljolti siitä, että pyramidipeli määritellään lainsäädännössä yhdeksi rahankeräyksen alatyypiksi. Ongelma olisi ratkaistavissa sijoittamalla pyramidipeliä, ketjukirjettä ja muita vastaavia järjestelyjä koskevat kiellot muualle kuin yleishyödyllistä vastikkeetonta rahankeräystoimintaa koskevaan rahankeräyslakiin.⁴⁰ Lisäksi voisi olla tarkoituksenmukaista harkita, onko edellä mainittuja rikollisen toiminnan muotoja myöskään tarkoituksenmukaista sisällyttää rikoslaisissa rahankeräysrikokset-nimikkeen alle.

4 MUUT ENNAKKORATKAISUKYSYMYKSET

4.1 Oliko kysymys kieltoerehdyksestä?

Kieltoerehdys on yksi rikosoikeudellisen vastuun edellytyksenä olevan syyllisyyden poistavista seikoista.⁴¹ Kieltoerehdyksestä säädetään rikoslain 4 luvun 2 §:ssä. Lainkohdan mukaan, jos tekijä erehtyy pitämään tekoaan sallittuna, hän on rangaistusvastuusta vapaa, jos erehtymistä on pidettävä ilmeisen anteeksiannettavana esimerkiksi lain sisällön erityisen vaikeaselkoisuuden tai viranomaisen virheellisen neuvon vuoksi.⁴² Rikoslain esitöiden perusteella pelkkä säännösten tulkinnanvaraisuus ei kuitenkaan riitä, vaan vastuusta vapautuminen edellyttää, että lain sisällön selvittäminen aiheuttaa ylivoimaisia taikka kohtuuttomia vaikeuksia.⁴³

Kailajärvi oli korkeimmassa oikeudessa vaatinut toissijaisesti syytteen hylkäämistä myös sillä

40 Vastaavan suuntaisia ajatuksia ovat esittäneet myös Kallio 2014, s. 57 ja Tapani 2014, s. 751.

41 Syyllisyyden vaatimus rikosoikeudellisen vastuun edellytyksenä on oikeuskirjallisuudessa johdettu Suomen perustuslain 1 §:ssä tarkoitettusta ihmisarvon kunnioittamisen periaatteesta. Frände 2012, s. 165.

42 Kieltoerehdyksestä katso esimerkiksi Frände 2012, s. 185–189.

43 HE 44/2002 vp, s. 113.

perusteella, että hänen ei voitu katsoa olleen selvillä rahankeräysnormiston sisällöstä sen epäselvyyden vuoksi. Korkein oikeus kuitenkin totesi, että rahankeräysrikosta koskevan sääntelyn ei voida katsoa olleen erityisen vaikeaselkoista. Mistään ei myöskään ilmennyt, että Kailajärvi olisi pyrkinyt ottamaan selvää sääntelyn tulkinnasta. Hän oli lisäksi tietoinen niin sanotussa WGI-tapauksessa annetusta tuomiosta, jossa WinCapitan tyyppiseen pyramidipeliin osallistuneet henkilöt oli tuomittu rahankeräysrikoksesta. Kysymys ei siten ollut kieltoerehdyksestä.⁴⁴

Sinänsä on varsin ilmeistä, että Kailajärvi tai häntä avustanut naishenkilö tuskin erehtyi pitämään menettelyään sallittuna. Tapauksen olosuhteet olivat sellaiset, että hänen täytyi epäilyksettä ymmärtää syyllistyvänsä menettelyllään petokseen. Tästä asiasta erillinen kysymys on kuitenkin se, saattoiko Kailajärvi mitenkään voida olettaa syyllistyvänsä rahankeräysrikokseen. Voidaan pitää varsin epätodennäköisenä, että hän olisi mieltänyt järjestävänsä rahankeräyslaissa tarkoitettua rahankeräystä. Tämä puoltaisi osaltaan kieltoerehdyksestä koskevan sääntöksen soveltumista. Toisaalta voidaan taas ajatella, että Kailajärven on täytynyt ymmärtää, että pyramidipelin järjestäminen on sinänsä kiellettyä riippumatta kiellon lainsäädäntöteknisestä toteuttamistavasta. Kysymys on tältä osin kuitenkin oikeastaan siitä, saattoiko hän ymmärtää petoksen ohella syyllistyneensä kielletyn pyramidipelin järjestämiseen eli olisiko kysymyksessä ollut anteeksiannettavalla tavalla väärä tulkinta konkurrenssista.

Edellä mainittuun korkeimman oikeuden kommenttiin siitä, että rahankeräysrikosta koskevan sääntelyn ei voida katsoa olevan erityisen vaikeaselkoista, voidaan myös suhtautua jossain määrin kriittisesti. Sääntelyn tulkinnanvaraisuus ilmenee pelkästään siitä, että asiaa jouduttiin käsittelemään korkeimmassa oikeudessa, jossa kaksi oikeusneuvosta oli erimielisiä korkeimman oikeuden enemmistön kanssa.

4.2 Toissijaisuuslausekkeen merkitys

Rahankeräysrikosta koskevassa rikoslain 17 luvun 16 b §:ssä on niin sanottu toissijaisuuslauseke.⁴⁵ Lainkohdan mukaan rahankeräysrikoksesta on tuomittava, jollei teosta muualla laissa säädetä ankarampaa rangaistusta. Lain esitöissä on todettu, että tapauksesta riippuen rahankeräysrikoksen rinnalla saattaisi toteutua esimerkiksi tiettyihin asianomistajiin kohdistuvia petoksia tai jopa törkeitä petoksia.⁴⁶ Korkeimmassa oikeudessa oli yhtenä oikeuskysymyksenä arvioitavana se, estikö edellä mainittu toissijaisuuslauseke syytettyjen tuomitsemisen rahankeräysrikoksesta.

Korkein oikeus totesi, että lähtökohtana voidaan pitää sitä, että rahankeräysrikos sisältyy ankarammin rangaistavaan rikokseen. Korkein oikeus kuitenkin jatkoi toteamalla, että samalla on kuitenkin otettava huomioon käsillä olevan tapauksen tosiseikat ja niiden kriminalisointien

44 KKO 2014:7, kohta 46–47.

45 Toissijaisuudesta eli subsidiariteetista Frände 2012, s. 276.

46 HE 102/2005 vp, s. 56.

suojelukohteet, joita teko ulkoisesti toteuttaa.⁴⁷ Korkein oikeus totesi myös, että käsillä olevaa tilannetta on siis perusteltua tarkastella, paitsi itse menettelynä, myös kokonaisuutena, jossa otetaan huomioon niin petos- ja rahankeräysrikosten kriminalisointien suojeluintressit kuin WinCapitan toiminnan luonnetta koskevat näkökohdat.⁴⁸

Seuraavaksi korkein oikeus tarkasteli petosrikoksen tunnusmerkistöä ja kriminalisoinnin suojan kohdetta. Korkein oikeus totesi, että petosrikoksen tunnusmerkistö rakenne ei edellytä täytännönpanotoimena pyramidipelijärjestelmää. Petoksen tunnusmerkkejä ovat erehdyttäminen, erehdys, erehdyksen vallassa suoritettu määräämistoimi ja siitä aiheutunut vahinko.⁴⁹ Vaikka petos on luonteeltaan varallisuusrikos, keskeinen suojelun kohde petosrikoksessa on luottamus sopimussuhteisiin ja yksittäinen ihminen erilaisissa vaihdantatilanteissa.⁵⁰

Korkein oikeus vertasi tämä jälkeen petosta rahankeräysrikokseen. Korkeimman oikeuden mukaan suojelun kohteena rahankeräysrikoksissa on ennalta rajoittamaton ja määrittelemätön henkilöjoukko eli yleisö.⁵¹ Rahankeräysrikos ei siten edellytä yksittäisten asianomistajien olemassaoloa eikä kenenkään erehtymistä keräyksen luonteesta pyramidipelinä.⁵² Pyramidipelin muodossa toimeenpanulle rahankeräysrikokselle on toisaalta tyypillistä, että se laajenee nopeasti koskemaan yhä kasvavia ihmisjoukkoja. Tämän vuoksi pyramidipelin kaatuessa vahingot eivät ole yksinomaan taloudellisia, vaan myös sosiaalisia. Pahimmillaan laajat pyramidipelit ovat aiheuttaneet merkittävää levottomuutta yhteiskunnassa. Pyramidipelien toimeenpanon kieltämisellä suojataan siten viime kädessä yhteiskuntarauhaa.⁵³ Rahankeräysrikoksen ja petoksen tunnusmerkistöt ja suojan kohde erosivat siten korkeimman oikeuden mukaan siinä määrin toisistaan, että rahankeräysrikos ei sisältynyt törkeään petokseen.

Eri mieltä ollut jäsen Littunen totesi lausunnossaan, että Kailajärven järjestämä rahan kerääminen, joka täyttää törkeän petoksen tunnusmerkistön, ei millään tavalla vaaranna laillisia rahankeräyksiä. Hän totesi myös, että rahan kerääminen pyramidipelin muodossa voinee siinä ääritapauksessa aiheuttaa laajoja haitallisia vaikutuksia yhteiskunnassa, mutta vastaava vaikutus voinee olla myös laajaan asianomistajajoukkoon kohdistuvalla petosrikoksella. Tässä tapauksessa ei ollut hänen mukaansa väitetty johtuneen sellaisia laajoja vaikutuksia, joita ei

47 KKO 2014:7, kohta 49.

48 KKO 2014:7, kohta 50. Kallio 2014 huomauttaa, että korkein oikeus on katsonut lainkonkurrensia koskevassa oikeuskäytännössään johdonmukaisesti, että tapauksissa sovelletaan useampia rangaistussäännöksiä silloin, kun sovellettavien rangaistussäännösten taustalla on hahmoteltavissa eri oikeushyvät. Hän mainitsee tästä esimerkkinä korkeimman oikeuden ratkaisut KKO 1997:108 ja KKO 2010:52.

49 KKO 2014:7, kohta 52.

50 KKO 2014:7, kohta 53. HE 66/1988 vp, s. 134.

51 KKO 2014:7, kohta 54. HE 102/2005 vp, s. 56.

52 KKO 2014:7, kohta 52.

53 KKO 2014:7, kohta 55. HE 102/2005 vp, s. 16.

aiheutuisi jo hänen tekemästään törkeästä petoksesta. Kailajärven menettelystä ei siten ollut aiheutunut sellaista vahinkoa tai vahingon vaaraa rikoksen asianomistajille tai yhteiskunnan yleisellekään edulle, joka ei tulisi rikosoikeudellisesti riittävästi arvostelluksi sen törkeän petoksen yhteydessä, josta hänet on tuomittu.⁵⁴

Korkeimman oikeuden ratkaisun perusteella rahankeräysrikoksia koskevan säännöksen toissijaisuuslausekkeen soveltamista on petosrikosten yhteydessä arvioitava tapauskohtaisesti. Rahankeräyksen toteuttamistavalla on tässä arvioinnissa ratkaiseva merkitys, sillä eri tavoin toteutetuilla rahankeräyksillä saatetaan loukata erilaisia oikeushyviä. Pyramidipelin muodossa toteutetun rahankeräysrikoksen osalta voitaneen aina tuomita sekä petoksesta että rahankeräysrikoksesta. Ketjukirjeen avulla tai siihen verrattavalla tavalla toteutetun rahankeräysrikoksen osalta tilanne lienee sama. Sen sijaan esimerkiksi ilman rahankeräyslain 5 §:ssä tarkoitettua lupaa toteutetun rahankeräyksen osalta tuskin voinee tulla samaan aikaan kyseeseen tuomitseminen sekä rahankeräyksestä että muusta rikoksesta. Ratkaisu ilmaisee siis jälleen kerran sen, että toissijaisuuslausekkeen merkitystä arvioitaessa keskeinen merkitys on yksittäisen rikossäännöksen suojeluintressillä.

4.3 Rangaistuksen mittaaminen

Rangaistuksen määräämistä koskevat säännökset ovat rikoslain 6 luvussa.⁵⁵ Luvun 3 §:n 1 momentin mukaan rangaistusta määrättäessä on otettava huomioon kaikki lain mukaan rangaistuksen määrään ja lajiin vaikuttavat perusteet sekä rangaistuskäytännön yhtenäisyys. Saman luvun 4 §:n mukaan rangaistus on mitattava niin, että se on oikeudenmukaisessa suhteessa rikoksen vahingollisuuteen ja vaarallisuuteen, teon vaikuttimiin sekä rikoksesta ilmenevään muuhun tekijän syyllisyyteen.

Viimeisenä oikeuskysymyksenä korkeimmassa oikeudessa oli arvioitavana hovioikeuden syytetyille tuomitsemien rangaistusten määrät. Hovioikeus oli tuominnut Kailajärven viiden vuoden ehdottamaan vankeusrangaistukseen ja häntä avustaneen naishenkilön yhden vuoden kolmen kuukauden ehdolliseen vankeusrangaistukseen. Molemmat syytetyt olivat valittaneet rangaistustensa määristä korkeimpaan oikeuteen ja vaatineet rangaistustensa alentamista.

Hovioikeus oli tuomiossaan ensin arvioinut kärjäoikeuden Kailajärvelle tuomitseman neljän

54 Äänestyslausunnon perustelut olivat tältä osin huomattavasti vakuuttavammat kuin kärjäoikeuden tuomion perustelut. Kärjäoikeus totesi toissijaisuuslausekkeen soveltuvuutta koskevilla perusteluilla käsityksensä, että lainsäätäjän ainoa tarkoitus oli ollut säätää pyramidipelin toimeenpano rangaistavaksi niissäkin tapauksissa, joissa se ei täyttänyt minkään muun rikoksen tunnusmerkistöä. Vaikka rikosten suojeleobjektit tässä tapauksessa olivat erilaiset, sille seikalle ei voitu antaa ratkaisevaa merkitystä, kun rangaistussäännös sisälsi nimenomaisen toissijaisuuslausekkeen.

55 Rangaistuksen mittaamisesta katso esimerkiksi Frände 2012, s. 382–387.

vuoden ehdottoman vankeusrangaistuksen oikeasuhtaisuutta.⁵⁶ Käräjäoikeus oli perustanut rangaistuksen siihen, että toiminta oli ollut poikkeuksellisen suunnitelmallista ja pitkäkestoista ja sen vuoksi soveltanut rikoslain 5 luvun 6 §:n koventamisperustetta. Rangaistusta ankaroitavana seikkana oli otettu lisäksi huomioon tuhansille asianomistajille aiheutetut 57 miljoonan euron vahingot sekä useille asianomistajille aiheutetut suuret henkiset ja terveydelliset ongelmat.⁵⁷ Hovioikeus oli rangaistuksen määrää arvioituaan todennut, että vaikka törkeän petoksen rangaistusasteikon mukaisen neljän vuoden enimmäisrangaistuksen tuomitseminen oli erittäin poikkeuksellista, käräjäoikeuden soveltamat perusteet antoivat kuitenkin tässä tapauksessa rikoksen poikkeuksellisen vakavuuden vuoksi aiheen hyväksyä sanottu rangaistus törkeästä petoksesta.⁵⁸

Hovioikeus oli lisäksi todennut, että Kailajärvi olisi rikoksen poikkeuksellisen vakavuuden vuoksi tuomittu myös pyramidipelistä yksinään laissa säädettyyn enimmäisrangaistukseen, joka on kaksi vuotta vankeutta. Tämä puolsi yhteisen vankeusrangaistuksen määräämistä ankaraksi. Toisaalta rikosten keskinäinen yhteys puolsi yhteisen rangaistuksen määräämistä lievemmäksi. Kokonaisuudessaan rikoksia rikoslain 7 luvun 5 §:n 2 momentin periaatteiden valossa arvioidessaan hovioikeus harkitsi yhteisen vankeusrangaistuksen määräksi viisi vuotta. Kailajärveä avustaneen naishenkilön hovioikeus tuomitsi yhteiseen yhden vuoden ja kolmen kuukauden ehdolliseen vankeusrangaistukseen.⁵⁹

Rangaistuksen mittaamisen osalta korkein oikeus pysytti hovioikeuden ratkaisun tyytyen viittamaan hovioikeuden ratkaisun perusteluihin. Korkein oikeus totesi rangaistusten olevan oikeudenmukaisessa suhteessa syyksi luettujen rikosten vahingollisuuteen ja vaarallisuuteen sekä niistä ilmenevään syyllisyyteen nähden. Rangaistuksia ei siten ollut aihetta alentaa.⁶⁰ Korkeimman oikeuden ratkaisun perustelut eivät siis tuoneet mitään uutta hovioikeuden rangaistuksen mittaamista koskevaan argumentointiin.

Rangaistuksen mittaamista koskevan ennakkoratkaisukysymyksen osalta ratkaisun anti rajoittuu lähinnä siihen, että ratkaisusta ilmenee yksi tilanne, jossa petosrikoksesta voidaan tuomita rangaistusasteikon mahdollistama enimmäisrangaistus. Huomionarvoista on toisaalta se, että ratkaisussa ei lainkaan tullut arvioitavaksi, olisiko Kailajärvelle voitu määrätä lain salliman yhteisen rangaistuksen enimmäismäärä, joka olisi ollut törkeän petoksen ja rahankeräysrikoksen

56 HelHO 7.2.2013 nro. 364, s. 27–28.

57 VanKäO 2.12.2011 nro. 11/4341, s. 480.

58 HelHO 7.2.2013 nro. 364, s. 28.

59 KKO 2014:7, kohta 62 ja HelHO 7.2.2013 nro. 364, s. 28. Ehdottoman vankeusrangaistuksen lisäksi Kailajärvi tuomittiin menettämään sotilasarvonsa ja rikoksella saatua hyötyä 6 017 221 euroa.

60 KKO 2014:7, kohta 64. Myös eri mieltä olleet oikeusneuvokset yhtyivät enemmistön rangaistuksen mittaamista koskeviin perusteluihin.

osalta kuusi vuotta vankeutta.⁶¹ Tämä johtui siitä, että syyttäjä ei valittanut hovioikeuden tuomiosta.⁶² Korkeimman oikeuden kantaa ei voida päätellä ratkaisun perusteluistakaan, koska korkein oikeus tyytyi uutta harkintaohjetta esittämättä viittaamaan hovioikeuden tuomion perusteluihin.

5 KOKOAVIA PÄÄTELMIÄ

Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2014:7 mielenkiintoisin ennakkoratkaisukysymys koski laillisuusperiaatetta. Ratkaisun perusteella tuomioistuimella näyttäisi olevan mahdollisuus tulkinnaallaan ainakin tiettyyn rajaan asti korjailla tiukasti lain sanamuotoon perustuvasta tulkinnasta seuraavia ilmeisiä virheellisyyksiä, kunhan lainsäätäjän tarkoituksesta ei ole kyseisessä tapauksessa epäilystä. Lisäksi ratkaisu korostaa taloudellisen toiminnan harjoittajan vastuuta ja selonottovelvollisuutta toimintaan liittyvän lainsäädännön sisällön selvittämisestä.

Muiden oikeuskysymysten merkitys oli ratkaisussa KKO 2014:7 jossain määrin vähäisempi, joskin myös lainkurrenssia ja rangaistuksen mittaamista koskevilla kysymyksillä on ainakin jonkinlaista relevanssia. Lainkurrenssin osalta ratkaisu ilmaisee jälleen kerran sen, että toissijaisuuslausekkeen merkitystä arvioitaessa keskeinen merkitys on yksittäisen rikossäännöksen suojeluintressillä. Rangaistuksen mittaamisen osalta ratkaisu puolestaan havainnollistaa sitä, milloin rikoksesta voidaan tuomita rangaistusasteikon enimmäisrangaistus, joskaan ratkaisussa ei loppujen lopuksi päädytty molempien rikosten yhteenlaskettuun enimmäisrangaistukseen.

WinCapita-tapaus näyttäisi nyt olevan päätekijöiden osalta saatu päätökseen.⁶³ Tästä huolimatta tapaus ei kuitenkaan ole vielä kaikilta osin loppuun käsitelty. Tällä hetkellä on edelleen käynnissä useita oikeudenkäyntejä, joissa on vaadittu WinCapitan toiminnasta voittoja saaneiden henkilöiden saaman rikoshyödyn tuomitsemista menetetyksi.⁶⁴ Korkein oikeus on antanut

61 Rikoslain 7 luvun 2 §:n 1 momentin mukaan yhteistä rangaistusta määrättäessä eri rikoksista seuraavan ankarimman enimmäisrangaistuksen saa ylittää, mutta rangaistus ei saa olla eri rikosten enimmäisrangaistusten yhteisaikaa pitempi. Ankarinta enimmäisrangaistus ei myöskään saa ylittää enempää kuin kahdella vuodella, jos ankarin enimmäisrangaistus on vankeutta vähintään yksi vuosi kuukautta mutta vähemmän kuin neljä vuotta. Tärkeän petoksen enimmäisrangaistus oli teko hetkellä 4 vuotta ja rahankeräysrikoksen enimmäisrangaistus 2 vuotta. Näistä teoista tuomittava yhteinen vankeusrangaistus olisi siten voinut olla enintään kuuden vuoden mittainen.

62 Syyttäjä vaati korkeimmassa oikeudessa ainoastaan Kailajärven ja häntä avustaneen naishenkilön valituksen hylkäämistä. Korkein oikeus ei siten voinut reformatio on peius -kiellon vuoksi ottaa lainkaan kantaa siihen, olisiko Kailajärvelle voitu ylipäänsä määrätä lain mahdollistama yhteinen enimmäisrangaistus törkeästä petoksesta ja rahankeräysrikoksesta.

63 Ei sinänsä olisi yllättävää, että Wincapita-tapauksen käsittely jatkettaisiin vielä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimessa. Ainakin rikoksesta tuomittujen asiamiehet ovat esittäneet julkisuudessa tällaisia ajatuksia. Asia erikseen on tietysti se, johtaako mahdollinen valitus mihinkään lopputulokseen.

64 WinCapitasta saadun rikoshyödyn menettämistä on käsitelty ratkaisuissa KKO 2014:73, KKO 2014:72 ja KHO 10.10.2014 taltio 2050. Rikoshyödyn menettämisestä yleisesti katso esimerkiksi Frände 2012, s.

aiheesta useita ennakkoratkaisuja. WinCapitasta saatu taloudellinen hyöty on näissä kaikissa ratkaisuissa tuomittu menetetyksi rikoshyötynä. Ratkaisuissa on otettu kielteinen kanta menettämisseuraamuksen kohtuullistamista koskeviin vaatimuksiin. Alemmissa tuomioistuimissa on kuitenkin edelleen vireillä useita WinCapitasta saadun rikoshyödyn menettämisseuraamusta koskevia oikeudenkäyntejä.

LÄHTEET

Oikeuskirjallisuus

Frände, Dan: Den straffrättsliga legalitetsprincipen. Juridiska föreningens i Finland publikationsserie. Helsinki 1989. (Frände 1989)

Frände, Dan: Yleinen rikosoikeus. Edita Publishing Oy. Helsinki 2012. (Frände 2012)

Kallio, Heikki: KKO 2014:7 Rahankeräysrikos pyramidipelin muodossa. Teoksessa Timonen, Pekka (toim.): KKO:n ratkaisut kommentein 2014:I. Talentum. Helsinki 2014, s. 53–72. (Kallio 2014)

Lappi-Seppälä, Tapio – Hakamies, Kaarlo – Koskinen, Pekka – Majanen, Martti – Melander, Sakari – Nuotio, Kimmo – Nuutila, Ari-Matti – Ojala, Timo – Rautio, Ilkka: Rikosoikeus. Oikeuden perusteokset. Sanoma Pro (jatkuvatäydenteinen, viittauspäivä 30.3.2014)

Melander, Sakari: EU-rikosoikeus. Talentum. Helsinki 2010. (Melander 2010)

Möller, Gustaf: Korkein oikeus oikeuskäytännön ohjaajana – erityisesti alioikeuden näkökulmasta, teoksessa Korkein oikeus 75 vuotta – Högsta domstolen 75 år. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1993. (Möller 1993)

Pellonpää, Matti – Gullans, Monica – Pölönen, Pasi – Tapanila, Antti: Euroopan ihmisoikeussopimus. Talentum. Helsinki 2012. (Pellonpää ym. 2012)

Tapani, Jussi: Tuomari ja rikosoikeuden yleiset opit. Oikeustiede-Jurisprudentia 2006, s. 333–361. (Tapani 2006)

Tapani, Jussi: Onko pyramidipeli rangaistavaa rahankeräystä? Defensor Legis 5/2014, s. 740–751. (Tapani 2014)

Viljanen, Pekka: Konfiskaatio rikosoikeudellisena seuraamuksena. Edilex Publishing Oy. Helsinki 2007. (Viljanen 2007)

Virallislähteet

398–404. Menettämisseuraamuksia on käsitelty laajasti Pekka Viljasen vuonna 2007 ilmestyneessä monografiassa "Konfiskaatio rikosoikeudellisena seuraamuksena".

Hallituksen esitys n:o 50 (1938) laiksi yleisistä rahankeräyksistä (HE 50/1938 vp)

Hallituksen esitys eduskunnalle rahankeräyslaiksi (HE 27/1980 vp)

Hallituksen esitys eduskunnalle rahankeräyslain muuttamisesta (HE 3/1983 vp)

Hallituksen esitys eduskunnalle Rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen ensimmäisen vaiheen käsittäväksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi (HE 66/1988 vp)

Hallituksen esitys Eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta (HE 309/1993 vp)

Hallituksen esitys Eduskunnalle rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi (HE 44/2002 vp)

Hallituksen esitys Eduskunnalle rahankeräyslaiksi sekä laeiksi henkilötietojen käsittelystä poliisitoimessa annetun lain ja rikoslain muuttamisesta (HE 102/2005 vp)

Lakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä n:o 50 (1938) laiksi yleisistä rahankeräyksistä (LaVM 18/1938 vp)

Oikeuskäytäntö

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

Del Río Prada v. Espanja 21.10.2013

Alimuçaj v. Albania 7.2.2012

Jorgic v. Saksa 12.7.2007

Dragotoni v. Romania 24.5.2007

Cantoni v. Ranska 11.11.1996

C.R. v. Iso-Britannia 22.11.1995

Korkein oikeus

KKO 1997:108 (KKO 2.7.1997 taltio 2332)

KKO 2002:11 (KKO 26.2.2002 taltio 516)

KKO 2004:46 (KKO 19.5.2004 taltio 1093)

KKO 2010:52 (KKO 7.7.2010 taltio 1474)

KKO 2012:37 (KKO 29.2.2012 taltio 393)

KKO 2013:12 (KKO 19.2.2013 taltio 353)

KKO 2013:50 (KKO 26.6.2013 taltio 1440)

KKO 2013:55 (KKO 1.7.2013 taltio 1480)

KKO 2014:7 (KKO 27.2.2014 taltio 452)

KKO 2014:72 (10.10.2014 taltio 2048)

KKO 2014:73 (10.10.2014 taltio 2049)

KHO 10.10.2014 taltio 2050.

Muut tuomioistuimet

Vantaan käräjäoikeus (VanKäO) 2.12.2011 tuomio numero 11/4341

Helsingin hovioikeuden (HelHO) 7.2.2013 tuomio numero 364

Muut lähteet

Keskusrikospoliisin tiedote "WinCapitan tutkinta etenee" 11.9.2008; saatavissa internet-osoitteesta <http://www.poliisi.fi/poliisi/krp/home.nsf/PFBD/E645C37995641E-DEC22574C100257529> (viittauspäivä 30.3.2015)

Magdalena Kmak, LL.D. (Polish Academy of Sciences), University Lecturer (University of Helsinki)

Administrative Detention of Migrants in Finland

The Finnish Parliament has recently adopted a new law amending the Finnish Aliens Act of 2004 (Laki ulkomaalaislain muuttamisesta) and the Detainee Treatment Act of 2002 (Laki säilöön otettujen ulkomaalaisten kohtelusta ja säilöönottoyksiköstä annetun lain muuttamisesta). The new law is now waiting for the President's signature. The aim of it is to transpose the recast Reception Conditions Directive (2013/33/EU) into the Finnish law. The Directive was adopted in June 2013 with in order to introduce new clear and unified standards of detention of asylum seekers, which until now did not exist at the EU level. The Directive introduced in particular rules concerning basis for detention of asylum seekers, guarantees for detained applicants, conditions of detention and provisions concerning detention of vulnerable persons and those with special needs. In order to implement the Directive, the law adopted by the Finnish Parliament has, for instance, introduced new grounds for detention and new procedural requirements for detention of children.

The practice of detention in general and adoption of the new law in particular have not been discussed widely in Finland. The prominent exception concerned public actions organized by the Finnish NGOs highlighting the problems of detention of children and conditions in detention, in particular detention in police prisons. Otherwise one can hardly find any academic or public discussion on the topic. This is deeply regrettable as detention practices in Finland indeed point to a number of problems not only regarding conditions of detention or detention of vulnerable persons but concerning procedural rights of detainees, in particular the right to fair judicial review of detention decision. Some of these problems were voiced by international monitoring bodies such as the UN Committee Against Torture or the European Committee for the Prevention of Torture and Inhumane or Degrading Treatment or Punishment. Others were identified in a recently published study titled *Administrative Detention of Migrants in the District Court of Helsinki*, conducted by my colleague Aleksi Seilonen and myself.

In this short text I would like to put attention on the problematic aspects of detention of foreigners in Finland and present them in light of changes in the Finnish law. Our study was based on monitoring of 167 court decisions, which took place during the first half of 2013. We focused on three main issues: (1) the practice of detention in Finland including statistical information concerning detention of foreigners in Finland as well as the analysis of main grounds of detention and their interpretation by the police and the court; (2) the right to effective judicial proceedings in the District Court of Helsinki; and (3) the conditions of detention, in particular its length and the use of police prisons for the purpose of the administrative detention of foreigners. On the basis of the analysed cases we identified a number of issues, which we found problematic

in light of national and international legal standards. These include: the proportionality assessment in detention decisions; the interpretation and application of the grounds of detention; matters concerning the conditions of detention; and certain aspects of the right to fair and effective judicial proceedings.

In my opinion, one of the most prominent findings of our study concerned fair judicial control of detention, in particular the lack of proper reasoning in the court's decisions on endorsement or prolongation of detention. The analysed case law showed that the court, instead of providing own justification, consistently referred to the reasons found in the police or border guard's applications, which it was reviewing. This practice was particularly problematic since more often than not the argumentation of the enforcement authorities was either non-existent or even at the very best unclear, incomprehensive and filled with irrelevant information. This approach not only affected the position of detained foreigners but also put the lawfulness of detention into question, as recognised in jurisprudence of the European Court of Human Rights.

Such practice also significantly obstructed the aim of the monitoring to identify the actual bases for detention and their interpretation. We had hoped that monitoring would help to clarify the grounds for detention but this was only partially possible due to limited court reasoning. For instance, at the time of monitoring, section 121(3) constituted one of the most controversial bases for detention in the Finnish law allowing for detention when there are reasonable grounds to believe that non-citizen will commit an offence in Finland. Such future-oriented formulation of criminality ground has been clearly problematic and very difficult to apply in practice. The practice of the court showed that majority of detentions based on section 121(3) concerned situations where non-citizen had been detained merely on a mere suspicion of committing a crime. It was however very difficult to assess how the court determined the threshold of suspicion necessary for detention due to its very incoherent practice.

In addition to broad interpretation of the grounds for detention and limited reasoning of the court, the study identified also a serious problem concerning conditions of detention in police prisons. At the time of monitoring practically all detentions began in police prisons rather than in immigration detention units due to the capacity problems of the former. Such practice, even though allowed by the Finnish law, constituted one of most problematic aspects of the Finnish detention system, in particular due to lack of systematic health inspections or screening for vulnerable cases.

New law only partially responds to these concerns and in some situations reinforces the existing problems. First of all it includes a new basis for detention and introduces changes in existing ones (such as section 121(3) of the Aliens Act). Arguably, the adoption of new basis for detention will require the court to pay more attention to its reasoning as these grounds will require interpretation. On the other hand the new provisions raise concerns as they expand the possibilities to detain foreigners. For instance, in the new law foreigner may be detained when convicted

for or suspected of a crime when detention is necessary for securing the preparation or enforcement of detention decision (ulkomaalainen on syylistynyt tai hänen epäillään syylistyneen rikokseen ja säilöönotto on tarpeellinen maastapoistamispäätöksen valmistelun tai täytäntöönpanon turvaamiseksi). Such explicit support in the new law for detaining foreigners suspected of commission of crimes lowers the burden of proof needed for detention in comparison with the old provision. Some of the provisions also raise problems with regard them being in line with the recast Reception Conditions Directive.

The problem of the limited court reasoning has been tackled by the law only in a very limited extent in the context of detention of children. In such cases the court is required to consider the written statement of a social worker concerning the best interests of the child in the context of detention. Also if a child is being detained with a parent for more than two weeks, the court is required to reconsider continuation of detention. A social worker has a right to provide an opinion, and the court is obliged to release the minor unless special reasons exist to support further detention.

Finally, the practice of detaining foreigners in police prisons has changed recently. However, this didn't happen due to the legal changes but because the Finnish government opened a new detention centre in Joutseno in Eastern Finland. This has resolved the capacity problem at least temporarily. However, a provision allowing for the detention of migrants in police prisons due to capacity or security reasons remains in the new law, making such practices likely to continue in the future.

The effects of the new law will only be known in the future as the practice of the Finnish enforcement authorities and the courts develops. New research will be needed in order to analyse such practice. I hope that more scholars and activists will be interested in conducting them, especially since administrative detention of foreigners, in particular asylum seekers, constitutes one of the most significant problems in contemporary Europe.

– **Magdalena Kmak**, LL.D. (Polish Academy of Sciences), University Lecturer (University of Helsinki)

SOPIMUSPERUSTEINEN LUOTON ALISTAMINEN RAHOITUS- JA VAKUUSINSTRUMENTTINA SUOMEN OIKEUDESSA

Essi Ulander¹

Sisälllys

1. Johdanto
- 1.1. Artikkelin tarkoitus
- 1.2. Alisteisen luoton käytännön sovellukset
- 1.3. Luoton alistamisen toteutus
- 1.4. Sopimusperusteiseen luoton alistamiseen liittyvistä oikeudellisista kysymyksistä
2. Luoton subordinaation oikeudellinen muoto
- 2.1. Luottosopimukseen perustuva luoton alistaminen
- 2.1.1. Velallisen ja juniorvelkojan luottosopimukseen perustuva viimesijainen luotto
- 2.1.2. Luottosopimuksella tietyille velallisen veloille alistettu luotto
- 2.2. Intercreditor-sopimuksen oikeudellinen muoto
- 2.2.1. Luoton alistamisen suhde ehdolliseen saatavaan
- 2.2.2. ICA:n suhde saatavan vierasvelkapanttaukseen
- 2.2.3. ICA:n suhde saatavan siirtoon
- 2.2.4. ICA yksityisoikeudellisena sopimuksena
- 2.2.5. Luoton alistaminen itsenäisenä vakuusmuotona
3. Sopimusperusteinen luoton alistaminen ja velallisen konkurssi
- 3.1. Pari passu -periaate konkurssissa
- 3.2. Alistussopimuksen huomioiminen velallisen konkurssissa
4. Sopimusperusteinen luoton alistaminen ja juniorvelkojan konkurssi
5. Sopimusperusteisen luoton alistamisen asemasta rahoitus- ja vakuusinstrumenttina

Lähteet 1

1 Essi Ulander (M.Sc., University of Helsinki) is a student of law at the University of Helsinki. Her main fields of interest are company and finance law as well as environmental law. This article is based on a seminar paper.

ABSTRACT

Debt subordination, where the junior debt is subordinated to the senior debt, has become a widely used financial technique in different transactions, such as leveraged buy-outs, mezzanine financing, project financing and securitization. Debt subordination can be based on a credit agreement between the debtor and the junior creditor or on an intercreditor agreement (ICA) between the junior creditor and the senior creditor, the latter being the more widely used option. Despite its wide usage as a financial instrument also in Finland, debt subordination is not directly based on legislation in the Finnish juridical system. This article reviews different legal interpretations of debt subordination through existing legal structures and financial and collateral instruments of the Finnish juridical system so as to answer to the question concerning the effectiveness of a subordination agreement in i) insolvency of the debtor and ii) insolvency of the junior creditor. The main conclusion of the article is that any uncertainty related to the effectiveness of a financial instrument will hinder the estimation of related risk and lead to higher profit demands. Respectively, such uncertainties may have negative impacts on the functioning of the financial market.

I. JOHDANTO

I.1. Artikkelin tarkoitus

Tässä artikkelissa tarkastellaan sopimusperusteista luoton alistamista rahoitus- ja vakuusinstrumenttina Suomen oikeudessa. Anglosaksisissa maissa ja niiden oikeuskulttuureissa kehittyntä ja näissä maissa jo 1900-luvun alusta alkaen käytössä ollut alisteista luottoa hyödynnetään laajasti myös kotimaisilla rahoitusmarkkinoilla.² Alisteinen luotto onkin vakiinnuttanut asemansa erilaisten transaktioiden käytännön järjestelyissä myös Suomessa. Sopimusperusteinen luoton alistaminen ei kuitenkaan kotimaisessa oikeusjärjestyksessä perustu lainsäädäntöön, eikä järjestelyn asema rahoitus- ja vakuusinstrumenttina ole Suomen oikeudessa selvä. Tässä artikkelissa tarkastellaan sitä, kuinka luoton alistaminen voidaan oikeudellisesti hahmottaa. Oikeudelliseen muotoon liittyvä keskeinen kysymys on se, katsotaanko alistusjärjestelyn olevan tehokas ja sivullisia sitova toisaalta velallisen ja toisaalta alistetun luoton velkojan maksukyvyttömyystilanteissa. Nämä kysymykset ovat keskeisiä vertailtaessa alisteista luottoa ja sen käytettävyyttä vakiintuneisiin ja myös lainsäädännössä huomioituihin rahoitus- ja vakuusjärjestelyihin.

I.2. Alisteisen luoton käytännön sovellukset

2 Kangas BLF 2010, s. 228.

Luoton alistamisella tarkoitetaan juniorivelkojan velan alistamista seniorivelkojan velalle.³ Juniorvelka on alistamisen johdosta seniorivelkaan nähden toissijainen ja oikeutettu maksuun vasta kun seniorvelka on maksettu, tai vastaavasti insolvenssitilanteessa juniorivelkoja on oikeutettu jako-osuuteen vasta kun seniorivelkoja on saanut täyden suorituksen. Luoton alistaminen voidaan hahmottaa myös riskinjakosopimuksena junior- ja seniorivelkojan välillä velallisen konkurssin varalta.⁴ Tavoitteena on velallisen maksukyvyttömyysriskin allokointi velkojien kesken.⁵

Alisteisen luoton hyöty velalliselle perustuu siihen, että subordinoidun⁶ luoton avulla voidaan seniorivelkojalle antaa tietynlainen vakuus lisäämällä luoton alistamisella seniorivelkojan todennäköisyyttä saada suoritus saatavalleen. Näin toteutettu vakuus ei rasita velallisen omaisuutta.⁷ Alisteisen luoton avulla velallinen voi lisätä vieraan pääoman määrää. Toisin kuin oman pääoman ehtoiseen rahoitukseen, ei vieraan pääoman ehtoiseen rahoitukseen liity riskiä osakkeiden dilutoitumisesta.

Rahoitusinstrumenttina alisteinen luotto on mahdollista muokata joustavasti yksittäisten järjestelyjen ja transaktioiden tarpeiden mukaisesti, mikä lisää luoton alistamisen käytettävyyttä erilaisissa yhteyksissä.⁸ Oikeudellisena tekniikkana luoton alistaminen onkin käytössä muun muassa velk-pääomalla rahoitetuissa yrityskaupoissa (leveraged buy-out, LBO), välirahoitus- eli mezzanine-rahoitusinstrumenteissa, projektirahoituksessa, arvopaperistamisessa sekä esimerkiksi pankkien vakavaraisuus- ja pääomavaatimusten noudattamisessa.⁹ Perustettavien yritysten rahoituksen lisäksi alisteisia luottoja voidaan hyödyntää myös olemassa olevien yritysten rahoitusrakenteen uudelleenjärjestelyissä.¹⁰ Alisteinen luotto on edellä esitetyn kaltaisissa järjestelyissä, sekä muissa vastaavissa järjestelyissä, osa laajempaa rahoitus- ja vakuusjärjestelyä.¹¹

Järjestelyn tyypistä riippuen luoton alistamisella voidaan saavuttaa erilaisia etuja. Alisteisen

3 Juniorivelalla viitataan velkaan joka on esimerkiksi maturiteetiltaan, vakuuksiltaan tai maksunsaantisopimukseltaan seniorivelkaa heikommassa asemassa, ks. mm. Lauriala DF 2010, s. 404. Tässä kirjoituksessa juniorivelalla viitataan nimenomaan seniorivelan takaisinmaksuun nähden takasijaiseen tai alisteiseen velkaan.

4 Näin Sippel – Tiitta LM 2002, s. 962.

5 Lehtimäki BLF 2009, s. 38.

6 Subordinoitu, i. alisteinen luotto.

7 Kangas BLF 2010, s. 229. Mahdollista on myös, että alistetullekin luotolle annetaan vakuus esimerkiksi jälkipanttaamalla seniorivelkojalle myönnetty vakuus. Kangas BLF 2010, s. 229.

8 Calligar Bus. Law 1967, s. 39.

9 Velkavivulla toteutetuista yrityskaupoista ks. Lauriala DL 2009 ja 2010, välipääomarahoituksesta ks. Kangas BLF 2010 ja Lautjärvi LM 2011, projektirahoituksesta ks. Sippel – Tiitta LM 2002 ja arvopaperistamisesta ks. Harsu OTJP 2003.

10 Sippel – Tiitta LM 2002, s. 962.

11 Kangas BLF 2010, s. 228.

luoton käytön avulla yrityskaupoissa on mahdollista hyödyntää merkittävää velkavipua.¹² Muun muassa mezzanine-rahoituksen etuna ovat siihen liittyvät verotukselliset edut.¹³ Mezzanine-rahoitus huomioidaan yhtiön vieraana pääomana, mutta siihen voidaan liittää oman pääoman ehtoisen rahoituksen piirteitä sopimuksin.¹⁴ Vieraan pääoman ehtoisen rahoituksen korkokustannukset ovat yhtiön verotuksessa vähennyskelpoisia. Lisäksi mezzanine-rahoitukseen liitetään usein muun muassa warranteja, jotka juniorvelasta tyypillisesti perittävän korkeamman koron lisäksi kompensoivat juniorvelkojalle luoton alistamisesta seuraavaa riskiä.¹⁵ Projektirahoituksen tavoitteena on toteuttaa rahoitusrakenne, jossa luottojen takaisinmaksuun voidaan käyttää vain projektiin kuuluvaa varallisuutta tai kassatuloja.¹⁶ Projektirahoitukselle tyypillistä onkin se, että tiettyyn projektiin liittyvän rahoituskokonaisuuden riskit ovat suoraan yhteydessä projektin onnistumiseen tai epäonnistumiseen.¹⁷ Arvopaperistamisen yhteydessä voidaan joukkovelkakirjalainat jakaa maksunsaantijärjestykseltään erilaisiin junior- ja seniorluokkiin, mikä mahdollistaa muun muassa liikkeeseenlaskijan kannalta kokonaiskorkokustannusten hallitsemisen.¹⁸

Riippuen siitä, millä tavoin ja mitä tavoitellen alisteinen luotto on toteutettu, voi alistussopimuksen osapuolina olla joko velallinen ja juniorvelkoja (lainaehdoilla alistettu luotto) tai juniorvelkoja ja seniorvelkoja (tai useammat junior- ja seniorvelkojat). Velkojen välisessä järjestelyssä voi olla mukana myös sekä junior- että seniorveloille alistettuja velkoja.¹⁹ Velkojen välinen sopimus voidaan tehdä velallisen tieteen tai niin, että tämä ei ole sopimuksesta tietoinen. Luoton alistamisen toteutustapa ja sopimuksen osapuolet vaikuttavat järjestelyn oikeudellisen muodon tulkintaan sekä luoton alistamisen oikeusvaikutuksiin.

1.3. Luoton alistamisen toteutus

Juniorvelka on mahdollista alistaa seniorvelalle rakenteellisin ratkaisuin. Muun muassa velkapääomalla rahoitettu yrityskauppa on esimerkki rakenteellisesta alistamisesta. Tällainen yrityskauppa muodostuu tyypillisesti sarjasta yritysjärjestelyjä, joissa erillisyhtiö ostaa kohdeyhtiön osakekannan.²⁰ Järjestelyssä juniorlainan ottaa toinen taho kuin se, joka on ottanut seniorlainan. Seniorlainalla rahoitetaan erillisyhtiötä ja kohdeyhtiötä, juniorlainalla puolestaan

12 Lauriala DF 2009, s. 951.

13 Lautjärvi LM 2011.

14 Kangas BLF 2010, s. 228. Kuten Kangas BLF 2010, s. 228 sekä Lautjärvi LM 2011, s. 1348 kirjoittavat, on huomionarvoista että muodollisesti välipääomaa ei ole olemassa.

15 Kangas BLF 2010, s. 229.

16 Sippel – Tiitta LM 2002, s. 963.

17 Sippel – Tiitta LM 2002, s. 962–963.

18 Harsu OTJP 2003, s. 215.

19 Kangas BLF 2010, s. 229 viittaa näihin termillä superjuniorit.

20 Leveraged buy-out -järjestelyistä ks. Lauriala DF 2009.

erillisyyhtiön emoyhtiötä.²¹ Kohdeyhtiön (operatiivinen yhtiö) tuottama kassavirta käytetään ensin seniorvelan pääoman ja korkojen maksuun, ja vasta tämän jälkeen voidaan maksaa osinkoa erillisyyhtiölle. Kyseisen rakenteellisen järjestelyn kautta juniorvelka tulee alistetuksi seniorvelalle.

Rakenteellisen alistamisen ohella alistaminen voi perustua lainsäädäntöön. Lakisääteinen alistaminen voi perustua osakeyhtiölain²² (OYL) 12 luvun 1 pykälään tai maksujärjestyslain²³ (MJL) 6 pykälän 3 tai 4 kohtaan. OYL 12 pykälä sekä MJL 6 pykälän 4 kohta koskevat pääomalainoja. MJL 6 pykälän 3 kohta koskee vastaavasti debentuurilainoja. Nämä ovat MJL 6 pykälän mukaisesti viimesijaisia muihin velkoihin nähden. Kyseisen pykälän 3 kohdan mukaan viimeksi suoritetaan "saatava, joka perustuu velallisen liikkeelle laskemaan joukkovelkakirjalainaan, jos lainan ehdoissa saatavalle on määrätty huonompi etuoikeus kuin liikkeelle laskijan muille sitoumuksille" sekä 4 kohdan mukaan viimeksi suoritetaan "sellaiseen lainaan perustuva saatava, jonka pääoma sekä korko ja muu hyvitys saadaan lainaehtojen mukaan maksaa yrityksen purkautuessa ja konkurssissa vain kaikkia muita velkojia huonommalla etuoikeudella". Näin ollen pääomalainat ovat lain nojalla alistettuja kaikille muille velallisen veloille.

Luoton viimesijaistaminen voi tapahtua myös velallisen ja juniorvelkojan välisellä luottosopimuksella lainaehdoin.²⁴ Tällainen kaikille velallisen veloille alistettu luotto on verrattavissa MJL 6 pykälän 4 kohdan mukaiseen viimesijaiseen saatavaan. Sopimus viimesijaisesta lainasta saatetaan tehdä esimerkiksi, jos velallinen ja juniorvelkoja haluavat sopia pääomalainaa laajemmasta takaisinmaksuoikeudesta.²⁵ Lainasopimuksessa velallinen ja juniorvelkoja voisivat sopia myös luoton alistamisesta vain tietyille velallisen veloille.²⁶

Yleisimmin luoton alistaminen toteutetaan sopimusperusteisesti velkojien välisenä sopimuksena (niin sanottu intercreditor agreement, ICA).²⁷ ICA on varsinaisesta luottosopimuksesta irrallinen ja se voidaan tehdä varsinaisen luotonannon jälkeen.²⁸ Näin ollen sopimus ei välttämättä tule velallisen tietoon. Velallinen voi kuitenkin olla myös tällaisen sopimuksen osallinen ja siten tietoinen sopimuksen sisällöstä.

Alistussopimuksen keskeisenä sisältönä on seniorvelan etusija juniorvelkaan nähden niin normaalitilanteessa kuin velallisen maksukyvyttömyysmenettelyssäkin. Käytännössä juniorvelan

21 Lauriala DF 2009, s. 957.

22 Osakeyhtiölaki 21.7.2006/624.

23 Laki velkojien maksunsaantijärjestyksestä 30.12.1992/1578.

24 Esimerkiksi Lehtimäki BLF 2009, s. 44, jossa käytetään tästä nimitystä sopimussubordinaatio.

25 Lehtimäki BLF 2009, s. 51.

26 Esimerkiksi Lehtimäki BLF 2009, s. 44 käyttää tästä nimitystä rajoitettu subordinaatio.

27 Kangas BLF 2010, s. 230.

28 Kaisto LM 2003, s. 464.

alisteisuuden voidaan nähdä merkitsevän juniorvelkojan tilitysvollisuutta seniorvelkojalle. Juniorvelkoja tilittää juniorvelan perusteella saamansa summat seniorvelkojalle, kunnes seniorvelkojan saatava on täysin katettu.²⁹ Esimerkiksi Lehtimäki nimittää velkojen välistä alistussopimusta tilityssopimukseksi ja näin toteutettua luoton alistamista tilityssubordinaatioksi.³⁰ Tilityssopimus voidaan toteuttaa sopimusoikeudellisella sitoumuksella tai seniorvelkojien hyväksi tehdyllä trust-järjestelyllä tai vastaavasti rahoitusagenttia käyttämällä.³¹ Suomen oikeusjärjestys ei tunne trust-instituutiota, joten vaihtoehtona on rahoitusagentin käyttö. Kyseisessä järjestelyssä rahoitusagentti tilittää seniorvelkojalle juniorvelan perusteella saadut maksut.

Intercreditor-sopimukselle on tyypillistä, että juniorvelka on alistettu vain tietyille velalle, ei velallisen kaikille veloille. Kyse ei ole MJL 6 pykälän 4 kohdan mukaisesta viimesijaisesta velasta.

I.4. Sopimusperusteiseen luoton alistamiseen liittyvistä oikeudellisista kysymyksistä

Sopimusperusteiseen luoton alistamiseen liittyvä keskeinen kysymys on alistamisen tehokkuus velallisen maksukyvyttömyystilanteessa. Luoton alistaminen on nimenomaisesti maksukyvyttömyystilanteiden varalta tehty riskinjakosopimus, joka aktualisoituu velallisen varallisuuden ollessa riittämätön kattamaan kaikki velat.³² Sopimuksen tarkoituksena on, että juniorvelkoja alistetun luoton velkojana hyväksyy saatavalleen alhaisemman etusijan velallisen maksukyvyttömyystilanteessa.³³

Jos kyse ei ole viimesijaisesta saatavasta, joka olisi alistettu kaikille velallisen veloille, pyritään alistussopimuksella muuttamaan maksunsaantijärjestystä, josta säädetään MJL:ssä. Lähtökohtana maksukyvyttömyystilanteessa on MJL 2 pykälässä ilmaistu periaate velkojien yhtäläisestä oikeudesta saada maksu. MJL:a on pidetty pakottavana sääntelynä, josta poikkeaminen ei ole mahdollista.³⁴ Arvioitavaksi jääkin se, kuinka alistussopimus tulisi huomioida velallisen konkurssitilanteessa.

Relevantti kysymys on edelleen alistussopimuksen asema juniorvelkojan konkurssissa. Etenkin on syytä tarkastella, sitooko juniorvelkojan tilitysvollisuus liittyen tämän velalliselta saamiin suorituksiin tai jako-osuuteen konkurssitilanteessa myös juniorvelkojan velkojia, jotta voidaan hahmottaa sopimusperusteisen luoton alistamisen asema rahoitus- ja vakuusinstrumenttina.

29 Lehtimäki BLF 2009, s. 44–45.

30 Lehtimäki BLF 2009, mp.

31 Lehtimäki BLF 2009, mp.

32 Alistussopimus voidaan myös hahmottaa sopimuksena varojenjaosta maksukyvyttömyysmenettelyn ulkopuolella, ks. Lehtimäki BLF 2009.

33 Lehtimäki BLF 2009, s. 38.

34 Lehtimäki BLF 2009, s. 226.

Alistussopimuksen tehokkuuden kannalta insolvenssitilanteessa on keskeistä se, miten alistussopimuksen muoto oikeudellisena ilmiönä hahmotetaan. Oikeudellisen muodon kautta voidaan tarkastella sitä, kuinka alistussopimuksen sitovuus ja toteutuminen toivottuine oikeusvaikutuksineen voidaan turvata toisaalta inter partes ja toisaalta suhteessa sivullisiin erityisesti juniorvelkojan konkurssissa.

2. LUOTON SUBORDINAATION OIKEUDELLINEN MUOTO

Luoton sopimusperusteinen alistaminen ei ole suoraan lain nojalla toteutettava järjestely. Kyseinen rahoitusinstrumentti on kehittynyt rahoitusmarkkinoilla vastaamaan toimijoiden käytännön tarpeita, eikä järjestelyä ole sellaisenaan kirjattu lakiin. Oikeuskirjallisuudessa onkin tarkasteltu, kuinka sopimusperusteisen luoton alistaminen tulisi systematisoida nykyisen lainsäädännön valossa ja minkälaisia oikeusvaikutuksia sopimusperusteisesti alistettu luotto voi saada, kun järjestelyn oikeudellinen muoto hahmotetaan eri tavoin.³⁵ Sopimusperusteisesti alistetusta luotosta ei ole vielä tämän artikkelin kirjoitushetkellä lokakuussa 2014 oikeuskäytäntöä. Oikeudellisen muodon tarkastelussa keskitytäänkin teoreettisiin tulkintavaihtoehtoihin.

Sopimusperusteisen luoton oikeudellisen muodon tarkastelun osalta voidaan hahmottaa kaksi kokonaisuutta. Ensimmäinen kokonaisuus koskee velallisen ja juniorvelkojan luottosopimuksen ehtoihin perustuvaa luoton alistamista. Toinen kokonaisuus puolestaan koskee velkojien väliseen sopimukseen perustuvaa luoton alistamista. Luottosopimukseen perustuvalla luoton viimesijaiseksi muotoamiselle voidaan hakea tukea lainsäädännöstä. Tätä tarkastellaan lyhyesti seuraavaksi. Lisäksi tarkastellaan sitä, kuinka tulee hahmottaa sellaisen luottosopimukseen perustuvan järjestelyn oikeudellinen muoto, jolla on sovittu luoton alistamisesta vain tietyille velallisen veloille. Oman kokonaisuutensa muodostaa velkojien väliseen sopimukseen perustuva luoton alistaminen. Oikeuskirjallisuuteen nojaten voidaan intercreditor-sopimukseen perustuvan luoton alistamisen oikeudellista luonnetta tarkastella ensinnäkin ehdollista saatavaa koskevan sääntelyn kautta, toisaalta saatavan vierasvelkapanttausta koskevan sääntelyn kautta sekä kolmanneksi saatavan siirtoa koskevan sääntelyn kautta. Jäljempänä tarkastellaan luoton alistamista myös velkojien välisenä velvoiteoikeudellisena sopimuksena. Lisäksi tarkastellaan mahdollisuutta tulkita luoton alistaminen omana itsenäisenä vakuusmuotonaan.

2.5. Luottosopimukseen perustuva luoton alistaminen

2.5.1. Velallisen ja juniorvelkojan luottosopimukseen perustuva viimesijainen luotto

35 Ks. muun muassa Kaisto LM 2003, Kangas BLF 2010, Lehtimäki BLF 2009 sekä Sippel – Tiitta LM 2002.

MJL:ssa säädetään viimesijaisista saatavista, joilla poiketaan velkojen yhdenvertaisuuden periaatteesta maksukyvyttömyysmenettelyssä. Kyseisen lain 6 pykälässä luetellaan saatavat, joista on oikeus saada maksu vasta sen jälkeen kun muut etuoikeudettomat saatavat ovat saaneet maksun.³⁶ Muun muassa pääomalainat ja debentuurilainat ovat lain nojalla viimesijaisia (MJL 6 pykälä 3 kohta ja 4 kohta).

Vaikka MJL 6 pykälän 4 kohdan sanamuoto koskee erityisesti pääomalainoja, on säännöksen soveltamisala lain esitöiden mukaisesti tarkoitettu yleiseksi, ja koskemaan muullekin kuin osakeyhtiömuotoiselle yritykselle vastaavin ehdoin annettua lainaa.³⁷ Oikeuskirjallisuudessa onkin katsottu, että luoton viimesijaisuudesta on mahdollista sopia velallisen ja velkojan kesken.³⁸ Kangas tuo edelleen esiin, että luoton viimesijaisuutta koskevassa sopimuksessa ei voida edellyttää sovittua esimerkiksi takaisinmaksun rajoituksista eikä myöskään esimerkiksi oikeutta antaa vakuus ole rajoitettu luoton viimesijaisuudesta huolimatta.³⁹

Korkeimman oikeuden osakeyhtiön selvitystilaan liittyvässä ratkaisussa 1988:44 käsiteltiin myös velkojan sitoumukseen perustuvaa luoton alistamista, joka oli otettu lainaehdona luotto-sopimukseen.⁴⁰ Tapauksessa velallinen ja kaksi velkojaa olivat tehneet sopimuksen, jolla velkojat olivat sitoutuneet sijoittamaan saatavansa velalliselta etuoikeusjärjestyksessä kaikkien muiden saatavien jälkeen.⁴¹ Ratkaisun mukaan velkojat eivät olleet sopimuksessa kuitenkaan luopuneet saatavistaan siten, että heillä olisi ollut oikeus maksuun vain samoilla ehdoilla kuin yhtiön osakkaana voitonjakoon. Kyseiset velat oli myös kirjattu yhtiön taseeseen vieraana eikä omana pääomana.⁴² Tapauksessa ei siis ollut kyse pääomalainasta. Ratkaisussa katsottiin velkojen viimesijaisuuteen johtaneen järjestelyn olleen mahdollinen. MJL on tullut voimaan vasta ratkaisun antamisen jälkeen, mutta kyseinen korkeimman oikeuden ratkaisu antaa tukea sille, että velkoja voi sitoumuksellaan heikentää omaa asemaansa ja asettaa saatavansa viimesijaiseksi kaikkiin muihin velkoihin nähden.⁴³ Kuten Kangas tuo esille, luoton asettaminen viimesijaiseksi näyttää olleen ratkaisun perusteella mahdollista myös ilman erityistä lain säännöstä.⁴⁴

36 HE 181/1992, 6 pykälän yksityiskohtaiset perustelut.

37 HE 181/1992, 6 pykälän yksityiskohtaiset perustelut.

38 Kangas BLF 2010, s. 239–240, Lehtimäki BLF 2009, s. 50–52.

39 Kangas BLF 2010, s. 239. Vrt. MJL 6 pykälän 3 kohdan sekä 4 kohdan debenturi- ja pääomalainan takaisinmaksua koskevat ehdot. Ks. kuitenkin Lehtimäki BLF 2009, s. 51 koskien pääomalainan korkeammasta tehokkuudesta parantaa yhtiön vakavaraisuutta verrattuna tavalliseen subordinoituun lainaan.

40 KKO 1988:44, diaarinumero S87/599, taltionumero 1323.

41 KKO 1988:44.

42 KKO 1988:44.

43 Ks. myös Kangas BLF 2010, s. 240–241.

44 Kangas BLF 2010, s. 241.

On keskeistä huomata, että vaikka luoton asettaminen viimesijaiseksi luottosopimuksella voidaan toteuttaa lain säännöksen perusteella, ei tämä välttämättä merkitse sitä, että kyseessä olisi lainan lakisääteinen alistaminen. Erona lakisääteisesti alistettuihin pääoma- ja debentuurilainoihin on se, että velallisen ja velkojan luottosopimuksen ehtoon perustuva alisteinen luotto ei ole näiden tavoin lakiin perustuva itsenäinen rahoitusmuoto.⁴⁵ Kuten Kangas tuo esille, erona luottosopimukseen perustuvan alistamisen sekä lakisääteisen alistamisen välillä on se, että pääomalainan ja debentuurilainan käytön edellytyksenä ovat laissa asetetut elementit, jotka suojaavat velkojia.⁴⁶

2.5.2. Luottosopimuksella tietyille velallisen veloille alistettu luotto

Edellä esitetty velallisen ja juniorvelkojan luottosopimuksella toteuttama luoton alistaminen koskee vain tilanteita, joissa tarkoituksena on ollut alistaa luotto kaikille velallisen veloille. MJL ei sen sijaan tunne velkaa, joka on alistettu vain tietyille veloille. Voidaankin kysyä, onko vain tietyille veloille alistetun luoton tehokas toteuttaminen luottosopimuksella mahdollista.

Muun muassa Sippel ja Tiitta ovat esittäneet, että vain tietyille veloille alistaminen luottosopimuksella on tosiasiallisesti rinnastettavissa luoton asettamiseen viimesijaiseksi.⁴⁷ Tämä johtuu velkojen yhtäläisestä oikeudesta saada maksu saatavalleen (MJL 2 pykälä⁴⁸). Luopumalla saatavalleen tulevasta maksusta, kunnes seniorvelkojan saatava on täysin maksettu, juniorvelkoja luopuu maksustaan, kunnes kaikkien velkojen saatavat on täysin maksettu.

Kaiston tulkinnan mukaan luottosopimuksella toteutetussa luoton alistamisessa on kyse kuitenkin lähinnä juniorvelkojan luopumisesta jako-osuudesta eikä sopimusjärjestelyillä heikennetä ulkopuolisten velkojen asemaa.⁴⁹ Tulkinnan mukaisesti juniorvelkojan luopuminen jako-osuudesta seniorvelkojan hyväksi ei loukkaisi velkojen yhdenvertaisuutta tavalla, jota ei voitaisi hyväksyä.⁵⁰ Ilman luottosopimuksessa olevaa lainaehto juniorvelkojalle tuleva jako-osuus maksettaisiin tälle, eikä kaikille muille velkojille.⁵¹ Tämän katsantotavan mukaan ei luoton alistaminen velallisen ja juniorvelkojan välisellä sopimuksella tietyille velallisen veloille ole ristiriidassa MJL:n kanssa.

45 Kangas BLF 2010, s. 239–240.

46 Kangas BLF 2010, mp.

47 Sippel – Tiitta LM 2002, s. 964-966.

48 MJL 2 pykälä: Velkojen yhtäläinen oikeus saada maksu. Jos pakkotäytäntöönpanossa jaettavat varat eivät riitä kaikkien saatavien maksamiseen, on velkojilla yhtäläinen oikeus saada maksu näistä varoista saataviensa suuruuden mukaisessa suhteessa, jollei jäljempänä tai erikseen toisin säädetä.

49 Kaisto LM 2003, s. 458.

50 Kaisto LM 2003, s. 462-464.

51 Kaisto LM 2003, mp.

Kangas puolestaan esittää, että juniorvelkojan luopuminen saatavastaan vain yhden velkojan hyväksi ei ole velkojien yhdenvertaisuusperiaatteen mukaista, jos periaatetta tulkitaan tiukasti, koska seniorvelkoja saa etua muihin velkoihin nähden.⁵² Näin ollen, jos MJL on pakottavaa sääntelyä, mihin sen sanamuoto ja tavoitteet viittaavat,⁵³ ei luoton alistamista tietyille velallisen veloille luottosopimukseen otetulla ehdolla voida tarkastella MJL:n pohjalta.

Kangas rinnastaakin lainaehdolla tietyille velallisen veloille alistetun luoton velkojien välisellä sopimuksella alistettavaan luottoon siinä mielessä, että järjestelyä ei voida perustaa nykytilanteessa suoraan lainsäädäntöön. Kangas tarkastelee lainaehdolla toteutettavaa luoton subordinatian juridista muotoa kolmannen hyväksi tehdyn sopimuksen kautta.⁵⁴ Luottosopimuksella tehtävässä luoton alistamisessa on kyse kolmannen hyväksi tehtävästä sopimuksesta, koska toisin kuin intercreditor-sopimuksissa, seniorvelkoja ei ole osallisena luottosopimuksessa. Kolmannen hyväksi tehty sopimus on hahmotettu oikeuskirjallisuudessa omaksi kokonaisuudekseen. Sopimusoikeudessa katsotaan, että on mahdollista tehdä sopimuksia, joilla kolmannelle perustetaan oikeuksia. Kolmas voi esittää vaatimuksia sopimuksen perusteella, jos sopimuksen osapuolilla on ollut tarkoitus perustaa kolmannelle oikeuksia. Lisäksi sopimusoikeuden oppien mukaan katsotaan, että kolmannen hyväksi perustetut oikeudet sitovat osapuolia, kun kolmannelle on ilmoitettu hänelle perustetuista oikeuksista. Lisäksi katsotaan, että kolmannen hyväksi perustettua oikeutta ei voida enää peruuttaa, jos osapuolet ovat tarkoittaneet perustaa kolmannelle oikeuden, kolmas on saanut tästä tiedon ja tällä on ollut perusteltu syy luottaa sopimukseen.

Kun luottosopimuksella tapahtuvaa luoton alistamista tietyille veloille hahmotetaan muutoin kuin MJL:n nojalla, aktualisoituu kysymys järjestelyn tehokkaasta toteuttamisesta niin, että se on sitova myös insolvenssissa. Kysymykset ovat vastaavia kuin intercreditor-sopimukseen perustuvassa luoton alistamisessa. Näitä käsitellään jäljempänä tässä artikkelissa. Yhdyn tässä artikkelissa Kankaan näkemukseen siitä, että toivottujen oikeusvaikutusten ja erityisesti sivullisittavuuden aikaansaamiseksi on luoton alistaminen vain tietyille veloille hahmotettava kenties jonkin muun oikeudellisen instituution kautta nojautumatta MJL:n sääntelyyn.

2.6. Intercreditor-sopimuksen oikeudellinen muoto

Sopimusperusteinen luoton alistaminen voidaan hahmottaa etuoikeusjärjestyksestä sopimisenä. Jos MJL:n tulkitaan olevan pakottavaa sääntelyä, on alistussopimuksen oikeudellinen luonne kuitenkin hahmotettava toivottujen oikeusvaikutusten aikaansaamiseksi jollakin toisella tavalla. Seuraavaksi tarkastellaan mahdollisia tapoja hahmottaa luoton alistaminen. Näitä ovat

52 Kangas BLF 2010, s. 254.

53 Kangas BLF 2010, s. 251.

54 Kangas BLF 2010, s. 243. Vrt. ICA, jossa myös seniorvelkoja on osapuolena.

luoton alistaminen ehdollisena saatavana, saatavan panttauksena sekä saatavan siirtona. Lisäksi tarkastellaan velkojien välistä sopimusta pelkkänä yksityisoikeudellisena sopimuksena sekä luoton alistamista omana vakuusmuotonaan.

2.6.3. Luoton alistamisen suhde ehdolliseen saatavaan

Oikeuskirjallisuudessa on arvioitu mahdollisuutta rinnastaa alistussopimus ehdolliseen saatavaan.⁵⁵ Luoton alistamisen hahmottaminen ehdollisen saatavan kautta merkitsisi sitä, että juniorvelkojan saatava olisi ehdollinen sille, että seniorvelkoja on saanut täyden maksun.⁵⁶ Konkursstilanteessa ehdollinen juniorvelkojan saatava tulisi maksetuksi vain, jos seniorvelat olisi maksettu.⁵⁷ Ehdollinen saatava olisi valvottava myös ehdollisena siten, että saatavan suuruus määräytyisi lopullisesti vasta myöhemmin.⁵⁸ Muun muassa Kangas arvioi, että juniorvelkojan saatavan luonnehtiminen ehdollisena on tehokas keino päätyä toivottuun lopputulokseen inter partes ja samalla kiertää etuoikeusjärjestystä koskeva sääntely, mutta sivullisittomuuden aikaansaamiseksi järjestelyn toteuttaminen ehdollisena saatavana ei olisi riittävä.⁵⁹

2.6.4. ICA:n suhde saatavan vierasvelkapanttaukseen

Toinen esitetty vaihtoehto on hahmottaa luoton alistaminen saatavan vierasvelkapanttauksena tai rajoitettuna takauksena. Muun muassa Sippel ja Tiitta ovat esittäneet, että luoton alistaminen voitaisiin toteuttaa näiden konstruktioiden kautta velkojien sopimuksen sivullisittomuuden turvaamiseksi.⁶⁰ Tällöin järjestelyyn sovellettaisiin takauksesta ja vierasvelkapanttauksesta annettua lakia⁶¹ (TakL). TakL 1 pykälän 3 momentin mukaan laki on tahdonvaltainen silloin kun kyseessä ei ole yksityistakaaja tai yksityinen pantinantaja.⁶²

Seniorvelkojen saamisoikeus olisi mahdollista turvata vierasvelkapanttauksen tai takauksen

55 Ks. muun muassa Kangas BLF 2010, s. 245–246, Sippel – Tiitta LM 2002, s. 964–965.

56 Kangas BLF 2010, s. 245.

57 Sippel – Tiitta LM 2002, s. 965.

58 Sippel – Tiitta LM 2002, mp.

59 Kangas BLF 2010, s. 245–146.

60 Sippel – Tiitta LM 2002, s. 968.

61 Laki takauksesta ja vierasvelkapanttauksesta 19.3.1999/361.

62 TakL 1 pykälä: Soveltamisala ja pakottavuus: Tämä laki koskee takausta ja panttausta toisen henkilön velasta. Jos muussa laissa on tästä laista poikkeava säännös, noudatetaan sitä.

Lain säännöksiä sovelletaan siltä osin kuin muuta ei johdu takaus- tai panttaussitoumuksista, osapuolten omaksumasta käytännöstä taikka kauppatavasta tai muusta osapuolia sitovasta tavasta.

Lain säännöksistä ei kuitenkaan, ellei jäljempänä toisin säädetä, saa sopimuksin poiketa takaajan tai pantinantajan vahingoksi silloin, kun tässä laissa tarkoitettu yksityistakaaja tai yksityinen pantinantaja antaa sitoumuksen luotonantajalle.

konstruktion avulla tehokkaasti edellyttäen, että julkivarmistus toteutetaan asianmukaisesti. Saatavan panttauksen tapauksessa julkivarmistus suoritetaan denuntiaation eli panttausilmoituksen avulla.⁶³ Jos kyseessä on juoksevaan velkakirjaan perustuva saatava, on julkivarmistustapana traditio. Noudattaen analogisesti velkakirjalain⁶⁴ (VKL) sääntelyä, tulee julkivarmistus toteuttaa joko luovuttamalla juokseva velkakirja pantinsaajalle (VKL 10 pykälän nojalla VKL 22 pykälä)⁶⁵ tai ilmoittamalla VKL 31 pykälän 1 momentin mukaan panttauksesta tavallisen velkakirjan velalliselle⁶⁶.

Kangas yhtyy Sippelin ja Tiitan näkemykseen siinä, että saatavan vierasvelkapanttauksella ja luoton alistamisella on sama tarkoitus ja kummassakin järjestelyssä tavoitellaan sitä, että juniorvelkoja vastaa hänelle velalliselta tulevalla suorituksella (ja vain tällä) seniorivelasta.⁶⁷ Ilmiöiden oikeudellisen luonteen arvioinnin kannalta tulee tulkinnan lähtökohtana olla osapuolten tarkoitus. Nyt on kuitenkin huomattava, että alistussopimuksen osapuolten tarkoituksena ei välttämättä ole toteuttaa panttausta. Luoton alistamista sekä panttausjärjestelyä yhdistää tosiasiallisesti vakuustarkoitus.⁶⁸ Tarkoituksena ei ole myöskään taata regressioikeutta juniorvelkojalle velalliseen nähden.⁶⁹

Käytännössä saatavan vierasvelkapanttauksen käytettävyyttä luoton alistamistarkoituksessa voi heikentää olennaisesti se, että juniorvelkojan omissa lainasopimuksissa on usein vakuudentokielto.⁷⁰ Lisäksi vakuusluovutukseen liittyy muun muassa riski takaisinsaannista.⁷¹ Luoton alistamisen toteuttamiseen vierasvelkapanttauksena voi edelleen liittyä myös riski siitä, että järjestely tulisi arvioiduksi jopa keinotekoisena varallisuusjärjestelynä.⁷² Tämä olisi seurausta

63 Irtaimen omaisuuden osalta julkivarmistustapana on pääsääntöisesti traditio.

64 Velkakirjalaki 31.7.1947/622.

65 VKL 10 pykälä: mitä laissa säädetään velkakirjan luovutuksesta, sovellettaisiin myös sellaisen asiakirjan panttaukseseen. VKL 22 pykälän 1 momentin mukaan juoksevan velkakirjan luovutus ei ole luovuttajan velkoja sitova, ellei se, jolle luovutus on tapahtunut, ole saanut velkakirjaa haltuunsa.

66 VKL 31 pykälän 1 momentin mukaan tavallisen velkakirjan luovutus ei ole luovuttajan velkoja sitova, ellei luovuttaja tai luovutuksen saaja ole sitä ilmoittanut velalliselle; milloin luovutus oli lahja, on sitä koskevia säännöksiä noudatettava.

67 Kangas BLF 2010, s. 247.

68 Kangas BLF 2010, s. 247.

69 Kangas BLF 2010, s. 282.

70 Lehtimäki BLF 2009, s. 76.

71 Ks. Lehtimäki BLF 2009, s. 77. Ks. myös jäljempänä kappale 4.

72 Konkurssilain (20.2.2004/120; KonkL) 5 luvun 11 pykälä: Keinotekoisien varallisuusjärjestelyjen syrjäytyminen. Omaisuus, jonka väitetään kuuluvan sivulliselle, kuuluu konkurssipesään, jos sivullisen asema perustuu sellaiseen varallisuus- tai muuhun järjestelyyn, jolle annettu oikeudellinen muoto ei vastaa järjestelyn tosiasiallista sisältöä tai tarkoitusta, ja jos sellaista muotoa ilmeisesti käytetään täytäntöönpanon välttämiseksi tai omaisuuden pitämiseksi velkojien ulottumattomissa. Mitä edellä säädetään omaisuudesta, koskee myös velallisen mainittuun järjestelyyn ohjaamaa tuloa.

siitä, että luoton alistustarkoituksessa toteutettu panttaus poikkeaisi merkittävästi tavanomaisesta panttauksesta.⁷³

2.6.5. ICA:n suhde saatavan siirtoon

Kolmantena vaihtoehtona on katsoa, että velkojien välisellä sopimuksella sovitaan käytännössä saatavan siirrosta. Saatavan siirrolla päästään samaan lopputulokseen kuin luoton alistamiseen tähtäävällä sopimuksella.⁷⁴ Luoton alistamisen toteuttamista saatavan siirtona puoltaa edelleen se, että saatavan siirto on toteutettavissa ehdollisena lykkäävien ja purkavien ehtojen avulla sekä saatavan ”jakamisella”.⁷⁵ Lykkäävällä ehdolla viitataan ehtoon, jonka mukaan saatavan siirto tulee voimaan, jos velallinen asetetaan konkurssiin. Vastaavasti purkavan ehdon mukaisesti järjestely raukeaa, kun seniorvelkoja on saanut täyden suorituksen saatavalleen niin oman kuin juniorvelkojan saatavan nojalla.⁷⁶ Kuten edellä saatavan vierasvelkapanttauksen osalta, voidaan saatavan siirron sivullisittomuus varmistaa asianmukaisella julkivarmistuksella. Myös tässä sovelletaan VKL:n sääntelyä samoin kun edellä on esitetty (VKL 22 pykälä, VKL 31 pykälä).

Tulkinnan kannalta ongelmallista voi olla se, että luoton alistamisella ei ole tarkoitus toteuttaa velkojan vaihdosta.⁷⁷ Kuitenkin muualla oikeuskirjallisuudessa on tuettu näkökulmaa pitäen mahdollisena, että tulkinnallisesti luoton alistamisessa olisi kyse saatavan siirrosta purkavin ehdoin.⁷⁸

2.6.6. ICA yksityisoikeudellisena sopimuksena

Edellä tarkasteltujen tulkinta- ja rinnastusvaihtoehtojen perusteella on nähtävissä, että velkojien väliseen sopimukseen perustuva luoton alistaminen ei ole täysin tulkittavissa Suomen oikeuden vakiintuneiden ilmiöiden tai lainsäädännön kautta. Muun muassa Kangas päätyy kirjoituksessaan tulkintaan, jossa ICA on nykyisen oikeutemme mukaisesti oikeudelliselta muodoltaan yksityisoikeudellisella sopimuksella toteutettu rahoitusinstrumentti.⁷⁹ Kangasta lainaten voidaan luoton alistamiseen perustuvaa rahoitusinstrumenttia kuvata ”vakuustarkoituksessa solmituksi sopimukseksi, jonka tarkoituksena on turvata seniorvelalle suoritus juniorvelalle odotettavissa

Edellä 1 momentissa tarkoitettujen järjestelyjen tosiasiallista sisältöä tai tarkoitusta arvioitaessa on otettava huomioon velallisen käytettävissä oleva, omistajan määräysvaltaan verrattava valta, omistajan toimiin verrattavat toimet sekä velallisen järjestelystä saamat edut ja muut vastaavat seikat.

73 Kangas BLF 2010, s. 282.

74 Kaisto LM 2003, s. 464–466.

75 Kaisto LM 2003, s. 464–466.

76 Kaisto LM 2003, s. 465.

77 Kangas BLF 2010, s. 248–249.

78 Kangas BLF 2010, mp.

79 Kangas BLF 2010, s. 250.

olevasta suorituksesta”.⁸⁰

Tällaiseen tulkintaan päätyminen johtaa kuitenkin epävarmuuteen järjestelyn tehokkuudesta velallisen maksukyvyttömyysmenettelyssä ja erityisesti sivullisittomuudesta juniorvelkojan konkurssissa. Jäljempänä tarkastellaan seniorvelkojan asemaa velallisen ja juniorvelkojan maksukyvyttömyystilanteissa.

2.6.7. Luoton alistaminen itsenäisenä vakuusmuotona

On mahdollista, että alistussopimusta tulkitaan tulevaisuudessa omana vakuusmuotonaan, mikä turvaisi seniorvelkojan aseman konkurssitilanteessa.⁸¹ Tässä tapauksessa sivullisittomuus voitaisiin saavuttaa VKL:n säännösten analogisella soveltamisella. Edellä vierasvelkapanttausta koskevan jakson yhteydessä on käyty läpi tätä koskeva sääntely ja pätevän julkivarmistuksen toteuttamisen edellytykset.

Nykyinen lainsäädäntömme ei kuitenkaan tue alisteisen luoton tulkitemistä omana vakuusmuotonaan, joten tällainen tulkinta tarvitsisi tuekseen tulevaisuudessa lainsäädäntöä tai oikeuskäytäntöä.

3.SOPIMUSPERUSTEINEN LUOTON ALISTAMINEN JA VELALLISEN KONKURSSI

3.7. Pari passu-periaate konkurssissa

Konkurssin johtava arvoperiaate on velkojien yhdenvertaisuuden periaate, niin sanottu pari passu-periaate. Konkurssissa tasa-arvo on suhteutettu jokaisen velkojan saatavan määrään.⁸² Periaate saa konkurssissa useita ilmentymiä, joista tärkeimpiä on jokaisen velkojan oikeus saada saatavalleen prosentuaalisesti yhtä suuri jako-osuus.⁸³ Yhdenvertaisen kohtelun periaate asettaa konkurssihallinnolle myös vaatimuksia konkurssivelkojien yhtäläisestä oikeudesta osallistua menettelyyn sekä päätöksentekoon.⁸⁴ Konkurssivelkojien yhdenvertaisuuden periaate on lausuttu julki MJL:ssa, jossa, kuten edellä on esitetty, säädetään velkojien yhtäläisestä oikeudesta maksuun (MJL 2 pykälä). Vuonna 1992 voimaan tulleen MJL:n merkittävänä taustaperiaatteena on nimenomaan velkojien yhdenvertaisuus ja lailla poistettiin aikaisempia etuoikeutettuja velkojaryhmiä säilyttäen vain pantti- sekä muiden esinevakuusperusteisten etukäteisten va-

80 Kangas BLF 2010, mp.

81 Kangas BLF 2010, s. 285–287.

82 Ns. Pariteetin periaate. Havansi 2005, s. 39.

83 Havansi 2005, mp.

84 Havansi 2005, mp.

kuusjärjestelyjen etusija.⁸⁵ Ainoana poikkeuksena velkojien yhdenvertaisuudesta on edellä käsitelty MJL 6 pykälä, jossa säädetään viimesijaisista saatavista. Muita poikkeuksia laissa ei ole.

Tätä taustaa vasten on helppo nähdä mahdollinen ristiriita, jonka luoton alistaminen aiheuttaa velkojien yhdenvertaisuuden näkökulmasta, jos sopimus tulkitaan etusijajärjestyksen muuttamisena. Sopimus luoton alistamisesta tehdään kuitenkin nimenomaan maksukyvyttömyyden varalta ja seniorvelkojan juniorvelkojaan nähden parempi etuoikeus saada suoritus saatavalleen aktualisoituu insolvenssimenettelyssä. Keskeinen kysymys luoton alistamisen kannalta onkin se, onko järjestely tehokas konkurssitilanteessa.

3.8. Alistussopimuksen huomioiminen velallisen konkurssissa

Luottosopimuksella kaikille velallisen veloille alistettaviin luottoihin ei, kuten edellä on esitetty, liity oikeudellisia ongelmia. Oikeuskirjallisuudessa onkin katsottu, että tällaisiin alistettuihin luottoihin ei liittynne ongelmia myöskään konkurssitilanteessa.⁸⁶

Sitä vastoin sellaisten sopimusten toteutumisesta, jotka alistavat luoton vain tietyille velallisen veloille ja joita ei turvaa mikään muu oikeudessamme tunnustettu instituutio, ei ole varmuutta. Kuten edellä on esitetty, voitaisiin ajatella, että sopimukset jotka eivät heikennä muiden velkojien asemaa, ovat ongelmattomia.⁸⁷ Tämän voidaan kuitenkin nähdä myös olevan ristiriidassa velkojien yhdenvertaisuuden kanssa. Jos MJL:n tulkitaan olevan pakottavaa sääntelyä, ei luoton alistussopimusta voida ottaa huomioon laadittaessa konkurssipesän jakoluetteloa.⁸⁸ Konkurssilain 13 luvun 1 pykälässä säädetään jakoluettelosta. KonkL 13 luvun 1 pykälän 1 momentin 1 kohdan mukaisesti jakoluetteloehdotukseen on merkittävä jako-osuuteen oikeuttavat saatavat ja niiden etuoikeus. Koska sopimusperusteisesti alistettu luotto ei ole KonkL 13 luvun 1 pykälän 1 momentin 1 kohdan mukainen etuoikeutettu saatava, ei luoton alistamista voitane merkitä jakoluetteloon.

Kaisto katsoo, että MJL:n sääntelyssä on kuitenkin pitkälti kyse konkurssihallinnolle suunnatuista käyttäytymisnormeista.⁸⁹ Edelleen insolvenssioikeuden oppien mukaan velkojien yhdenvertaisuuden nähdään merkitsevän nykyään erityisesti menettelyllistä yhdenvertaisuutta. Kangas esittää, että alistus- tai luottosopimukseen perustuva seniorvelkojan oikeus voitaisiin merkitä jakoluetteloon KonkL 13 luvun 1 pykälän 2 momentin 4 kohdan mukaisena huomautuk-

85 Havansi 2005, s. 40.

86 Muun muassa Lehtimäki BLF 2009.

87 Ks. muun muassa Kaisto LM 2003, s. 464, Lehtimäki BLF 2009, s. 56.

88 Kangas BLF 2010, s. 258.

89 Kaisto LM 2003, s. 459.

sena.⁹⁰ Kangas esittää edelleen, että pesänhoitajalla voisi olla hyvän pesänhoitotavan perusteella oikeus tai jopa velvollisuus huomioida juniorvelkojan valvontailmoituksessaan esittämä vaade hänelle tulevan suorituksen tilittämisestä kolmannelle.⁹¹ Kangas argumentoi, että pesänhoitajalla on juniorvelkojan jako-osuuden tilittämiseen seniorvelkojalle pesänhoitokäytännön mukaan oikeus, jos siitä ei ole haittaa konkurssihallinnolle.⁹² Edelleen pesänhoitajalla voidaan katsoa olevan tähän velvollisuus, jos velkojan pyynnön toteuttaminen ei loukkaa velkojien yhdenvertaisuutta eikä vaatimusta menettelyn joutuisuudesta (KonkL 14 luku 1 pykälä⁹³) ja sopimus on selkeä sekä toteuttamiskelpoinen.⁹⁴ Aktiivista velvoitetta huomioida luoton alistussopimus pesänhoitajalla ei ole.⁹⁵ Kangas arvioi kuitenkin, että alistamisen toteuttaminen on pesänhoitajan harkinnassa.⁹⁶ Edellytyksenä alistuksen huomioimiselle on se, että juniorvelka on valvottu asianmukaisesti konkurssissa.⁹⁷

4. SOPIMUSPERUSTEINEN LUOTON ALISTAMINEN JA JUNIORVELKOJAN KONKURSSI

Juniorvelkojan konkurssitilanteessa keskeiseksi kysymykseksi nousee sivullissitovuus, eli toisin sanoen se, sitooko seniorvelkojan ja juniorvelkojan välinen järjestely juniorvelkojan konkurssivelkoja. Kysymys on lopulta siitä, millä tavoin seniorvelkoja voi turvata oikeutensa juniorvelkojan konkurssissa koskien alisteiselle juniorsaatavalle tehtäviä suorituksia tai velallisen konkurssissa jako-osuutta. Luoton alistamisen toteutustavalla on keskeinen merkitys sivullissitovuuden kannalta.

90 KonkL 13 luku 1 pykälä 1 momentti: Jakoluetteloehdotukseen on merkittävä: 4) muut saatavia ja konkurssivalvontaa koskevat huomautukset, kuten jälkivalvonnat ja niiden vuoksi suoritettut maksut, sekä tiedot valvonnan oikaisemisesta tai täydentämisestä. Kangas BLF 2010, s. 259.

91 Kangas BLF 2010, s. 260.

92 Kangas BLF 2010, s. 260.

93 KonkL 14 luku 1 pykälä: Yleissäännös konkurssipesän selvittämisestä. Konkurssipesä on selvittävä tehokkaasti, taloudellisesti ja joutuisasti sekä niin, ettei kenenkään oikeuksia loukata.

94 Kangas BLF 2010, s. 260.

95 Kangas BLF 2010, s. 261.

96 Kangas BLF 2010, s. 262.

97 Kangas BLF 2010, s. 264. Ks. myös Kangas BLF 2010, s. 264 liittyen pesänhoitajan velvollisuuteen huomioida panttauksen tapaan analogisesti seniorvelkojan valvoma saatava juniorvelkojan laiminlyödessä valvontavelvoitteensa. Ks. edelleen esimerkiksi Lehtimäki BLF 2009, s. 59-66 liittyen alistamissopimuksen huomioimiseen konkurssissa kansainvälisen oikeuskäytännön ja -kirjallisuuden mukaisesti.

Ajankohtaisena esimerkkinä ICA:n kirjaamisesta insolvenssimenettelyssä voidaan mainita Talvivaara Sotkamo Oy:n sekä Talvivaara Kaivososakeyhtiö Oyj:n 30.9.2014 päivätyt selvittäjän saneerausohjelmaehdotukset. Sopimus velkojien maksunsaantijärjestyksestä (*Intercreditor and Subordination Agreement*) koskee kyseisessä tapauksessa velkojien yhtäläistä oikeutta mm. syndikaattipankkien luoton vakuutena olevaan velallisen antamaan vakuusmassaan.

Vakiintuneiden oikeudellisten instrumenttien kuten vierasvelkapanttauksen ja saatavan siirron osalta on selvitetty edellä VKL:iin perustuvan julkivarmistuksen avulla saavutettavaa sivullissitovuutta. Sivullissitovuuden saavuttaminen vierasvelkapanttauksen sekä saatavan siirron osalta edellyttää varsinaisen julkivarmistuksen lisäksi sitä, että varmistus tehdään oikea-aikaisesti. Vain näin voidaan välttää riski takaisinsaannista velallisen (nyt juniorvelkojan) konkurssipesään.⁹⁸ Vaikka konkurssissa vallitsee lähtökohtaisesti sopimusjatkuvuuden periaate, eikä alistussopimusta voida purkaa juniorvelkojan konkurssin vuoksi, voidaan voimassa olevan oikeuden nojalla toteutettuihin järjestelyihin liittyvän julkivarmistuksen vaatimuksen pohjalta arvioida sitä, voiko pelkkään juniorvelkojan ja seniorvelkojan väliseen sopimukseen perustuva luoton alistaminen pysyä juniorvelkojan konkurssissa. Oikeuskirjallisuudessa on huomioitu, että sopimukseen perustuvan luoton alistamisen ja juniorvelkojan tilitysvelvollisuuden seniorvelkojalle voidaan nähdä perustavan näiden kahden välille vain velvoiteoikeudellisen velkasuhteen. Tällaisen sopimuksen nojalla seniorvelkoja on juniorvelkojan konkurssissa tavallinen velkoja. Seniorvelkoja voi valvoa sopimukseen perustuvan saatavansa juniorvelkojan konkurssissa ja saada siitä jako-osuuden MJL 2 pykälän nojalla.⁹⁹ Esineoikeudellista sitovuutta sopimuksella ei voida saavuttaa eikä seniorvelkojalla ole pantinhaltijan kaltaista separatistioikeutta juniorvelkojan konkurssissa. Juniorvelkojan seniorvelkojalle tekemiin suorituksiin liittyy tällöin takaisinsaannin riski TaksL:n 10 pykälän nojalla.¹⁰⁰

Jos luoton alistaminen rinnastetaan saatavan panttauksen tai saatavan siirtoon¹⁰¹, tai vaihtoehtoisesti jos luoton alistaminen nähdään omana vakuusmuotonaan¹⁰², on sivullissitovuuden saavuttaminen mahdollista julkivarmistuksen avulla. Jos luoton alistamisen nähtäisiin olevan oma vakuusmuotonsa, voitaisiin katsoa, että myös sopimusperusteiseen alistamiseen voitaisiin soveltaa analogisesti VKL:n säännöksiä julkivarmistuksesta (VKL 31 pykälä).¹⁰³ Tällöin takaisin-

98 Jos oikeustoimi on takaisinsaantilain (Laki takaisinsaannista konkurssipesään 26.4.1991/758; TaksL) mukaisesti vahingollinen konkurssivelkoja kohtaan, voidaan se peräyttää. Oikeustoimi voi sinällään olla pätevä.

99 Kangas BLF 2010, s. 284.

100 TaksL 10 pykälä: Velan maksun peräytyminen. Velan maksu myöhemmin kuin kolme kuukautta ennen määräpäivää peräytyy, jos velka on maksettu epätavallisin maksuvälinein tai ennenaikaisesti taikka määrällä, jota pesän varoihin nähden on pidettävä huomattavana. Maksu ei kuitenkaan peräydy, jos sitä voidaan pitää olosuhteet huomioon ottaen tavanomaisena. Jos maksu on suoritettu velallisen läheiselle edellä sanottua aikaisemmin mutta myöhemmin kuin kaksi vuotta ennen määräpäivää, maksu peräytyy vastaavasti, jollei näytetä, ettei velallinen ollut maksukyvytön eikä maksun vuoksi tullut maksukyvyttömäksi.

101 Lehtimäki BLF 2009, s. 75. Huomaa kuitenkin, mitä edellä on sanottu käytännössä yleisestä pantinantokiellosta sekä siitä, että luoton alistamisen toteuttaminen saatavan panttauksena ei vastaa markkinakäytäntöä.

102 Kangas BLF 2010, s. 285.

103 Kangas BLF 2010, s. 285-287. Lehtimäki BLF 2009, s. 79.

saanti konkurssipesään voisi tapahtua, kuten edellä pantin kohdalla, TaksL 14 pykälän nojalla.¹⁰⁴

Tässä artikkelissa ei ole käsitelty kansainvälisesti laajalti käytetyn trust -järjestelyn vastinetta, eli rahoitusagentin roolia sopimusperusteiseen luoton alistamiseen liittyvissä kysymyksissä. Juniorvelkojan konkurssin osalta voidaan mainita, että rahoitusagentin käyttäminen osana sopimusperusteisen luoton alistamisen järjestelyä vähentää riskiä, että seniorvelkojalle tuleva suoritus sekoittuisi juniorvelkojan muuhun varallisuuteen eikä näin olisi erotettavissa konkurssissa.¹⁰⁵

5. SOPIMUSPERUSTEISEN LUOTON ALISTAMISEN ASEMASTA RAHOITUS- JA VAKUUSINSTRUMENTTINA

Tässä artikkelissa on käsitelty sopimusperusteiseen luoton alistamiseen liittyviä oikeudellisia kysymyksiä tarkastelemalla järjestelyn oikeudellista muotoa sekä sen tehokkuutta insolvenssitilanteissa. Järjestelyn oikeudellista asemaa ja muotoa on hahmotettu de lege lata rinnastamalla järjestely olemassa oleviin, oikeutemme mukaisiin rahoitus- ja vakuusinstrumentteihin. Tämän perusteella on tarkasteltu sopimukseen perustuvan luoton alistamisen tehokkuutta velallisen sekä sivullisittomuutta juniorvelkojan konkurssissa.

Tarkastelun perusteella voidaan todeta, ettei sopimusperusteisen luoton alistamisen asemasta ole varmuutta nykyisen lainsäädännön valossa ja oikeuskäytännön puuttuessa. Oikeuskirjallisuudessa on pidetty mahdollisena, että luoton alistaminen rinnastetaan olemassa oleviin insituutioihin, kuten saatavan panttaukseen tai saatavan siirtoon. Edelleen on kuitenkin esitetty, että tämä ei vastaa nykyistä tosiasiallista sopimuskäytäntöä, vaikkakin sopimusta luoton alistamisesta voidaan tulkita vakuustarkoituksessa solmituksi järjestelyksi.¹⁰⁶

Toisaalta voisi olla mahdollista, että luoton alistamisen tulkittaisiin tulevaisuudessa olevan oma vakuusmuotonsa ja näin oma rahoitusinstrumenttinsa. Tämän voi nähdä vastaavan käytännön sovellusten tosiasiallista tarkoitusta. Näin ollen voitaisiin pitää tarkoituksenmukaisena, että sopimusperusteinen luoton alistaminen voisi saavuttaa sivullisittomuuden asianmukaisesti toteutettavalla julkivarmistuksella olemassa olevan sääntelyn, erityisesti VKL:n säännösten, soveltamisen myötä ex analogia. Ilman lainsäädännön tukea voidaan pitää epätodennäköisenä, että velkojat voisivat pelkän yksityisoikeudellisen sopimuksen nojalla saada esineoikeudellista

104 Huomaa kuitenkin, että TaksL 14 pykälä koskee omasta velasta annettua vakuutta. Voisi olla mahdollista, että säännöstä sovelletaan analogisesti myös vieraasta velasta annettuun vakuuteen.

105 Ks. muun muassa Lehtimäki BLF 2009, s. 68. Artikkelin rajaukseen liittyvien seikkojen vuoksi tässä ei käsitellä myöskään kuittausta. Kuittaukseen liittyen ks. esimerkiksi Kangas BLF 2010.

106 Näin esimerkiksi Kangas BLF 2010.

dynaamista suojaa.¹⁰⁷

Luoton subordinaatio on laajasti käytännössä hyödynnetty järjestely. Anglosaksisen oikeuskulttuurin maissa, joista järjestely on lähtöisin, sen oikeudellinen asema on selvä. Rahoitusmarkkinoiden toimivuuden kannalta olisi hyvä, että alisteisen luoton oikeudellinen asema olisi selvä myös Suomen oikeudessa. Järjestelyn tehokkuuteen liittyvästä epävarmuudesta seuraa, että rahoittajien on vaikea arvioida myöntämiinsä luottoihin liittyviä riskejä, mikä puolestaan nostaa rahoituksen hintaa.¹⁰⁸ Koska kyseessä on nimenomaan käytännön tarpeesta nouseva järjestely, tulisi tulkinnoissa pyrkiä toimijoiden tosiasiallista tarkoitusta vastaavaan lopputulokseen. On mahdollista, että instrumenttia kehitetään rahoitusmarkkinoilla tosiasiallisesti laadittavien alistussopimusten kautta myös johonkin muuhun suuntaan kuin mitä tässä on tarkasteltu. Nähtäväksi jääkin, mikä oikeudellinen muoto tulevaisuudessa koetaan rahoitusmarkkinoilla tarkoituksenmukaisimpana.

LÄHTEET

Kirjallisuus

Calligar, Dee Martin: Purposes and uses of subordination agreements. *The Business Lawyer* 1967 s. 33–66. (Calligar Bus. Law 1967)

Harsu, Henrikki: Kotimaisen liiketoiminnan arvopaperistaminen. *Oikeustiede-Jurisprudentia* 2003: XXXVI s. 135. (Harsu OTJP 2003)

Havansi, Erkki: Konkurssin ”suurimmat velkojat” ja pienet. Kaavoitus, rakentaminen, varallisuus – juhlaulkaisu Vesa Majamaa. Toim. Tapani Lohi. s. 39–57. Edita Publishing Oy, Helsinki 2005. (Havansi 2005)

Kaisto, Janne: Velkojien maksunsaantijärjestyksestä sopimisesta, Keskustelua. *Lakimies* 3/2003 s. 458–468. (Kaisto LM 2003)

Kangas, Tanja: Sopimuserusteinen luoton alistaminen. *Business Law Forum* 2010 s. 225–297. Helsinki 2010. (Kangas BLF 2010)

Lauriala, Jari: Yritysjärjestelyiden rahoitus. *Defensor Legis* N:o 6/2009 s. 947–960. (Lauriala DF 2009)

Lauriala, Jari: Juniorvelkojan asemasta suomalaisessa osakeyhtiössä. *Defensor Legis* N:o 4/2010 s. 402–415. (Lauriala DF 2010)

107 Lehtimäki BLF 2010, s. 79.

108 Lehtimäki BLF 2009, s. 39.

Lautjärvi, Kari: Vällipääomarahoitus suomalaisen osakeyhtiön rahoituksen vaihtoehtona. Lakimies 7–8/2011 s. 1341–1362. (Lautjärvi LM 2011)

Lehtimäki, Mika J.: Velkasubordinaatio yrityksen konkurssissa. Business Law Forum 2009 s. 37–97. Helsinki 2009. (Lehtimäki BLF 2009)

Sippel, Jan – Tiitta, Erkki: Velkojen riskinjakosopimukset yritysrahoitusjärjestelyissä. Lakimies 6/2002 s. 962–983. (Sippel – Tiitta LM 2002)

Virallislähteet

Esityöt

HE 181/1992 Hallituksen esitys Eduskunnalle etuoikeusjärjestelmän uudistamista koskevaiksi lainsäädännöksi

Oikeuskäytäntö

KKO 1988:44

Muut lähteet

Talvivaara Sotkamo Oy, Selvittäjän ehdotus saneerausohjelmaksi. Annettu 30.9.2014. Saatavilla Talvivaaran internetsivuilla: <http://www.talvivaara.com/sijoittajat/yrityssaneeraus>. (Viittauspäivä 2.10.2014).

Talvivaara Kaivosyhtiö Oyj, Selvittäjän ehdotus saneerausohjelmaksi. Annettu 30.9.2014. Saatavilla Talvivaaran internetsivuilla: <http://www.talvivaara.com/sijoittajat/yrityssaneeraus>. (Viittauspäivä 2.10.2014).

ELEMENTS OF STYLE

Niilo Jääskinen, OTT, julkisasiamies

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS TEKSTINÄ

EU-tuomioistuimen julkisasiamiehen (avocat général, advocate general) tehtävä on lainattu ranskalaisesta tuomioistuinperinteestä. Siellä ylimmissä tuomioistuimissa osa jäsenistä ei osallistu varsinaiseen tuomioneuvotteluun, mutta laatii ratkaisukokoonpanolle perustellun ja julkisen ratkaisuehdotuksen ennen päätöksentekoa.

EU-tuomioistuimeen tämä järjestelmä omaksuttiin tasapainottamaan julkisuusvajetta ja lisäämään tuomioiden ymmärrettävyyttä. EU-tuomioistuimessa tuomarit eivät voi julkistaa äänestyslauseuntojaan, ovat he sitten yhtä tai eri mieltä enemmistön kanssa. Tämän vuoksi tuomiot ovat joskus kompromisseja, jolloin asian kaikki näkökohdat eivät avaudu tuomioperusteluista. Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus on silloin välttämätön asian oikeudellisten kysymysten syvällisemmän ymmärtämisen kannalta.

Julkisasiamiehen tehtävänä on täysin puolueettomana ja riippumattomana esittää perusteltu ratkaisuehdotus asioissa, joihin liittyy uusia oikeuskysymyksiä. Toisin sanoen julkisasiamies neuvoo tuomareita. Samalla ratkaisuehdotuksen julkisuus antaa asianosaisille ja laajemmaltikin lakimiesyhteisölle mahdollisuuden ymmärtää asiaan liittyviä oikeudellisia näkökohtia ja argumentteja.

Oikeusteoreetikko Aulis Aarnio on opettanut, että juridinen argumentaatio on aina osoitettu jollekin auditoriolle. Julkisasiamiehellä on kaksi auditoriota: tuomarit ja EU-tuomioistuimen ulkopuolinen yleisö. Näiden tarpeet ja intressit eivät ole identtisiä, ja julkisasiamiehet joutuvat tasapainottelemaan niiden välillä.

Oma kantani on pitää EU-tuomioistuinta ensisijaisena auditoriona ja välttää siksi turhaa akateemisuutta lausunnoissani. EU-tuomioistuimen tuomareille on tärkeää, että julkisasiamiehen lausunto menee nopeasti asian ytimeen ja rakentuu niin pitkälle kuin mahdollista olemassa olevalle oikeuskäytännölle. Varsinkin vaikeammassa asioissa on kuitenkin välttämätöntä ottaa tutkimuksellisempi ote ja esimerkiksi analysoida tuomioistuimen oman oikeuskäytännön ja muiden sitovien oikeuslähteiden lisäksi myös doktriinia ja asiaan liittyviä reaalisia argumentteja.

Kuten kaikessa tuomioistuintyössä, julkisasiamiehellä on käytettävissään lukuisia asiakirjoja, joissa asiaan liittyvistä kysymyksistä keskustellaan. Näitä ovat ennen kaikkea vireillepanoasiakirjat (ennakkoratkaisupyynnö, kanne tai valitus), asianosaisten kirjelmät sekä komission, mahdollisesti muiden toimielinten ja asiaan osallistuvien jäsenvaltioiden kirjalliset huomiot. Lisäksi jokaisesta asiasta on esittelevän tuamarin laatima ja julkisasiamiehen tarkastama alustava kertomus (rapport préalable), joka laajuudeltaan ja sisällöltään vastaa suomalaisten ylimpien tuomioistuinten esittelymuistioita ilman ratkaisuosaa.

Julkisasiamiehen lausunto julistetaan tuomioistuimen istunnossa. Sitä ennen sen käy kielen-tarkastuksessa, muodollisessa tarkastuksessa, jossa erilaiset tyypografiset ja viittaustekniset seikat laitetaan kuntoon, ja lopuksi se käännetään muille EU-kielille. Yleensä nämä käännökset ovat saatavilla lausunnon julkistamispäivänä, mutta oikeudellisesti välttämätöntä on ainoas-taan, että lausunto ehditään kääntää oikeudenkäyntikielelle, jos julkisasiamies on käyttänyt jotain muuta kieltä.

Julkisasiamiehillä on periaatteessa oikeus kirjoittaa lausuntonsa millä tahansa EU:n virallisista kielistä, mutta tästä asiasta on ”herrasmiehsopimus”, joka rajoittaa kielet viiteen suurimpaan (ranska, englanti, saksa, espanja, italia). Näin vältetään välikielen käyttö lausuntoa käännet-täessä, koska kaikkien kielten kielipalvelut pystyvät suoraan kääntämään näistä lähdekielistä. Tämän vuoksi en ole käytännössä voinut laatia lausuntojani suomeksi.

Omat lausuntoni laadin pääosin ranskaksi. Ranska on teknisesti helpoin vaihtoehto, koska se on EU-tuomioistuimen sisäinen työkieli, jolle kaikki oikeudenkäyntiaineisto käännetään. (Esi-merkiksi jos asian oikeudenkäyntikieli on liettua ja Suomen hallitus esittää siinä kirjallisia huo-mautuksia, jotka ovat jäsenvaltion omalla kielellä eli suomeksi, tuomioistuimessa ne käännetään ranskaksi, jota kaikkien tuomarien ja julkisasiamiesten oletetaan ymmärtävän.) Ranskan käyttö omien lausuntojeni kielenä helpottaa siten huomattavasti käytännön työprosessiani. Tämän vuoksi englanniksi laadittuja on vain noin neljännes lausunnoistani.

Julkisasiamiehen lausunnon välttämättömiä sisällöllisiä elementtejä ovat johdanto, juridinen kehys (relevantti EU-oikeus, kansallinen oikeus ja mahdollisesti kansainvälinen oikeus), asiaa koskevat perustiedot (faktat ja oikeudenkäynti EU-tuomioistuimessa ja ennakkoratkaisuasoi-den kohdalla myös kansallisessa tuomioistuimessa), analyysi ja johtopäätökset. Lausuntojen pituus voi vaihdella huomattavastikin. Vuodesta 2012 julkisasiamiehet ovat noudattaneet her-rasmiehsopimusta, jonka mukaan kunkin lausuntojen pituuden liukuvan keskiarvon tulisi olla 40 käsikirjoitussivua. Tähän on päädytty sen vuoksi, että julkisasiamiehen lausunnot muodostavat merkittävän osan EU-tuomioistuimen käännöskustannuksista.

Julkisasiamiehillä on kuten tuomareillakin kabinetti, jonka muodostavat neljä lakimiesavustajaa (référéndaire, legal secretary), kolme sihteeriä sekä yleensä yksi harjoittelija. Lakimiesavustajat selvittävät asiaan liittyviä oikeuskysymyksiä jutun asiakirjojen pohjalta sekä hankkivat tarvitta-via lisäselvityksiä oikeuskäytännöstä, jäsenvaltioiden kansallisesta oikeudesta ja doktriinista. Heidän tärkein tehtävänsä on kuitenkin laatia julkisasiamiehen ohjeiden mukaisesti lausuntojen luonnoksia. Julkisasiamiehen lausunnon laatiminen on tyyppillistä prosessikirjoittamista, jossa yleensä tarvitaan lähemmäs kymmenen versiota ennen kuin teksti on valmis.

EU-tuomioistuimen julkisasiamiesten lausuntojen tyylistä on helposti havaittavissa heidän kan-sallinen ja ammatillinen taustansa ja persoonallisuutensa. Professoritaustainen julkisasiamies kirjoittaa eri tavalla kuin asianajajataustainen, ranskalaisen entisen korkea-arvoisen syyttäjän tyyli on erilainen kuin puolalaisen virkamiehen.

Omassa tyylissäni näkyy taustani suomalaisena lainvalmistelijana ja tuomarina. Pysin yksinkertaiseen, asialliseen ja ehkä jossain määrin persoonattomaankin tyyliin. Tosin päätin heti toimikauteni alussa, että olen ”minä” enkä ”me” eli kirjoitan ”minun mielestäni” enkä ”meidän mielestämme”. Lausuntonjeni laatiminen on yhteistyötä lakimiesavustajan ja julkisasiamiehen välillä. Kun lausuntoa laaditaan ranskaksi, joudun taistelemaan lyhyiden virkkeiden puolesta, koska juridisessa ranskassa on luontevaa ilmaista pitkät ajatuksenkehittelyt pitkässä, mahdollisesti toista kymmentä lauseenvastiketta tai sivulauseetta käsittävissä virkkeissä. Englantilaisen juridiikan ongelmana on puolestaan ”legalese” eli juhlallisten, ylätyylisten ja maallikoille käsittämättömien käsitteiden ja sanojen viljely.

Olen työssäni havainnut, että erityinen oppineisuuden osoittaminen tai verbaalinen nokkeluus harvoin palvelee asiaa. Tämä ei kuitenkaan estä silloin tällöin lisäämästä lausuntoon jotain puhuttua juridiikan ulkopuolista huomiota tai sitaattia, jos se tuntuu sopivan asiayhteyteen. Tyyllillisesti pyrin suosimaan verbejä substantiivien sijaan ja poistamaan kaikki adjektiivit, jotka eivät ole välttämättömiä. Lausunnon lähestyessä viimeistä versiotaan pyrin noudattamaan vanhaa kirjoittajan ohjetta ”kill your darlings!” eli karsimaan kaiken ylimääräisen. Hämmästyttävän usein lausunnon käsikirjoituksesta pystyy viime metreillä leikkaamaan useita sivuja ja usein myös parantamaan dispositiota vaihtamalla lukujen tai kappaleiden järjestystä.

Juridisessa kirjoittamisessa teksti palvelee aina tiettyä tarkoitusta. Parhainkin sisältö menettää tehonsa, jos se ei noudata muotoa ja esitystapaa koskevia konventioita. Olen urani aikana kirjoittanut säädösehdotuksia, hallituksen esityksiä, valiokuntamietintöjä, tuomiota, julkisasiamiehen lausuntoja sekä akateemisia kirjoja ja artikkeleita. On selvää, että tiettyjen johdonmukaisuutta, selkeyttä ja kielellistä korrektiutta koskevien yleisten periaatteiden noudattaminen on välttämätöntä näissä kaikissa. Minusta on kuitenkin vaikeaa puhua oikeudellisesta kirjoittamisesta yhtenä blokkina, koska eri tekstilajien vaatimukset ovat niin toisistaan poikkeavia, ja omalla kohdallani myös kirjoittamisprosessi on erilainen.

Oikeustieteen opetuksessa olisi tärkeää kirjoituttaa opiskelijoilla mahdollisimman paljon ja tarkoitukseltaan erilaisia juridisia tekstejä. Tärkeintä olisi myös opettaa taitoa, jonka omalla kohdallani olen oppinut liian myöhään: se on kyky säälimättä karsia tarpeetonta tekstiä, vaikka olisi uhrannut sen kirjoittamiseen tunteja tai päiviä.

HOW DOES ONE LOCK-UP A FRIENDLY DEAL AFTER OMNICARE V. NCS?

Keywords:

corporate law, M&A, Delaware law, duty of care, deal protection device, fiduciary out, lock-up

Tero Rehula¹

ABSTRACT

Deal protection devices are contractual terms in a merger agreement. They motivate parties to consummate the underlying transaction. The Delaware Supreme Court held in its 2003 decision, *Omnicare Inc. v. NCS Healthcare Inc.* (“*Omnicare*”), by a 3 to 2 vote, that the NCS board had breached its fiduciary duties by accepting deal protection devices that created “an absolute lock-up”.² The *Omnicare* decision created a new legal rule: the target board has to retain an effective fiduciary out provision that allows the board to terminate the deal if it receives a superior proposal from another company. However, due to other courts’ narrow construction of *Omnicare* and practitioners’ creative crafting of new deal protection devices, there is a good reason to believe that *Omnicare* has limited applicability today.

1 The author is a master’s student of law at the University of Helsinki and a student of business at the Hanken School of Economics. The article is based on a seminar paper the author wrote during his exchange semester at Hofstra Law School in New York, US in 2014.

2 *Omnicare, Inc. v. NCS Healthcare, Inc.*, 818 A.2d 914, 945 (Del. 2003).

INTRODUCTION

This is an article about corporate law of the state of Delaware, United States. Most of the publicly traded companies in the United States are incorporated in the state of Delaware. Corporate law of Delaware is modern and predictable.³ Both the Court of Chancery of the State of Delaware and the Delaware Supreme Court are specialized in corporate law matters. Courts in many other states in the US have bound themselves to decisions of the Delaware Supreme Court. Further, the Delaware Supreme Court has a significant role in development of corporate law all over the world. Also Finnish legislator was interested in Delaware corporate law when preparing the 2006 Limited Liability Companies Act of Finland.⁴

The Delaware Supreme Court held in its 2003 decision, *Omnicare Inc. v. NCS Healthcare Inc.*, by a 3 to 2 vote, that the NCS board breached its fiduciary duties by accepting the merger agreement and the voting agreement that absolutely locked-up the deal whereby Genesis Health Ventures would have acquired NCS. By entering into the agreements and approving certain deal protection devices, the NCS board tried to protect itself from the potential loss of the Genesis transaction. The *Omnicare* decision created a new legal rule: an absolute lock-up, which contains a binding majority stockholder approval and does not contain a fiduciary out provision allowing the board to terminate the deal if it receives a superior proposal from another company, is per se, in itself, invalid when a later significant topping bid emerges.

Omnicare made it more difficult for bidders to achieve the certainty they usually require before signing a friendly acquisition. As a theoretical result, because certainty itself has value, potential target companies could have received lower bids after *Omnicare*, which in turn decreases value to targets' shareholders. The dissenting Justices were worried about loss of certainty and stated that *Omnicare* had not followed Delaware's prior case law.⁵ Many scholars and practitioners agree. At the time of writing this article, the Delaware Supreme Court has not decided cases similar to *Omnicare* since *Omnicare v. NCS*. However, the Delaware Chancery court has continuously interpreted *Omnicare* narrowly in several decisions. Also, some courts outside of Delaware applying Delaware law have declined to apply *Omnicare*.

The goal of this article is to answer to the question stated in title: how does one lock-up a friendly deal after *Omnicare v. NCS*? Even though the question is practical, the core problem is theoretical. From a broader perspective, the article is about limits of duty of care the board of directors owes to the company and its shareholders. Research method follows American tradition and is strongly based on case analysis.

3 Del. Code Ann. tit. 8.

4 HE 109/2005 vp & Osakeyhtiölakityöryhmän mietintö 2003:4.

5 *Omnicare, Inc. v. NCS Healthcare, Inc.*, 818 A.2d 914, 939–950 (Del. 2003).

2 LOCKING-UP A PUBLIC CORPORATE ACQUISITION

2.1 Context of Public Corporate Acquisitions

At first, it is necessary to talk about the wider context of the problem. Buying and selling corporations and corporate assets is part of many publicly traded companies' business. Initiative to potential merger can come from the acquiring company or from the target company. A company may want to acquire another company for various reasons, such as possible synergistic benefits, possible competitive advantages, expanding to new markets, fears of new competitors, or new regulations. In a stock purchase, the acquiror has to pay a control premium of sorts to the target's shareholders. The total purchase price usually exceeds significantly the market gap of the target.

Companies may also want to sell their existing businesses in order to focus only on their core businesses. Sometimes the board of directors can put a whole company up for sale if it faces financial problems, or if the board otherwise decides that the best strategy for the company is to forego a strategic transaction. Once the company is on sale, soliciting bids and running an auction with the potential buyers usually guarantees the highest purchase price. However, there are many economically rational reasons why the target wants to limit the number of potential buyers with which it is negotiating: the target does not want to allow all its rivals to engage in due diligence, the target involved in a bidding war faces increased costs, and promising certainty to one bidder can lead to a raised bid from that bidder.

Under Delaware law, both merger and sale of substantially all property and assets require shareholders' approval.⁶ The board's approval is not required for merger, but the board is obligated to recommend to the shareholders that they either approve or decline a launched tender offer.⁷ Deals in which the board recommends shareholders to approve a merger are commonly called friendly deals. On the other hand, proposed mergers that do not get the board's approval are described as hostile takeovers. In a friendly deal the target and the acquiror usually negotiate the merger terms, and at the time of signing, both parties believe that the deal is in the best interests of the signing parties. Next, I will explain the purpose of lock-up and take a look into different deal protection devices.

2.2 The Purpose of Lock-Up

No acquiring company wants to be used as a stalking horse that puts in all the effort and money to make due diligence and reasonable valuation of the target – only to have its bid then used as

6 Del. Code Ann. tit. 8, § 251(c) & Del. Code Ann. tit. 8, § 271(a).

7 Del. Code Ann. tit. 8, § 251(b).

a benchmark for new bids by other bidders.⁸ Because of this risk, the acquiror's goal is to negotiate exclusively with the target, and sign the deal quickly. The target company can also be under pressure to get the deal done quickly if it is otherwise facing liquidation. If there is only one company interested in acquiring the target, courts have described potential buyer as the only game in town.⁹ When this is the case the target has a huge incentive not to lose the acquiror.

Once the deal is signed, it takes a relatively long time to close it. The time depends on various factors, such as when the shareholder voting takes place; whether the bidder obtains necessary financing; and whether the deal receives necessary approvals regarding anti-trust regulations. The time period between the signing and the closing is risky for both the target and the acquiror. Changes that may occur in the interim can cause the other party to change its mind. The acquiror's nightmare is that the target company receives a more attractive competitive bid from another bidder. The risk of the acquiring company walking away from the deal is significantly lower.

Parties cannot trust with full certainty that the deal will be closed before it actually is closed. This uncertainty causes costs to the parties, as actors in capital markets give value to certainty itself.¹⁰ The more likely the deal is to actualize, the higher price the acquiring company is willing to pay.¹¹ In theory, if the board of the target company knew with certainty that there will not be any other bidders on the market, it could be even the board's duty to create a strong lock-up in order to reach the highest possible price. Because in reality the board can never know certainly that no higher bid will emerge, deal protection devices increase the risk that the target company has to turn down a more valuable potential transaction later. Further, deal protection devices can make it so expensive to later potential bidders to succeed that they will not even make an offer. Thus, by restricting the target company's ability to negotiate other transactions, deal protection devices create a potential cost to the target company.

2.3 Deal Protection Devices

Deal protection devices are contractual terms in the merger agreement, or in the documents related to it. There is not a complete list of all possible deal protection devices, but rather transactional lawyers continuously develop new ways to reduce the risk and protect the deals. The main purpose of deal protection devices is to motivate the parties to consummate the underlying transaction, and thus reduce the risk of losing the deal.

8 Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 866 (Del. 1985).

9 Omnicare, Inc. v. NCS Healthcare, Inc., 818 A.2d 914, 943 (Del. 2003).

10 Omnicare, Inc. v. NCS Healthcare, Inc., 818 A.2d 914, 942 (Veasey, C.J., dissenting) (Del. 2003) & Gilson 1984 at 264.

11 Gilson 1984 at 264.

The most used deal protection device is a termination fee that requires the target company to pay a fee to the acquiring company if the target company fails to close the transaction. Termination fees can be triggered by different events. These include the target board's failure to put the merger to shareholder vote, the board's withdrawal of its recommendation, a negative shareholder vote, or the closing of an alternative transaction.¹²

Stock and asset options grant the acquiring company the right to purchase specified amounts of stock or specified assets of the target company at a stated price – a price that is lower than market price. These kinds of options make it more expensive for other bidders to succeed in a bidding war. Today, acquiring companies prefer stock options because the Delaware Supreme Court has been more suspicious toward asset options and has invalidated them more frequently.¹³

A no-shop provision prohibits the target company from actively marketing itself to other potential bidders. However, it allows the target company to negotiate with an unsolicited bidder, at least if its bid is superior to the terms of the original acquiring company's offer.¹⁴ So called no-talk provisions go further, and prohibit the target company from even talking or delivering information to an unsolicited bidder.

Acquiring company can also make a voting agreement with the target's shareholders who agree to approve the merger. Delaware law permits force to vote provisions, meaning that the target company's board can agree to submit a merger agreement for a stockholder vote, even if the board later decides not to support the agreement and recommends that the stockholders reject it.¹⁵ The target company and the acquiring company can also agree that the acquiror has the right to match a potential superior bid within a specified period of time. That is sometimes called a last look provision.¹⁶ If the acquiror also has the right to get all the information that the potential new buyer gets from the target, this provision is called a matching information provision.

Now, when we understand why deal protection devices are so important and how they work, I will turn focus into fiduciary duties of a board of directors.

12 Paramount Commc'ns Inc. v. QVC Network Inc., 637 A.2d 34, 39 (Del. 1994).

13 Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc., 506 A.2d 173, 175-176, 178 (Del. 1986) & Mills Acquisition Co. v. Macmillan, Inc., 559 A.2d 1261, 1284 (Del. 1989).

14 In re Pennaco Energy, Inc. S'holders Litig., 787 A.2d 691, 702 (Del. Ch. 2001).

15 Del. Code Ann. tit. 8, § 251(c).

16 La. Mun. Police Employees' Ret. Sys. v. Crawford, 918 A.2d 1172, 1180 (Del. Ch. 2007).

2.4 Director’s Fiduciary Duties in Public Transactions

2.4.1 The Business Judgment Rule

Under Delaware law, the business and affairs of every corporation shall be managed by, or under the direction of, a board of directors.¹⁷ The Supreme Court of Delaware has held that “[t]he existence and exercise of this power carries with it certain fundamental fiduciary obligations to the corporation and its shareholders”¹⁸, and that “[t]he director’s fiduciary duty to both the corporation and its shareholders has been characterized by this Court as a triad: due care, good faith, and loyalty.”¹⁹ In *Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.* (“Revlon”) the Supreme Court of Delaware ruled that “[t]hese principles apply with equal force when a board approves a corporate merger... and of course they are the bedrock of our law regarding corporate takeover issues.”²⁰

The business judgment rule protects decision-making of a board of directors, and shields directors from judicial second-guessing. It is “a presumption that in making a business decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interests of the company”.²¹ An application of the business judgment rule places the burden of proof on the party challenging the board’s decision.²² The Supreme Court of Delaware has, however, created heightened standards for review of certain actions of the board of directors. “Where issues of corporate control are at stake [as in a merger], there exists the omnipresent specter that a board may be acting primarily in its own interests, rather than those of the corporation and its shareholders.”²³ For that reason, the board will not receive the normal protections of the business judgment rule, unless its decision satisfies enhanced scrutiny.²⁴ The Delaware Supreme Court has developed two different applications of the enhanced scrutiny: Unocal and Revlon standards. It is necessary to explain those standards.

2.4.1 The Unocal standard

Unocal applies whenever a board “perceives a threat” to control and takes defensive measu-

17 Del. Code Ann. tit. 8, § 141(a).

18 *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 811 (Del. 1984).

19 *Malone v. Brincat*, 722 A.2d 5, 10 (Del. 1998).

20 *Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.*, 506 A.2d at 179 (Del. 1986).

21 *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d at 812 (Del. 1984).

22 *Ibid.*

23 *Mills Acquisition Co. v. Macmillan, Inc.*, 559 A.2d at 1287 (Del. 1989).

24 *Ibid.*

res in response to the threat.²⁵ A threat to control is defined as “threat to corporate policy and effectiveness which touches upon issues of control.”²⁶ Adopting defensive measures against a hostile bidder in a takeover contest triggers Unocal. Analogously, a board’s decision to protect its decision to enter into a merger agreement with defensive devices against uninvited competing transactions triggers Unocal.²⁷ In *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.* (“Unocal”) the Supreme Court of Delaware came up with the new standard of review.²⁸

Where the Unocal test is applicable, before the board is accorded the protection of the business judgment rule, “the board must establish: (1) that it had reasonable grounds to believe that the hostile bid for control threatened corporate policy and effectiveness; and (2) that the defensive measures adopted were reasonable in relation to the threat posed.”²⁹ The first part is called the reasonableness test and the second part is called the proportionality test.³⁰ The proportionality inquiry involves a two-step analysis: “if the board of directors’ defensive response is not draconian (preclusive or coercive) and is within a ‘range of reasonableness,’ a court must not substitute its judgment for the board’s”.³¹ A response is “coercive” if it is aimed at forcing upon stockholders a management-sponsored alternative to a hostile offer.³² A response is “preclusive” if it deprives stockholders of the right to receive all tender offers or precludes a bidder from seeking control by fundamentally restricting proxy contests or otherwise.³³

2.4.2 The Revlon standard

In a Revlon situation, the board no longer faces threats to the corporate policy or effectiveness. Instead, it becomes obvious that the target company is on sale. Revlon standard applies at least in the following three scenarios “when a corporation initiates an active bidding process seeking to sell itself or to effect a business reorganization involving a clear break-up of the company”; “where, in response to a bidder’s offer, a target abandons its long-term strategy and seeks an alternative transaction involving the break-up of the company”; or “when approval of a transaction results in a sale or change of control”.³⁴

25 *Stroud v. Grace*, 606 A.2d 75, 82 (Del. 1992).

26 *Gilbert v. El Paso Co.*, 575 A.2d 1131, 1144 (Del. 1990).

27 *Paramount Comm’ns, Inc. v. Time Inc.*, 571 A.2d 1140, 1152 (Del. 1989).

28 *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.*, 493 A.2d 946 (Del.1985).

29 *Chesapeake Corp. v. Shore*, 771 A.2d 293, 330 (Del. Ch. 2000) (Rewriting the rules stated in *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.*, 493 A.2d 946, 955 (Del.1985) & *Unitrin, Inc. v. Am. Gen. Corp.*, 651 A.2d 1361, 1373 (Del 1995)).

30 *Unitrin, Inc. v. Am. Gen. Corp.*, 651 A.2d 1361, 1373 (Del. 1995).

31 *Ibid.* at 1388.

32 *Ibid.* at 1387.

33 *Ibid.*

34 *Arnold v. Soc’y for Savings Bancorp, Inc.*, 650 A.2d 1270, 1290 (Del. 1994).

Under Revlon, the board must perform its fiduciary duties by acting in a way that obtains the specific objective: “maximizing the sale price of the company for the stockholders’ benefit.”³⁵ This task is complex and it is up to the board how to best achieve the objective since “there is no single blueprint that a board must follow to fulfill its duties.”³⁶ In *Paramount Communications Inc. v. QVC Network Inc.* (“QVC”) the Delaware Supreme Court recognized that when the board makes its decision “there are many business and financial considerations implicated in investigating and selecting the best value reasonably available” and “the board of the directors is the corporate decision making body best equipped to make these judgments.”³⁷ Accordingly, the Court held that “a court applying enhanced judicial scrutiny should be deciding whether the directors made a reasonable decision, not a perfect decision” and “thus, courts will not substitute their business judgment for that of the directors, but will determine if the directors’ decision was, on balance, within a range of reasonableness.”

While the business judgment rule remains as a default standard when reviewing board’s decisions, *Unocal* or *Revlon* may apply under certain circumstances. In *Omnicare* the Delaware Supreme Court applied *Unocal*. It also held that *Revlon* would have been satisfied, if it had applied, which it did not. Now it is time to turn our focus into the case itself.

3 THE LIMITS OF LOCK-UP SET BY OMNICARE

3.1 Factual Background and Holding in *Omnicare*

NCS Healthcare, Inc. (“NCS”), a Delaware company in pharmacy providing business, was insolvent in 2001.³⁸ The NCS’s board began to explore strategic alternatives, and as a part of this effort it contacted over 50 companies concerning its acquisition.³⁹ The only interested buyers NCS found were Genesis Health Ventures, Inc. (“Genesis”) and *Omnicare, Inc.* (“*Omnicare*”).⁴⁰ Late 2001, *Omnicare* told NCS that it was not interested in any transaction other than an asset sale in bankruptcy.⁴¹ Genesis, which had previously lost a bidding war to *Omnicare* in a different transaction, entered into negotiations with NCS.⁴² Knowing that NCS had also negotiated with *Omnicare*, Genesis made it clear to NCS that it would not negotiate with NCS as a stalking horse.⁴³

35 *Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.*, 506 A.2d 173, 179 (Del. 1986).

36 *Barkan v. Amsted Indus., Inc.*, 567 A.2d 1279, 1286 (Del. 1989).

37 *Paramount Commc’ns Inc. v. QVC Network Inc.*, 637 A.2d 34, 45 (Del 1994).

38 *Omnicare, Inc. v. NCS Healthcare, Inc.*, 818 A.2d 914, 919-920 (Del 2003).

39 *Ibid.* at 920.

40 *Ibid.* at 921.

41 *Ibid.*

42 *Ibid.*

43 *Ibid.* at 922.

NCS avoided bankruptcy and its operating performance improved constantly since early 2002.⁴⁴ In the spring of 2002 Genesis was the only company interested in negotiating with NCS.⁴⁵ The deal between NCS and Genesis was almost signed in late July 2002 when Omnicare again proposed negotiations with NCS and sent NCS a letter outlining a proposed merger.⁴⁶ NCS could not meet with Omnicare because of the exclusivity agreement with Genesis.⁴⁷ NCS also turned down Omnicare's otherwise attractive proposal because the due diligence condition substantially undercut its strength.⁴⁸ However, NCS used Omnicare's proposal to negotiate for improved terms with Genesis.⁴⁹ As a result Genesis substantially improved its terms, but threatened to walk away from the deal unless NCS approved it by midnight for July 28, 2002.⁵⁰

The proposed agreement contained a provision requiring that the Genesis agreement be placed before the NCS's stockholders for a vote, even if the NCS board no longer recommended it.⁵¹ The agreement also demanded the NCS's board to agree to omit any effective fiduciary out clause from the merger agreement.⁵² In connection with the Genesis agreement, the Genesis demanded two stockholders of NCS, who held a majority of the voting power, to agree unconditionally to vote all of their shares in favor of the Genesis merger.⁵³ Additionally, they had to grant Genesis an irrevocable proxy to vote their shares in favor of the agreement, and to agree that the voting agreement was specifically enforceable by Genesis.⁵⁴

The full board met on July 28, 2002, and received reports and advice from its legal and financial advisors.⁵⁵ The board concluded that "balancing the potential loss of the genesis deal against the uncertainty of Omnicare's letter, results in the conclusion that the only reasonable alternative for the Board of Directors is to approve the Genesis transaction."⁵⁶ The board was informed that certain conditions in the agreement "would prevent NCS from engaging in any alternative

44 Ibid.

45 *Omnicare, Inc. v. NCS Healthcare, Inc.*, 818 A.2d 914, 922 (Del 2003).

46 *Omnicare, Inc. v. NCS Healthcare, Inc.*, 818 A.2d 914, 924 (Del 2003).

47 Ibid.

48 Ibid.

49 Ibid.

50 Ibid. at 925.

51 Ibid.

52 Ibid.

53 Ibid.

54 Ibid. at 926.

55 Ibid. at 925.

56 Ibid.

or superior transaction in the future.”⁵⁷ The merger agreement and the voting agreement were executed later that day.⁵⁸

Hours after the deal was signed, Omnicare proposed a merger agreement to NCS and publicly disclosed the proposal.⁵⁹ A couple of days after that, Omnicare sought to enjoin the NCS/Genesis merger, and announced its intention to launch a superior tender offer within few days.⁶⁰ The NCS board later withdrew its recommendation of the Genesis merger and recommended stockholders to vote against the Genesis merger because of the superior bid by Omnicare.⁶¹ However, the NCS board knew that there was no way to prevent Genesis merger closing.⁶²

On August 1, 2002, Omnicare filed a lawsuit attempting to enjoin the NCS/Genesis merger.⁶³ The court held that the deal protection devices contained in the merger agreement and in the voting agreement were subject to the Unocal enhanced judicial scrutiny test.⁶⁴ The threat identified by the NCS board was the possibility of losing the Genesis offer and being left with no comparable alternative transaction.⁶⁵ The court found NCS board’s deal protection devices both coercive and preclusive.⁶⁶ Stockholder vote had been robbed of its effectiveness to determine “the outcome of the merger without regard to the merits of the Genesis transaction at the time the vote was scheduled to be taken”.⁶⁷ Stockholders were required to accept the merger agreement because it was a *fait accompli*. The court held that the defensive devices employed by the NCS board were coercive and preclusive in the sense that they accomplished a *fait accompli*.⁶⁸ Consequently, because the defensive devices were coercive and preclusive, they could not be within a reasonable range of responses to the threat.⁶⁹

Alternatively, the Court held that the defensive devices were invalid and unenforceable because

57 Ibid.
58 Ibid.
59 Ibid. at 926.
60 Ibid.
61 Ibid.
62 Ibid. at 927.
63 Ibid. at 926.
64 Ibid. at 934.
65 Ibid. at 935.
66 Ibid.
67 Ibid. at 936.
68 Ibid.
69 Ibid.

they provided no effective fiduciary out.⁷⁰ Relying on QVC, the court stated that since stockholders had lost the power to influence corporate direction through the ballot, “minority stockholders must rely for protection solely on the fiduciary duties owed to them by the directors”.⁷¹ Altogether, the specifically enforceable voting agreement, a force to vote provision, and omission of a fiduciary out clause prevented the board from discharging its fiduciary responsibilities to the minority shareholders when Omnicare presented its superior proposal.⁷² Combined together, all these otherwise valid actions operated in concert – creating an absolute lock-up with no effective fiduciary out.⁷³ Next I will look deeper into the legal consequences of Omnicare.

3.2 Omnicare Set New Rules for Lock-Ups

The court held in Omnicare, citing its 1989 decision *Paramount Communications, Inc. v. Time Inc.* (“Time-Warner”), that defensive devices adopted by the board to protect the original merger transaction must withstand enhanced judicial scrutiny under the Unocal standard.⁷⁴ In Time-Warner, the Time Inc. board adopted defensive devices in response to Paramount Communication, Inc.’s attempt to acquire Time Inc. after the merger agreement between Time Inc. and Warner Communication, Inc. was executed.⁷⁵ The only threat the court found to NCS in Omnicare was Genesis running away from the deal.⁷⁶ The same court held in 1996 in *Williams v. Geier* that “[a] Unocal analysis should be used only when a board unilaterally (i.e. without stockholder approval) adapts defensive measures in reaction to a perceived threat.”⁷⁷ In Omnicare, the whole merger process and signing the agreement was a joint decision by the controlling shareholders and the board of directors “to secure what appeared to be the only value-enhancing transaction available for a company on the brink of bankruptcy”.⁷⁸ Regardless of the nature of the threat and the rule stated in *Williams v. Geier* the court applied the Unocal enhanced scrutiny test.

Pre-Omicare legal rule was stated in *Revlon*: “[a] lock-up is not per se illegal under Delaware

70 Ibid.

71 Ibid. at 937 (Citing *Paramount Commc’ns Inc. v. QVC Network, Inc.* 637 A.2d 34, 43 (Del 1994)).

72 Ibid. at 936.

73 Ibid. at 939.

74 Ibid. at 931 (Citing *Paramount Commc’ns, Inc. v. Time Inc.*, 571 A.2d 1140, 1151-55 (Del. 1989)).

75 *Paramount Commc’ns, Inc. v. Time Inc.*, 571 A.2d 1140, 1154 (Del. 1989).

76 *Omnicare, Inc. v. NCS Healthcare, Inc.*, 818 A.2d 914, 935 (Del. 2003).

77 *Williams v. Geier*, 671 A.2d 1368, 1377 (Del. 1996).

78 *Omnicare, Inc. v. NCS Healthcare, Inc.*, 818 A.2d 914, 940 (Veasey, C.J., dissenting) (Del. 2003).

law”.⁷⁹ However, in *Omnicare* the Court held that an absolute lock-up is per se illegal.⁸⁰ The decision prohibits the board acting in concert with controlling shareholders in a way that results in an absolute lock-up.⁸¹ *Omnicare* created a new legal rule, by which an absolute lock-up, containing stockholder approval, but not a fiduciary out provision, is per se invalid when a later significant topping bid emerges.⁸² According to dissenting Chief Justice Veasey, “per se rule would apply regardless of (1) the circumstances leading up to the agreement and (2) the fact that stockholders who control voting power had irrevocably committed themselves, as stockholders, to vote for the merger.”⁸³ *Omnicare* did not follow Delaware’s prior case law.

3.3 *Omnicare*’s Dissents and Critique

Omnicare was a 3 to 2 decision, and each dissenting Justice wrote his own dissent.⁸⁴ The dissenting Justices disagreed with the majority’s approach of applying heightened scrutiny in its evaluation of the deal protection devices. The dissenting Justices would not have applied the *Unocal* test in *Omnicare*, because the majority stockholders had approved the NCS board’s actions, and the actions were neither defensive nor reactive in nature.⁸⁵ The dissenting Justices were of the opinion that the business judgment rule was the correct standard of review.

Nevertheless, dissenting Chief Justice Veasey stated that even if *Unocal* applied, the deal protections devices that the NCS board agreed were neither coercive nor preclusive.⁸⁶ They were “an integral part of the merits of the transaction” and there would not have been deal without these provisions.⁸⁷ Chief Justice Veasey found it problematic that the majority of the Justices interpreted the provisions outside their proper context.⁸⁸

In the context of insolvency and creditor pressure, the NCS board concluded a lengthy search to find a potential bidder.⁸⁹ The NCS board was informed about the deal protection devices in the merger agreement and about how they resulted an absolute lock-up.⁹⁰ The board understood

79 *Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.*, 506 A.2d 173, 183 (Del. 1986).

80 *Omnicare, Inc. v. NCS Healthcare, Inc.*, 818 A.2d 914, 940 (Veasey, C.J., dissenting) (Del. 2003).

81 *Ibid.*

82 *Ibid.* at 942.

83 *Ibid.* at 942–943.

84 *Omnicare, Inc. v. NCS Healthcare, Inc.*, 818 A.2d 914, 939–950 (Del. 2003).

85 *Omnicare, Inc. v. NCS Healthcare, Inc.*, 818 A.2d 914, 943 n.102 (Veasey, C.J., dissenting) (Del. 2003).

86 *Ibid.* at 944–945.

87 *Ibid.* at 944.

88 *Ibid.* at 940.

89 *Ibid.*

90 *Omnicare, Inc. v. NCS Healthcare, Inc.*, 818 A.2d 914, 925 (Del. 2003).

that the deal with Genesis prevented NCS from accepting any alternative or superior transaction in the future. Since Omnicare's last proposal was not strong enough with the due diligence clause, the NCS board's reasonable determination was that Genesis was the only game in town.⁹¹ At the time the deal was signed the NCS board reasonably believed that a superior offer neither existed, nor was likely to emerge. The agreement with the absolute lock-ups was signed in the best interests of stockholders, and majority stockholders approved it.⁹² By approving the deal protection devices, the NCS board avoided the reasonable risk that Genesis would abandon the deal, and maximized the price Genesis was willing to pay to acquire the NCS.⁹³

As to the minority shareholders, Chief Justice Veasey found that there was no meaningful minority shareholder voting decision to coerce, because the minority shareholders were deemed to know that controlling shareholders could approve a merger without a need for the minority votes.⁹⁴ In conclusion, the Chief Justice Veasey expressed his hope that the majority rule would be construed narrowly in the future and seen as *sui generis*.⁹⁵

Dissenting Justice Steele joined the Chief Justice's dissent, but wrote a separate dissenting opinion. He emphasized that at the time the NCS board and the majority shareholders agreed on a voting lock-up, "the terms were the best available for all the stockholders, balanced against a genuine risk of no deal at all".⁹⁶ Justice Steele stated that the new rule of law of Omnicare requires a board, in order to obtain the highest price, to breach a merger contract entered into at the time when no one could have reasonably foreseen a truly superior proposal.⁹⁷

The scholars discussing the Omnicare have described it as "bad law, bad economics, and bad policy".⁹⁸ Shortly after the Omnicare decision scholars and practitioners were afraid that the decision would negatively impact the mergers and acquisitions market.⁹⁹ The Omnicare decision "deprived target boards both of a negotiating strategy (precommitment) and an exchangeable commodity (certainty)".¹⁰⁰ Because a lock-up creates valuable certainty, the absence

91 Ibid. at 924.

92 Ibid. at 925.

93 Ibid.

94 *Omnicare, Inc. v. NCS Healthcare, Inc.*, 818 A.2d 914, 944-945 (Veasey, C.J., dissenting) (Del. 2003).

95 Ibid. at 946.

96 *Omnicare, Inc. v. NCS Healthcare, Inc.*, 818 A.2d 914, 948 (Steele, J., dissenting) (Del. 2003).

97 Ibid.

98 Griffith 2004 at 623, Veasey & Di Guglielmo 2005 at 1458, and Shaner 2014 at 755.

99 Griffith 2004 note 91 at 614, Arons 2004 at 130, and Shaner 2014 note 91 at 776.

100 Griffith 2004 note 91 at 622.

of lock-up decreases the value of a deal.¹⁰¹ Ultimately, limits to lock-ups set by Omnicare led to decreased value for targets and their stockholders.¹⁰² Next I will look into post-Omnicare case law in Delaware and other states.

4 OMNICARE'S LIMITED APPLICABILITY

At the time of writing this article in March 2015, the Delaware Supreme Court itself has not decided any post-Omnicare cases relevant to construing the new legal rule it set in Omnicare. The Delaware Chancery Court has construed Omnicare's holding narrowly, as suggested by the dissenting Justices. Also, some courts outside Delaware, when applying Delaware law, have avoided the rules set forth in Omnicare. I will review these decisions later. Instead of applying the Unocal enhanced scrutiny standard to deal protection devices, courts have applied the original business judgment standard. Courts have also tried to distinguish Omnicare on its facts. Additionally, transaction lawyers have come up with new kinds of deal protections devices that can easily be distinguished from the ones used in Omnicare. I will briefly clarify those new kinds of deal protections devices, too. But first, let us walk through relevant case law interpreting Omnicare.

4.1 Orman v. Cullman

General Cigar Holdings, Inc. ("General Cigar"), a leading manufacturer and marketer of premium cigars, was controlled by the Cullman family through the Class B common stocks that were entitled to ten votes per share.¹⁰³ In late 1999, Swedish Match AB ("Swedish Match"), another tobacco company, contacted General Cigar to discuss acquiring a significant stake in General Cigar's business.¹⁰⁴ Swedish Match also indicated that they wanted two of the Cullmans to maintain management responsibility and day-to-day control of General Cigar after the deal.¹⁰⁵ Swedish match proposed a merger in which the surviving company would be owned primarily by Swedish Match, but the Cullmans would retain voting control.¹⁰⁶

The board of General Cigar approved the merger agreement on January 19, 2000.¹⁰⁷ Also, the Cullman family entered into a voting agreement, whereby the Cullmans agreed not to sell their shares, and to vote their shares against any alternative acquisition proposal for 18 months

101 Omnicare, Inc. v. NCS Healthcare, Inc., 818 A.2d 914, 942 (Del. 2003).

102 Griffith 2004 note 91 at 622.

103 Orman v. Cullman, 2004 WL 2348395 at 1 (Del. Ch. 2004).

104 Ibid.

105 Ibid. at 2.

106 Ibid.

107 Ibid. at 3.

following the termination of the merger agreement.¹⁰⁸ The merger agreement further provided that the merger could not proceed without approval by a majority of the minority, Class A public shareholders.¹⁰⁹ This gave the minority shareholders a veto over the proposed merger. Public shareholders overwhelmingly approved the merger.¹¹⁰ A shareholder Joseph Orman sued the General Cigar board in a class action for breach of its fiduciary duties in negotiating the merger terms.¹¹¹

The Delaware Chancery Court applied the Unocal enhanced scrutiny test to the deal protection devices. It held that a danger to corporate policy and effectiveness existed because without approving the deal protection devices, the board risked losing the Swedish Match transaction and being left with no comparable alternative transaction.¹¹² The court did not find the deal protection devices coercive because “General Cigar’s public shareholders retained the power to reject the proposed transaction with Swedish Match, the fiduciary out negotiated by General Cigar’s board was a meaningful and effective one—it gave the General Cigar board power to recommend that the shareholders veto the Swedish Match deal.”¹¹³ An 18-month delay was not a meaningful “cost” that could realistically “coerce” the shareholders’ vote.¹¹⁴ Finally, the court stated that the deal protection devices were within a range of reasonable responses to the danger to corporate policy and effectiveness since without the deal protection mechanisms there would have been no merger.¹¹⁵ At the time of the signing of the agreement, there were no other deals in sight.¹¹⁶ To General Cigar, it was this deal or nothing.

In *Orman v. Cullman* the court rejected *Omnicare*’s applicability. First, the General Cigar board retained a fiduciary out, allowing it to consider superior proposals.¹¹⁷ Second, nothing in the combination of merger and voting agreements made it “mathematically certain” that the transaction would be approved.¹¹⁸ The deal protections devices were not a *fait accompli*. Only the Cullmans locked-up their votes against any hypothetical future deal for 18 months. The court stated that Orman’s concept of construing an 18-month delay as coercion is “far more expan-

108 Ibid. at 2.

109 Ibid. at 3.

110 Ibid.

111 Ibid. at 1.

112 Ibid. at 7.

113 Ibid.

114 Ibid. at 8.

115 Ibid.

116 Ibid.

117 Ibid.

118 Ibid.

sive than Omnicare or any other decisional authority brought to my attention.”¹¹⁹ In conclusion, Orman held a lock-up to be acceptable as long as shareholders retain the power to say no to the locked-up deal, even if they would not have the ability to say yes to an alternative deal. In Omnicare shareholders did not even have the power to say no.

4.2 In re Orchid Cellmark Inc. Shareholder Litigation

Laboratory Corporation of America Holdings, Inc. (“LabCorp”) intended to acquire Orchid Cellmark Inc. (“Orchid”) through a cash tender offer in the fall of 2008 but Orchid determined the proposed price as inadequate and negotiations ceased.¹²⁰ In August 2010, LabCorp contacted Orchid again to express an interest in reopening acquisition discussions. Finally in April 5, 2011, the merger agreement was executed.¹²¹ The agreement contained many deal protection devices such as a top-up option, a no-shop clause, matching and informational rights guaranteeing LabCorp the right to match possible other offers and to receive the same information Orchid shares with other bidders. The agreement also contained a termination fee payable either where Orchid pulled out of the deal or where shareholders failed to tender a majority of shares.¹²² Additionally, Orchid agreed to pull its poison pill with regard to LabCorp, meaning only that the pill remained in place with respect to all other potential bidders.¹²³

The Delaware Chancery Court held that “the cumulative deterrent effect of all the deal protection measures in the Merger Agreement is greater than simply the sum of the effects of the individual provisions, and thus I must evaluate the cumulative effect of the deal protection devices in light of all the circumstances of the Proposed Transaction.”¹²⁴ While measuring the sum of all devices, the court stated that some day “some judge is going to say ‘no more’”.¹²⁵ However, the court concluded that the deal protection measures included in the merger agreement were reasonable under the circumstances and another sophisticated buyer could “navigate those shoals if it wanted to make a serious bid”.¹²⁶

The court decided Orchid under the reasonableness standard and held that the cumulative effect of all the deal protection devices was still within the range of reasonableness. The facts in Orchid differ significantly from those in Omnicare, but the Orchid decision offers advice to

119 Ibid.

120 In re Orchid Cellmark Inc. Shareholder Litigation, 2011 WL 1938253 at 1 (Del. Ch. 2011).

121 Ibid.

122 Ibid. at 6.

123 Ibid.

124 Ibid. at 8.

125 Ibid.

126 Ibid.

parties asking how to effectively lock-up a friendly deal without target's board breaching its fiduciary duty.

4.3 Optima International of Miami v. WCI Steel

After emerging from bankruptcy in 2006, WCI Steel, Inc. ("WCI") again ran into some real trouble, and in summer 2007 it engaged in a lengthy process looking for possible bidders to buy the company.¹²⁷ WCI solicited 22 potential buyers. Only two bidders remained by April 2008: OAO Severstal ("Severstal") and Optima International of Miami, Inc. ("Optima").¹²⁸ WCI was operating under a collective bargaining agreement that gave the United Steelworkers Union a right to deal executively with the bidder of its choice.¹²⁹ The Union decided to support Severstal.¹³⁰ As a result, Optima's final bid was conditioned upon Union's approval, which it was unlikely to obtain. On May 16, 2008, WCI approved Severstal's final bid even though it was lower in price than Optima's final bid.¹³¹ Only a few minutes later, the WCI board approved the agreement and the board received written consent from two shareholders, who together owned 51% of the voting power, approving the merger.¹³²

Optima sought to enjoin the Severstal merger because it violated the rules set by Omnicare and Revlon. The Delaware Chancery Court distinguished stockholder consent in WCI from the voting agreement in Omnicare.¹³³ "The stockholder vote, although quickly taken, was simply the next step in the transaction as contemplated by the statute. Nothing in the DGCL requires any particular period of time between a board's authorization of a merger agreement and the necessary stockholder vote."¹³⁴ The Court of Chancery applied Revlon rule to the transaction but clearly stated that the WCI board's decision fell within the range of reasonableness.¹³⁵

Instead of signing a voting agreement in Omnicare, the major shareholders could just have had acted in consent right after the board's approval of merger. Materially, this does not seem to make almost any difference, but the court approved it. Additionally, the court stated "Omnicare is of questionable continued vitality".¹³⁶ This, of course, should ring a bell. A lower court

127 Optima Int'l of Miami, Inc. v. WCI Steel, Inc., C.A. No. 3833-VCL at 118-119 (Del. Ch. June 27, 2008).

128 Ibid. at 120-121.

129 Ibid. at 121.

130 Ibid.

131 Ibid. at 129.

132 Ibid. at 137.

133 Ibid. at 127.

134 Ibid.

135 Ibid. at 130-131.

136 Ibid.

questioned the Supreme Court's ruling.

4.4 In re OPENLANE, Inc., Shareholders Litigation

OPENLANE, Inc. ("OPENLANE") was a vehicle leasing company owned 68% by its board members and executive officers.¹³⁷ By April 2010, OPENLANE's business was facing some problems and it started looking for strategic acquirers.¹³⁸ OPENLANE negotiated with potential acquirors over a year before it finally entered into a merger agreement with KAR Auction Services, Inc. on August 11, 2011.¹³⁹ The merger agreement required that OPENLANE's stockholders should approve the merger agreement by written consent within 24 hours of signing or otherwise the OPENLANE board could terminate the agreement without paying a termination fee.¹⁴⁰ OPENLANE received consents from the holders of a majority of its stock within 24 hours after the agreement was signed.¹⁴¹ Additionally, the merger agreement contained a stringent no-solicitation provision with no fiduciary out and a condition to close the merger that at least 75% of the outstanding shares approve the merger agreement.¹⁴²

On September 8, 2011, OPENLANE filed a proxy to those OPENLANE shareholders who had not already approved the merger agreement.¹⁴³ On the following day, an OPENLANE stockholder sought to enjoin the merger.¹⁴⁴ His claim was that the OPENLANE board breached its fiduciary duties by violation the requirements set out in Revlon and Omnicare.¹⁴⁵ Shareholder's Omnicare claim was that the OPENLANE board breached its fiduciary duties by agreeing to improper deal protection devices.¹⁴⁶ Specifically, the plaintiff alleged that "[t]he no-solicitation clause and the lockup of the shareholder vote through the combined voting power of OPENLANE's directors and executive officers are 'preclusive and coercive' in the absence of a fiduciary out provision."¹⁴⁷

The Delaware Chancery Court disagreed, distinguishing the combination of deal protection devices from the combination used in Omnicare.¹⁴⁸ There was no stockholder voting agreement

137 In re OPENLANE, No. 6849-VCN, 2011 WL 4599662 at 1 (Del. Ch. 2011).

138 Ibid.

139 Ibid. at 3.

140 Ibid.

141 Ibid.

142 Ibid.

143 Ibid.

144 Ibid.

145 Ibid. at 4.

146 Ibid.

147 Ibid.

148 Ibid. at 9.

that required stockholders to vote yes.¹⁴⁹ Nothing in the Delaware law prevents stockholders from manifesting their approval to a merger through written consent soon after approval by the board.¹⁵⁰ Citing *Optima*, the court held that “if stockholders wish to submit their consents soon after the board has approved a transaction, they may do so”.¹⁵¹ In fact, the agreement allowed the board to terminate the agreement without paying a termination fee if it failed to receive the stockholder approval within 24 hours.¹⁵² Unlike the transaction in *Omnicare*, the court found that the *OPENLANE* merger was not a *fait accompli*.¹⁵³ The decision confirmed that stockholders could approve a merger agreement by written consent shortly after the board approved it. This structure created a strong lock-up that did not fall into the category of “absolute lock-up” which violates *Omnicare*.

4.5 Non-Delaware Cases

The New York Supreme Court, applying Delaware law, decided “*Bear Stearns Litigation*”. Due to severe financial problems, the Bear Stearns Companies Inc. (“Bear Stearns”) was the target of a government-supported stock-for-stock merger with J.P. Morgan Chase & Co (“J.P. Morgan”) in March 2008.¹⁵⁴ The merger agreement was protected by a “lock-up stock sale” that guaranteed Bear Stearns to issue to J.P. Morgan almost 40% of its common stock, an asset option for J.P. Morgan to purchase Bear Stearns’ corporate headquarters at Manhattan, and a no-shop clause with a fiduciary-out.¹⁵⁵ The Bear Stearns shareholders argued that the board breached its fiduciary duty by approving an inadequate purchase price and a coercive combination of the deal protection devices.¹⁵⁶

The court held that neither *Unocal* nor *Revlon* enhanced scrutiny applied, and even if they did, the board would have satisfied both of them.¹⁵⁷ “*Unocal* is inapplicable in a case where the board initiates the transaction in the absence of [a hostile third party] threat” and accordingly, “the deal protection measures are reviewable only under the business judgment rule”.¹⁵⁸ The court explicitly rejected applicability of the *Unocal* test to deal protection devices, which was

149 Ibid. at 10.

150 Del. Code Ann. tit. 8, § 228(a).

151 In re *OPENLANE*, No. 6849-VCN, 2011 WL 4599662 at 10.

152 Ibid. at 9.

153 Ibid.

154 In re *Bear Stearns Litig.*, 870 N.Y.S.2d 709, 722 (N.Y. Sup. Ct. 2008).

155 Ibid. at 730.

156 Ibid. at 727–730.

157 Ibid. at 731–732.

158 Ibid. at 733–734.

set forth in Omnicare.

In North Carolina litigation *Ehrenhaus v. Baker*, Wachovia Corporation (“Wachovia”) faced significant financial problems and the board began to consider the selling of the company in late 2008.¹⁵⁹ From two potential acquirors, Wells Fargo & Company (“Wells Fargo”) and Citigroup, Inc. (“Citigroup”), Wachovia agreed a stock-for-stock transaction with Wells Fargo on October 3, 2008.¹⁶⁰ The transaction contained no-shop and force to vote provisions, and granted Wells Fargo almost 40% of the votes to be cast on the Merger Agreement.¹⁶¹ The shareholders claimed that the board breached its fiduciary duties by approving the Wells Fargo merger arguing that it was coercive and preclusive.¹⁶²

The North Carolina Superior Court applied the North Carolina law in *Ehrenhaus v. Baker* but stated “the North Carolina courts frequently look to Delaware for guidance on questions of corporate governance because of the special expertise and body of case law developed in the Delaware Chancery Court and the Delaware Supreme Court.”¹⁶³ This case was then appealed and decided by the Court of Appeals of North Carolina on October 4, 2011, but the issues on appeal were not relevant to lock-ups.¹⁶⁴ Like the New York Supreme Court in *Bear Stearns*, the North Carolina Superior Court held that the applicable standard of review to deal protection devices is the business judgment rule.¹⁶⁵ The court also stated that the transaction was not locked-up because a 60 % majority of Wachovia shareholders remained still “freely vote for or against the merger, based on their own perceived best interests”.¹⁶⁶

4.6 What Kind of Lock-Ups Have M&A Practitioners Crafted Since Omnicare?

Today, the American Bar Association’s Model Merger Agreement for the Acquisition of a Public Company includes over 30 different types of lock-ups.¹⁶⁷ In practice, the use of lock-ups has expanded significantly, and the lock-up provisions in merger agreements have become longer

159 *Ehrenhaus v. Baker*, Civil Action No. 08 CVS 22632, 2008 WL 4787594, at *29 (N.C. Super. Ct. Nov. 3, 2008).

160 *Ibid.* at **69-70.

161 *Ibid.* at **2, 55-56.

162 *Ibid.* at **81-82.

163 *Ibid.* at *90 n.19.

164 *Ehrenhaus v. Baker*, 717 S.E.2d 9 (N.C. Ct. App. 2011).

165 *Ehrenhaus v. Baker*, Civil Action No. 08 CVS 22632, 2008 WL 4787594, at *117.

166 *Ibid.* at **140-142 (Citing *In re IXC Commc’ns, Inc. S’holders Litig.*, Consolidated C.A. No. 17324, 1999 Del. Ch. LEXIS 210, at *23 (Del. Ch. Oct. 27, 1999)).

167 Merger & Acquisitions Comm., ABA, Model Merger Agreement for the Acquisition of a Public Company (2011), §§ 4.4, 4.6, 148-65, 169-89.

and more complicated.¹⁶⁸ This phenomenon has even been described as “lock-up creep”.¹⁶⁹ It can be said that dissenting Chief Justice Veasey was right in Omnicare when he stated, “negotiators may be able to navigate around this new hazard”.¹⁷⁰ The point with all the newly crafted deal protection devices is to achieve an effective lock-up that is different enough from Omnicare’s per se invalid absolute lock-up.¹⁷¹ The basic rule is that deal protection devices are consistent with Omnicare when the board retains the power to allow the stockholders to accept a superior transaction.

A typical approach has been to include a meaningful fiduciary out clause in a merger agreement allowing the target board to exercise its fiduciary duties under all circumstances.¹⁷² Usually this means that the agreement does not include a force to vote provision, but that the target board has a right to terminate the deal before it is closed if it receives a superior offer from another company.¹⁷³ An absence of force to vote provision does not necessarily weaken the lock-up if majority stockholders approve the merger by acting in consent. In case law, it has been interpreted that the board of the target company can retain an effective fiduciary out in the merger agreement and receive the majority shareholders’ consent shortly after the board’s approval.¹⁷⁴ This so-called sign-and-consent structure minimizes the window in which the target can receive a superior offer, and thus increases certainty for the bidder.

Another new effective device to ensure the shareholder acceptance of a merger agreement is making the large shareholder to agree to forego upside in the event of a topping deal.¹⁷⁵ This means that in the event of a superior bid, the shareholder have agreed to give up a large percentage, even 50% or more, of its potential profits.¹⁷⁶ The goal of an upside provision is to reduce large shareholders’ incentive to seek an alternative bid. Its effect is obvious. An upside provision is only one example of many possible deal protection devices that are aimed at reducing the target company’s and its shareholders’ incentive to terminate the signed merger agreement. Many deal protection devices are crafted solely for making it expensive for the target company to abandon the signed deal.

168 Davidoffa & Sauttera 2013 at 681-685.

169 Ibid. at 681.

170 Omnicare, Inc. v. NCS Healthcare, Inc., 818 A.2d 914, 946 (Veasey, C.J., dissenting) (Del 2003).

171 Davidoffa & Sauttera 2013 note 161 at 702.

172 Regner 2004 at 20.

173 Ibid.

174 Optima Int’l of Miami, Inc. v. WCI Steel, Inc., C.A. No. 3833-VCL at. 127; In re OPENLANE, No. 6849-VCN, 2011 WL 4599662 at 10.

175 Regner 2004 at 20.

176 Ibid.

5 CONCLUSIONS

Omnicare has not been overruled and remains good law, formally applicable. At the time of writing this Article, in March 2015, The Supreme Court of Delaware has not discussed Omnicare's applicability since deciding it. However, the Delaware Court of Chancery and courts outside of Delaware have indicated their willingness to limit Omnicare's reach. These courts have actually analyzed Omnicare like the dissenting Justices did. Courts have declined to apply the enhanced scrutiny standard to deal protection devices as suggested in Omnicare. In post-Omnicare case law, the Omnicare holding is constantly construed narrowly. As a result, the number of actual scenarios where Omnicare could still have a direct impact seems small.

In addition, it seems possible and easy to effectively lock-up a merger agreement by using deal protection devices different from those that were used in Omnicare. Deal protection devices are only contractual terms and creative lawyers have crafted plenty of new lock-ups since Omnicare. Upside provisions, meaningful fiduciary out clauses, and shareholders approving the deal by acting in consent, are all tools to effectively lock-up the deal without the target board breaching its fiduciary duties. In practice, merger agreements contain varying numbers of different deal protection devices that operate in concert to achieve effective lock-ups.

Due to the courts' narrow construction of Omnicare and practitioners' creative crafting of new deal protection devices, there is a good reason to believe that Omnicare has only limited applicability today.

LIST OF REFERENCES

Case Law

Arnold v. Soc'y for Savings Bancorp, Inc., 650 A.2d 1270 (Del. 1994).

Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805 (Del. 1984).

Barkan v. Amsted Indus., Inc., 567 A.2d 1279 (Del. 1989).

Chesapeake Corp. v. Shore, 771 A.2d 293 (Del. Ch. 2000)

Ehrenhaus v. Baker, 717 S.E.2d 9 (N.C. Ct. App. 2011).

Ehrenhaus v. Baker, Civil Action No. 08 CVS 22632, 2008 WL 4787594 (N.C. Super. Ct. Nov. 3, 2008).

Gilbert v. El Paso Co., 575 A.2d, 1131 (Del. 1990).

In re Bear Stearns Litig., 870 N.Y.S.2d 709 (N.Y. Sup. Ct. 2008).

In re IXC Commc'ns, Inc. S'holders Litig., Consolidated C.A. No. 17324, 1999 Del. Ch. LEXIS 210

(Del. Ch. Oct. 27, 1999).

In re OPENLANE, No. 6849-VCN, 2011 WL 4599662 (Del. Ch. 2011).

In re Orchid Cellmark Inc. Shareholder Litigation, 2011 WL 1938253 (Del. Ch. 2011)

In re Pennaco Energy, Inc. S'holders Litig., 787 A.2d 691 (Del. Ch. 2001).

La. Mun. Police Employees' Ret. Sys. v. Crawford, 918 A.2d 1172 (Del. Ch. 2007).

Malone v. Brincat, 722 A.2d 5 (Del. 1998).

Mills Acquisition Co. v. Macmillan, Inc., 559 A.2d 1261 (Del. 1989).

Omnicare, Inc. v. NCS Healthcare, Inc., 818 A.2d 914 (Del. 2003).

Optima Int'l of Miami, Inc. v. WCI Steel, Inc., C.A. No. 3833-VCL (Del. Ch. June 27, 2008) TRANSCRIPT, available at http://lawprofessors.typepad.com/mergers/files/_0702120713_001.pdf.

Orman v. Cullman, 2004 WL 2348395 (Del. Ch. 2004).

Paramount Commc'ns, Inc. v. Time Inc., 571 A.2d 1140 (Del. 1989)

Paramount Commc'ns Inc. v. QVC Network Inc., 637 A.2d 34 (Del. 1994).

Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc., 506 A.2d 173 (Del. 1986)

Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858 (Del. 1985).

Stroud v. Grace, 606 A.2d 75 (Del. 1992).

Unitrin, Inc. v. Am. Gen. Corp., 651 A.2d 1361 (Del. 1995).

Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co., 493 A.2d 946 (Del.1985).

Williams v. Geier, 671 A.2d 1368, 1377 (Del. 1996).

Other

Arons, Andrew D., Comment, In Defense of Defensive Devices: How Delaware Discouraged Preventive Measures in Omnicare v. NCS Healthcare. 3 DePaul Bus. & Com. L.J. 105 (2004). (Arons 2004)

Davidoffa, Steven M. & Sauttera, Christina M., Lock-Up Creep. 38 J. Corp. L. 681, 681-685 (2013). (Davidoffa & Sauttera 2004)

Gilson, Ronald J., Value Creation by Business Lawyers: Legal Skills and Asset Pricing. 94 Yale L.J. 239 (1984). (Gilson 1984)

Griffith, Sean J., The Costs and Benefits of Precommitment: An Appraisal of Omnicare v. NCS

Healthcare. 29 J. Corp. L. 569 (2004). (Griffith 2004)

Merger & Acquisitions Comm., ABA, Model Merger Agreement for the Acquisition of a Public Company 2011.

Regner, William D., Looking at Lock-Ups: Orman & Omnicare. 8 No. 6 M & A Law. 20 (2004). (Regner 2004)

Shaner, Megan W., How “Bad Law, Bad Economics and Bad Policy” Positively Shaped Corporate Behavior. 47 Akron L. Rev. 753 (2014). (Shaner 2014)

Veasey, E. Norman & Di Guglielmo, Christine T., What Happened in Delaware Corporate Law and Governance from 1992-2004? A Retrospective on Some Key Developments. 153 U. Pa. L. Rev. 1399 (2005). (Veasey & Di Guglielmo 2005)

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 investointisuojaosopimukseen. 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.

Investointisuojasopimukset sisältävät aineellisia ja menettelyllisiä määräyksiä, jotka sääntelevät ulkomaisten sijoittajien oikeuksia suhteessa siihen valtioon, jossa sijoitus on tehty.³ Tätä kautta investointisuojasopimukset 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 bilateraaliseen 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 taasen tuose, 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 vastaanottaja-valtiossa.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. Aloitettakamme 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 investointivälimesmenettelyä, tämä vaarantaisi koko ICSID-järjestelmän tehokkuuden.

Mikä rooli kansalliselle oikeudelle jää tässä tilanteessa? Newcomben mukaan jotkut välimesoi-keudet ovat punninneet kansallista oikeutta valtion vastuukysymyksen osalta lähinnä ”kohteli-aisuudesta” 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 pätevyuteen 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* välimesoikeus 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 vastuukysymyksiiksi. 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 Liukkunen 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 sopimusveloitteet 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 asiaky-symysten 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 riitujen 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).

OFFER YOU WORK TO BE PUBLISHED IN HELSINKI LAW REVIEW

Maximum length

Maximum length for articles is 25 pages A4, or a maximum of 60 000 characters. For other works such as book reviews and case commentary, the maximum length is around 15 pages.

Typeface.

Times New Roman, pt 12, spacing 1,5. No hyphenation.

Abstract.

All articles should include an abstract in English. In the abstract, briefly present the purpose of the article, the essential research results, and conclusions. Please note that the purpose of the abstract is to summarize the article in whole, not to act as an introduction. The length of the abstract is around 150 words.

Harvard style footnotes.

A reference to the source is marked as follows: last name of the author, year of publication, page number(s). The footnote will always end with a period. (Example: Dworkin, 2004, p. 87–88.)

Citations.

Direct quotations of over three lines are put inside quotation marks, indented and evened out from the right hand side.

References.

A reference list should be attached to the end of every work sent to us. Include the information regarding the publisher and the place of publication – in a collection of essays both the name of the original book and the referenced part – including page numbers. When referring to a journal, mention the year, volume, issue number and page numbers.

Send your article submission to: *submissions@helsinkilawreview.fi*.

If you have a question regarding publishing in Helsinki Law Review, send your inquiry to the editors at *hlr-toimitus@pykala.fi*. With other inquiries and ideas for co-operation, contact : *sonja.heiskala@helsinkilawreview.fi*.

www.facebook.com/helsinkilawreview

www.linkedin.com/company/helsinki-law-review

