

# HELSINKI LAW REVIEW

**Minne menet, velkojensuoja yhteisöoikeudessa?**

— *Jukka Mähönen*

**Oikeusvaltion ongelmat journalismin valokeilassa**

— *Paavo Teittinen*

**Kiista oikeusvaltio-käsitteen merkityksestä ja EU:n arvopohjasta**

— *Juha Raitio*

**Luovutetuista sukusoluista alkunsa saaneiden henkilöiden oikeus tietää alkuperästään hedelmöityshoidoista annetun lain voimaantuloa aiemmissä tapauksissa**

— *Iida Elena Teriö*

**Liikkeen luovutuksen vaikutukset kilpailukieltosopimuksiin**

— *Jenna Helenius*

**Proposed Regulation of Third-Party Funding in Investor-State Dispute Settlement**

— *Matias Tamlander*

**Non-state Actors in the International Climate Change Regulatory Framework**

— *Sina Bergmann*

# Helsinki Law Review 1/2020

## BOARD OF EDITORS

### EDITOR-IN-CHIEF

Kalle Markkanen

### DEPUTY EDITORS-IN-CHIEF

Heidi Storberg

Kaisa Hyry

### TECHNICAL EDITOR

Tuomas Tiihonen

### EDITORS

Riikka Ekstam

Anna-Lotta Haakana

Erika Heijari

Niko Kauppi

Lauri Laarni

Iiris Lampela

Salli Leikola

Eero Liikanen

Venus Mahmood

Silja Metsätähti

Merili Mykkänen

Laura Rantanen

Saana Ruottu

Helinä Teittinen

Iida Wikström

### 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, Dean of the Faculty of Law

Professor Olli Norros LL.D.

Professor Ville Pönkä LL.D., trained on the bench

## AUTHORS

## PEER-REVIEWED ARTICLES

Jenna Helenius  
Iida Elena Teriö

## DISCUSSION

Jukka Mähönen  
Juha Raitio  
PaaVo Teittinen

Helsinki Law Review sincerely thanks the referees.

Helsinki Law Review 2020, 14th annum. © Pykälä ry and the respective contributors.

## CONTACT INFORMATION

**Board of Editors:** *hlr-toimitus@pykala.fi*  
**Editors-in-Chief:** *kalle.markkanen@helsinki.fi*  
**Deputy Editors-in-Chief:** *heidi.storberg@helsinki.fi*  
*kaisa.hyry@helsinki.fi*

### Submissions:

Manuscripts may be submitted via our online submission service at  
<https://journal.fi/helsinkilawreview/about/submissions>

Contributions are selected for editing shortly after the publication of the previous issue. Helsinki Law Review publishes research articles, case commentaries, discussion, and book reviews in English, Swedish, and Finnish. Manuscripts should not exceed 25 size A4 sheets in length. References should be done as Harvard-style footnotes with the full citation appearing on first mention, omitting a separate bibliography. If the author has used a different referencing style, amending it can be done after a positive publishing decision.

Manuscripts selected for publication will be edited in active cooperation with the author(s) by an editorial team composed of members of the Board of Editors. All research articles will be evaluated by two referees in a double-blind review process. Other content will be reviewed by a single referee in a double-blind process.

Authors wishing to submit a manuscript based on their Master's thesis are requested to draft the manuscript to comply with the length constraint above before submitting the manuscript for consideration. A copy of the original thesis may be uploaded in the submission process as supporting material, but not submitted alone as a manuscript.

For further information, please contact the Board of Editors at *hlr-toimitus@pykala.fi*.

### Subscription and Distribution:

Free copies of the journal are distributed to various libraries, law faculties, and student organisations. To obtain a free personal copy, please visit the Pykälä office (open Tuesday till Thursday 12 p.m. — 5 p.m.) or contact the Deputy Editors-in-Chief.

If you are interested in subscribing the journal, please contact the Editor-in-Chief or the Deputy Editors-in-Chief.

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

**Address:** Mannerheimintie 3B, 00100 Helsinki, Finland.

**Graphic design:** Tuomas Tofferi

**Layout:** Janne Kuisma

ISSN 1797-6251 (Print)

ISSN 2489-687X (Online)

# TOIMITUKSELTA

DOI: <https://doi.org/10.33344/vol14iss1pp4-5>

Vuosi 2020 tullaan muistamaan koronakriisin aikaansaamasta ennennäkemättömästä draaman kaaresta. Pandemiataistelun mielenkiintoisena yksityiskohtana voidaan nähdä viestinnällinen sivujuoni: läpi kriisin viranomaiset ja päättävissä asemissa olevat henkilöt ovat saaneet sekä risuja että ruusuja siitä, kuinka hyvin he ovat onnistuneet viestinnässään kansalaisille. Keskustelusta voidaan löytää yhtymäkohta myös hyvän tieteellisen kirjoittamisen ongelmakohtiin.

Informaation esittämisen problematiikka on luonnollisesti aina sitä jännitteisempi, mitä suurempi kuilu vallitsee informaation esittäjän kuten kirjoittajan ja kohdeyleisön etukäteistietämyksen välillä. Tämän informaation epäsuhtauden kiinni kurominen on aina viestijän, eli kirjoittajan vastuulla. Tavoitteen saavuttaminen edellyttää yleistämistä, johon liittyy yleistämisen muodostamista on filosofiassa kutsuttu abstrahoinniksi. Myös oikeustieteellinen kirjoittaminen voi olla abstrahointia: esimerkiksi normiformulaation merkityssisällön johtaminen tulkintakannanotoksi edellyttää hallittujen yleistysten tekemistä.

Abstrahoinnin ikuinen ongelma on se, että yleistäminen johtaa väistämättä vaihtokauppaan suhteessa täsmällisyyden tasoon. Ymmärrettävyyden kasvattaminen hämärtää argumentin uskottavuutta etenkin sen kuvitteellisilla marginaaleilla, joissa väitelauseet ovat monitulkintaisempia. Väitän, että esimerkiksi koronakriisin kriisiviestinnässä eniten kiitosta ovatkin keränneet ne tahot, jotka ovat onnistuneet tasapainoilemaan viestinnässään taitavimmin yleistämisen ja täsmällisyyden välillä. Koronakriisissä konteksti on ollut kaiken lisäksi tavallista haastavampi, sillä kuilu viestijöiden ja yleisön substanssietämyksen välillä on ollut korostuneen suuri.

Oikeustieteellisessä kontekstissa yleistämisen ja täsmällisyyden välinen tasapainoilu on varmasti tutumpaa minua kokeneemmille tieteenharjoittajille. Perusajatuksena yleistämisen ja täsmällisyyden välinen jännite pätee kuitenkin varmasti myös minkä tahansa tasoiseen oikeustieteelliseen kirjoitukseen. Voisiko klassinen lausahdus ”valitse taistelusi” toimia sopivana nyrkkisääntönä asiassa? Taitava kirjoittaja tunnistaa ne paikat, joissa täsmällisyys on tärkeämpää, mutta myös ne paikat, joissa on tilaa yleistyksille.

**Kalle Markkanen**

Päätoimittaja

# FROM THE EDITORS

The year 2020 will be remembered for the unprecedented dramatic arc caused by the coronavirus crisis. An interesting detail in the fight against the pandemic is the sub-plot regarding crisis communications. During the pandemic, authorities and decision-makers have received both positive and negative feedback concerning how successfully they have communicated with the public regarding the crisis. This discussion on the effectiveness of crisis communications has parallels with certain issues concerning scientific writing.

In general, the wider the knowledge gap between the person presenting information and the target audience, the greater are also the problems concerning communications. Closing this gap is always the responsibility of the communicator, i.e. the author. Furthermore, achieving this goal requires generalization, which involves the formation of general concepts. In philosophy, this process is called abstraction. Legal academic writing may also use abstractions: for example, explaining the meaningful content of a norm formulation in order to arrive at interpretative position requires making controlled generalizations.



The timeless problem of using abstractions is that generalization inevitably leads to a trade-off with the level of precision. Increasing comprehensibility obscures the credibility of the argument, especially in situations, where the statements are more ambiguous. I would argue that, for example, in the crisis communication amid the corona crisis, those who have skillfully managed to find the best balance between generalization and precision in their communication have gained the most praise. Furthermore, during the corona crisis, the context of finding this balance has been especially challenging, since the knowledge gap between the authorities and the general public has been remarkably large.

In the academic legal context, the balance between generalization and precision is certainly more familiar to more experienced scholars than me. However, as a basic idea, the tension between generalization and precision applies to legal writing at any level. Could the classic saying “pick your battles” serve as an appropriate rule of thumb in this matter? A skilled writer is able to identify the settings where precision is more important, but also the places where there is room for generalization.

**Kalle Markkanen**

Editor-in-Chief

## SISÄLLYSLUETTELO

- 8 Minne menet, velkojensuoja yhteisöoikeudessa?  
**Jukka Mähönen**
- 12 Oikeusvaltion ongelmat journalismin valokeilassa  
**Paavo Teittinen**
- 14 Kiista oikeusvaltion käsitteen merkityksestä ja EU:n arvopohjasta  
**Juha Raitio**
- 18 Luovutetuista sukusoluista alkunsa saaneiden henkilöiden oikeus tietää alkuperästään hedelmöityshoidoista annetun lain voimaantuloa aiemmissa tapauksissa  
Donor-Conceived Persons' Right to Access Information about their Biological Origins in Cases Prior to the Implementation of the Finnish Act on Assisted Fertility Treatments  
**Iida Elena Teriö** 
- 50 Liikkeen luovutuksen vaikutukset kilpailukieltosopimukseen  
The effects of a transfer of an undertaking on non-compete agreements  
**Jenna Helenius** 
- 74 Proposed Regulation of Third-Party Funding in Investor-State Dispute Settlement  
**Matias Tamlander**
- 88 Non-state Actors in the International Climate Change Regulatory Framework  
**Sina Bergmann**

# MINNE MENET, VELKOJIENSUOJA YHTEISÖOIKEUDESSA?

Jukka Mähönen<sup>1</sup>

DOI: <https://doi.org/10.33344/vol14iss1pp8-11>

Helsinki Law Review, 1/2020, pp. 8–11

© 2020 Pykälä ry, Mannerheimintie 3 B, 5th floor, 00100 Helsinki, Finland, and the author.

Osakeyhtiöiden ja osuuskuntien sääntelyn ydin on 1800-luvulta lähtien ollut velkojen suojaaminen.<sup>2</sup> Sitä on perusteltu ennen kaikkea näiden yhteisömuotojen täydellisellä oikeushenkilöllisyydellä ja sillä, että niiden jäsenillä ei ole henkilökohtaista vastuuta yhteisön velvoitteista.<sup>3</sup> Yhteisölakien ydin onkin niissä olevissa maksunsaantijärjestyksissä yhteisön eri jäsen- ja sijoittajaryhmien välillä. Maksunsaantijärjestyksellä ja sitä konkretisoivilla varojenjakoja ja velkojiensuojaa koskevilla säännöksillä on pyritty suojaamaan yhteisöön varoja sijoittaneita yhteisön jäsenten (joita osakeyhtiössä kutsutaan osakkeenomistajiksi ja osuuskunnassa jäseniksi) opportunisteilta.

Varojenjakosäännökset, velkojen suostumusta koskevat säännökset esimerkiksi yritysjärjestelyissä, yhteisön jäsenilleen suuntaaman rahoituksen rajoittaminen ja oman pääoman menettämiseen liittyvät yhteisön johdon velvoitteet ovat muodostaneet rakenteen, jolla on pyritty suojaamaan muiden sijoittajien kuin yhteisön jäsenten, ja yhtiöstä riippuvien muidenkin etutahojen, asemaa yhteisössä jäsenten opportunisteilta. Muita historiallisia keinoja ovat olleet vähimmäispääomasäännökset ja velvollisuudet kerryttää tietty määrä omaa päämaa yhteisöön. Näistä jälkimmäisistä säännöksistä on kuitenkin maailmalla pitkälti luovuttu viime vuosikymmenten aikana – viimeksi Suomessa vuonna 2019 yksityisten osakeyhtiöiden ja osuuskuntien osalta.<sup>4</sup> Jäljelle on jäänyt julkisten osakeyhtiöiden vähimmäisosakepääomaa koskeva säännös, joka perustuu Euroopan unionin sääntelyyn, vaikkakin osakeyhtiölaissa asetettu 80.000 euron raja on moninkertainen edellytettynä verrattuna.<sup>5</sup>

Olemme kuitenkin huomanneet, että velkojiensuojasäännökset ovat tylppiä aseita turvaamaan muiden kuin jäsenten asemaa yhteisössä. Velkojen ja muiden yhteisöstä riippuvien

intressissä on, että sijoitetulle rahoituspääomalle ja muulle pääomalle, kuten inhimilliselle pääomalle, maksetaan tuottoa, olipa se korkoa velkojalle tai palkkaa työntekijöille, ja yhteisöä kehitetään tulevaisuutta varten. Olemme myös huomanneet, että velkojiensuojasäännökset eivät kannusta investointeihin eikä varojenjakoja mitoiteta suhteessa tulevaisuudennäkymiin. Toisaalta olemme huomanneet COVID-19-pandemian aikana, että varojenjakoja rajoitetaan yhteisöissä rationaalisesti tulevaisuudennäkymien olennaisesti heiketessä ja yhteisöjen olemassaolon vaarantuessa.

Osittain nämä onnistumiset johtuvat yhteisölakien ehkä terävimmistä aseista, liiketaloudellisen perusteen vaatimuksesta yhteisön varoja käytettäessä<sup>6</sup> ja maksukykyisyysvaatimuksesta, jonka mukaan varoja ei saa jakaa, jos jaosta päätettäessä tiedetään tai pitäisi tietää yhteisön olevan maksukyvytön tai jaon aiheuttavan maksukyvyttömyyden.<sup>7</sup> Nämä vaatimukset, toisin kuin useat muut velkojiensuojasäännökset, sopeutuvat yhteisöjen välillä oleviin valtaviin eroihin, jotka liittyvät yhteisön kokoon, jäsenten lukumäärään sekä yhteisön muuhun asemaan markkinoilla ja yhteiskunnassa. Perinteiset velkojiensuojasäännökset ovat jäykkiä, haittaavat pienimuotoista yritystoimintaa ja ovat kalliita toteuttaa. Osittain tämä johtuu yleislakiajattelusta: osakeyhtiölain on sopeuduttava kaikkien osakeyhtiöiden tarpeisiin pienestä kioskitoimintaa pyörittävästä yhdenyhtiöstä monikansallisiin useilla markkinapaikoilla listattuihin konglomeraatteihin. Toisaalta vuoden 2006 osakeyhtiölailla omaksutun sääntelyideologian mukaan osakeyhtiölain on sovelluttava lähes sellaisenaan myös muihin yhteisömuotoihin kuin osakeyhtiöön. Tämä näkyy selvästi vuoden 2013 osuuskuntalaissa, joka on pitkälti osakeyhtiölain kopio, niin hyvässä kuin pahassa. Näin osuuskuntalain on sopeuduttava muutaman freelancerin työosuuskunnista markkinajohdossa oleviin ja pörssiyhtiöitä kontrolloiviin osuuskuntiin.

Liiketaloudellisen perusteen ja maksukykyisyyden säilyttämisen vaatimukset osoittivat toki tehonsa jo ennen koronaviruspandemiaa, mutta pandemia on viimein vahvistanut, että ne ovat käytännössä tehokkaat keinot suojata yhteisöä ja sen etutahoja jäsenten ylisuurilta tai ennaikaisilta vaatimuksilta. Tämä nähtiin selvästi kevään 2020 yhtiökokouksissa ja osuuskunnan kokouksissa. Sattuvasti kesällä 2020 julkaistiin lisäksi Tampereen yliopiston ja Lapin yliopiston valtioneuvoston kanslian toimeksiannosta toteuttama osakeyhtiön velkojiensuojan selventämistä ja suojamenettelyiden helpottamista koskeva selvitys.<sup>8</sup> Selvityksessä kartoitettiin osakeyhtiölain velkojiensuojasäännösten ajantasaisuutta ja muutostarpeita tunnistuen seitsemän eri kehityskohdetta liittyen oman pääoman menettämiseen, omien osakkeiden hankinnan rahoittamiseen, perinteisen yhtiön taseeseen perustuvan testin rooliin

1 OTT, osuuskuntaoikeuden professori, Helsingin yliopisto, oikeustieteen professori, Osloon yliopisto.  
2 Suomessa vuoden 1895 osakeyhtiöistä annetusta laista (22/1895) ja vuoden 1901 osuustoimintalain (22/1901) lähtien.  
3 Olemme käsitelleet laajasti velkojiensuojaa Seppo Villan kanssa muun muassa teoksessa Osakeyhtiö II: Pääomarakenne ja rahoitus. 4., uudistettu painos. Alma Media 2020, erityisesti s. 411 ss.  
4 Ks. laki osakeyhtiölain 1 luvun 3 §:n muuttamisesta (184/2019) ja laki osuuskuntalain 16 luvun 7 §:n 1 momentin kumoamisesta (186/2019). Ks. tarkemmin HE 238/2018 vp yksityisen osakeyhtiön vähimmäispääomavaatimuksen poistamista koskevaksi lainsäädännöksi.  
5 Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EU) 2017/1132, annettu 14 päivänä kesäkuuta 2017, tietyistä yhtiöoikeuden osa-alueista (kodifikaatio), EUVL L 169, 30.6.2017, p. 46–127 (yhtiödirektiivi), 45.1 artikla, jonka mukaan julkisen yhtiön merkityn pääoman on oltava vähintään 25.000 euroa. Merkityistä osakkeista tarvitsee kuitenkin olla maksettuna vain 25 prosenttia, ks. 48 artikla.

6 Osakeyhtiölain (624/2006) 13 luvun 1 §:n 3 momentti ja osuuskuntalain (421/2013) 16 luvun 1 §:n 3 momentti.  
7 Osakeyhtiölain 13 luvun 2 § ja osuuskuntalain 16 luvun 2 §.  
8 Veikko Vahtera – Janne Ruuhonen – Anssi Kärki – Lassi Salminen – Laura Saukkola, Selvitys osakeyhtiön velkojiensuojan selventämisestä ja suojamenettelyiden helpottamisesta. Valtioneuvoston kanslia: Valtioneuvoston selvitys- ja tutkimustoiminnan julkaisusarja 2020:37. Saatavissa <https://tietokayttoon.fi/julkaisut/raportti?pubid=URN:ISBN:978-952-287-923-3>.

osakeyhtiön varojenjaossa, maksukykyisyydestin sisällön täsmentämiseen, yksityisten osakeyhtiöiden purkamismenettelyyn, velkojien suojaamennettelyihin osakepääoman alentamisen ja yritysjärjestelyiden yhteydessä sekä velkojakäsittelyyn. Näiden teemojen analysoinnin perusteella työryhmä ehdotti useita muutoksia osakeyhtiölakiin. Ehdotukset ovat pitkälti relevantteja myös osuuskuntalain osalta johtuen sen osakeyhtiölakiriippuvuudesta.

Selvitys on viime vuosien keskeisimpiä puheenvuoroja suomalaisen yhteisöoikeuden kehittämisessä. Ehdotukset yksinkertaistaisivat ja liberalisoisivat velkojien suojaamennettelyä itse velkojien suojaamista heikentämättä. Mikä tärkeintä, ehdotukset pakottavat meitä pohtimaan keskeisiä osakeyhtiölain historialliseen jatkumoon liittyviä kysymyksiä, joista nostan esille kolme ehkä keskeisintä.

Ruotsin vuoden 1944 ja sitä kautta Ruotsin vuoden 1975 ja Suomen vuoden 1978 osakeyhtiölain merkittävimpiä ja soveltajan kannalta hankalimpia säännöksiä olivat oman pääoman menettämistä seurannut pakkoselvitystila ja yhtiön hallituksen vastuu säännöksen noudattamisesta.<sup>9</sup> Pakkoselvitystilauhasta ja johdon vastuusta luovuttiin osakeyhtiölailla, johon otettiin osittain EU-lainsäädäntöön perustuvat informointivelvollisuudet,<sup>10</sup> mutta asian kanssa on senkin jälkeen kipuiltu. Valtioneuvoston kanslian selvityksessä, vaikka ehdotettiin ensisijaisesti vain informointisäännösten selkeyttämistä, nostettiin toissijaisesti esille yhteisön johdon, siis ennen kaikkea hallituksen, vastuu velkojia kohtaan yhtiön maksukykyttömyydestä.

Vastuu maksukykyvystä korostuu vieläkin enemmän kaikkea varojenjakoa rajoittavassa maksukykyisyydestä, jota koskevat ehdotukset ovat selvityksen tärkeimpiä. Ehdotukset koskevat ennen kaikkea hallituksen velvollisuuksia suorittaa maksukykyisyysarviointi, maksukykyisyysarvioinnin ajankohtaa ja arviointia koskevia dokumentointivelvollisuuksia sekä osakepääoman (sekä aiempien ylikurssi- ja vararahastojen) alentamista koskevan velkojien suojaamisen rakentamista viranomaisvetoisen kuulusmenettelyn sijaista maksukykyisyydestin varaan.<sup>11</sup>

Sen sijaan tilinpäätökseen perustuvasta tasetestistä ei haluta luopua. Sekä globaalissa, eurooppalaisessa että kansallisessa kontekstissa tasetestejä on arvosteltu viimeiset vuosikymmenet, mutta konkreettiset lainsäädäntötoimet eivät ole saaneet lopulta kannatusta. Runsaan sadan vuoden polkuriippuvuus tasetestistä, keskeisestä 1800-luvun innovaatiosta, on liian vahva. Vähän kuin parisuhteessa, johon on koko ajan tyytymätön, mutta jota ilman ei voi elääkään, tasetesti tulee varmasti pysymään niin kauan kuin osakeyhtiöiksi tunnistettavia yhteisöjä on olemassa. Osuuskunnissa puolestaan ylijäämän jakaminen jäsenille on ensisijaisesti

---

9 Ruotsissa yhtiön johdon korvausvastuu perustui lakiin, Suomessa oikeuskäytäntöön, ks. KKO 2012:65.

10 Ks. yhtiödirektiivin 58 artikla ja osakeyhtiölain 20 luvun 23 §. Säännös on kopioitu myös osuuskuntalain 23 luvun 23 §:ksi.

11 Julkisten yhtiöiden osalta osakepääoman alentamiseen liittyvästä velkojien suojaamennettelystä ei voi yhtiödirektiivin 75 ja 76 artiklojen vuoksi luopua, mutta osakeyhtiölain säännöksiä voidaan yksinkertaistaa.

ennemminkin poikkeus kuin pääsääntö osuuskunnan tuottaessa hyötyä jäsenilleen heille tuottamiensa palveluiden kautta.<sup>12</sup>

Oikeusministeriö avasi valtioneuvoston kanslian selvityksen lausuntokierrosta varten lokakuussa 2020. Lausuntoaika päättyi 13.12.2020.<sup>13</sup> On erittäin mielenkiintoista nähdä, minkälaisen vastaanoton selvityksessä esitetyt ehdotukset saavat, ja kuinka niihin suhtaudutaan oikeusministeriön mahdollisessa jatkovalmistelussa. Kaiken kaikkiaan ne ovat, kuten edellä on jo todettu, keskeisimpiä viime aikoina esitettyjä puheenvuoroja yhteisöoikeudelliseen keskusteluun, pakottaen meidät miettimään keskeisiä osakeyhtiöiden ja osuuskuntien sääntelyyn liittyviä kysymyksiä yhteisön oikeushenkilöllisyyden, yhtiön eri eturyhmien aseman ja yhteisön johdon velvollisuuksien näkökulmasta.

---

12 Ks. osuuskuntalain 1 luvun 5 § ja 16 luvun 5 §.

13 Ks. <https://oikeusministerio.fi/-/selvitykset-osakeyhtiolain-toimivuudesta-ja-muutostarpeista-lausunnoille>.

# OIKEUSVALTION ONGELMAT JOURNALISMIN VALOKEILASSA

Paavo Teittinen<sup>1</sup>

DOI: <https://doi.org/10.33344/vol14iss1pp12-13>

Helsinki Law Review, 1/2020, pp. 12–13

© 2020 Pykälä ry, Mannerheimintie 3 B, 5th floor, 00100 Helsinki, Finland, and the author.

Suomalainen oikeusvaltio näkyy mediassa monin tavoin.

Tyypillisesti se nousee esiin rikosuutisoinnissa, jolloin tarkastelun kohteena on rikosprosessi ja oikeusjärjestelmä.

Rikos kiinnostaa. Usein kyse on myös yhteiskunnallisesti merkittävistä uutisaiheista. Jari Aarnion huume- ja murhaoikeudenkäynnit, Katiska-tapaus, Veijo Baltzariin kohdistuva törkeä ihmis-kauppatutkinta tai esimerkiksi Koskelan murhatutkinta ovat esimerkkejä uutisvälineet täyttävistä kokonaisuuksista.

Rikosuutisoinnissa on usein kyse eräänlaisesta prosessiuutisoinnista. Ensin uutisoidaan esitutinnan alkamisesta, sitten asian etenemisestä syyteharkintaan, sitten syytteiden nostosta. Sitten tuomioistuinprosessista aina mahdolliseen korkeimman oikeuden – ja joissain tapauksissa vielä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen – ratkaisuun saakka.

Rikosuutisointi on merkittävä osa suomalaista mediajulkisuutta. Se tarjoaa ihmisille vähintään eräänlaisen pintatason suomalaisen oikeusvaltion toiminnasta.

Lisäksi media tietenkin taustoittaa, kontekstoi, analysoi, tutkii ja paljastaa.

Olen myös omassa työssäni pyrkinyt tarkastelemaan suomalaista oikeusvaltiota syvemmällä, tai rakenteellisella, tasolla. Olen pyrkinyt kiinnittämään huomion etenkin oikeusvaltion epäkohtiin.

Itse olen käsitteellistänyt asiaa seuraavasti: kyse on usein ilmiöistä, jotka esiintyvät silmiemme alla ilman, että niihin kiinnitetään juuri huomiota. Se on ymmärrettävää, koska kyseiset ilmiöt ovat monille näkymättömiä. Tarkalla journalismilla ja dokumentoinnilla ne on kuitenkin mahdollista piirtää esiin. Tämä on ainakin tavoite.

Parin viime vuoden aikana olen keskittynyt etenkin ihmiskauppaan ja sen kaltaiseen hyväksikäyttöön. Laajamittaisen ja systemaattisen hyväksikäytön esiintyminen kertoo merkittävästä ongelmasta siinä, miten uhrien oikeusturva sekä tekijöiden rikosvastuu toteutuvat Suomessa.

Tätä kirjoitusta varten mieleeni nousi kuitenkin erityisen voimallisesti eräs toinen juttu muutaman vuoden takaa.

Vuonna 2017 kirjoitin jutun kelvottomista oikeusavustajista. Kun maahan saapui vuonna 2015 yli kolmekymmentätuhatta turvapaikanhakijaa, joukko oikeusavustajia haistoi helpon rahan. Moni kansainvälistä suojelua hakenut sai avustajakseen henkilön, jolla ei vaikuta olleen pienintäkään aikomusta auttaa asiakastaan. Usein avustaja ei suostunut edes tapaamaan asiakasta tai vastaamaan tämän puheluihin. Pahimmassa tapauksessa avustaja saapui Maahanmuuttoviraston turvapaikkapuhutteluun humalassa.

Lienee kiistatonta, että silloisen hallituksen tekemät oikeusturvan heikennykset pahensivat tilannetta. Moni pätevä oikeusavustaja joutui tekemään ilmaista työtä, jos halusi varmistaa asiakkaansa oikeusturvan toteutumisen. Kelvottomat oikeusavustajat puolestaan keräsivät palkkion, vaikka he olisivat käyttäneet asiakkaansa turvapaikkahakemukseen puoli tuntia kopioimalla Wikipediasta tekstiä Afganistanin tilanteesta. Esimerkki on todellinen.

Juttu oli varsin maltillisen kokoinen, korkeintaan aukeaman. Se iskettiin kasaan kiireellä. Olen silti myöhemmin miettinyt, että se on ollut yksi tärkeimmistä, jonka olen kirjoittanut. Oikeusapu on niin keskeinen osa toimivaa oikeusjärjestelmää ja oikeusvaltioajattelua. Tällainen ajattelu rakentuu tietyille periaatteille, kuten sille, että kaikki ovat yhdenvertaisia lain edessä, ja sille, että jokaisella on oikeus saada asianmukainen käsittely asialleen.

Nämä peruseriaatteet eivät mielestäni toteudu turvapaikanhakijoiden kohdalla, ainakaan tosiasiallisesti, jos oikeusapu pettää.

Panokset ovat kovat. Pahimmassa tapauksessa kelvoton oikeusapu on saattanut johtaa siihen, että viranomaiset ovat puutteellisten tietojen seurauksena rikkoneet Suomea sitovaa ehdotonta palautuskieltoa. Ketään ei saa palauttaa tilanteeseen, jossa häntä uhkaa kuolemanrangaistus, vaino, kidutus tai muu epäinhimillinen tai ihmisarvoa loukkaava kohtelu.

Joka tapauksessa järjestelmän puutteet ovat kuormittaneet koko turvapaikkajärjestelmää täysin turhaan.

Aion jatkossakin käsitellä työssäni oikeusvaltioon kytkeytyviä teemoja, mukaan lukien erilaisia rakenteellisia epäkohtia. Suomalainen oikeusvaltio on yksi maailman parhaista. Tästä huolimatta työtä sen ongelmiin puuttumiseksi riittää vielä paljon, kaikilla yhteiskunnan osa-alueilla.

---

<sup>1</sup> Toimittaja, Helsingin Sanomat.



# KIISTA OIKEUSVALTION KÄSITTEEN MERKITYKSESTÄ JA EU:N ARVOPOHJASTA

Juha Raitio<sup>1</sup>

DOI: <https://doi.org/10.33344/vol14iss1pp14-17>

Helsinki Law Review, 1/2020, pp. 14–17

© 2020 Pykälä ry, Mannerheimintie 3 B, 5th floor, 00100 Helsinki, Finland, and the author.

Tätä kirjoitettaessa EU:ssa neuvotellaan ns. elpymisvälineen hyväksymisestä ja siitä, että rahoituksen ehtona on oikeusvaltioperiaatteen noudattaminen jäsenvaltiossa. Komissio on antanut asetusehdotuksen unionin talousarvion suojaamisesta tilanteissa, joissa oikeusvaltioperiaatteen noudattamiseen jäsenvaltioissa kohdistuu yleisiä puutteita.<sup>2</sup> Etenkin Puola ja Unkari vastustavat oikeusvaltion kytkemistä rahoituksen saamiseen ja samalla kiistävät idean siitä, että oikeusvaltioperiaate määrittyy legitiimillä tavalla Euroopan unionin oikeudessa. Myös Venetsian komission oikeusvaltioperiaatetta koskevassa selvityksessä<sup>3</sup> oikeusvaltio kytketään vahvasti demokratiaan ja vaatimukseen ihmisoikeuksien toteutumisesta. Tästä huolimatta Puola ja Unkari korostavat oikeusvaltiollisuuden olevan pikemminkin jäsenvaltiokohtaisesti määriteltävissä, mitä pidän virheellisenä tulkintana.

Taustana on syytä ottaa myös huomioon, että varsinkin Puolan ja Unkarin oikeusvaltiokehitystä on viime vuosina arvioitu kriittisesti sekä komissiossa että EU-tuomioistuimessa. EU-tuomioistuin on joutunut ottamaan kantaa oikeusvaltioperiaatteen puolesta etenkin asiayhteyksissä, jotka liittyvät tuomioistuinten riippumattomuuteen.<sup>4</sup> Tämän seurauksena luovuttamisesta Puolaan eurooppalaisen pidätysmääräyksen johdosta voitiin luopua.<sup>5</sup> Komissio käynnisti joulukuussa 2017 Puolaa koskevan SEU 7(1) artiklan tarkoittaman menettelyn<sup>6</sup> ja Euroopan parlamentti

syyskuussa 2018 Unkaria koskevan menettelyn<sup>7</sup>. SEU 7(1) artiklan mukainen menettely käynnistetään, jos on olemassa selvä oikeusvaltioperiaatteen rikkomisen vaara.

Euroopan unionissa oikeusvaltioperiaatteen voidaan todeta ilmenevän osana EU:n arvopohjaa, minkä vuoksi neuvottelut ovat varsin hankalia. Ilman yhteistä arvopohjaa jäsenvaltioiden välinen keskinäinen luottamus vaarantuu. SEU 2 artiklassa todetaan EU:n yhteisestä arvopohjasta seuraavaa:

*”Unionin perustana olevat arvot ovat ihmisarvon kunnioittaminen, vapaus, kansanvalta, tasa-arvo, oikeusvaltio ja ihmisoikeuksien kunnioittaminen, vähemmistöihin kuuluvien oikeudet mukaan luettuina. Nämä ovat jäsenvaltioille yhteisiä arvoja yhteiskunnassa, jolle on ominaista moniarvoisuus, syrjimättömyys, suvaitsevaisuus, oikeudenmukaisuus, yhteisvastuu sekä naisten ja miesten tasa-arvo.”*

Voidaan tulkita, että EU:n jäsenvaltioissa oikeusvaltio, demokratia ja ihmisoikeuksien kunnioitus tulee nähdä oikeudellisenä kolmiyhteytenä niin, että nämä kolme osatekijää muodostavat tulkintakontekstin toisilleen.<sup>8</sup> Olen tässä yhteydessä käyttänyt havainnollistavaa kielikuvaa triangelistä. Triangeli soi vain siinä tapauksessa, että kaikki kolme kulmaa ovat kunnossa. Tämä SEU 2 artiklan linjaus oikeusvaltioperiaatteessa on sopusoinnussa sen suhteen, miten Suomessa oikeusvaltio ymmärretään.<sup>9</sup>

Suomen EU-puheenjohtajuuden aikana 2019 syksyllä keskusteltiin paljon siitä, miten jäsenvaltioiden yhteiskuntien kestävyys voidaan turvata muuttuvassa maailmassa.<sup>10</sup> Olennaista on todeta Suomen korostaneen voimakkaasti SEU 2 artiklan arvopohjan ja oikeusvaltiollisuuden merkitystä EU:n kehitykselle.<sup>11</sup> Etenkin demokratia, oikeusvaltio sekä perus- ja ihmisoikeuksien toteuttaminen liitettiin toisiaan edellyttäväksi kolminaisuudeksi.

Oikeusvaltioperiaatteen määrittelyn osalta kritiikkiä on liittynyt myös siihen, ettei oikeusvaltioperiaatteen sisältöä voida tarkkaan määritellä ja siksi ei ole oikeudenmukaista puuttua jäsenvaltioiden sisäisiin asioihin epämääräisten poliittisten tavoitteiden vuoksi oikeusvaltiollisuuteen vedoten. Tulkintani mukaan tämäkin argumentti voidaan todeta virheelliseksi. Oikeusvaltioperiaate ei ole vain ns. ”retorinen ilmapallo” ilman normatiivista sisältöä.<sup>12</sup> EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä on viitteitä siitä, että oikeusvaltion käsite

1 Eurooppaoikeuden professori, Helsingin yliopisto.

2 Ks. KOM (2018) 324 (2.5.2018) ja myös Euroopan parlamentin päätöslauselma 14. marraskuuta 2018 kattavan EU-mekanismin tarpeesta demokratian, oikeusvaltion ja perusoikeuksien suojelemiseksi, EUVL, N:o C 363, 28.10.2020, s. 45.

3 Ks. European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Report on the Rule of Law, Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session, Venice 25–26 March 2011, Strasbourg, 4 April 2011, Study No. 512/2009, ODL-AD(2011)003rev.

4 Ks. esim. Portugalin tuomarit-tapaus C-64/16 *Associação Sindical dos Juizes Portugueses v. Tribunal de Contas*, ECLI:EU:C:2018:117, kohta 30, 36 ja Puolaa koskevat asiat C-216/18 PPU, LM, ECLI:EU:C:2018:586, kohta 48, C-619/18, *komissio v Puola*, ECLI:EU:C:2018:910, kohta 21, C-619/18 R, *komissio v. Puola*, ECLI:EU:C:2018:1021, C-192/18 *komissio v Puola*, ECLI:EU:C:2019:924, C-558/18 & C-563/18 *Miasto Lowicz*, ECLI:EU:C:2020:234 ja C-791/19 R, *komissio v. Puola*, (Unionin tuomioistuimen määräys 8.4.2020) ECLI:EU:C:2020:277.

5 C-216/18 PPU, LM, ECLI:EU:C:2018:586.

6 Ks. Ehdotus neuvoston päätökseksi sen toteutamisesta, että on olemassa selvä vaara, että Puolan tasavalta loukkaa vakavasti oikeusvaltioperiaatetta, COM (2017) final.

7 Ks. Euroopan parlamentin päätöslauselma 12. syyskuuta 2018 ehdotuksesta, jolla neuvostoa pyydetään toteamaan Euroopan unionista tehdyn sopimuksen 7 artiklan 1 kohdan nojalla, onko olemassa selvä vaara, että Unkari loukkaa vakavasti unionin perustana olevia arvoja, 2017/2131 (INL).

8 Ks. esim. Raitio, Juha: Oikeusvaltion ääriviivat, Alma Talent, Helsinki, 2017, s. 56 ja 133, (Raitio 2017).

9 Ibid, s. 1-24 ja 77-80.

10 Ks. EU-puheenjohtajuuskaudesta tarkemmin Kaila, Heidi: Suomen kolmas EU-puheenjohtajuus – kohti kestäväää Eurooppaa ja kestäväää tulevaisuutta, Defensor Legis 5/2019 ja [www.eu2019.fi](http://www.eu2019.fi).

11 Puheenjohtajavaltion päätelmät, neuvoston asiakirja 12044/19 ja esim. puheenjohtajavaltion kotisivut: <https://eu2019.fi/prioriteetit/arvot-ja-oikeusvaltioperiaate>.

12 Ks. Raitio 2017, s. 133.

sisältää EU-oikeudellisessa kontekstissaan tiettyjä aineellisia edellytyksiä oikeudelliselle päätöksenteolle.<sup>13</sup> Oikeusvaltion ja perusoikeuksien loukkaaminen voi kytkeytyä moniin eri yhteiskuntaelämän alueisiin, jopa perusoikeuskirjan 13 artiklan suojaamaan akateemiseen vapauteen tuoreen Unkaria koskeneen ennakkoratkaisun tavoin.<sup>14</sup> EU-oikeuden näkökulmasta voidaan puhua ns. kattavasta oikeusvaltion käsitteestä (*thick concept of rule of law*), johon liittyy muodollisen lainalaisuutta korostavan elementin lisäksi aineellinen elementti yksilöiden oikeussuojan ja muun muassa perus- ja ihmisoikeuksien vuoksi.<sup>15</sup> Tässä yhteydessä on syytä huomioida, että laajemmassa kansainvälisessä ja oikeusvertailevassa katsannossa oikeusvaltion käsite saa tästä eurooppalaisesta tulkinnasta poikkeavia sisältöjä.<sup>16</sup>

Lopuksi voidaan esittää retorinen kysymys: Mihin suuntaan sellaista eurooppalaista yhteiskuntaa kehitetään, jossa ei tulkita SEU 2 artiklan arvopohjaa EU-tuomioistuimen linjaamalla tavalla? Suunta ei ole ainakaan nuoruuteni ihanteiden mukainen. Eräänlainen ajankuva tästä 1980-luvun lopun idealismista kätkeytyy Scorpions-yhtyeen kappaleeseen *Winds of Change*:

*"The world is closing in  
And did you ever think  
That we could be so close, like brothers  
The future's in the air  
I can feel it everywhere  
Blowing with the wind of change"*

Kylmän sodan loppuminen, Varsovan liiton romahdus ja Itä-Euroopan maiden kytkeytyminen läntisiin järjestelmiin, eli Euroopan unioniin ja Natoon, oli 1900-luvun lopun keskeinen historiallinen tapahtuma. Puolan ja Unkarin uhittelu oikeusvaltion käsitteestä ja pyrkimys asettaa EU:n "läntinen" arvopohja kyseenalaiseksi on ikävä vaihe tässä Itä-Euroopan edelleen jatkuvassa

demokratisoitumisprosessissa. En kuitenkaan usko, että Puolan ja Unkarin akseli pystyisi lopulta nujertamaan EU:ssa vahvaa Saksan ja Ranskan akselia – ratkaiseepa elpymisvälineeseen ja oikeusvaltioon liittyvän ajankohtaisen konfliktin arvot tai raha.

---

13 Ks. 8/55 *Fédéchar* (1954-56) ECR 292, erityisesti s. 299 ja EU-oikeuden ulkopuolista vahingonkorvausvelvollisuutta koskevat oikeusvaltion käsitteeseen liittyvät tapaukset 5/71 *Schöppenstedt* (1971) ECR 975, 59/72 *Wünsche Handelsgesellschaft* (1973) ECR 791, 20/88 *Roquette frères* (1989) ECR 1553, C-152/88 *Sofrimport* (1989) ECR I-2477, C-104/89 & C-37/90 *Mulder* (1992) ECR I-3061 ja C-282/90 *Vreugdenhill* (1992) ECR I-1937. Viimeaikaisesta oikeuskäytännöstä voidaan mainita esimerkiksi C-284/16 *Achmea*, ECLI:EU:C:2018:158, kohta 34.

14 Ks. C-66/18 *komissio v Unkari*, ECLI:EU:C:2020:792.

15 Ks. esim. Von Bogdandy, Armin – Antpöhler, Carlino – Ioannidis, Michael: Protecting EU Values, Reverse *Solange* and the Rule of Law Framework, teoksessa Jacob, András – Kochenov, Dimitri (toim.): The Enforcement of EU Law and Values, Oxford: Oxford University Press, 2017 s. 226, jossa todetaan: "This general orientation towards a "thick" concept of Rule of Law is in principle reaffirmed in the decision to submit Poland to the Framework, which notes that the Rule of Law is a constitutional principle with both formal and substantive components. Nevertheless, when it comes to the actual reprimands against Polish reforms, priority is accorded to the formal dimension".

16 Ks. esim. Husa, Jaakko: Nordic Law and Development – See No Evil, Hear No Evil?, Skandinavian Studies in Law, 2015, s. 1-16 ja Husa, Jaakko: Advanced Introduction to Law and Globalisation, Cheltenham, Edward Elgar, 2018, s. 49-63.

# LUOVUTETUISTA SUKUSOLUISTA ALKUNSA SAANEIDEN HENKILÖIDEN OIKEUS TIETÄÄ ALKUPERÄSTÄÄN HEDELMÖITYSHOIDOISTA ANNETUN LAIN VOIMAANTULOJA AIEMMISSÄ TAPAUKSISSA

## DONOR-CONCEIVED PERSONS' RIGHT TO ACCESS INFORMATION ABOUT THEIR BIOLOGICAL ORIGINS IN CASES PRIOR TO THE IMPLEMENTATION OF THE FINNISH ACT ON ASSISTED FERTILITY TREATMENTS

Iida Elena Teriö<sup>1</sup>

DOI: <https://doi.org/10.33344/vol14iss1pp18-49>

Helsinki Law Review, 1/2020, pp. 18–49

© 2020 Pykälä ry, Mannerheimintie 3 B, 5th floor, 00100 Helsinki, Finland, and the author.



### Avainsanat:

Hedelmöityshoito, sukusolujen luovuttaminen, tiedonsaantioikeus, anonymiteetti, identiteetti, alkuperä, yksityiselämän suoja, yhdenvertaisuus, taannehtiva lainsäädäntö

### Keywords:

Assisted reproductive technology, donor conception, gamete donation, the right to access information, donor anonymity, identity, genetic origins, right to respect for private life, equality, retrospective legislation

## ABSTRACT

According to the Finnish Act on Assisted Fertility Treatments (Laki hedelmöityshoidoista 1237/2006), a person who may have been born from a donated gamete or embryo has, upon attaining the age of eighteen, the right to know the identity of his or her donor. The aim of this article is to research whether the right to access identifying information about the donor could

be guaranteed equally to those born as a result of anonymous donor conception prior to the implementation of the Act. Information about one's origins has a great significance on one's psychological well-being and the right to identity has been considered to form an integral part of the right to respect for private life. At the same time, donor anonymity is seen to be included in the donors' right to respect for private life. Public authorities have both the responsibility to guarantee the fulfilment of basic rights, liberties and human rights as well as the possibility to implement acceptable restrictions on these basic rights. Even retrospective legislation seems to be acceptable when the fulfilment of rights of one group of people strongly demand it. All things considered, donor-conceived persons' right to know about their biological origins seems to be a valid reason to restrict the donors' right to respect for private life to some extent and to allow retrospective legislation that guarantees all donor-conceived people the right to access information about their donors.

---

1 The author is a Master of Laws student at the University of Helsinki. This article is based on the author's Bachelor's Thesis.

# I. JOHDANTO

## I.1 Lähtökohtia

Kaikki eivät voi saada biologisia lapsia. Tällaisissa tilanteissa apua voidaan saada erilaisista hedelmöityshoidoista. Hedelmöityshoitoja tehdään sekä omilla että luovutetuilla sukusoluilla.<sup>2</sup> Hedelmöityshoidoista annetun lain (1237/2006, jäljempänä ”hedelmöityshoitolaki”) 2 §:n 3 kohdan mukaan sukusolujen luovuttamisella tarkoitetaan omien siittiöiden tai munasolujen antamista käytettäväksi toiselle annettavassa hedelmöityshoidossa. Hedelmöityshoidoissa voidaan lain 3 §:n mukaan käyttää myös luovutettuja alkioita. Tässä artikkelissa sukusolujen luovuttamisella tarkoitetaan siittiöiden, munasolujen ja alkioiden luovuttamista.

Hedelmöityshoitoja tehtiin Suomessakin jo 1980- ja 1990-luvuilla<sup>3</sup>, ja tehtyjen hoitojen määrä kasvoi 1990- ja 2000- lukujen vaihteessa tasaisesti<sup>4</sup>. Hedelmöityshoitoja ei vielä tuolloin säädelty oikeudellisesti millään tavalla<sup>5</sup>. Luovutetuilla sukusoluilla tehdyissä hoidoissa käytettiin anonyymejä luovuttajia<sup>6</sup>. Vuonna 2007 voimaan tullut laki hedelmöityshoidoista toi hedelmöityshoidon tuloksena syntyville lapsille oikeuden tietää luovuttajan henkilöllisyys. Laki ei kuitenkaan vaikuttanut jo ennen lain voimaantuloa luovutetuista sukusoluista syntyneiden henkilöiden oikeuksiin. Tiedonsaantioikeus tai sen puuttuminen määräytyy sukusolujen luovutushetken mukaan: henkilöillä, jotka ovat saaneet alkunsa ennen hedelmöityshoitolaian voimaantuloa luovutetuista sukusoluista tai alkiosta, ei pääsääntöisesti ole luovuttajan henkilöllisyyttä koskevaa tiedonsaantioikeutta (ks. hedelmöityshoitolaian 38 §)<sup>7</sup>.

Yhä useampi ennen hedelmöityshoitolaian voimaantuloa luovutetuista sukusoluista alkunsa saanut henkilö lähenee nuoruus- tai aikuisikää, jolloin mielenkiinto omaa identiteettiä ja

geneettistä alkuperää kohtaan usein herää<sup>8</sup>. Todennäköisesti yhä useampi saa myös tietää keinoalkuisesta statuksestaan, sillä nykyään yhteiskunta ja lapsettomuusklinitkat suosittelevat vanhempia kertomaan lapselle totuuden<sup>9</sup>. Tieto voi nykyään tulla ilmi myös vahingossa, kun dna-testipalveluita myyvät yritykset ovat kasvattaneet suosiotaan. Palvelun ostava asiakas lähettää yritykselle dna-näytteen ja saa vastineeksi tietoa geeniperimästään sekä listan kaikista testin tehneistä dna-sukulaisistaan ja arvion sukulaisuussuhteistaan heihin.<sup>10</sup>

## I.2 Tutkimustehtävä ja aiheen rajaus

Tämän artikkelin tarkoituksena on selvittää, voidaanko ennen hedelmöityshoitolaian voimaantuloa luovutetuilla sukusoluilla tehtyjen hedelmöityshoitolaian tuloksena syntyneille henkilöille taata oikeus saada tietää luovuttajan henkilöllisyys.

Vastausta etsitään seuraavien osakysymysten avulla: 1) Mikä merkitys alkuperää koskevalla tiedolla on luovutetuista sukusoluista syntyneille henkilöille? 2) Miten perus- ja ihmisoikeusjärjestelmä suojaa oikeutta identiteettiin ja yksityiselämään? 3) Onko ihmisellä oikeus saada tietoa alkuperästään, ja voidaanko tälle oikeudelle antaa suurempi painoarvo kuin sen kanssa kilpaileville oikeuksille? 4) Miten ennen hedelmöityshoitolaian voimaantuloa luovutetuista sukusoluista syntyneiden henkilöiden tiedonsaantioikeus määräytyy nykyisen oikeustilan valossa? 5) Miten oikeusjärjestyksemme suhtautuu taannehtivaan lainsäädäntöön?

---

2 Hedelmöityshoidot 2006–2007. Sosiaali- ja terveystieteiden tutkimus- ja kehittämiskeskus 25.2.2008. Saatavilla osoitteessa [http://www.julkari.fi/bitstream/handle/10024/77621/Tt13\\_08.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://www.julkari.fi/bitstream/handle/10024/77621/Tt13_08.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Vierailtu 4.5.2020.

3 Malin, Maili & Burrell, Riitta. Finland: Unregulated Practices, Familiarity and Legality. Teoksessa Blyth, Eric & Landau, Ruth (toim.) *Third Party Assisted Conception Across Cultures*. Jessica Kingsley Publishers. London and New York 2004, s. 73–93, s. 75.

4 Hedelmöityshoidot 2006–2007. Sosiaali- ja terveystieteiden tutkimus- ja kehittämiskeskus 2008 (n 2).

5 Malin & Burrell 2004 (n 3), s. 73.

6 Ihmisen keinoalkuinen lisääntyminen. Laintarkastajan lausunto no. 4/1991. Laintarkastuslautakunta. Helsinki 1991, s. 2.

7 Ks. Hedelmöityshoitolaian siirtymäsäännöksen tulkinna Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laeiksi hedelmöityshoidoista ja isyyslain muuttamisesta. PeVL 25/2006 vp – HE 3/2006 vp, s. 2; Salminen, Sakari; Burrell, Riitta & Lehtonen, Lasse. Hedelmöityshoidot, lisääntymisvapaus ja lapsen etu. Oikeustiede – Jurisprudentia. 2007:40, s. 303–404, s. 385.

---

8 Benward, Jean. Identity Development in the Donor-Conceived. Teoksessa Guichon, Juliet R.; Mitchell, Ian; Giroux, Michelle (toim.) *The Right to Know One's Origins – Assisted Human Reproduction and the Best Interests of Children*. Academic and Scientific Publications. Brussels 2012, s. 166–191, s. 178–179; ks. myös Giroux, Michelle & Milne, Cheryl. *The Right to Know One's Origins, the AHRA Reference, and Pratten v AGBC: A Call for Provincial Legislative Action*. Teoksessa Lemmens, Trudo; Martin, Andrew Flavelle; Milne, Cheryl; Lee, Ian B (toim.) *Regulating creation: the law, ethics, and policy of assisted human reproduction*. University of Toronto Press. Toronto 2017, s. 124–144, s. 132; Blauwhoff, Richard J. *Foundational Facts, Relative Truths – A comparative law study on children's right to know their genetic origins*. Intersentia. Antwerp, Oxford and Portland 2009, s. 18; Thévoz, Jean-Marie. *The Rights of children to information following assisted reproduction*. Teoksessa Evans, Donald & Pickering, Neil (toim.) *Creating the Child – The Ethics, Law and Practice of Assisted Procreation*. Martinus Nijhoff Publishers. The Hague, London and Boston 1996, s. 201.

9 Sperman lahjoitus. Dextra lapsettomuusklinitka. Saatavilla osoitteessa <https://www.dextralapsettomuusklinitka.fi/lahjoittajalle/sperman-luovutus>. Vierailtu 22.9.2019; Allan, Sonia. *Donor Conception and the Search for Information – From secrecy and anonymity to openness*. Routledge. London and New York 2017, s. 200.

10 Genetic Genealogy. International Society of Genetic Genealogy. Saatavilla osoitteessa [https://isogg.org/wiki/Genetic\\_genealogy](https://isogg.org/wiki/Genetic_genealogy). Vierailtu 9.10.2019.

Sukusolujen luovuttajan anonymiteettiä on perusteltu yhteiskunnallisilla syillä, klinikoiden toiminnan ja luovuttajien määrän riittävyden turvaamisella<sup>11</sup> sekä lapsettomien parien oikeudella hedelmöityshoitoihin<sup>12</sup>. Näiden näkökulmien lähempi tarkastelu rajataan tietoisesti artikkelin ulkopuolelle, sillä niillä ei voida tehokkaasti argumentoida taannehtivaa tiedonsaantioikeutta vastaan, kun anonymiteetti on jo purettu tulevien luovutusten osalta.

Tässä artikkelissa ei myöskään ole tarkoitus tarkemmin tarkastella tiedonsaantioikeuden vaikutusta hedelmöityshoitoon hakeutuneiden vanhempien ja luovutetuista sukusoluista alkunsa saaneiden henkilöiden väliseen perhe-elämän suojaan<sup>13</sup>. Tiedonsaannista johtuvaa sukusolujen luovuttajan ja luovutetuista sukusoluista alkunsa saaneen lapsen välistä yhteydenpitoa ei nimittäin voitaisi pitää perhe-elämän suojan loukkauksena ainakaan sen jälkeen, kun lapsi on täysi-ikäinen<sup>14</sup>. Anonymiteetin purkamisella ei myöskään tavoiteltaisi juridisen vanhemmuuden vahvistamista.

### 1.3 Tutkimusmenetelmä ja lähdeaineisto

Tutkimusmenetelmänä käytetään ensisijaisesti oikeusdogmatiikkaa eli lainoppia, jossa tutkitaan voimassa olevaa oikeutta selvittämällä oikeuslähteiden sisältö ja keskinäinen etusijajärjestys. Oikeusdogmatiikan avulla pyritään selvittämään yhtäältä vallitsevaa oikeustilaa ja toisaalta tarkastelemaan sitä perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisen kannalta. Oikeushistoriaa käytetään apumenetelmänä voimassa olevaan lainsäädäntöön johtaneen kehityksen ja lainsäädännön taustalla vaikuttaneiden ajatusten ja argumentaation ymmärtämiseksi. Vertailevaa oikeustiedettä

---

11 Igareda Gonzales, Noella. El derecho a conocer los orígenes biológicos versus el anonimato en la donación de gametos. En Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas (Ed). Derechos y libertades. No. 31. Junio 2014, s. 227-249, s. 238; Pi, Vanessa L. Regulating Sperm Donation: Why Requiring Exposed Donation is Not the Answer. Duke Journal of Gender Law & Policy. Vol. 16. No. 2. August 2009, s. 379-402, s. 394-397.

12 Igareda Gonzales 2014 (n 11), s. 238; Dennison, Michelle. Revealing Your Sources: The Case for Non-Anonymous Gamete Donation. Journal of Law and Health. Vol. 21. No. 1. 2007-2008, s. 1-28, s. 19; Tapauksissa *S.H. ja muut v. Itävalta*, no. 57813/00, 3.10.2011 (kohta 82) ja *Dickson v. Yhdistynyt kuningaskunta*, no. 44362/04, 4.12.2007 (kohta 66) on katsottu perhe-elämän suojan kattavan mahdollisuuden saada hedelmöityshoitoa; ks. myös Hirvelä, Päivi & Heikkilä, Satu. Ihmisoikeudet – käsikirja EIT:n oikeuskäytäntöön. 2. uudistettu painos. Alma Talent Oy. Helsinki 2017, s. 751.

13 Euroopan ihmisoikeustuomioistuimien totesi tapauksessa *X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta*, no. 21830/93, 22.4.1997 (kohdat 36-37), että hedelmöityshoidon avulla saatu lapsi ja tämän sosiaalinen vanhempi muodostivat Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artiklan suojaaman perhesuhteen. Sen sijaan sperman luovuttaminen ei tapauksessa *J.R.M. v. Alankomaat*, no. 16944/90, 8.2.1993 johtanut suojattuun perhe-elämään luovuttajan ja lapsen välillä.

14 Euroopan ihmisoikeussopimuksen mukainen perhe-elämän suoja lakkaa muutamia poikkeuksia lukuun ottamatta lapsen täyttäessä 18 vuotta (Hirvelä & Heikkilä 2017 (n 12), s. 755). Näin ollen luovuttajan ja luovutetuista sukusoluista alkunsa saaneen lapsen välistä yhteydenpitoa ei voitaisi pitää perhe-elämän suojan loukkauksena enää sen jälkeen, kun lapsi on täysi-ikäinen. Moni ennen hedelmöityshoitolaista voimaantuloa luovutetuista sukusoluista syntynyt henkilö on jo aikuinen ja nuorimmatkin heistä viiden vuoden päästä täysi-ikäisiä. Mikäli taannehtivaa tiedonsaantioikeutta koskeva laki tulisi voimaan aikaisintaan vuonna 2025 tai jos tiedonsaantioikeus taattaisiin ainoastaan 18 vuotta täyttäneille henkilöille, ei sääntely loukkaisi perhe-elämän suojaa.

hyödynnetään tarkastelemalla erilaisia vaihtoehtoisia lainsäädännöllisiä malleja tilanteen säätelemiseksi. Oikeusvertailevan näkökulman avulla saadaan lisää tutkimusmateriaalia kansallisten oikeusnormien tutkimisen rinnalle, jolloin tutkimuskysymystä voidaan tarkastella laajemmasta näkökulmasta.<sup>15</sup> Vertailukohteiksi on valittu Sveitsin, Alankomaiden ja Australian Victorian osavaltion lainsäädäntö, koska kaikissa näissä valtioissa tiedonsaantioikeudesta on säännelty taannehtivasti ja kussakin valtiossa eri tavalla. Kotimaisen ja ulkomaisen lainsäädännön lisäksi lähteinä käytetään virallislähteitä, Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen (jäljempänä EIT) ja korkeimman oikeuden ratkaisukäytäntöä sekä kotimaista ja ulkomaista oikeuskirjallisuutta.

Artikkelin toisessa luvussa tarkastellaan yhtäältä luovuttajan oikeutta anonymiteettiin osana tämän yksityiselämän suojaa ja toisaalta luovutetuista sukusoluista syntyneen henkilön oikeutta tietää alkuperästään. Kolmannessa luvussa luodaan katsaus hedelmöityshoitolaista takaamaan tiedonsaantioikeuteen ja verrataan tiedonsaantioikeutta ennen hedelmöityshoitolaista voimaantuloa luovutetuista sukusoluista alkunsa saaneiden henkilöiden asemaan. Artikkelin neljännessä luvussa tarkastellaan sitä, millaiset puitteet lainsäädäntömme asettaa oikeustilan muuttamiselle. Viidennessä luvussa esitellään erilaisia vaihtoehtoja tiedonsaantioikeuden sääntelemiseksi.

## 2. KILPAILEVAT INTRESSIT: OIKEUS ANONYMITEETTIIN JA OIKEUS TIETÄÄ ALKUPERÄSTÄÄN

### 2.1 Sukusolujen luovuttajan oikeus anonymiteettiin

Yksityiselämän suoja on turvattu perustuslain (731/1999) 10 §:ssä. Yksityiselämän suojan piiriin kuuluu myös henkilötietojen suoja. Yksityiselämän suojan on nähty käytännössä tarkoittavan yksilön vapautta elää elämänsä viranomaisten tai muiden ulkopuolisten tahojen siihen mielivaltaisesti tai aiheettomasti puuttumatta<sup>16</sup>. Perustuslaissa yksityiselämän suojan ala on jätetty osittain avoimeksi<sup>17</sup>. Voidaankin ajatella, että säännöksen sisältö täsmentyy sen esikuvana toimineiden ihmisoikeusveloitteiden ja oikeuskäytännön kautta. Euroopan ihmisoikeussopimuksen<sup>18</sup> (jäljempänä EIS) 8 artikla takaa jokaiselle oikeuden nauttia yksityis- ja perhe-elämäänsä, kotiinsa ja kirjeenvaihtoonsa kohdistuvaa kunnioitusta. Artiklan

---

15 Metodeista ks. esim. Husa, Jaakko; Mutanen, Anu; Pohjolainen, Teuvo. Kirjoitetaan juridiikkaa. 2. uudistettu painos. Talentum Media Oy. Helsinki 2008, s. 19-23.

16 Hallituksen esitys eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta HE 309/1993 vp, s. 52; ks. myös Mahkonen, Sami. Oikeus yksityisyyteen. Werner Söderström lakitieto Oy -WSLT. Helsinki 1997, s. 61-63.

17 Viljanen, Veli-Pekka. Yksityiselämän suoja (PL 10 §). Teoksessa Hallberg, Pekka; Karapuu, Heikki; Ojanen, Tuomas; Scheinin, Martin; Tuori, Kaarlo; Viljanen, Veli-Pekka. Perusoikeudet. 2. uudistettu painos. Werner Söderström lakitieto WSLT. Helsinki 2011, luku III, alaluku 6, s. 392; Saraviita, Ilkka. Perustuslaki. 2. uudistettu painos. Talentum Media Oy. Helsinki 2011, s. 184.

18 Euroopan ihmisoikeussopimus (Yleissopimus ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi). Suomen säädöskokoelman sopimusasiakirja 63/1999.

mukaiseen yksityiselämän suojaan on tarkemmin katsottu kuuluvan erityisesti henkilörekisteriin talletettujen tietojen, nimen ja maineen suoja<sup>19</sup>. Vastaavanlaiset yksityiselämän ja perhe-elämän suoja koskevat säännökset löytyvät myös kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevan kansainvälisen yleissopimuksen<sup>20</sup> (jäljempänä KP-sopimus) 17 artiklasta ja Euroopan unionin perusoikeuskirjan<sup>21</sup> 7 artiklasta. Henkilötietojen suojasta säädetään erikseen perusoikeuskirjan 8 artiklassa.

Yksityisyyteen voitaisiin katsoa kuuluvan oikeus anonymiteettiin, joka tarkoittaa ”oikeutta toimia ja vaikuttaa tuntemattomana yhteiskunnassa suhteessa julkiseen valtaan”<sup>22</sup>. Sukusolujen luovuttajien anonymiteetissä on siten kyse mahdollisuudesta toimia sukusolujen luovuttajana ilman, että luovuttajan henkilöllisyys olisi julkinen tieto tai että sitä tarvitsisi paljastaa sukusoluista syntyneille lapsille tai heidän lähipiirilleen<sup>23</sup>. Sukusolujen luovuttajan nimen ja muiden henkilötietojen luovuttaminen luovutetuista sukusoluista syntyneelle henkilölle merkitsisi siten puuttumista luovuttajan yksityiselämään.

Tietyn tiedon julkisuudella voi olla negatiivisia vaikutuksia henkilöön, jota tieto koskee, sekä muihin ihmisiin<sup>24</sup>. Sukusolujen luovuttajien anonymiteettiä on perusteltu sillä, että tieto sukusolujen luovuttamisesta voi aiheuttaa häpeällisiä tai uskottomuuteen liittyviä tunteita luovuttajassa tai tämän puoliossa<sup>25</sup>. Luovuttaja ei ehkä ole kertonut puolisolleen ja perheelleen nuoruudessaan tekemästään sukusolujen luovutuksesta. Luovuttajan intressissä voi siten olla hänen omien perhesuhteidensa, kotirauhan ja maineen säilyttäminen ennallaan ilman, että tiedon sukusolujen luovuttamisesta tarvitsisi tulla ulkopuolisten tai edes luovuttajan lähipiiriin tietoon. Tällaisten argumenttien painoarvoa tosin vähentää se, ettei sukusolujen luovuttamisessa pitäisi olla mitään häpeällistä<sup>26</sup>.

---

19 Pellonpää, Matti; Gullans, Monica; Pölönen, Pasi; Tapanila, Antti. Euroopan ihmisoikeussopimus. 6. uudistettu painos. Talentum Media Oy. Helsinki 2018, s. 785 ja 797.  
20 Kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus. Suomen säädöskokoelman sopimusasiakirja 8/1976.  
21 Euroopan unionin perusoikeusasiakirja, 2012/C 326/2, EUVL C 326, 26.10.2012, s. 391–407.  
22 Neuvonen, Riku. Yksityisyyden suoja Suomessa. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 2014, s. 21–25.  
23 Ks. myös Guichon, Juliet R. The Priority of the Health and Well-Being of Offspring: The Challenge of Canadian Provincial and Territorial Adoption Disclosure Law to Anonymity in Gamete and Embryo Provision (“Donor” Conception). Teoksessa Lemmens, Trudo; Martin, Andrew Flavelle; Milne, Cheryl; Lee, Ian B (toim.) Regulating creation: the law, ethics, and policy of assisted human reproduction. University of Toronto Press. Toronto 2017, s. 178–205, s. 179.  
24 Mahkonen 1997 (n 16), s. 24.  
25 Allan 2017 (n 9), s. 201.  
26 Allan 2017 (n 9), s. 200–201.

Luovuttajaa saattaa pelottaa mahdollinen moraalinen tai juridinen vastuu lapsesta<sup>27</sup>. Geneettistä ja juridista vanhemmuutta koskevien päätösten on katsottu kuuluvan EIS 8 artiklan suojaamiin oikeuksiin<sup>28</sup>. Kun luovuttaja tiedostaa ja hyväksyy geneettiseksi vanhemmaksi tuleminen jo sukusolujaan luovuttamalla<sup>29</sup>, ei hän toisaalta voine olettaa välttyvänsä täysin sukusolujen luovuttamiseen liittyvältä moraaliselta vastuulta. Suostumus geneettiseen ja juridiseen vanhemmuuteen on syytä pitää erillään toisistaan. Lainsäädännöllä voidaan suojata sukusolujen luovuttajia isyyskanteilta ja lapseen liittyvältä juridiselta vastuulta, vaikka anonymiteettiä ei suojattaisikaan<sup>30</sup>.

Yksityiselämän suojan alaan kuuluu myös yksilön oikeus vapaasti solmia ja ylläpitää suhteita toisiin ihmisiin<sup>31</sup>. Näin ollen luovuttajilla voitaisiin vähintäänkin katsoa olevan oikeus päättää, haluavatko he olla yhteydessä tai luoda ihmissuhteita heidän sukusoluistaan hedelmöityshoidon avulla alkunsa saaneisiin lapsiin. Sukusolujen luovuttajien yksityiselämän suojaan voitaisiin siten edelleen katsoa kuuluvan oikeus elää elämäänsä ilman, että sukusoluista alkunsa saanut lapsi voisi siihen puuttua tai tunkeutua. Luovuttaja saattaisi kokea hänelle tuntemattoman lapsen äkillisen yhteydenoton epämiellyttäväksi ja perhe-elämäänsä häiritseväksi<sup>32</sup>.

EIT ei ole ratkaissut kysymystä luovutetuista sukusoluista alkunsa saaneen lapsen tiedonsaanti-oikeudesta. Sen sijaan on huomionarvoista, että EIT:n vuonna 2003 käsittelemässä *Odièvre*-tapauksessa anonyymien synnyttämisen sallimisen Ranskassa ei katsottu rikkovan EIS 8 artiklaa, vaan äidin yksityiselämän suojaan kuului oikeus pysyä anonyyminä niin, ettei lapsi saisi tietää äitinsä henkilöllisyyttä. Tapauksessa äidin anonymiteetin suojaaminen ei ollut kuitenkaan itsestäänselvyys, vaan sitä punnittiin tarkasti vasten lapsen oikeutta identiteettiin.<sup>33</sup> *Odièvre*-tapaus on herättänyt keskustelua siitä, onko myös luovutetuista sukusoluista syntyneiden

---

27 Blyth, Eric & Landau, Ruth (toim.) Third Party Assisted Conception Across Cultures. Jessica Kingley Publishers. London and New York 2004, s. 11.  
28 Pellonpää, Matti; Gullans, Monica; Pölönen, Pasi; Tapanila, Antti. Euroopan ihmisoikeussopimus. 5. uudistettu painos. Talentum Media Oy. Helsinki 2012, s. 657; vrt. Pellonpää ym. 2018 (n 19), s. 786.  
29 Dennison 2007 (n 12), s. 27.  
30 Pi 2009 (n 11), s. 397; Dennison 2007 (n 12), s. 18–19; Hodgkin, Rachel & Newell, Peter. Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child: Fully Revised Third Edition. UNICEF. 2007, s. 108.  
31 HE 309/1993 (n 16), s. 53.  
32 Samuels, Alec. Donor Anonymity. *Medico-Legal Journal*. Vol. 73. No. 2. 2005, s. 71–72; ks. myös Speirs, Jennifer M. What Adoption Law Suggests about Donor Anonymity Policies: A UK Perspective. Teoksessa Lemmens, Trudo; Martin, Andrew Flavelle; Milne, Cheryl; Lee, Ian B (toim.) Regulating creation: the law, ethics, and policy of assisted human reproduction. University of Toronto Press. Toronto 2017, s. 232–249, s. 237; Blauwhoff 2009 (n 8), s. 338.  
33 *Odièvre v. Ranska*, no. 42326/98, 13.2.2003, kohdat 44–49.

henkilöiden tiedonsaantioikeus tai sen puuttuminen verrattavissa tiedonsaantiin anonyymien synnyttämisen yhteydessä, kun molemmissa tapauksissa kyse on geneettisen vanhemman henkilöllisyyttä koskevasta tiedosta<sup>34</sup>.

## 2.2 Luovutetuista sukusoluista alkunsa saaneen henkilön oikeus tietää alkuperästään

### 2.2.1 Oikeus identiteettiin kuuluu yksityiselämän suojan ytimeen

Identiteetti on kertomus henkilökohtaisesta historiasta ja sen merkityksestä. Identiteetin avulla luodaan käsitys minuudesta ja omasta paikasta suhteessa ympäröivään yhteisöön ja muuhun maailmaan. Identiteettiin on katsottu kuuluvan biologinen, psykologinen ja kulttuurillinen ulottuvuus. Biologisessa identiteetissä on kyse oman alkuperän tuntemisesta.<sup>35</sup> Alkuperää koskevalla tiedolla tarkoitetaan tietoa geneettisistä vanhemmista ja henkilön syntymään liittyvistä olosuhteista<sup>36</sup>. Geeniperimällä on ilmeinen vaikutus ihmisen ulkonäköön, temperamenttiin, kiinnostuksen kohteisiin, kykyihin ja muihin ominaisuuksiin<sup>37</sup>. Sukusolujen luovuttaja on sukusolujen luovutuksesta alkunsa saaneen henkilön geneettinen vanhempi, jonka geeniperimä muodostaa puolet lapsen perimästä ja geneettisestä identiteetistä<sup>38</sup>.

Alkuperää koskevan tiedon puuttumisen vaikutuksia luovutetuista sukusoluista alkunsa saaneiden henkilöiden psyykkiseen hyvinvointiin on tutkittu valitettavan vähän<sup>39</sup>. Merkittävien

aiheesta tehty tutkimus lienee Turnerin ja Coylen vuonna 2000 tekemä kvalitatiivinen tutkimus<sup>40</sup>. Tutkimuksessa havaittiin, että tutkimukseen osallistuneilla luovutetuista sukusoluista alkunsa saaneilla henkilöillä oli tarve tietää sukusolujen luovuttajan henkilöllisyys ja halu etsiä luovuttajaa. Etsimisen mahdottomuus ja tiedon puute aiheutti menetyksen ja surun tunteita sekä turhautumista ja omiin kykyihin kohdistuvan luottamuksen kadottamista. Monet tutkimukseen osallistuneet käyttivät luovuttajaa koskevia kuvitelmia tai fantasioita selviytymismekanismiaan. Tutkimustulosten perusteella täydellisen geneettisen historian puute olisi uhka luovutetuista sukusoluista syntyneiden henkilöiden identiteetille. Lisäksi todettiin, että luovutetuista sukusoluista alkunsa saaneet henkilöt hyötyisivät tutkimustulosten perusteella psykoterapiasta.<sup>41</sup> Vaikka Turnerin ja Coylen tutkimuksesta ei voida tehdä mitään täydellisiä johtopäätöksiä, antaa se kuitenkin jonkinlaisen suuntaa antavan arvion siitä, minkälaisia vaikutuksia tiedonsaantioikeuden puuttumisella on osaan luovutetuista sukusoluista alkunsa saaneista henkilöistä<sup>42</sup>. Kaikki luovutetuista sukusoluista syntyneet henkilöt eivät luonnollisestikaan kaipaa tietoa samalla tavalla<sup>43</sup>.

- 
- 34 Ks. esim. Nieminen, Liisa. Lapsuudesta vanhuuteen – Perus- ja ihmisoikeuksien merkitys eri ikävaiheissa. Edita Publishing Oy. Helsinki 2006, s. 49–52, jossa kysymys luovutetuista sukusoluista syntyneiden henkilöiden tiedonsaantioikeudesta otetaan esille *Odièvre*-tapauksen käsittelyn ja lapsen geneettistä alkuperää koskevaa tiedonsaantioikeutta puoltavan argumentoinnin yhteydessä.
- 35 Benward 2012 (n 8), s. 166; vrt. Cowden, Mhairi. No Harm, No Foul: A Child's Right to Know Their Genetic Parents. *International Journal of Law, Policy and the Family*. Vol. 26. No. 1. April 2012, s. 102–126, s. 110; Blauwhoff 2009 (n 8), s. 20; Steward, George. Interpreting the Child's Right to Identity in the U.N. Convention on the Rights of the Child. *Family Law Quarterly*. Vol. 26. No. 3. 1992, s. 221–234, s. 225–233.
- 36 Besson, Samantha. Enforcing the Child's Right to Know Her Origins: Contrasting Approaches under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights. *International Journal of Law, Policy and the Family*. Vol. 21. No. 2. August 2007, s. 137–159, s. 140; ks. myös Mathieu, Géraldine. *Le droit de connaître ses origines: un droit fondamental*. Institut Européen de bioéthique. 2016, s. 3 ja 7–8.
- 37 Benward 2012 (n 8), s. 167; ks. myös Meskus, Mianna. *Elämän tiede*. Vastapaino. Tampere 2009, s. 26.
- 38 Benward 2012 (n 8), s. 167.
- 39 Kysymystä voidaan lähestyä lähinnä empiirisen tutkimuksen avulla. Tutkimista hankaloittaa se, että melko pieni osa luovutetuista sukusoluista alkunsa saaneista henkilöistä on saanut tietää syntyneensä tällä tavalla, minkä vuoksi mahdollisia tutkittavia tai havainnoitavia henkilöitä on suhteellisen vähän.

- 
- 40 Turner, A.J. & Coyle, A. What does it mean to be a donor offspring? The identity experiences of adults conceived by donor insemination and the implications for counselling and therapy. *Human Reproduction*. Vol. 15. No. 9. 2000, s. 2041–2051. Tutkimukseen osallistui 16 henkilöä, joiden ikähaarukka oli 26–55 vuotta. Osallistujat rekrytoitiin luovutetuista sukusoluista alkunsa saaneiden henkilöiden tukiverkostoista Isosta-Britanniasta, Yhdysvalloista, Kanadasta ja Australiasta. Tutkimus toteutettiin avoimia kysymyksiä sisältävänä sähköpostikyselyinä. Kyselyssä oli 27 avoimesti muotoiltua kysymystä, jotka keskittyivät sellaisiin kokemuksiin ja osa-alueisiin, joilla voisi olla merkitystä osallistujien identiteetin kannalta. Kyselydata analysoitiin IPA-menetelmän avulla, jota on käytetty kvalitatiivisen tutkimusdatan analysoimiseen myös muissa terveyteen ja hyvinvointiin liittyvissä tutkimuksissa (ks. s. 2043–2044).
- 41 Turner, A.J. & Coyle, A. 2000 (n 40), s. 2046–2050. Tutkimuksen 16 osallistujasta 15 kertoivat tarpeestaan saada tietää sukusolujen luovuttajan henkilöllisyys; ks. myös Allan 2017 (n 9), s. 30–36; Gruben, Vanessa. *A Number but No Name: Is There a Constitutional Right to Know One's Sperm Donor in Canadian Law?* Teoksessa Lemmens, Trudo; Martin, Andrew Flavell; Milne, Cheryl; Lee, Ian B (toim.) *Regulating creation: the law, ethics, and policy of assisted human reproduction*. University of Toronto Press. Toronto 2017, s. 145–177, s. 153–154; Benward 2012 (n 8), s. 167–169; Cowden 2012 (n 35), s. 109–110; Blyth & Landau 2004 (n 27), s. 11; Sharman, Jeffrey M. *Legal Aspects of Artificial Insemination*. *Journal of Family Law*. Vol. 18. No. 2. 1979–1980, s. 331–352, s. 338.
- 42 Kvalitatiiviset tutkimukset täydentävät yleensä toisiaan, ja varmempiin johtopäätöksiin päästään yleensä vasta useamman tutkimuksen myötä. Koehenkilöiden rekrytoiminen tukiverkostoista sekä luovutetuista sukusoluista alkunsa tietoisesti saaneiden henkilöiden pieni yhteisö ja sen mahdollistama ajatusten jakaminen ovat voineet vaikuttaa siihen, että tutkimukseen on valikoitunut sellaisia henkilöitä, joille tieto alkuperästä on erityisen tärkeä. Kattavampiin johtopäätöksiin voitaisiin päästä, mikäli olisi mahdollista tutkia myös niiden henkilöiden kokemuksia, jotka eivät ole hakeutuneet tukiverkostoihin tai luovutetuista sukusoluista alkunsa saaneiden henkilöiden yhteisöihin. Ks. tarkemmin Turner, A.J. & Coyle, A. 2000 (n 40), s. 2048.
- 43 Ks. esim. Allan 2017 (n 9), s. 37; Burrell, Riitta & Pennanen, Pirjo. Kokemuksia hedelmöityshoitolaista valvontaviranomaisen näkökulmasta. *Oikeus* 2010 (39); 4, s. 431–443, s. 442.

Anonyymistä sukusolujen luovuttamisesta alkunsa saanut henkilö voi myös pelätä päätyvänsä romanttiseen suhteeseen geneettisten lähisukulaistensa kanssa vahingossa<sup>44</sup>, kun näiden sukulaisten henkilöllisyys ja lukumäärä on tuntematon. Luovuttajan anonyymiteetti ja varsinkin tämän terveydentilaa koskevan riittävän kattavan ja päivitetyn tiedon puute voi johtaa myös omaa terveydentilaa koskevaan pelkoon<sup>45</sup>, koska monet sairaudet ovat perinnöllisiä. Vaikka sukusolujen luovuttajat on ennen hedelmöityshoitolaivan voimaantumista välttämättömän käytännön mukaan testattu mahdollisten periytyvien sairauksien varalta<sup>46</sup>, lienee selvää, ettei luovuttajan suvussa esiintyvää alttiutta kaikkiiin mahdollisiin perinnöllisiin sairauksiin ole voitu testata. Testaamisen toteutumisesta tuona aikana ei myöskään ole minkäänlaisia oikeudellisia takeita, kun se ei ole perustunut lainsäädännön asettamaan velvollisuuteen vaan yleiseen käytäntöön.

Henkilön identiteetin on katsottu kuuluvan EIS 8 artiklan tarkoittaman yksityiselämän suojan ydinalaan<sup>47</sup>. EIS:n tulkintaa täsmentävä Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on ratkaissut useita tapauksia koskien henkilön oikeutta saada tietää alkuperästään<sup>48</sup>. Vaikka anonyymia synnyttämistä koskeneessa *Odièvre*-tapauksessa päädyttiin lopulta suojaamaan äidin oikeutta pysyä anonyyminä, tunnusti tuomioistuin EIS 8 artiklan suojaavan samanaikaisesti myös lapsen oikeutta identiteettiin, johon kuuluisi myös oikeus saada syntymäänsä koskevia tietoja. Ihmisoikeustuomioistuin katsoi henkilön syntyperää koskevien tietojen saannin välttämättömäksi henkilökohtaisen identiteetin muodostamisen kannalta. Lisäksi ihmisoikeustuomioistuin totesi, että yksityiselämän suojan turvaaminen edellyttää henkilön psyykkisen hyvinvoinnin suojaamista.<sup>49</sup>

*Odièvre*-tapauksessa EIS 8 artiklan katsottiin siis suojaavan yhtä lailla niin lapsen kuin äidinkin oikeutta yksityiselämän suojaan. Tapauksessa äidin yksityiselämän suojalle annettiin näistä oikeuksista lopulta suurempi painoarvo osittain erityisesti sen vuoksi, että lapsella oli jo oikeus sellaisiin syntymäänsä koskeviin tietoihin, jotka eivät kuitenkaan paljastaneet äidin henkilöllisyyttä<sup>50</sup>. Osittain ratkaisuun vaikutti myös kolmansien osapuolten etu, yleinen

intressi ehkäistä abortteja ja kansallisen harkintamarginaalin kunnioittaminen<sup>51</sup>. Merkittävän vähemmistön mukaan tällaiset perusteet eivät kuitenkaan olisi oikeuttaneet anonyymia synnyttämistä. Heidän mielestään eri osapuolten oikeuksia ei ollut saatettu oikeudenmukaiseen tasapainoon, vaan tapauksessa olisi loukattu EIS 8 artiklaa<sup>52</sup>.

Vuoden 2006 *Jaggi*-tapauksessa oli kyse avioliiton ulkopuolisen isyyden toteamisesta, mutta valittaja pyrki kuitenkin ainoastaan biologisen isyyden vahvistamiseen, kun isäksi epäilty oli jo kuollut<sup>53</sup>. EIT lausui, että henkilön syntyperää koskevan tiedon tarve ei katoa iän myötä. Tiedon puute ja jatkuva etsintä saattavat johtaa psyykkiseen kärsimykseen.<sup>54</sup> EIS 8 artiklaa todettiin loukatun, kun valittajille ei ollut taattu lupaa ottaa isyyden vahvistavaa DNA-testiä<sup>55</sup>.

EIT:n vuonna 2012 ratkaisemassa *Godelli*-tapauksessa oli pitkälti *Odièvre*-tapauksen tavoin kyse adoptoidun lapsen oikeudesta saada biologista vanhempaansa ja syntymäänsä koskevia tietoja. EIT totesi henkilön yksityiselämän suojan kattavan henkilön oikeuden tietää biologisista vanhemmistaan. Perusteluiden mukaan Euroopan ihmisoikeussopimus suojaa lapsen elintärkeää intressiä henkilökohtaiseen kehitykseen.<sup>56</sup> Toisin kuin *Odièvre*-tapauksessa, ihmisoikeustuomioistuin totesi EIS 8 artiklaa loukatun. Valittajan ja tämän biologisten vanhempien yksityiselämän suojan välille ei ollut saavutettu tasapainoa, kun valittajalla ei ollut oikeutta edes sellaiseen tietoon, joka ei paljastaisi biologisten vanhempien henkilöllisyyttä.<sup>57</sup>

Euroopan neuvoston vuonna 1989 julkaiseman suosituluontoisen raportin mukaan luovutetuista sukusoluista syntyneellä lapsella ei olisi ehdotonta oikeutta tietää sukusolujen luovuttajan henkilöllisyyttä, mutta jäsenvaltiot voivat raportin mukaan säätää asiasta toisin<sup>58</sup>. Kyseisen raportin painoarvoon vaikuttaa sen ikä. Raporttia olisikin syytä tulkita yhdessä EIT:n myöhemmän ratkaisukäytännön kanssa.

Edellä käsitellyissä EIT:n ratkaisuissa omaksuttu identiteetin ja alkuperää koskevan tiedon merkitystä sekä psyykkisen hyvinvoinnin suojaamista korostava argumentointi soveltunee myös kysymykseen siitä, tulisiko anonyymisti luovutetuista sukusoluista alkunsa saaneilla henkilöillä olla oikeus saada tietää alkuperänsä. Vaikka nimenomaan luovutetuista sukusoluista syntyneitä henkilöitä koskevia tapauksia ei ole tullut EIT:n ratkaistaviksi, vaikuttaisi Euroopan ihmisoikeussopimus nykyisessä tulkintakontekstissaan kallistuvan alkuperää koskevan tiedonsaantioikeuden takaamisen kannalle. Alkuperää koskevan tiedonetsinnän on myös

44 Allan 2017 (n 9), s. 42–44; Allan, Sonia. Donor identification: Victorian legislation gives rights to all donor-conceived people. Teoksessa Day, Katharine (toim.) Family Matters. The Australian Institute of Family Studies. No. 98. Melbourne 2016, s. 43–55, s. 44–45; Cowden 2012 (n 35), s. 108; Blauwhoff 2009 (n 8), s. 22–23; Sharman 1979 (n 41), s. 339.

45 Allan 2017 (n 9), s. 38–42; Guichon 2017 (n 23), s. 185; Allan 2016 (n 44), s. 44; Blauwhoff 2009 (n 8), s. 22; Ruyter, Knut W. The Example of Adoption for Medically Assisted Conception. Teoksessa Evans, Donald & Pickering, Neil (toim.) Creating the Child – The Ethics, Law and Practice of Assisted Procreation. Martinus Nijhoff Publishers. The Hague, London and Boston 1996, s. 190; O'Donnovan, Katherine. A Right to Know One's Parentage? International Journal of Law and the Family. No. 2. 1988, s. 27–45, s. 30; Sharman 1979 (n 41), s. 338–339; ks. myös Cowden 2012 (n 35), s. 107–108.

46 Soini, Sirpa. Hedelmöityshoidot ja alkiodiagnostiikka. Teoksessa Lehtonen, Lasse (toim.) Bio-oikeus lääketieteessä. Edita. Helsinki 2006, s. 37–61, s. 45.

47 Pellonpää ym. 2018 (n 19), s. 785; Hirvelä & Heikkilä 2017 (n 12), s. 642 ja 695.

48 Ks. esim. *Mikulic v. Kroatia*, no. 53176/99, 7.2.2002; *Odièvre v. Ranska*, no. 42326/98, 13.2.2003; *Jaggi v. Sveitsi*, no. 58757/00, 13.7.2006 ja *Godelli v. Italia*, no. 33783/09, 25.9.2012.

49 *Odièvre v. Ranska* 2003 (n 33), kohta 29.

50 *Odièvre v. Ranska* 2003 (n 33), kohta 48.

51 *Odièvre v. Ranska* 2003 (n 33), kohta 44–45; Anonyymin synnyttämisen ja sosiaalisen perhemallin merkityksestä osana ranskalaista kulttuuria ks. myös Nieminen 2006 (n 34), s. 53–54.

52 *Odièvre v. Ranska* 2003 (n 33), eriävä mielipide, kohta 21.

53 *Jaggi v. Sveitsi* 2006 (n 48), kohta 26.

54 *Jaggi v. Sveitsi* 2006 (n 48), kohta 40; ks. myös *Godelli v. Italia* 2012 (n 48), kohta 56.

55 *Jaggi v. Sveitsi* 2006 (n 48), kohta 44.

56 *Godelli v. Italia* 2012 (n 48), kohta 50.

57 *Godelli v. Italia* 2012 (n 48), kohta 58–59.

58 Council of Europe, Human Artificial Procreation, Information Document. Strasbourg 1989, principle 13.



katsottu kuuluvan KP-sopimuksen 17 artiklassa<sup>59</sup> ja Euroopan unionin perusoikeuskirjan 7 artiklassa<sup>60</sup> turvattuun yksityiselämän suojaan, vaikka säännökset eivät suoraan sanamuotonsa mukaan takaakaan henkilön oikeutta tietää omaa alkuperäänsä. Myös perustuslain 10 §:n turvaaman yksityiselämän suojan voitaisiin katsoa käsittävän oikeuden identiteettiin ja alkuperää koskevaan tiedonsaantiin, koska perustuslain 10 §:n on osittain ajateltu saavan tarkemman sisältönsä ihmisoikeussopimuksista<sup>61</sup>. Perustuslakivaliokunta on myös nimenomaisesti todennut, että perustuslain 10 § sisältää oikeuden identiteettiin<sup>62</sup>.

### 2.2.2 Lapsella on oikeus tuntee vanhempansa ja säilyttää henkilöllisyytensä

Vahvasti oikeutta identiteettiin ja alkuperää koskevaan tiedonsaantiin puoltaa myös Yhdistyneiden kansakuntien lapsen oikeuksia koskeva yleissopimus<sup>63</sup>. Sopimuksen 7 artiklan mukaan lapsella on mahdollisuuksien mukaan oikeus tuntee vanhempansa. Ulkomaisessa oikeuskirjallisuudessa artiklan sanamuotoa on tulkittu siten, että muotoilu ”mahdollisuuksien mukaan” ottaa huomioon sen, että lapsen vanhempi saattaa olla täysin tuntematon niin, että lapsen on mahdotonta saada tästä tietoa. Sanamuoto ei sen sijaan loisi oikeutta olla antamatta tietoa lapsen vanhemmasta silloin, kun tieto on olemassa eli esimerkiksi silloin, kun sukusolujen luovuttaja on merkitty rekisteriin.<sup>64</sup>

Lapsen oikeuksien sopimuksen tulkintaa tukee sen soveltamisesta tehty käsikirja, jonka sisältämällä kannanotoilla ei tosin ole virallista oikeudellista statusta<sup>65</sup>. Käsikirjan mukaan 7 artiklassa vanhemman käsitteellä tarkoitetaan niin geneettisiä ja biologisia kuin sosiaalisia vanhempia. Munasolujen luovuttamisen yhteydessä munasolujen luovuttajaa pidettäisiin käsikirjan mukaan geneettisenä vanhempana ja lapsen synnyttäjää voitaisiin pitää joko geneettisenä tai biologisena vanhempana.<sup>66</sup> Vastaavasti siittiöiden luovuttaja on myös lapsen geneettinen vanhempi. Käsikirjan perusteella 7 artiklaa voitaisiin näin ollen tulkita siten, että lapsella olisi oikeus tietää sukusolujen luovuttajan henkilöllisyys. Tätä tulkintaa tukee vahvasti Yhdistyneiden kansakuntien lapsen oikeuksien komitean kannanotto, jonka mukaan lapsen oikeuksien sopimuksen 7 artikla on mahdollisesti ristiriidassa siittiöiden luovuttajien henkilöllisyyden salaamisen kanssa<sup>67</sup>.

59 Allan 2017 (n 9), s. 207; Besson 2007 (n 36), s. 141.

60 Blauwhoff 2009 (n 8), s. 63.

61 Saraviita 2011 (n 17), s. 184.

62 Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laeiksi sukusolujen ja alkuiden käytöstä hedelmöityshoidossa ja isyyslain muuttamisesta. PeVL 59/2002 vp – HE 76/2002 vp, s. 3.

63 Yleissopimus lapsen oikeuksista. Suomen säädöskokoelman sopimusasiakirja 60/1991.

64 Allan 2017 (n 9), s. 205; Blauwhoff 2009 (n 8), s. 51 ja 54.

65 Hodgkin & Newell 2007 (n 30), s. XIX.

66 Hodgkin & Newell 2007 (n 30), s. 105; ks. myös Blauwhoff 2009 (n 8), s. 54.

67 Committee on the Rights of the Child. Concluding observations of the Committee on the rights of the child: Norway. CRC/C/15/Add.23, 1994, kohta 10; Committee on the Rights of the Child. Concluding observations of the Committee on the rights of the child: Switzerland. CRC/C/15/Add.182, 2002, kohdat 28–29.

Luovutetuista sukusoluista alkunsa saaneiden henkilöiden kannalta merkitykselliseksi voisi osoittautua myös lapsen oikeuksia koskevan yleissopimuksen 8 artikla. Sen mukaan sopimusvaltiot sitoutuvat kunnioittamaan lapsen oikeutta säilyttää henkilöllisyytensä (engl. *identity*), johon luetaan erityisesti lapsen kansalaisuus, nimi ja sukulaisuussuhteet. Artikla suojaa jo sanamuotonsa mukaan lapsen oikeutta identiteettiin. Vaikka artiklan sanamuodon mukaan suojataan laissa tunnustettuja sukulaissuhteita, oli artiklan alkuperäinen tarkoitus lapsen oikeuksien sopimuksen käsikirjan mukaan suojata myös sellaisia identiteetin osia, joista ei ole erikseen laissa säädetty. Lapsen oikeuksien sopimuksen käsikirjassa todetaan myös nimenomaisesti, että lapsen identiteetti tulisi säilyttää ilman, että häneltä evätään tieto omasta alkuperästään esimerkiksi anonyymien siittiöiden tai munasolujen luovuttamisen kautta.<sup>68</sup> Vaikuttaa siltä, että ainakin kommentaarien perusteella anonyymien sukusolujen luovuttamisen salliva kansallinen lainsäädäntö olisi näin ollen ristiriidassa sekä lapsen oikeuksia koskevan yleissopimuksen 7 että 8 artiklan kanssa.

On toki otettava huomioon, että lapsen oikeuksia koskevassa yleissopimuksessa suojataan nimenomaan lasten oikeuksia, ja sopimuksen 1 artiklan mukaan tällä tarkoitetaan alle 18-vuotiaita. Kun lapset kasvavat aikuisiksi, kyse ei enää olekaan lapsen vaan aikuisen oikeudesta tuntee vanhempansa ja säilyttää identiteettinsä. Koska sopimuksen mukaisten oikeuksien takaaminen lapsille vaikuttaa näiden lasten elämään myös heidän aikuisuudessaan, on sopimuksen mukaisilla oikeuksilla siten myös vaikutusta tulevan sukupolven aikuisiin. Lapsen oikeuksien sopimuksessa taattu oikeus tietää geneettisestä alkuperästään olisikin yhden näkökulman mukaan jo sopimuksen laatimishetkellä tunnustettu myös aikuisille.<sup>69</sup> On ehdotettu, että valtio olisi velvollinen takaamaan sopimuksen mukaiset oikeudet ainakin sellaiselle aikuiselle, joka syntyi tai oli lapsi aikana, jolloin valtio jo oli sopimuksen osapuoli<sup>70</sup>.

Koska Suomi on sitoutunut Euroopan ihmisoikeussopimukseen, KP-sopimukseen ja lapsen oikeuksien sopimukseen, ja koska ne on Suomessa saatettu voimaan lainsäädäntötoimin, on sopimuksissa vahvistettu oikeus identiteettiin ja alkuperää koskevaan tietoon taattava Suomessa kansallisten säädösten tavoin<sup>71</sup>. Velvollisuuden tähän luo perustuslain 22 §, jonka mukaan julkisen vallan on turvattava sekä perus- että ihmisoikeuksien toteutuminen.

### 2.2.3 Lainsäädäntö takaa muulla tavalla syntyneille henkilöille oikeuden biologisen alkuperänsä selvittämiseen

Toisinaan luovutetuilla sukusoluilla tehtyjä hedelmöityshoitoja on verrattu niihin luonnollisen lisääntymisen tilanteisiin, joissa tietoa henkilön biologisesta alkuperästä ei ole, ja on esitetty, että sukusolujen luovuttajien anonymiteetin vaaliminen olisi oikeutettu sillä perusteella, että on

68 Hodgkin & Newell 2007 (n 30), s. 114.

69 Blauwhoff 2009 (n 8), s. 45, alav. 9; Besson 2007 (n 36), s. 139 ja 142.

70 Allan 2017 (n 9), s. 207.

71 Saraviita, Ilkka. Suomen perusoikeusjärjestelmä. Talentum Media Oy. Helsinki 2005, s. 37–39.

olemassa myös toinen ihmisryhmä, jolta puuttuu oikeus biologisen alkuperänsä selvittämiseen. Näiden tilanteiden vertaaminen toisiinsa ei ole tässä yhteydessä kovin tarkoituksenmukaista, sillä tällaisella vertailulla rinnastetaan toisiinsa kaksi tilannetta, joiden tosiseikat ovat varsin erilaiset. Merkittävä erovaisuus on jo se, että luonnollisen hedelmöityksen tapauksissa äidillä on useimmiten tieto biologisen isän henkilöllisyydestä tai ainakin jonkinlaisia viitteitä siitä ja siten mahdollisuus halutessaan paljastaa tieto lapselle. Anonyymien sukusolujen luovuttamisen tilanteissa lapsen vanhemmille ei kerrota biologisen isän henkilöllisyyttä eikä heillä ole siten minkäänlaista tosiasiallistakaan mahdollisuutta paljastaa sitä lapselle.<sup>72</sup> Tieto sukusolujen luovuttajasta on sen sijaan todennäköisesti olemassa viranomaisen rekisterissä.

Kun lapsi syntyy avioliiton ulkopuolelle, isyys perustuu lastenvalvojan oma-aloitteiseen selvitykseen tai isyyden tunnustamiseen (ks. Isyyslaki 11/2015, jäljempänä IL, 4, 16 ja 18 §). Avioliitossa syntyneiden lasten osalta isyys todetaan isyysolettaman perusteella: äidin aviomies on automaattisesti lapsen isä (ks. IL 2 §). Molemmissa tapauksissa isyyslain sääntelyn lähtökohtana on pääsääntöisesti tavoite, että juridinen isyys vastaisi biologista totuutta<sup>73</sup>. Kansainvälisesti on arvioitu, että vain noin 3 %:ssa tapauksia isyysolettaman mukainen isyys ei vastaisi biologista totuutta<sup>74</sup>. Myös lapsi itse voi nostaa kanteen biologisen isyyden selvittämiseksi ja isyyden vahvistamiseksi (IL 29 §). Jos isyys on jo vahvistettu, on lapsella ensin mahdollisuus nostaa isyyden kumoamiskanne ja sen jälkeen isyyden vahvistamiskanne (IL 29 ja 41 §). Isyyden kumoamista koskevien säännösten tarkoituksena on mahdollistaa isyysolettamaan perustuvien ”virheellisten” lopputulosten korjaaminen siten, että isyys vastaisi biologista totuutta<sup>75</sup>. Sen sijaan isyyslainsäädäntö ei suoranaisesti anna sellaista vaihtoehtoa, joka takaisi mahdollisuuden pelkän biologisen isyyden selvittämiseen erillisellä ”alkuperäkanteella”, joka ei johtaisi juridisen isyyden kumoutumiseen tai vahvistamiseen<sup>76</sup>.

Isyyslaki ei varsinaisesti anna lapsen äidille tai mahdolliselle biologiselle tai sosiaaliselle isälle mahdollisuutta estää tai keskeyttää isyyden selvittämistä (ks. IL 7 ja 11 §). Isyyden selvittäminen

voi toki todellisuudessa vaikeutua tai kokonaan estyä<sup>77</sup>. Isyyden selvittäminen voidaan nimittäin keskeyttää näytön puutteen vuoksi (ks. IL 11 §). On näin ollen selvää, että on olemassa myös joukko luonnollisesta lisääntymisestä syntyneitä henkilöitä, joilla ei ole tiedossa biologista isäänsä.

Joka tapauksessa voidaan todeta, että isyyslain pääsääntönä on biologista isyyttä vastaava totuus ja siten myös juridinen mahdollisuus biologisen alkuperän selvittämiseen. Tästä pääsäännöstä niin anonyymisti luovutetuilla sukusoluilla aikoinaan tehdyt hedelmöityshoidot kuin biologista totuutta vastaamattomat isyysolettamat ja muuten selvittämättä jääneet isyydet hahmottuvat poikkeuksina. Tiedonsaantioikeuden puuttumista yhdeltä ihmisryhmältä ei kuitenkaan voida oikeuttaa sillä perusteella, että sama oikeus puuttuu tosiasiallisten syiden vuoksi myös toiselta pieneltä ihmisryhmältä. Rationaalisempaa olisi verrata näiden kummankin ihmisryhmän oikeuksia pääsääntöön, jonka mukaan ihmisellä on mahdollisuus biologisen alkuperänsä selvittämiseen, ja tavoitella tämän pääsäännön toteutumista kaikissa tapauksissa.<sup>78</sup>

Luovutetuilla sukusoluilla tehtyjä hedelmöityshoitoja on oikeusyhteisössä myös monesti verrattu adoptioon, ja tällaista vertailua on pidetty tarkoituksenmukaisena<sup>79</sup>. Tilanteissa on tietenkin eroja, mutta molemmat mahdollistavat lasten saannin silloin, kun se ei muuten olisi mahdollista<sup>80</sup>. Kummassakin tapauksessa syntyvällä lapsella on hänen tuntemiensa vanhempien lisäksi ainakin yksi perheen ulkopuolinen geneettinen vanhempi<sup>81</sup>. Jo tämän yhtäläisyyden vuoksi on luonnollista, että omaa alkuperää koskeva tiedontarve herää luovutetuista sukusoluista syntyneessä henkilössä samalla tavalla kuin adoptoidussa<sup>82</sup>. Tilanteita yhdistää myös se, että tieto biologisesta vanhemmasta on todennäköisesti olemassa viranomaisen rekisterissä. Adoptioiden osalta on jo laajalti tunnustettu, että tietämättömyys omasta geneettisestä alkuperästä ja omien biologisten vanhempien henkilöllisyydestä voi vaikuttaa haitallisesti

72 Ks. vastaavasti esim. Allan 2017 (n 9), s. 188–189.

73 Helin, Markku. Isyyslaki. Talentum Pro. Helsinki 2016, s. 20–21. Tarvittaessa isyyden selvittämiseksi teetetään oikeusgeneettinen isyystutkimus (ks. IL 9 §). Myös isyysolettaman taustalla on käsitys biologisesta isyydestä, vaikka aina isyysolettaman mukainen isyys ei vastaakaan biologista totuutta. Isyysolettaman sisällyttäminen lainsäädäntöön on ollut mahdollista, koska isyysolettaman mukainen isyys useimmiten vastaa biologista totuutta, ks. tästä Helin 2016 (n 73), s. 20–21.

74 Helin 2016 (n 73), s. 21, alav. 4.

75 Hallituksen esitys eduskunnalle isyyslaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi. HE 91/2014 vp, s. 14. Isyyden kumoamiskanteen nostamismahdollisuuden sisällyttämisessä lainsäädäntöön on huomioitu lapsen oikeuksien sopimuksen 7 artiklan sanamuoto, joka edellyttää, että lapsella on mahdollisuuksien mukaan oikeus tuntea vanhempansa, ks. tästä Helin 2016 (n 73), s. 33–34.

76 Helin 2016 (n 73), s. 34.

77 Isyyden selvittäminen voi tosiasiaassa estyä esim. jos äiti ja mies, jonka isyyttä selvitetään, päättävät lain kirjainta vastoin olla kertomatta totuutta tai jos äiti ei muulla tavalla myötävaikuta isyyden selvittämiseen tai jos oletettua biologista isää ei tavoiteta tai jos tämä ei isyyslain 9 §:n 2 momentin perusteella suostu oikeusgeneettiseen isyystutkimukseen.

78 Vastaavasti ks. Allan 2017 (n 9), s. 193. Oma kysymyksensä on se, mahdollistaisiko tai tulisiko lainsäädäntömme mahdollistaa luonnollisenkin lisääntymisen tapauksissa erillinen ”alkuperäkanne”, ks. tästä Helin 2016 (n 73), s. 34.

79 Ks. esim. Blauwhoff 2009 (n 8), s. 349; Salminen, Burrell & Lehtonen 2007 (n 7), s. 383–384; Nieminen 2006 (n 34), s. 52; Freeman, Michael. The New Bright Right. International Journal of Children's rights. Vol. 4. No. 3. 1996. s. 273–298, s. 279–281; Ruyter 1996 (n 45), s. 180; O'Donovan 1988 (n 45), s. 42.

80 Ruyter 1996 (n 45), s. 179.

81 Blauwhoff 2009 (n 8), s. 348; Ruyter 1996 (n 45), s. 181–182 ja 186; O'Donovan 1988 (n 45), s. 36.

82 Allan 2017 (n 9), s. 44; Giroux & Milne 2017 (n 8), s. 132; Cowden 2012 (n 35), s. 109–110; Sharman 1979 (n 41), s. 338.

adoptiolapsen psyykkiseen kehitykseen ja identiteetin muodostumiseen<sup>83</sup>. Tähän on reagoinut myös lainsäätäjä. Adoptiolain (22/2012) 93 §:n mukaan adoptiolapsella on lähtökohtaisesti oikeus saada kaikki mahdolliset biologisia vanhempiaan koskevat tiedot.

### 3. HEDELMÖITYSHOITOLAIN VOIMAANTULO JA ENNEN SEN VOIMAANTULOJA LUOVUTETUISTA SUKUSOLUISTA SYNTYNEIDEN ASEMA

#### 3.1 Hedelmöityshoitolaki toi lain voimaantulon jälkeen luovutetuista sukusoluista syntyville oikeuden tietää sukusolujen luovuttajan henkilöllisyys

Hedelmöityshoitoja koskevaa lainsäädäntöä valmisteltiin Suomessa pitkään. Lainvalmisteluprosessi alkoi 1980-luvulla<sup>84</sup>, ja laki hedelmöityshoidoista tuli lopulta voimaan vasta vuonna 2007. Lapsen edun periaate otettiin yhdeksi lähtökohdaksi lainsäädäntöprosessissa, mutta lapsen edun parhaiten turvaavasta vaihtoehdosta oltiin montaa mieltä<sup>85</sup>. Erityisesti kysymys siitä, tulisiko syntyvällä lapsella olla oikeus tietää sukusolujen luovuttajan henkilöllisyys vai ei, herätti paljon keskustelua ja vaikutti lainsäätämisen hitaaseen etenemiseen. Jo vuonna 1988 laaditussa oikeusministeriön työryhmän mietinnössä otettiin lähtökohdaksi 18 vuotta täyttäneen hedelmöityshoidon tuloksena syntyneen henkilön oikeus saada tietää sukusolujen luovuttajan henkilöllisyys<sup>86</sup>. Lakiehdotuksen keskeisiksi tavoitteiksi asetettiin hedelmöityshoitojen eettisyyden takaaminen ja hoitojen tuloksena syntyvän lapsen aseman turvaaminen<sup>87</sup>.

Ehdotuksessa otettiin samalla huomioon se, että hedelmöityshoito koskettaa useita eri osapuolia, joiden kaikkien edut on otettava huomioon<sup>88</sup>. Laintarkastuslautakunnan asiassa vuonna 1991 antaman lausunnon mukaan oikeuspoliittinen harkinta ratkaisisi lopulta sen, kenen oikeutta ja

missä laajuudessa lainsäädännön tulisi turvata<sup>89</sup>. Ehdotusta seuranneista lausunnoista kävi ilmi, että lapsen oikeus saada tietää alkuperästään herätti paljon eriäviä mielipiteitä<sup>90</sup>.

Vuonna 1993 annetussa ehdotuksessa hallituksen esitykseksi ja vuoden 2002 hallituksen esityksessä päädyttiin tiedonsaantioikeuden kannalta sovittelevaan ratkaisuun, jonka mukaan 18 vuotta täyttäneellä lapsella olisi luovuttajan elinaikana mahdollisuus tietää sukusolujen luovuttajan henkilöllisyys vain luovuttajan suostumuksella<sup>91</sup>. Perustuslakivaliokunta piti tällaista ratkaisua ongelmallisena, koska oikeus henkilökohtaiseen identiteettiin on osa perustuslain 10 §:ssä turvattua yksityiselämän suojaa<sup>92</sup>. Myös lainvalmisteluasiakirjojen perusteluiden mukaan oikeus saada tieto omasta biologisesta alkuperästä kuuluu perustavanlaatuisena oikeutena jokaiselle<sup>93</sup>. Perustuslakivaliokunta katsoi ongelmalliseksi tilanteen, jossa viranomaisella olisi yksityiselämän suojan piiriin kuuluvaa tietoa henkilön alkuperästä, johon henkilöllä itsellään ei ole oikeutta. Perusoikeutena turvattu oikeus identiteettiin ei näin ollen voisi toteutua tarkoituksenmukaisella tavalla, jos henkilön alkuperää koskevan tiedon saaminen jäisi riippumaan luovuttajan suostumuksesta.<sup>94</sup> Tämä linjaus noudattaa myös edellä käsitellyn lapsen oikeuksien sopimuksen 7 artiklan sanamuotoa, jonka mukaan lapsella on *mahdollisuuksien mukaan* oikeus tuntea vanhempansa.

Perustuslakivaliokunnan kannanoton perusteella tiedonsaantioikeutta koskevaa säännöstä muutettiin ja laki hedelmöityshoidoista hyväksyttiin vuonna 2006. Nyt voimassa olevan hedelmöityshoitolain 23 §:n 1 momentin mukaan henkilöllä, joka on voinut syntyä luovutetusta sukusolusta tai alkioista, on salassapitosäännösten estämättä oikeus 18 vuotta täytettyään saada palvelujen antajalta jäljennös hoitosuostumuksesta ja siihen merkitystä luovuttajan tunnuksista. Ilmoittamalla luovutusrekisteriin luovuttajan tunnuksen hänellä on oikeus saada tietää luovuttajan henkilöllisyys. Kyseessä on erityissäännös, jota sovelletaan tiedonsaantioikeutta koskevien yleissäännösten sijasta.

Tätä ratkaisua perusteltiin lain esitöissä tiedonsaantioikeuden perustavanlaatuisuuden lisäksi erityisesti yhdenvertaisuudella. Hallituksen esityksessä todetaan, että luovuttajan anonymiteettiin perustuva ratkaisu eväisi yhdeltä ihmisryhmältä mahdollisuuden biologisen

83 Blauwhoff 2009 (n 8), s. 5 ja 8; Freeman 1996 (n 79), s. 289; Ruyter 1996 (n 45), s. 177–178; Sharman 1979 (n 41), s. 338.

84 Inseminaatio. Lääkintöhallituksen työryhmien mietintöjä 8. Helsinki 1984.

85 Kanckos, Lise. Barnets bästa i politikens främsta rum – Finlands riksdags debatt om assisterad befruktning. Åbo akademis förlag. Åbo 2012, s. 42 ja 255.

86 Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 12/1088. Oikeusministeriö. Helsinki 1988; Oikeusministeriön kirje no. 135/41/87 OM; Ehdotus hallituksen esitykseksi Eduskunnalle laeiksi ihmisen keinoalkuisesta lisääntymisestä sekä isyyslain muuttamisesta. Oikeusministeriö. Helsinki 1987.

87 Oikeusministeriön kirje no. 135/41/87 OM; Ehdotus hallituksen esitykseksi Eduskunnalle laeiksi ihmisen keinoalkuisesta lisääntymisestä sekä isyyslain muuttamisesta (n 86), s. 19.

88 Ibid.

89 Laintarkastajan lausunto no. 4/1991 (n 6), s. 5.

90 Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 12/1088 (n 86); Sukusolujen ja alkioiden käyttö lääketieteellisessä hedelmöityshoidossa. Työryhmän ehdotus 14.10.1997. Oikeusministeriö. Helsinki 1997.

91 Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi sukusolujen ja alkioiden käytöstä hedelmöityshoidossa ja isyyslain muuttamisesta. HE 76/2002 vp, s. 38–39; Oikeusministeriön työryhmän ehdotus 14.10.1997 (n 90), s. 17–18, Luonnon hallituksen esitykseksi ihmisen keinoalkuisesta lisääntymisestä sekä isyyslain muuttamisesta 1993.

92 PeVL 59/2002 (n 62), s. 3.

93 Oikeusministeriön kirje no. 135/41/87 OM; Ehdotus hallituksen esitykseksi Eduskunnalle laeiksi ihmisen keinoalkuisesta lisääntymisestä sekä isyyslain muuttamisesta (n 86), s. 34.

94 PeVL 59/2002 (n 62), s. 3.

alkuperänsä selvittämiseen, johon biologisen isyyden periaatteelle pohjimmiltaan rakentuva isyyslainsäädäntömme muuten antaa mahdollisuuden.<sup>95</sup> Lisäksi hallituksen esityksen perusteluissa ja myös aiemmissa lainvalmisteluasiakirjoissa verrattiin luovutetuista sukusoluista alkunsa saaneiden henkilöiden tiedon puutteen vaikutuksia adoptiolasten kokemuksiin: luovutetuista sukusoluista alkunsa saanut lapsi saattaisi ottolapsen tavoin kokea identiteettinsä vajavaiseksi ja jopa ihmisarvonsa loukatuksi, jos hänellä ei olisikaan mahdollisuutta saada selville luovuttajan henkilöllisyyttä. Tämä voisi vaikeuttaa luovutetuista sukusoluista syntyneen henkilön normaalia elämää. Lainvalmistelussa kiinnitettiin huomiota myös siihen, että lapsi on keinohedelmöityksen osapuolista ainoa, joka ei voi valvoa omaa etuaan. Kukaan muu ei voi määrittellä yksilön puolesta sitä, onko tieto biologisesta alkuperästä yksilölle tärkeä.<sup>96</sup>

Lain oikeusvaikutukset alkavat lain voimaantulopäivästä, jos muusta ei ole säädetty<sup>97</sup>. Laki hedelmöityshoidoista tuli voimaan 1. syyskuuta 2007. Lailla ei ollut tarkoitus taata tiedonsaantioikeutta lain voimaantuloa aikaisempien luovutusten osalta, koska tällaisesta ei laissa erikseen säädetä. Hedelmöityshoitolain tiedonsaantioikeutta koskevaa 23 §:ää sovelletaan siten pääsääntöisesti ainoastaan lain voimaantulon jälkeen luovutetuista sukusoluista syntyneeseen lapseen. Tästä tarkoituksesta kertoo myös hedelmöityshoitolain 38 §:n siirtymäsäännös.

### 3.2 Tietosuojalainsäädäntö ei lähtökohtaisesti salli tiedonsaantia ennen hedelmöityshoitolain voimaantuloa luovuttaneista sukusolujen luovuttajista

Ennen hedelmöityshoitolain voimaantuloa luovutetuista sukusoluista syntyneen henkilön mahdollisuutta saada luovuttajaa koskevia tietoja on tarkasteltava tiedonsaantioikeutta ja salassapitoa koskevien yleissäännösten valossa. Tällöin lähtökohtana on luovuttajan tiedollinen itsemääräämisoikeus, jonka mukaan henkilöllä itsellään kuuluisi mahdollisuuksien mukaan olla omia henkilötietojaan koskeva päätösvalta<sup>98</sup>. Henkilötietojen suojasta säädetään nykyisin Euroopan unionin yleisessä tietosuojalain<sup>99</sup> ja asetusta täydentävässä tietosuojalain

(1050/2018)<sup>100</sup>. Tietosuojalain 4 artiklan 2 kohdan mukaan henkilötietojen käsittelyä on muun muassa henkilötietojen luovuttaminen, säilyttäminen, poistaminen ja tuhoaminen. Tietosuojalain 6 artiklan 1 kohdan mukaan henkilötietojen käsittely on lainmukaista ainoastaan, jos jokin artiklassa luetelluista edellytyksistä käsittelylle toteutuu. Henkilötietojen käsittely on lainmukaista muun muassa, jos rekisteröity on antanut suostumuksensa henkilötietojen käsittelyyn erityistä tarkoitusta varten (a alakohta) tai jos käsittely on tarpeen rekisterinpitäjän lakisääteisen velvoitteen noudattamiseksi (c alakohta).

Sukusolujen luovuttajasta mahdollisesti tallennetut henkilötiedot saattavat sisältää myös erityisiin henkilötietoryhmiin kuuluvia tietoja, joiden käsittelyn lainmukaisuudesta säädetään erikseen 9 artiklassa. Artiklan 1 kohdan mukaan erityisiä henkilötietoja ovat esimerkiksi etnistä alkuperää ja terveyttä koskevat tiedot sekä henkilön yksiselitteisen tunnistamisen mahdollistavat geneettiset ja biometriset tiedot. 9 artiklan 1 kohdan mukaan tällaisia erityisiä henkilötietoja ei lähtökohtaisesti saa käsitellä lainkaan. 9 artiklan 2 kohdan perusteella näitä tietoja saadaan kuitenkin käsitellä muun muassa silloin, jos rekisteröity on antanut nimenomaisen suostumuksensa kyseisten henkilötietojen käsittelyyn tiettyä tarkoitusta varten (a alakohta). Lisäksi tietosuojalain 6 §:n 1 momentin 2 kohdan mukaan erityisten henkilötietoryhmien käsittely ei ole kiellettyä, jos käsittelystä säädetään laissa tai jos se johtuu välittömästi rekisterinpitäjälle laissa säädetystä velvoitteesta.

Vaikka luovutetuista sukusoluista syntyneellä henkilöllä voi olla perusteltu intressi tietää sukusolujen luovuttajan henkilöllisyys, ovat aikoinaan rekisteriin talletetut tiedot nimenomaan sukusolujen luovuttajan henkilötietoja. Luovutetuista sukusoluista syntynyt henkilö puolestaan on henkilötietojen suojan näkökulmasta katsottuna ulkopuolinen taho, jota luovuttajan henkilötiedot eivät koske. Sukusolujen luovuttajilta ei ole ennen hedelmöityshoitolain säätämistä pyydetty suostumusta henkilötietojen luovuttamiseen. Päinvastoin on luvattu, ettei heidän henkilötietojaan luovuteta eteenpäin. Näin ollen nykyisessä oikeustilassa ei voitane luovuttaa anonymisti luovuttaneiden sukusolujen luovuttajien henkilötietoja hedelmöityshoidosta alkunsa saaneille henkilöille. Tietosuojalainsäädäntö ei kuitenkaan estäne sellaista lainsäädäntöä, jossa asetettaisiin rekisterinpitäjälle velvollisuus luovuttaa tietoja luovutetuista sukusoluista alkunsa saaneille henkilöille, tai sellaista järjestelmää, jossa luovuttajilta jälkikäteen pyydetäisiin suostumusta tietojen luovuttamiseen.

### 3.3 Eriarvoinen asema on vastoin yhdenvertaisuussäännöstä

Perusoikeussäännösten on lähtökohtaisesti tarkoitus suojata jokaisen oikeuksia<sup>101</sup>. Perustuslain 6 §:ssä säädetään yhdenvertaisuudesta ja syrjinnän kiellosta. Säännöksen 1 momentin mukaan

95 Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi hedelmöityshoidoista ja isyyslain muuttamisesta. HE 3/2006 vp, s. 19–20. Toki on otettava huomioon, että myöskään ne henkilöt, joiden kohdalla juridinen isyys perustuu ”virheelliseen” isyyssolettamaan, eivät ole lain tarjoamien biologisen isyyden selvittämismahdollisuuksien kannalta täysin yhdenvertaisessa asemassa avioliiton ulkopuolella syntyneiden henkilöiden kanssa.

96 PeVL 59/2002 (n 62), s. 3; Oikeusministeriön kirje no. 135/41/87 OM; Ehdotus hallituksen esitykseksi Eduskunnalle laeiksi ihmisen keinoalkuisesta lisääntymisestä sekä isyyslain muuttamisesta (n 86), s. 31 ja 34; Oikeusministeriön työryhmän ehdotus 14.10.1997 (n 90), s. 18, Luonnos hallituksen esitykseksi ihmisen keinoalkuisesta lisääntymisestä sekä isyyslain muuttamisesta 1993.

97 Lainkirjoittajan opas. Oikeusministeriö. 37/2013, s. 409–410.

98 Neuvonen 2014 (n 22), s. 59.

99 Euroopan parlamentin ja neuvoston asetusta luonnollisten henkilöiden suojelusta henkilötietojen käsittelyssä sekä näiden tietojen vapaasta liikkuvuudesta ja direktiivin 95/46/EY kumoamisesta (yleinen tietosuojalain). (EU) 2016/679. 27.04.2016.

100 Aiemmin henkilötietojen suojasta säädettiin henkilötietolaissa (523/1999) ja sitä edeltävässä henkilörekisterilaissa (471/1987).

101 HE 309/1993 (n 16), s. 22.

ihmiset ovat yhdenvertaisia lain edessä. Vastaavasti säädetään Euroopan unionin perusoikeuskirjan 20 artiklassa. Myös EIS 14 artikla sisältää syrjinnän kiellon, joka asettaa velvollisuuden kohdella samanlaisia tapauksia samalla tavalla. Syrjinnän kiello sisältyy myös KP-sopimuksen 2 artiklan 1 kohtaan, jossa painotetaan jäsenvaltioiden velvollisuutta taata sopimuksen mukaiset oikeudet jokaiselle jäsenvaltion oikeudenkäyttöpiiriin kuuluvalle henkilölle. Yhdenvertaisen kohtelun vaatimus kieltää mielivallan käytön ja edellyttää kohtelevaan samanlaisia tapauksia samalla tavalla. Yhdenvertaisuussäännös ei toisaalta edellytä sitä, että kaikkia kansalaisia kohdeltaisiin samalla tavalla, jos asiaan vaikuttavat olosuhteet eivät ole samanlaisia<sup>102</sup>.

Vaikka pykälän sanamuoto viittaa erityisesti yhdenvertaiseen lain soveltamiseen<sup>103</sup>, edellytetään yhdenvertaisuutta myös lainsäätäjältä. Lakia säätämällä ei voida ilman yleisesti hyväksyttävää perustetta asettaa tiettyä kansalaista tai kansalaisryhmää toista edullisempaan tai epäedullisempaan asemaan<sup>104</sup>. Erottelu on voitava perustella perusoikeusjärjestyksen kannalta hyväksyttävällä tavalla<sup>105</sup>. Perustuslakivaliokunnan tulkintakäytännössä on toisaalta korostunut ajatus siitä, että perustuslain yhdenvertaisuussäännös ei voi asettaa lainsäätäjälle tiukkoja rajoja, kun harkitaan kulloinkin yhteiskunnassa vaadittavaa säätelyä<sup>106</sup>. Lainsäädäntö voi kohdella ihmisiä eri tavoin, jos erilaisella kohtelulla pyritään edistämään tosiasiallista tasa-arvoa<sup>107</sup>. Käytännössä lainsäätäjällä on yhdenvertaisuusvaatimuksesta huolimatta mahdollisuus toteuttaa erityisjärjestelyjä yhteiskunnassa heikossa asemassa olevien eduksi. Sen sijaan ihmisten asettaminen erilaiseen asemaan lainsäädännöllä silloin, kun tilanteiden tosiseikat vastaavat toisiaan eikä erottelulle ole perusoikeusjärjestelmän mukaisia hyväksyttäviä perusteita, olisi yhdenvertaisuusperiaatteen vastaista.<sup>108</sup>

---

102 HE 309/1993 (n 16), s. 42–43.

103 Ojanen, Tuomas & Scheinin, Martin. Yhdenvertaisuus ja syrjinnän kiello (PL 6 §). Teoksessa Hallberg, Pekka; Karapuu, Heikki; Ojanen, Tuomas; Scheinin, Martin; Tuori, Kaarlo; Viljanen, Veli-Pekka. Perusoikeudet. 2. uudistettu painos. Werner Söderström lakitieto WSLT. Helsinki 2011, luku III, alaluku 2, s. 232.

104 HE 309/1993 (n 16), s. 42.

105 Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laeiksi hedelmöityshoidoista ja isyyslain muuttamisesta. PeVL 16/2006 vp – HE 3/2006 vp, s. 2; Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi terveydenhuollon järjestämisestä puolustusvoimissa annetun lain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta. PeVL 1/2006 vp – HE 200/2005 vp, s. 2; Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laeiksi seutuvaltuustokokeilusta ja seutuyhteistyökokeilusta annetun lain muuttamisesta. PeVL 8/2003 vp – HE 41/2003 vp, s. 3; Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi Kainuun hallintokokeilusta. PeVL 65/2002 vp – HE 198/2002 vp, s. 4; Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi lukiolain 18 §:n muuttamisesta. PeVL 58/2001 vp – HE 212/2001 vp, s. 2; HE 309/1993 (n 16) s. 44.

106 HE 309/1993 (n 16), s. 43; Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi terveyskeskusmaksukokeilusta. PeVL 3/1991 vp – HE n:o 103, s. 1; Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi ulosottolain muuttamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi. PeVL 12/1990 vp – HE 216/2001 vp, s. 1.

107 HE 309/1993 (n 16), s. 42–43.

108 Ojanen & Scheinin 2011 (n 103), s. 232, muodollisesta ja tosiasiallisesta yhdenvertaisuudesta ks. myös s. 228.

Hedelmöityshoitolaian 38 §:n 2 momentin mukaan ennen lain voimaantuloa luovutettuja sukusoluja voitiin poikkeuksellisesti käyttää kolmen vuoden ajan lain voimaantulosta siinä tarkoituksessa, että aiemmin hedelmöityshoidon tuloksena syntyneelle hoitoa saavan lapselle syntyisi biologinen täyssisar. Siirtymäsäännös tarkoittaa, ettei kolmen vuoden siirtymäaikana alkunsa saaneilla henkilöillä ole luovuttajan henkilöllisyyttä koskevaa tiedonsaantioikeutta, mikäli hedelmöityshoidossa on poikkeuksellisesti käytetty ennen lain voimaantuloa luovutettuja sukusoluja<sup>109</sup>. Perustuslakivaliokunta piti tätä rajattua siirtymäsäännöstä perusteltuna täyssisarusten välisen yhdenvertaisuuden toteutumisen vuoksi, vaikka se toisaalta samalla johti siihen, että kaikkien lain voimaantulon jälkeen alkunsa saaneiden henkilöiden tiedonsaantioikeus ei ole perustuslakivaliokunnan aikaisemman kannanoton vaatimuksen mukaan yhdenvertainen<sup>110</sup>. Perustuslakivaliokunta ei sen sijaan verrannut keskenään ennen ja jälkeen hedelmöityshoitolaian voimaantuloa luovutetuista sukusoluista syntyneiden henkilöiden asemaa tai lausunut mitään yhdenvertaisuuden toteutumisesta tässä suhteessa.

Hedelmöityshoitolakia koskevassa hallituksen esityksessä todettiin tiedonsaantioikeuden takaamisen olevan tärkeää juuri sen vuoksi, että luovutetuista sukusoluista alkunsa saaneilla henkilöillä olisi muiden ihmisten tavoin yhdenvertainen mahdollisuus biologisen isyyden selvittämiseen<sup>111</sup>. Hallituksen esityksessä katsottiin siten nimenomaisesti, että yhdenvertaisuusvaatimus edellytti tuolloin biologista alkuperää koskevan tiedonsaantioikeuden takaamista. Kun tiedonsaantioikeus on jo hedelmöityshoidoista annetulla lailla yhdenvertaisuuteen, perustavanlaatuisen oikeuteen ja lapsen etuun vedoten<sup>112</sup> taattu lain voimaantulon jälkeen luovutetuista sukusoluista syntyneille henkilöille, on lainsäätäjä jo antanut lapsen identiteetille suuremman painoarvon kuin sukusolujen luovuttajan tai lapsen vanhempien oikeuksille. Hedelmöityshoitolakia säädettäessä lapsen oikeus identiteettiin todettiin niin ehdottomaksi, ettei eri tahojen oikeuksia sovittelevaa kompromissiratkaisua hyväksytty. Myös ennen hedelmöityshoitolaian voimaantuloa luovutetuista sukusoluista syntynyt henkilö voi yhtä lailla hallituksen esityksen perusteluissa kuvatulla tavalla<sup>113</sup> kokea identiteettinsä puutteelliseksi, ihmisarvonsa loukatuksi ja elämänsä rajoittuneeksi tiedon puutteen vuoksi.

Vuoden 2007 hedelmöityshoitolaki asettaa lain voimaantuloa ennen luovutetuista sukusoluista alkunsa saaneet henkilöt eri asemaan kuin lain voimaantulon jälkeisten sukusolujen luovutusten tuloksena syntyneet. Epäyhdenvertaisessa asemassa anonyymisti luovutetuista sukusoluista alkunsa saaneet henkilöt ovat myös suhteessa adoptiolapsiin ja luonnollisesta lisääntymisestä syntyneisiin lapsiin, joille adoptiolainsäädäntö ja isyyslainsäädäntö takaavat mahdollisuuden

---

109 PeVL 25/2006 (n 7), s. 2; ks. siirtymäsäännöksen tulkinnasta myös Salminen, Burrell & Lehtonen 2007 (n 7), s. 385.

110 PeVL 25/2006 (n 7), s. 3.

111 HE 3/2006 (n 95), s. 19–20.

112 Ibid.

113 Ibid.

biologisen vanhemmuuden selvittämiseen. Ainoan poikkeuksen yhdenvertaisuusvertailussa muodostaa pieni ihmisryhmä, jonka osalta isyys on todettu biologista isyyttä vastaamattoman isyysolettaman perusteella tai joiden osalta biologista isyyttä ei tosiasiaassa ole saatu selvitettyä.

Aivan ensisijaisesti anonymisti luovutetuista sukusoluista alkunsa saaneiden henkilöiden asemaa tulisi kuitenkin verrata hedelmöityshoitolaivan voimaantumisen jälkeen luovutetuista sukusoluista alkunsa saaneiden henkilöiden tiedonsaantioikeuteen, koska tilanteet muistuttavat eniten toisiaan. Varsinkin näiden tilanteiden osalta voidaan todeta, että olosuhteet ovat samanlaiset eikä näitä ihmisryhmiä koskevalla epäyhdenvertaisella sääntelyllä edistetä myöskään tosiasiallista yhdenvertaisuutta. Edelleen voidaan siis todeta hallituksen esityksen perustelujen mukailleen, että yhdeltä ihmisryhmältä puuttuu yhdenvertainen oikeus identiteettiin ja biologisen alkuperänsä selvittämiseen. Tämä on vastoin perustuslain 6 §:n yhdenvertaisuussäännöstä.

## 4. LAINSÄÄTÄJÄN VELVOLLISUUDET JA MAHDOLLISUUDET

### 4.1 Perusoikeuksien välinen punninta ja rajoitusperusteet

Perustuslain 22 §:n mukaan julkisen vallan on turvattava perus- ja ihmisoikeuksien toteutuminen. Oikeuksien kollisiolla tarkoitetaan tilannetta, jossa perusoikeussäännökset puoltavat keskenään ristiriitaisten tavoitteiden toteutumista<sup>114</sup>. Julkisen vallan velvollisuus turvata jokaisen oikeus yksityiselämän suojaan ja yhdenvertaiseen kohteluun lain edessä johtaa tilanteeseen, jossa luovuttajan oikeus anonymiteettiin ja hedelmöityshoidon tuloksena syntyneen henkilön oikeus identiteettiin ja yhdenvertaisuuteen ovat kollisiossa keskenään.

Perusoikeudet eivät ole sillä tavalla ehdottomia, että niitä ei saisi missään olosuhteissa tai missään laajuudessa rajoittaa. Rajoitusten on kuitenkin oltava mahdollisimman vähäisiä.<sup>115</sup> Yhden henkilön perusoikeuden ehdoton toteutuminen ei voi loukata toisen henkilön perusoikeutta. Perusoikeuksien välisellä punninnalla voidaan löytää perusoikeuksien välille sellainen tasapaino, jossa jokainen perusoikeus toteutuu mahdollisimman hyvin.<sup>116</sup> EIS 8.2 artiklan mukaan yksityiselämän suojaan saadaan puuttua, jos puuttuminen on lainmukaista ja puuttumiselle on artiklassa lueteltu välttämätön syy demokraattisessa yhteiskunnassa. Tällainen syy on esimerkiksi muiden henkilöiden oikeuksien ja vapauksien turvaaminen. Perusoikeusuudistusta edeltävää hallituksen esitystä koskevassa perustuslakivaliokunnan mietinnössä on listattu perusoikeuksien yleiset rajoitusedellytykset, joiden täytyessä perusoikeuksia saadaan

rajoittaa<sup>117</sup>. Myös taannehtivan luovuttajaa koskevan tiedonsaantioikeuden takaamisen hyväksyttävyyttä on tarkasteltava perusoikeuksien rajoitusedellytysten ja eri perusoikeuksien välisen punninnan näkökulmasta.

Perusoikeuksien rajoittaminen on mahdollista eduskunnan säätämällä, tarkkarajaisella ja täsmällisellä lailla, joka ei ole ristiriidassa Suomea sitovien ihmisoikeusvelvoitteiden kanssa. Perusoikeuksia voidaan rajoittaa vain hyväksyttävillä ja painavaan yhteiskunnalliseen tarpeeseen perustuvilla syillä. Rajoitusperusteiden hyväksyttävyyttä arvioidaan ihmisoikeuksien ja erityisesti EIS:n määräysten toteutumisen kannalta.<sup>118</sup> Tällöin hyväksyttävyyttä voidaan arvioida objektiivisesti, vaikka arvioinnissa tulevat väkisinkin punnittavaksi erilaiset arvot<sup>119</sup>. Perusoikeuksien rajoitusten tulee myös täyttää suhteellisuuden vaatimus. Perustuslakivaliokunnan mukaan "[r]ajoitusten tulee olla välttämättömiä hyväksyttävän tarkoituksen saavuttamiseksi". Rajoitukset ovat sallittuja vain, jos kyseisen rajoituksen taustalla olevaa tavoitetta ei voida saavuttaa lievemällä perusoikeuteen puuttumisella. Rajoituksen taustalla olevan painavan yhteiskunnallisen intressin suojaamisen on oltava oikeassa suhteessa rajoitettavaan oikeushyvään.<sup>120</sup>

Lisäksi perustuslakivaliokunta on linjannut, että "[t]avallisella lailla ei voida säätää perusoikeuden ytimeen ulottuvaa rajoitusta"<sup>121</sup>. Tällä tarkoitetaan sitä, että perusoikeuden rajoittaminen ei ole mahdollista niin, että rajoituksella tehdään kyseinen perusoikeus tyhjäksi tai vaikutuksettomaksi<sup>122</sup>. Lopuksi edellytetään vielä, että "[p]erusoikeuksia rajoitettaessa on huolehdittava riittävästä oikeusturvajärjestelystä"<sup>123</sup>. Oikeusturvajärjestelyillä tarkoitetaan yleensä muutoksenhakumahdollisuutta. Jos kyseessä ei ole määrämuotoinen päätöksenteko, toteutuu oikeusturvavaatimus sen sijaan sääntelyn tarkkuuden ja asianmukaisuuden myötä.<sup>124</sup>

Perus- ja ihmisoikeutena tunnustettu yksityiselämän suojaan kuuluva oikeus identiteettiin ja alkuperää koskevaan tietoon sekä oikeus yhdenvertaisuuteen voivat olla hyväksyttäviä

117 Perustuslakivaliokunnan mietintö n:o 25 hallituksen esityksestä perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta. PeVM 25/1994 – HE 309/1993 vp, s. 5.

118 Ibid.

119 Viljanen 2001 (n 116), s. 126–133.

120 PeVM 25/1994 (n 117), s. 5.

121 Ibid.

122 Viljanen 2001 (n 116), s. 229–233.

123 PeVM 25/1994 (n 117), s. 5.

124 Oikeusministeriö 2013 (n 97), s. 58–59; ks. myös Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi yksityisistä turvallisuuspalveluista sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi. PeVL 28/2001 vp – HE 69/2001 vp, s. 5; Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä etsintä- ja pelastuspalvelua merellä koskevan vuoden 1979 kansainvälisen yleissopimuksen muutosten hyväksymisestä ja laiksi sen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta sekä meripelastuslaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi. PeVL 24/2001 vp – HE 71/2001 vp, s. 4; Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi rajavartiolaitoksesta. PeVL 17/1998 vp – HE 42/1998 vp, s. 2–3.

114 Saraviita 2005 (n 71), s. 240–241.

115 HE 309/1993 (n 16), s. 29.

116 Viljanen, Veli-Pekka. Perusoikeuksien rajoitusedellytykset. WSOY lakitieto. Helsinki 2001, s. 12.

perusteita muiden henkilöiden perusoikeuksien rajoittamiseksi. Näiden oikeuksien takaamiselle on painavat perusteet, koska tiedonsaantioikeuden puuttuminen voi olla haitallista ihmisen psyykkiselle kehitykselle. Koska luovutetuista sukusoluista syntyneiden henkilöiden oikeutta identiteettiin, alkuperäänsä koskevaan tietoon ja yhdenvertaisuuteen ei voida toteuttaa puuttumatta lainkaan luovuttajien yksityiselämän suojaan, on luovuttajien yksityiselämän suojan rajoittaminen perusteltua näiden tavoitteiden toteuttamiseksi. Suhteellisuusvaatimuksen täyttääkseen tiedonsaantioikeus tulisi toteuttaa niin, että samalla taataan mahdollisimman laajasti luovuttajien oikeus yksityiselämän suojaan. Pelkkä tiedonsaantioikeuden takaaminen itsessään ei tee luovuttajien oikeutta yksityiselämän suojaan tyhjäksi. Tiedonsaantioikeuden laajuudesta ja toteutustavasta tulisi säätää laissa tarkkarajaisesti. Lailla tulisi muun muassa suojata osapuolia juridisten veloitteiden syntymiseltä toista osapuolta kohtaan. Oikeusturvasta taannehtivan lainsäädännön yhteydessä voitaisiin huolehtia pitkällä voimaantuloajalla ja osapuolille tarjottavalla tuella<sup>125</sup>.

## 4.2 Taannehtiva lainsäädäntö on poikkeuksellista mutta joissakin tilanteissa hyväksyttävää

Taannehtivalla eli retroaktiivisella lailla tarkoitetaan

*” - - lakia, jossa arvioidaan uudelleen oikeudellisesti jo vanhemmassa säädöksessä säädettyjä asianhaaroja, tosiseikkoja tai olosuhteita. - - Taannehtiva laki liittyy uusia oikeusseuraamuksia konkreettisiin asianhaaroihin, tosiseikkoihin tai oikeussuhteisiin, joihin aikaisempi laki on liittänyt toisenlaisia oikeusseuraamuksia.”<sup>126</sup>*

Taannehtivaa sääntelyä on myös uusien oikeusseuraamusten liittäminen sellaisiin jo tapahtuneisiin asioihin, joita ei ole aiemmin ollenkaan säädelty lailla<sup>127</sup>. Rikosoikeudellisen lainsäädännön taannehtivuus on kielletty perustuslain 8 §:ssä. Muuta taannehtivaa lainsäädäntöä perustuslaki ei suoraan sanamuotonsa perusteella kiellä<sup>128</sup>, mutta taannehtivan lainsäädännön katsotaan yleensä joka tapauksessa olevan ongelmallista oikeutettujen odotusten ja luottamuksensuojan kannalta<sup>129</sup>. Taannehtivia säännöksiä muutoin kuin rikosoikeuden alalla voidaan antaa, mutta niiden säätäminen saattaa edellyttää perustuslainsäätämisyjärjestyksen käyttämistä<sup>130</sup>.

125 Allan 2017 (n 9), s. 220.

126 Tieteen termipankki: Oikeustiede: taannehtiva lainsäädäntö. Saraviita, Ilkka. Saatavilla osoitteessa [https://tieteentermipankki.fi/wiki/Oikeustiede:taannehtiva\\_lainsaadanto](https://tieteentermipankki.fi/wiki/Oikeustiede:taannehtiva_lainsaadanto). Vierailtu 29.10.2019.

127 Allan 2017 (n 9), s. 223.

128 Oikeusministeriö 2013 (n 97), s. 406; Tieteen termipankki: Oikeustiede: taannehtiva lainsäädäntö (n 126).

129 Tieteen termipankki: Oikeustiede: taannehtiva lainsäädäntö (n 126).

130 Oikeusministeriö 2013 (n 97), s. 406.

Tiedonsaantioikeuden takaaminen ennen hedelmöityshoitolaian voimaantuloa luovutetuista sukusoluista syntyneille henkilöille liittäisi uusia oikeusvaikutuksia jo tapahtuneisiin sukusolujen luovutuksiin ja olisi siten vastoin ennakoitavuuden ja oikeusvarmuuden periaatteita. Sukusolujen luovuttajilla sekä hedelmöityshoitoihin hakeutuneilla pareilla ja yksin lasta halunneilla naisilla on silloisen oikeustilan perusteella syy luottaa siihen, että osapuolten henkilöllisyys pysyy salassa. Erityisesti luovuttajien näkökulmasta taannehtivaa tiedonsaantioikeuden takaamista on pidetty epäoikeudenmukaisena<sup>131</sup>. Hedelmöityshoitolaian säätämisen yhteydessä julkisessa keskustelussa oli havaittavissa pelko anonymiteetin takautuvasta menettämisestä. Erityisesti hedelmöityshoitoja tarjoava lääkärikunta kertoi sukusolujen luovuttajien vastustavan anonymiteetistä luopumista.<sup>132</sup>

On kuitenkin otettava huomioon, että anonymiteetti on ollut käytännössä välttämätön osa sukusolujen luovuttajana toimimista, sillä hedelmöityshoitoja tehtiin vain anonymisti luovutetuilla sukusoluilla<sup>133</sup>. Anonymiteetistä voi olla luovuttajien keskuudessa monenlaisia mielipiteitä, eivätkä kaikki luovuttajat välttämättä ole itse toivoneet pysyä anonyminä<sup>134</sup>. Aiemmin anonymiteettiä kannattaneen luovuttajan mielipide asiasta on myös saattanut muuttua ajan myötä<sup>135</sup>. Osaltaan sukusolujen luovuttajien positiivisesta suhtautumisesta tiedonsaantioikeuteen kertoo se, että hedelmöityshoitolaian ja tiedonsaantioikeuden voimaantulon jälkeen osa luovuttajista on ilmaissut olevansa huolestunut mahdollisuudesta, että tiedonsaantioikeus ei toteutuisikaan, jos he kuolisivat ennen aikaisesti<sup>136</sup>.

Vuonna 1975 säädetty, nyt jo kumottu, laki isyyslain voimaantuloa (701/1975) ja nykyisin voimassa oleva isyyslaki sisältävät taannehtivaa sääntelyä. Isyyslain voimaantuloa annetun lain 4 §:n mukaan lakia sovellettiin myös silloin, kun lapsi oli syntynyt ennen lain voimaantuloa. Lain 7 §:n 2 momentin mukaan ennen lain voimaantuloa syntyneen lapsen oli kuitenkin nostettava isyyskanne viiden vuoden kuluessa isyyslain voimaantulosta. Niin EIT<sup>137</sup> kuin korkein oikeuskin<sup>138</sup>

131 Pennings, Guido. How to kill gamete donation: retrospective legislation and donor anonymity. Human Reproduction. Vol. 27. No 10. 2012. s. 2881–2885; Sharman 1979 (n 41), s. 340.

132 Soini 2006 (n 46), s. 43–47; ks. myös Helin 2016 (n 73), s. 15–16.

133 Laintarkastajan lausunto no. 4/1991 (n 6), s. 2.

134 Inquiry into Access by Donor-Conceived People to Information about Donors. Law Reform Committee. Parliament of Victoria. 2012, s. 68–71; Daniels, K; Blyth, E; Crawshaw, M; Curson, R. Short Communication: Previous semen donors and their views regarding the sharing of information with offspring. Human Reproduction. Vol. 20. No. 6. 2005, s. 1670–1675, s. 1672; ks. myös Allan 2017 (n 9), s. 48–49 ja 68–72.

135 Victorian Law Reform Committee 2012 (n 134), s. 70; Daniels ym. 2005 (n 134), s. 1672.

136 Burrell & Pennanen 2010 (n 43), s. 442. On mahdollista, että osa tällaisen huolen ilmaiseista luovuttajista olisi luovuttanut sukusolujaan myös ennen lain voimaantuloa. He saattaisivat siten suhtautua positiivisesti myös taannehtivaan tiedonsaantioikeuteen.

137 *Grönmark v. Suomi*, no. 17038/04, 6.6.2010, kohta 59–60; *Backlund v. Suomi*, no. 36498/05, 6.7.2010, kohta 56–57; *Laakso v. Suomi*, no. 7361/05, 15.1.2013; *Röman v. Suomi*, no. 13072/05, 29.1.2013.

138 KKO 2012:11, kohta 35; KKO 2014:13, kohta 32.

on ratkaisukäytännössään pitänyt kanneoikeuden ajallista rajoitusta yksityiselämän suojan vastaisena. Kanneoikeuden ajallinen rajoitus saattoi osapuolten väliset oikeudet epätasapainoon antamalla isän oikeudelle yksityiselämän suojaan suuremman painoarvon kuin lapsen vastaavalle oikeudelle. Nykyisin voimassa olevan isyyslain 62 §:n mukaan lakia sovelletaan myös silloin, kun lapsi on syntynyt ennen lain voimaantuloa. Isyyskanteen nostamista koskevaa lain 29 §:n 1 momenttia sovelletaan siten taannehtivasti ilman kanneoikeuden ajallisia rajoituksia. Uudella isyyslailla haluttiin nimenomaan saattaa ennen vanhan isyyslain voimaantuloa syntyneet lapset yhdenvertaiseen asemaan myöhemmin syntyneiden lasten kanssa<sup>139</sup>.

Myös adoptiolakia sovelletaan lain 99 §:n 3 momentin mukaan adoptiolapsen hakemuksesta ja tuomioistuimen vahvistuksella taannehtivasti ennen vuotta 1980 tapahtuneisiin adoptioihin. Adoptiolain 93 §:n mukaista adoptiolapsen oikeutta saada tieto biologisten vanhempiensa henkilöllisyydestä sovelletaan siten taannehtivasti, vaikka säännös lisättiin adoptiolainsäädäntöön vasta vuonna 1996<sup>140</sup>.

Isyyslain ja adoptiolain taannehtivuus osoittaa, että taannehtiva lainsäädäntö on Suomessa katsottu hyväksyttäväksi perheoikeuden alalla tilanteissa, joissa lapsen oikeutta yksityiselämän suojaan ja yhdenvertaisuuteen on haluttu suojata. Tällaisissa tilanteissa taannehtivuutta ei ole estänyt se, että sääntely on mahdollisesti vastoin toisten osapuolten oikeutettuja odotuksia. EIT on niin ikään lausunut biologisen isyyden vahvistamista koskevassa *Jaggi*-tapauksessa, että pelkästään oikeusvarmuuden säilyttämiseen vetoamalla ei voitu riistää valittajan oikeutta saada varmuus biologisesta isästään<sup>141</sup>.

Taannehtiva lainsäädäntö on poikkeuksellinen ilmiö, mutta se näyttäisi olevan hyväksyttävää tietyn ihmisryhmän painavien oikeuksien sitä vaatiessa. Taannehtivan lainsäädännön oikeuttamiseksi olisi osoitettava, että epäoikeudenmukaisuuden korjaamiselle tulisi antaa suurempi painoarvo kuin niille oikeuksille, joita lain säätäminen rajoittaisi<sup>142</sup>. Taannehtivuuden hyväksyttävyyttä tulisi loppujen lopuksi arvioida perusoikeuksien rajoitusperusteiden, erityisesti eri osapuolten oikeuksien välillä vallitsevan tasapainon, näkökulmasta. Tasapainoa ei saavuteta

---

139 HE 91/2014 (n 75), s. 69. Myös korkein oikeus katsoi tapauksessa KKO:2012:11, että kanneoikeuden ajallinen rajoitus asetti ennen ja jälkeen vuoden 1975 isyyslain voimaantuloa syntyneet henkilöt epäyhdenvertaiseen asemaan (kohta 32).

140 Nykyistä adoptiolain 93 §:ää edeltävä 49 a § säädettiin lisättäväksi lapseksiottamisesta annettuun lakiin (153/1985) vuonna 1996. Ks. laki lapseksiottamisesta annetun lain muuttamisesta (175/1996) ja hallituksen esitys eduskunnalle laiksi lapseksiottamisesta annetun lain muuttamisesta. HE 214/1995 vp. sekä säännösten vastaavuudesta myös Hallituksen esitys Eduskunnalle adoptiota koskevan lainsäädännön uudistamiseksi sekä lasten adoptiota koskevan eurooppalaisen yleissopimuksen hyväksymiseksi ja laiksi sen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta. HE 47/2011 vp, s. 81.

141 *Jaggi v. Sveitsi 2006* (n 48), kohta 43.

142 Ks. vastaavasti Allan 2017 (n 9), s. 87–88; Allan 2016 (n 44), s. 46.

antamalla luovuttajan yksityiselämän suojalle niin ehdoton painoarvo, ettei luovutetuista sukusoluista alkunsa saaneelle henkilölle taattaisi oikeutta minkäänlaisiin tietoihin<sup>143</sup>. Luovuttajien oikeutta yksityisyyteen on toki kunnioitettava, mutta se ei voi tapahtua luovutetuista sukusoluista syntyneiden henkilöiden hyvinvoinnin kustannuksella<sup>144</sup>.

## 5. ERILAISIA TAPOJA TOTEUTTAA TIEDONSAANTIOIKEUS

### 5.1 Oikeus sellaiseen tietoon, joka ei paljasta luovuttajan henkilöllisyyttä

Yksi tapa saattaa osapuolten oikeudet tasapainoisempaan tilaan olisi taata ennen hedelmöityshoitolaian voimaantuloa tehtyjen sukusolujen luovutusten tuloksena syntyneille henkilöille enemmän sellaista tietoa, joka ei kuitenkaan paljastaisi luovuttajan henkilöllisyyttä. Tiedot voisivat koskea esimerkiksi luovuttajan fyysisiä piirteitä, ikää, koulutusta, ammattia, kiinnostuksen kohteita, veriryhmää ja päivitettyä lääketieteellistä historiaa<sup>145</sup>. Tällöin luovuttajan yksityiselämää ei loukattaisi, koska hänen henkilöllisyytensä pysyisi edelleen salassa<sup>146</sup>. Tällainen malli ei ehkä kuitenkaan olisi riittävä luovutetuista sukusoluista alkunsa saaneiden henkilöiden identiteetin muodostuksen kannalta. Ratkaisu antaisi edelleen suuremman painoarvon luovuttajan yksityiselämän suojalle. Ennen hedelmöityshoitolaian voimaantuloa tapahtuneiden luovutusten avulla syntyneet henkilöt olisivat myös edelleen huomattavasti heikommassa asemassa kuin lain voimaantulon jälkeen tapahtuneiden luovutusten avulla syntyneet henkilöt.

### 5.2 Alankomaat – luovuttajan suostumus tiedon luovuttamiseen

Alankomaissa vuonna 2004 voimaan tulleen hedelmöityshoitoja koskevan lain<sup>147</sup> mukaan myös ennen lain voimaantuloa syntyneillä henkilöillä on oikeus tietää luovuttajan henkilöllisyys, mikäli luovuttaja antaa tähän suostumuksensa. Hedelmöityshoitoa antavien klinikoiden oli ennen lain voimaantuloa otettava yhteyttä kaikkiin luovuttajiin ja pyydettävä heidän alustavaa suostumustaan tietojen antamiseen<sup>148</sup>. Jos luovuttaja on tässä vaiheessa antanut suostumuksensa tietojen antamiseen, hänelle voidaan välittää mahdollinen luovutetuista sukusoluista syntyneen henkilön esittämä pyyntö tietojen saamiseksi. Tällöin luovuttaja voi vielä vastata pyyntöön myöntävästi tai kieltävästi. Mikäli ennen lain voimaantuloa sukusolujaan

---

143 Allan 2017 (n 9), s. 217.

144 Dennison 2007 (n 12), s. 27.

145 Allan 2017 (n 9), s. 108.

146 Allan 2017 (n 9), s. 234.

147 Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting, 2002.

148 Allan 2017 (n 9), s. 108–109.



luovuttanut henkilö puolestaan ei ennen lain voimaantuloa ole antanut alustavaa suostumustaan tietojen antamiseen, hänelle ei välitetä mahdollisia yksilöityjä pyyntöjä tietojen saamiseksi.

Koska tällaisessa järjestelyssä luovuttajaa koskevien tietojen luovuttaminen perustuisi luovuttajan suostumukseen, olisi tietojen luovuttaminen tietosuojalainsäädännön mukaista eikä se loukkaisi luovuttajan yksityiselämän tai oikeusjärjestyksen perusteella oikeutettujen odotusten suojaa<sup>149</sup>. Ratkaisu ei kuitenkaan toisi todellista tasapainoa eri tahojen oikeuksien välille, kun luovuttajalla on viime kädessä ehdoton oikeus kieltäytyä tietojen antamisesta, jolloin osa luovutetuista sukusoluista alkunsa saaneista henkilöistä jäisi edelleen vaille tietoa<sup>150</sup>. Tämä olisi ongelmallista myös yhdenvertaisuuden näkökulmasta.

### 5.3 Sveitsi – perustellun syyn vaatimus

Myös Sveitsissä vuonna 1998 säädetty hedelmöityshoitoja koskeva laki<sup>151</sup> toi ennen lain voimaantuloa tehtyjen sukusolujen luovutusten tuloksena syntyneille henkilöille taannehtivasti oikeuden saada tieto luovuttajan henkilöllisyydestä<sup>152</sup>. Sveitsin lain mukaan niin ennen lain voimaantuloa kuin sen jälkeenkin luovutetuista sukusoluista syntyneen henkilön on osoitettava perusteltu syy luovuttajaa koskevien tietojen saamiseksi<sup>153</sup>. Lain taannehtivalla sääntelyllä ei tosin ollut suurta käytännön merkitystä, koska hedelmöityshoitoja koskevat asiakirjat oli suurimmaksi osaksi ehditty hävittää, kun laki tuli voimaan<sup>154</sup>.

Myös *Dennison* on kannattanut lainsäädäntömallia, jossa jo syntyneillä henkilöillä tulisi olla mahdollisuus saada luovuttajaa koskevia tietoja perustellusta syytä. Vaatimuksen täyttäisi esimerkiksi riittävän voimakas lääketieteellinen tai psykologinen tarve tiedonsaantiin.<sup>155</sup> Käytännössä tällainen sääntely saattaisi helposti johtaa epäyhdenvertaiseen kohteluun, jos toisilla katsottaisiin olevan perusteltu syy tiedon saantiin ja toisilla ei. Tulkintaongelmia saattaisi lisäksi aiheuttaa se, mikä lasketaan perustelluksi syyksi.

### 5.4 Victoria, Australia – yhteydenottoa koskeva veto-oikeus

Victorian osavaltiossa Australiassa oli jo vuodesta 2008 asti voimassa taannehtivaa tiedonsaantioikeutta koskeva järjestelmä, jossa yhdistettiin edellä kuvattuja tapoja säännellä tilannetta. Vuosina 1988–1998 luovutetuista sukusoluista syntyneillä henkilöillä ja tuona aikana sukusolujaan luovuttaneilla oli oikeus saada toisesta osapuolesta sellaisia tietoja, jotka eivät paljastaneet tämän henkilöllisyyttä<sup>156</sup>. Myös henkilöllisyyden paljastaminen oli mahdollista

toisen osapuolen suostumuksella<sup>157</sup>. Vuoden 1998 jälkeen tapahtuneiden luovutusten osalta molemmilla osapuolilla oli sen sijaan suostumuksetakin oikeus saada toisesta osapuolesta tämän henkilöllisyyden paljastavaa tietoa rekisteristä<sup>158</sup>.

Vuonna 2017 voimaan tullut uusi hedelmöityshoitoja koskeva laki toi kaikille luovutetuista sukusoluista jo syntyneille henkilöille oikeuden saada tietoonsa sukusolujen luovuttajan henkilöllisyys ilman tämän suostumusta<sup>159</sup>. Vastaavasti myös luovuttajilla on kyseisen lain perusteella oikeus saada tietää sukusoluista alkunsa saaneen lapsen henkilöllisyys<sup>160</sup>. Molemmilla osapuolilla on lain mukaan oikeus kieltää toisen henkilön yhteydenotto kokonaan tai määrittellä, millä tavalla yhteydenotto tulisi tehdä<sup>161</sup>.

Lainsäädäntöä edeltäneissä tutkimuksissa<sup>162</sup> ja lainvalmistelussa kuultiin asiantuntijoita, luovutetuista sukusoluista alkunsa saaneita henkilöitä ja heidän vanhempiaan sekä sukusolujen luovuttajia. Vaikka osa selvitykseen osallistuneista luovuttajista vastusti taannehtivan tiedonsaantioikeuden laajentamista, oli osa heistä kuitenkin myönteisiä tai ainakin ymmärtäväisiä luovutetuista sukusoluista alkunsa saaneiden henkilöiden oikeuksia kohtaan.<sup>163</sup> Lainvalmistelukomitea piti luovuttajille mahdollisesti aiheutuvan haitan riskiä pienempänä kuin luovutetuista sukusoluista syntyneille henkilöille jo aiheutunutta laajamittaista kärsimystä. Tätä perusteltiin erityisesti sillä, että luovutetuista sukusoluista syntyneille henkilöille tiedottomuudesta aiheutuva haitta johtuu täysin muiden henkilöiden päätöksistä, kun taas luovuttajille tiedon luovuttamisesta mahdollisesti aiheutuva haitta johtuu sellaisesta päätöksestä, jonka he ovat itse täysivaltaisina aikuisina tehneet. Selvityksistä muodostuva kokonaisuus puolsi tiedonsaantioikeuden takaamista kaikille luovutetuista sukusoluista alkunsa saaneille henkilöille.<sup>164</sup>

Yhteydenottoa koskeva veto-oikeus katsottiin sopivaksi keinoksi suojella luovuttajia ei-toivotuilta yhteydenotoilta, koska tiedonsaantioikeus ei siten aiheuttaisi perusteetonta puuttumista luovuttajan elämään<sup>165</sup>. Lainvalmistelukomitean selvityksen mukaan pelkkä luovuttajan nimen tietäminen auttaisi luovutuksen avulla syntynyttä henkilöä muodostamaan käsityksen identiteetistään, vaikka hän ei voisikaan muodostaa ihmissuhdetta luovuttajan kanssa<sup>166</sup>.

149 Vastaavasti Allan 2017 (n 9), s. 235.

150 Allan 2017 (n 9), s. 109 ja 235.

151 Federal Act on Medically Assisted Reproduction, 1998.

152 Federal Act on Medically Assisted Reproduction, 1998, art. 27 and 41.

153 Ibid.

154 Allan 2017 (n 9), s. 106.

155 Dennison 2007 (n 12), s. 25–26.

156 Assisted Reproductive Treatment Act 2008. (Vic.) (Austl.), section 57.

157 Assisted Reproductive Treatment Act 2008 (n 156), section 59.

158 Infertility Treatment Act 1995 (Vic.) (Austl.), sections 76 and 79, replaced; Assisted Reproductive Treatment Act 2008 (n 156), sections 56 and 59.

159 Assisted Reproductive Treatment Amendment Act 2015 (Vic.) (Austl.), section 59.

160 Assisted Reproductive Treatment Amendment Act 2015 (n 159), section 56.

161 Assisted Reproductive Treatment Amendment Act 2015 (n 159), sections 63C, 63I and 63J.

162 Allan, Sonia. Donor Conception, Secrecy and the Search for Information. *Journal of Law and Medicine*. Vol. 19. No. 4. 2012, s. 631–650.

163 Victorian Law Reform Committee 2012 (n 134), s. 37–41 ja 68–71.

164 Victorian Law Reform Committee 2012 (n 134), s. 73–76.

165 Victorian Law Reform Committee 2012 (n 134), s. xviii ja 79–80.

166 Victorian Law Reform Committee 2012 (n 134), s. 53.

Selvitykseen osallistuneista luovutetuista sukusoluista syntyneistä henkilöistä kukaan ei myöskään olisi halunnut muodostaa luovuttajan kanssa läheisempää ihmissuhdetta, ellei luovuttajakin tätä toivoisi.<sup>167</sup>

Victorian osavaltiossa omaksuttu lainsäädäntömalli ei ole kummankaan osapuolen kannalta epäoikeudenmukainen, koska molemmat osapuolet saattavat joutua tekemään kompromissin. Luovutetuista sukusoluista alkunsa saaneella henkilöllä on oikeus tietää luovuttajan henkilöllisyys, vaikka luovuttaja ei tätä toivoisi. Toisaalta luovutuksen avulla syntyneen henkilön on luovuttajan niin toivoessa tyydyttävä siihen, ettei hän voi olla luovuttajaan yhteydessä tai muodostaa tämän kanssa sellaista suhdetta, jota hän ehkä olisi toivonut.<sup>168</sup> Lainsäädäntömallilla onnistutaan saavuttamaan tasapaino eri perusoikeuksien välille.

Vastaavanlaisen sääntelymallin omaksuminen Suomessa täyttäisi siten edellä tässä luvussa käsitellyistä vaihtoehdoista parhaiten perusoikeusrajoitusten suhteellisuuden vaatimuksen. Tällainen lainsäädäntö merkitsisi tuki jonkinasteista puuttumista anonymisti sukusolujaan luovuttaneiden henkilöiden yksityiselämän suojaan. Luovutetuista sukusoluista alkunsa saaneiden henkilöiden mahdollisuus pelkän luovuttajan henkilöllisyyden tietämiseen ilman tämän suostumusta ei kuitenkaan loukkaa luovuttajien yksityiselämän suojan ydinaluetta, varsinkaan jos luovutetuista sukusoluista syntyneellä henkilöllä ei olisi mahdollisuutta vaivata luovuttajaa tämän tahtomatta.

## 6. JOHTOPÄÄTÖKSET

Alkuperää koskevalla tiedolla on suuri merkitys ihmisen psyykkisen hyvinvoinnin ja fyysisen terveyden kannalta, ja oikeus identiteettiin on osa yksityiselämän suojaa. Sukusolujen luovuttajaa koskevan tiedon puuttumisella on huolestuttavan haitallisia vaikutuksia osaan anonymien luovutusten avulla syntyneistä henkilöistä.

Eri tahojen oikeudet on saatettava todelliseen tasapainoon. Nykytilanne ei sitä tee, vaan antaa luovuttajien yksityiselämän ja oikeutettujen odotusten suojalle ehdottoman etusijan. Luovutetuista sukusoluista syntyneiden henkilöiden oikeus tietää alkuperästään vaikuttaisi olevan sellainen perus- ja ihmisoikeusjärjestelmän kannalta hyväksytty ja painava peruste, jolla luovuttajien yksityiselämän ja oikeutettujen odotusten suojaa voitaisiin rajoittaa. Nykyistä tasapainoisempaan tilanteeseen päästäisiin takaamalla kaikille luovutetuista sukusoluista syntyneille henkilöille oikeus luovuttajan henkilöllisyyttä koskevaan tietoon niin, että luovuttaja voisi halutessaan määritellä, saako häneen ottaa yhteyttä ja millä tavalla. Tiedonsaantioikeuden

---

167 Victorian Law Reform Committee 2012 (n 134), s. 39.

168 Allan 2017 (n 9), s. 220.

takaavalla lailla tulisi olemaan valtava merkitys yhden, ehkä toisinaan unohdetun, ihmisryhmän oikeuksille. Taa-nehtivalle tiedonsaantioikeudelle on oikeusjärjestyksemme puitteissa toteutusmahdollisuudet, jotka asettanevat lainsäätäjälle velvollisuuden puuttua tilanteeseen.

Artikkeli herättää jatkokysymyksen siitä, miten sukusolujen luovuttajia koskevia tietoja on talletettu ja säilytetty rekistereissä. Ennen hedelmöityshoitola-in voimaantuloa suoritetuista hedelmöityshoidoista alkaa olla kaikissa tapauksissa kulunut vähintään 13 vuotta ja monissa tapauksissa paljon kauemmin. Asia vaatii laajaa selvitystä siitä, miten ja minkälaista tietoa hedelmöityshoitoa tarjonneet klinikat ovat säilyttäneet. Rekistereiden tuhoutumisen mahdollisuus<sup>169</sup> tekee asiasta kiireellisen.

---

169 Soini on arvioinut, että osa hedelmöityshoitoja tarjoavista klinikoista olisi jo hedelmöityshoitola-in valmisteluaikoina tuhonnut kaikki luovuttajan henkilöllisyyden paljastavia tietoja sisältävät rekisterit pelätessään anonymiteetin taannehtivaa purkamista. Soini 2006 (n 46), s. 43.

# LIIKKEEN LUOVUTUKSEN VAIKUTUKSET KILPAILUKIELTOSOPIMUKSIIN

## THE EFFECTS OF A TRANSFER OF AN UNDERTAKING ON NON-COMPETE AGREEMENTS

Jenna Helenius<sup>1</sup>

DOI: <https://doi.org/10.33344/vol14iss1pp50-73>

Helsinki Law Review, 1/2020, pp. 50–73

© 2020 Pykälä ry, Mannerheimintie 3 B, 5th floor, 00100 Helsinki, Finland, and the author.



### Avainsanat:

työoikeus, liikkeen luovutus, työsuhteen ehtojen muutos, kilpailukieltosopimus

### Keywords:

employment law, transfer of undertakings, changing of the terms of employment, non-compete agreement

### ABSTRACT

This article aims to analyze and systemize the legal regime concerning the effects of a transfer of undertakings on non-compete agreements. As a rule, when an undertaking is transferred, the rights and obligations arising from the existing employment relationships should transfer to the transferee as such. However, for the non-compete agreements to be valid, employers should also have sufficient grounds when invoking the non-compete agreements.

Non-compete agreements are valid between the parties of the employment contracts. Therefore, the determination of who is to be considered as the employer can affect whether the non-compete agreements should transfer to the transferee as such. The acceptable grounds for the conclusion of the non-compete agreements are versatile, and agreements based on different grounds may act differently due to transfer. Hence, the transfer of non-compete agreements to the transferee should not be considered automatic as a principle, but rather conditional.

<sup>1</sup> Jenna Helenius is an LL.M. student at the University of Helsinki. This article is based on the author's Bachelor's Thesis.

## I. JOHDANTO

Artikkelissa tarkastellaan liikkeen luovutuksen vaikutuksia työntekijän kilpailukiellosta johdettuun kilpailukieltosopimukseen. Pääsääntönä liikkeen luovutuksessa on, että tällöin työnantajan työsuhteista johtuvat oikeudet ja velvollisuudet siirtyvät sellaisenaan uudelle työnantajalle. Työsuhdetta normittavat kuitenkin perussuhdeteorian<sup>2</sup> mukaisesti eri säännöstyskeinoista johtuvat normit, jotka reagoivat eri tavoin liikkeen luovutustilanteessa. Työsopimuksen kautta työsuhdetta normittavan kilpailukieltosopimuksen siirtymiseen vaikuttaa lisäksi sille laissa asetettu erityisen painavan syyn vaatimus.

Tässä kirjoituksessa pyritään selvittämään, mitkä ovat liikkeen luovutuksen vaikutukset kilpailukieltosopimuksiin. Työsopimuslain (55/2001, ”TSL”) sisällä voidaan nähdä ristiriita liikkeen luovutusta sekä kilpailukieltosopimusta koskevien säännösten välillä. Yhtäältä työsuhteen ehtojen tulisi siirtyä sellaisenaan uudelle työnantajajohdolle, kun taas toisaalta työsuhteen ehtojen tulisi siirtyä sellaisenaan uudelle työnantajasubjektille, kun taas toisaalta työsuhteen ehtojen tulisi siirtyä sellaisenaan uudelle työnantajasubjektilla erityisen painavaa perustetta kilpailukieltosopimukseen vedotessaan.<sup>3</sup> Kilpailukieltosopimusten käyttö on viime aikoina yleistynyt työsuhteissa.<sup>4</sup> Tämä ilmentää yhteiskunnan muutosta ja erityisesti työn muutosta kohti palvelu- ja asiantuntijatyötä. Työnantajien liiketoimintamalli perustuu yhä useammin tietoon, osaamiseen, teknologiaan ja sitä kautta liikesalaisuuksiin sekä luotuihin asiakassuhteisiin<sup>5</sup>, eikä enää entiseen tapaan kalliiden tuotantovälineiden omistukseen. Siten myös tarve suojata näitä uusia ”tuotantovälineitä” on kasvanut.<sup>6</sup> Tästä syystä on tärkeää selvittää kilpailukieltosopimusten kohtelua liikkeen luovutustilanteissa erityisesti, kun lainsäädännöstä saatava ohjaus näiden keskinäissuhteesta ei ole yksiselitteinen.

Kirjoitus rajautuu koskemaan liikkeen luovutustilanteita, jossa itse liikkeen luovutuksen tunnusmerkistön täyttymisestä ei ole epäselvyyttä. Kirjoituksen ulkopuolelle jää siten suurilta osin EU-aineisto<sup>7</sup>, lisäksi kilpailukieltosopimusten pätevyysliittymät kysymykset tulee

- 2 Arvo Sipilän teoksessaan ”Suomen työoikeuden käsite ja järjestelmä sekä suhde sosiaaliseen lainsäädäntöön” (1938) luoma työsuhteeseen perustuva teoria voidaan nähdä työoikeuden oikeudenalakehityksen alkuna. Teoriaa kehitti edelleen Jorma Vuorio teoksessaan ”Työsuhteen ehtojen määrääminen” (1955), jossa hän selitti työsuhteen ehtojen määräytymistä ja muutosta säännöstyskeino-opin kautta. Sipilä, Arvo: Suomen työoikeuden käsite ja järjestelmä sekä suhde sosiaaliseen lainsäädäntöön. Helsinki 1938 (Sipilä 1938) sekä Vuorio, Jorma: Työsuhteen ehtojen määrääminen. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja B-sarja N:o 76, Turku 1955. (Vuorio 1955).
- 3 Hallituksen esitys työsuhtesopimuslaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi (HE 157/2000 vp), s. 82.
- 4 Työ- ja elinkeinoministeriön tutkimuksia 18/2018, Selvitys kilpailukiello- ja salassapitosopimusten käytöstä, Ahtela, Jukka, 2018 (TEM 18/2018), s. 48.
- 5 TEM 18/2018, s. 15.
- 6 Vapaavuori, Tom: Yrityssalaisuudet, liikesalaisuudet ja salassapitosopimukset. Alma Talent Oy, Yhteistyössä Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 2016 (Vapaavuori 2016), s. 15–16.
- 7 Euroopan unionin tuomioistuimen (”EUT”) ratkaisukäytännössä käsitellään laajasti liikkeen luovutuksen tunnusmerkistöä. Lisäksi suoranaisesti tässä kirjoituksessa käsiteltyä aihetta koskevia EUT:n ratkaisuja

muutoinkin ratkaista pääsääntöisesti kansallisen lain nojalla<sup>8</sup>. Vaikka kilpailukieltosopimukset ovat tavanomaisia toimitusjohtajasopimuksissa, näitä ei kuitenkaan käsitellä, sillä tällöin ei ole kyse työsuhteesta.<sup>9</sup> Tästä johtuu myös, ettei toimitusjohtajan sopimussuhteen katsota edes siirtyvän liikkeen luovutuksessa.<sup>10</sup> Kilpailukieltosopimusten osalta tarkastellaan nimenomaan työsuhteen alussa taikka työsuhteen kestäessä solmittuja kilpailukieltosopimuksia ja siten tarkastelun ulkopuolelle rajataan työsuhteen jälkeiset kilpailukieltosopimukset, joihin sovelletaan pääsääntöisesti lakia varallisuus oikeudellisista oikeustoimista (228/1929).<sup>11</sup>

Kirjoituksen tavoitteena on jäsentää ja systematisoida olemassa olevaa oikeudentilaa liikkeen luovutustilanteiden vaikutuksesta kilpailukieltosopimukseen sekä tuoda esille kilpailukieltosopimuksen erityisluonne suhteessa muihin työsuhteen ehtoihin liikkeen luovutuksen yhteydessä. Lähdeaineistona on käytetty lainvalmistelulaainneiston ja oikeuskirjallisuuden lisäksi työ- ja elinkeinoministeriön sekä työmarkkinaosapuolten ohjeita ja selvityksiä. Kirjoituksessa tulkitaan myös oikeuskäytäntöä, vaikka ratkaisuja aiheesta onkin rajoitetusti.<sup>12</sup> Kirjoituksen lopussa esitetään myös oikeuspoliittisia kannanottoja oikeustilan selkiyttämiseksi.

## 2. LIIKKEEN LUOVUTUKSEN VAIKUTUKSET TYÖSUHTEEN EHTOIHIN

### 2.1 Liikkeen luovutuksesta johtuvat työsuhteen ehtojen muutokset

Liikkeen luovutustilanteiden vuoksi työsuhteen ehtojen muuttaminen on otettu määräys siitä, miten työsuhteen ehdot siirtyvät. Siirtymisellä ei kuitenkaan voida selittää sitä, miten ja miksi työsuhteen ehdot voivat myös muuttua liikkeen luovutuksen vuoksi. Tässä kappaleessa käsitellään liikkeen luovutuksen vaikutusta työsuhteen ehtoihin sekä sitä, miten ehdot voivat tässä yhteydessä myös muuttua, jotta myös kilpailukieltosopimuksen käytöstä liikkeen luovutustilanteessa voidaan ymmärtää.

ei ole annettu.

- 8 Heiskanen, Jussi: Kilpailukieltosopimuksen edellytykset työsuhteen ehtojen mukaan. Teoksessa Jalanko, Risto – Siiki, Marika (toim.) Helsingin hovioikeuden julkaisu – Kirjoituksia työoikeudesta, s. 129-143. Hakapaino Oy, Helsinki 2009. (Heiskanen 2009), s. 129.
- 9 Hietala, Harri – Kaivanto, Keijo: Työsopimus ja johtajasopimus. Alma Talent Oy Yhteistyössä Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 2017. (Hietala – Kaivanto 2017), s. 14.
- 10 Hietala, Harri – Kaivanto, Keijo – Pystynen, Johanna – Valvisto, Elisa: Esimiehen työoikeus. Alma Talent Oy, Helsinki 2020. Verkkajulkaisu, Alma Talent Fokus, päivitetty 3.4.2020, tarkistettu 21.5.2020. (Hietala – Kaivanto – Pystynen – Valvisto 2020), Kilpailukieltosopimus.
- 11 Koskinen, Seppo – Nieminen, Kimmo – Valkonen, Mika: Työhönotto ja työsuhteen ehdot. Talentum, Helsinki 2008. (Koskinen – Nieminen – Valkonen 2008), s. 462
- 12 Koskinen, Seppo: Kilpailukieltosopimukseen liittyviä erityiskysymyksiä – moninaiset työsuhteet, sopimussuhteen muutokset, työsuhteen päättäminen. Edita publishing Oy, 2004. (Koskinen 2004), s. 20. Kilpailukieltosopimuksen työsuhteen jälkeisen voimassaoloajan puitteissa (pääsääntöisesti 6 kk) ei useinkaan ehdit saada asiassa tuomioistuinnratkaisuja. Tämä on osaltaan syy sille, että osapuolten intresseissä ei useinkaan ole hakea asiaan ratkaisua yleisestä tuomioistuimesta.

Vaikka TSL 1:10.1:n määritelmä ei vastaa sanamuodoltaan täysin liikkeenluovutusdirektiivin (2001/23/EY) määritelmää, on tätä kuitenkin hallituksen esityksen mukaan tarkoitettu.<sup>13</sup> Liikkeenluovutusdirektiivin pyrkimyksenä on yhtenäistää eurooppalaista sääntelyä. Se on kuitenkin luonteeltaan vain vähimmäisdirektiivi ja siten jäsenvaltiot voivat halutessaan säätää työntekijän kannalta liikkeenluovutusdirektiiviä edullisemmin.<sup>14</sup> Liikkeen luovutuksesta seuraaviin työoikeudellisiin kysymyksiin on Suomessa keskitytty jo ennen nykyisen liikkeenluovutusdirektiivin ja sitä edeltäneiden direktiivien aikaa.<sup>15</sup>

Työsuhteen oikeudet ja velvollisuudet eli työsuhteen ehdot siirtyvät liikkeen luovutuksensaajalle automaattisesti ja pakottavasti.<sup>16</sup> TSL 1:10.2:n pääsäännön mukaan ...liikkeen luovutuksessa työnantajan luovutushetkellä voimassa olevista työsuhteista johtuvat oikeudet ja velvollisuudet sekä niihin liittyvät työsuhte-etuudet siirtyvät liikkeen uudelle omistajalle tai haltijalle.<sup>17</sup> Liikkeen luovutusta koskevan sääntelyn yhtenä tavoitteena on työntekijöiden oikeuksien turvaaminen ja työsuhteen ehtojen pysyttäminen ennallaan, tapahtuahan liikkeen luovutus työntekijöistä riippumatta.<sup>18</sup> Sääntelyn voi nähdä ilmentävän osaltaan työntekijän suojelun periaatetta, jonka mukaan työntekijää työsuhteen heikompana osapuolena tulee suojata pakottavalla lainsäädännöllä.<sup>19</sup> Työntekijän suojelun voidaankin nähdä yhtenä työoikeudellisen sääntelyn tavoitteena sekä lähtökohtana.<sup>20</sup> Työntekijän työsuhteen taikka työsuhteen ehtojen ei siten tulisi ainakaan huonontua liikkeen luovutuksesta johtuen.<sup>21</sup>

Liikkeen luovutusdirektiivin tavoitteet on huomioitava niin lainvalmistelussa kuin kansallisessa ratkaisutoiminnassakin. Sääntelyn tavoitteena ei kuitenkaan ole taata siirtyville työntekijöille yhdenmukaisen tasoista suojaa koko unionin alueella, vaan työntekijää on tarkoitettu suojattavan suhteessa luovutuksensaajaan samalla tavalla kuin häntä suojataan suhteessa

13 HE 157/2000 vp, s. 65–67. Ks. 2001/23/EY 1 art. määritelmä. Liikkeen luovutuksen tunnusmerkistöä on täsmennetty myös EUT:n ratkaisukäytännössä, ks. asia C-24/85 *Jozef Maria Antonius Spijkers v Gebroeders Benedik Abattoir CV and Alfred Benedik en Zonen BV*. ECLI:EU:C:1986:127.

14 Kuten esim. TSL 1:10.2:n "...työsuhteista johtuvat oikeudet ja velvollisuudet sekä niihin liittyvät työsuhte-etuudet siirtyvät liikkeen uudelle omistajalle tai haltijalle." seuraa (2001/23/EY) 8 artiklasta (kursivointi lisätty).

15 Tiitinen, Kari-Pekka – Kröger, Tarja: Työsopimusoikeus. Talentum, Helsinki 2012. (Tiitinen – Kröger 2012), s. 403–404.

16 Siirron automaattisuus ja pakottavuus on vahvistettu myös EUT:n ratkaisukäytännössä esim. asia C-362/89. *Giuseppe d'Urso, Adriana Ventadori and others v Ercole Marelli Elettromeccanica Generale SpA and others*. EU:C:1991:326.

17 Kyseinen säännös vastaa liikkeen luovutusdirektiivin (2001/23/EY) 3 art. 1 kohtaa.

18 Liikkeen luovutusdirektiivin (2001/23/EY) kolmas perustelukappale, ks. lisää direktiivin tavoitteista Watson, Philpa: *EU Social and Employment Law*. Oxford University Press, Oxford 2014. (Watson 2014), s.140–141.

19 Periaatteen voidaan nähdä juontuvan perustuslain (713/1999) 18.1 § toisesta virkkeestä.

20 Bruun, Niklas – von Koskull, Anders: Työoikeuden perusteet. Alma Talent Oy, Helsinki 2012. Verkkajulkaisu, Alma Talent Verkkokirjahylly, tarkistettu 18.5.2020. (Bruun – von Koskull 2012), s. 20–21.

21 Ilmenee mm. asiassa C-105/84. *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v A/S Danmols Inventar, in liquidation*. EU:C:1985:331.

luovuttajaan kansallisten oikeussääntöjen nojalla.<sup>22</sup> Siten kilpailukieltosopimuksia koskeva kansallinen sääntely määrittelee pääsääntöisesti sen, miten ne käyttäytyvät liikkeen luovutuksen yhteydessä.

Työsuhteen ehtojen siirtyminen sellaisenaan liikkeen luovutuksen yhteydessä ei ole kuitenkaan poikkeuksetonta.<sup>23</sup> Vaikka liikkeen luovutus ei itsessään voi olla peruste työsuhteen ehtojen muuttamiselle, voivat työhhdot liikkeen luovutuksen yhteydessä käytännössä muuttua.<sup>24</sup> Työsuhteen ehdot voivat muuttua ensinnäkin työnantajan ja työntekijän keskinäisellä sopimuksella. Liikkeen luovutustilanteissa ei kuitenkaan voida velvoittaa työntekijää solmimaan luovutuksensaajan kanssa uutta työsopimusta.<sup>25</sup> Siten luovutuksensaaja ei voi liikkeen luovutuksen yhteydessä myöskään velvoittaa siirtynyttä työntekijää uuden kilpailukieltosopimuksen solmimiseen.

Työnantajan yksipuolisella ilmoituksella voidaan muuttaa työsuhteen ehtoja myös liikkeen luovutustilanteiden yhteydessä.<sup>26</sup> Niin oikeuskäytännössä<sup>27</sup> kuin oikeuskirjallisuudessa<sup>28</sup> on vakiintunut kanta, jonka mukaan työnantaja voi muuttaa työsuhteen ehtoja yksipuolisesti joko direktio-oikeutensa<sup>29</sup> nojalla tai, jos kyseessä on työsuhteen olennainen ehto irtisanomisperusteella irtisanomisaikaa noudattaen. Esimerkiksi työntekopaikkaa koskevat työsopimuksen määräykset saattavat liikkeen luovutuksen yhteydessä muuttua, erityisesti kun liikkeen luovutustilanteissa uudella työnantajalla on tavallista useammin irtisanomisperusteinen oikeus myös työsuhteen olennaisten ehtojen yksipuoliseen muuttamiseen.<sup>30</sup>

Myös työsuhteessa noudatettava työehtosopimus voi liikkeen luovutuksen johdosta muuttua. Se, mitä työehtosopimusta työntekijöiden työsuhteissa noudatetaan, riippuu työnantajasta. Mikäli

---

22 Ks. esim. C-105/84 *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v A/S Danmols Inventar*, in *liquidatio* kohta 26. ECLI:EU:C:1985:331.

23 Murto, Jari: Ryhmänormit yrityksessä. Suomalainen lakimiesyhdistys, Helsinki 2015. (Murto 2015), s. 50.

24 HE 157/2000 vp, s. 105–106.

25 Valkonen, Mika: 13. Liikkeen luovutus. Teoksessa Koskinen, Seppo – Kairinen, Martti – Nieminen, Kimmo – Nordstöm, Kim – Ullakonoja, Vesa – Valkonen, Mika: Työoikeus III. Alma Talent Oy, Helsinki 2019. Verkkojulkaisu, Alma Talent Fokus, päivitetty 22.1.2019, tarkistettu 13.5.2020. (Valkonen 2019), Oikeuksien ja velvollisuuksien siirtyminen; Automaattisesti ja pakottavasti.

26 Kärkkäinen, Mika – Äimälä, Markus: Työsopimuslaki. Alma Talent Oy, Yhteistyössä Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 2017. (Kärkkäinen – Äimälä 2017), s. 336–337.

27 Esimerkiksi TT 2014-103 sekä KKO 1996:89.

28 Näin mm. Engblom, Matleena: Työsuhteen ehdot, määräytyminen, tulkinta ja muuttaminen. Alma Talent Oy, Helsinki 2013. (Engblom 2013), s. 124 sekä Tiitinen – Kröger 2012, s. 820–832.

29 Työnantajan direktio-oikeudella tarkoitetaan työnantajan oikeutta johtaa ja valvoa työntekoa. Se pitää sisällään työnantajan oikeuden määrätä mm. siitä miten ja missä työ suoritetaan. Oikeus on johdettu TSL 3:1:sta. Direktio-oikeutta rajaa mm. laki, hyvä tapa ja työsopimuksen sisältö.

30 Kärkkäinen – Äimälä 2017, s. 336–337. Työnantajalla voi liikkeen luovutuksesta seuraavan organisaatiomuutoksen johdosta olla esim. peruste tuotannollistaloudelliselle irtisanomiselle.

luovutuksensaaja on osallisena tai sidottuna toiseen työehtosopimukseen kuin liikkeen luovuttaja, noudatetaan luovuttajaa sitovaa työehtosopimusta sen voimassaoloajan loppuun saakka. Luovutuksensaajaa sitovaa työehtosopimusta aletaan noudattaa siirtyneiden työntekijöiden työsuhteissa vasta luovuttajaa sitoneen työehtosopimuksen voimassaolon päättyttyä.<sup>31</sup>

Liikkeen luovutuksen yhteydessä siirtyviä työsuhteen ehtoja tulee arvioida tapauskohtaisesti. Arvioitaessa ehtojen siirtymistä tulee ottaa huomioon säännöksen tarkoitus, työntekijän oikeuksien turvaaminen sekä toisaalta liikkeen luovutuksen osapuolten intressit sekä käytännön realiteetit.<sup>32</sup> Pelkästään työntekijän suojelun periaatteen nojalla ei voida velvoittaa luovutuksensaajaa säilyttämään esimerkiksi työpaikkaruokailua, jos luovutuksensaajalla ei tällaista ole ennen luovutusta ollut käytössään.<sup>33</sup> Työntekijälle on kuitenkin annettu poikkeuksellinen oikeus ehtoehkennysten varalta. TSL 7:6:n mukaan, jos työsuhteen ehdot heikentyvät olennaisesti liikkeen luovutuksen johdosta, työntekijällä on oikeus päättää työsuhte sellaisin vaikutuksin, että työnantajan katsotaan olevan vastuussa sen päättymisestä.

## 2.2 Työnantajalle kuuluvien oikeuksien siirtyminen luovutuksensaajalle

Kilpailukieltosopimus tulee nähdä ennen kaikkea työnantajan oikeutena<sup>34</sup>, sillä sen tarkoituksena on suojata työnantajan intressejä, kuten kilpailuasemaa. Jotta kysymykseen kilpailukieltosopimuksen siirtymisestä liikkeen luovutuksen yhteydessä voidaan vastata, on arvioitava erikseen työnantajan työsuhteesta johtuvien oikeuksien siirtymistä luovutuksensaajalle.

Työsuhte synnyttää sekä työnantajalle että työntekijälle oikeuksia ja velvollisuuksia. Liikkeen luovutuksen yhteydessä siirtyvät, työnantajan työsuhteista johtuvat oikeudet ovat usein käänteisesti työntekijän velvollisuuksia. Liikkeen luovutusta koskeva säännös on siten ikään kuin poikkeus siihen, ettei työsuhteesta johtuvia oikeuksia tai velvollisuuksia saa siirtää eteenpäin ilman toisen osapuolen suostumusta.<sup>35</sup> Työntekijän pääasialliset velvollisuudet on työsopimuslaissa jäsennetty sen kolmanteen lukuun. Näitä ei kuitenkaan luetella tyhjentävästi vaan työntekijän velvollisuuksien käsite työsuhteessa on kyseistä lukua laajempi. Velvoitteita voi syntyä pelkästään työnantajan työnjohto- ja valvontavallan johdosta, minkä lisäksi työntekijän velvoitteita on sisällytetty muuhun lainsäädäntöön.<sup>36</sup>

---

31 Työehtosopimuslain (436/1946) 5 § ja KKO 2009:28.

32 Ks. *Asia C-499/04 Hans Werhof v Freeway Traffic Systems GmbH & Co. KG*. EU:C:2006:168, kohta 31 ja *C-426/11 Asia C-426/11 Alermo-Hetton ym. v Parkwood Leisure Ltd*. EU:C:2013:521, kohta 25.

33 Kärkkäinen – Äimälä 2017, s. 337.

34 KKO 2005:50 perustelujen kohta 10.

35 TSL 1:7.1, jonka perusteista ks. esim. hallituksen esitys työsopimuslaiksi ja laiksi huoneenvuokralain muuttamisesta (HE 228/1969 vp), s. 3.

36 Esim. työturvallisuuslakiin (738/2002).

Työntekijälle työsuhteesta johtuvia velvollisuuksia säännöstelevät niin ikään eri normilähteet. Työntekijän päävelvoite on työnteko työnantajan lukuun.<sup>37</sup> Käänteisesti työnantajalla on oikeus palkan suorittamista vastaan saada työntekijän työvoima käyttöönsä. Tätä työnantajan oikeutta suojataankin liikkeen luovutuksen yhteydessä siten, ettei työntekijällä ole oikeutta vastustaa siirtymistä jäämällä luovuttajan palvelukseen.<sup>38</sup>

TSL 3:1 sisältää työntekijän yleisvelvoitteen, jonka mukaan ”Työntekijän on tehtävä työnsä huolellisesti noudattaen niitä määräyksiä, joita työnantaja antaa toimivaltansa mukaisesti työn suorittamisesta. Työntekijän on toiminnassaan vältettävä kaikkea, mikä on ristiriidassa hänen asemassaan olevalta työntekijältä kohtuuden mukaan vaadittavan menettelyn kanssa.” Liikkeen luovutustilanteessa työntekijän tulee siten noudattaa työntekoa koskevia luovuttajan määräyksiä työn tekemisestä ainakin, kunnes luovutuksensaaja antaa mahdollisesti uutta ohjeistusta työn suorittamiseksi. Myös TSL 3:1:een sisältyvän työntekijän lojaliteettivelvollisuuden työnantajaa kohtaan voidaan nähdä siirtyvän liikkeen luovutuksessa luovutuksensaajan hyväksi, jolloin myös lojaliteettivelvollisuus luovuttajaa kohden pääosin lakkaa.

Muita työnantajan oikeuksia, jotka siirtyvät automaattisesti liikkeen luovutuksen yhteydessä, on TSL 3:3:n mukainen työsuhteen aikainen kilpailukiello. Kilpailukiello on kuitenkin pitkälti sidottu työnantajan toimintaan, työntekijän asemaan sekä työn luonteeseen.<sup>39</sup> Siten vaikka kilpailukiello siirtyy, voi se teoriassa muuttaa muotoaan liikkeen luovutuksen yhteydessä esimerkiksi työnantajan aseman muuttuessa kilpailuympäristössä liikkeen luovutuksen johdosta. Vain työnantajan kanssa kilpailevan toiminnan harjoittaminen on rajoitettua. Esimerkiksi jos luovutetaan tuotekehittely-yksikkö, jossa luovuttaja on toiminut lihanjalostuksessa ja luovutuksensaaja puolestaan tuottaa maitotuotteita, muuttaa tällöin myös työnantajan toiminta muotoaan. Tämä vaikuttaa siihen, millainen työnantajan kanssa kilpaileva toiminta on työntekijältä kiellettyä.

TSL 3:5:n mukaisen kilpailukieltosopimuksen siirtymistä voidaan kuvata ehdolliseksi verrattuna TSL 1:10.2:n pääsääntöön siirtymisen pakottavuudesta ja automaattisuudesta, sillä kilpailukieltosopimuksen tarkoitukseen nähden (työnantajan liiketoiminnan suojaaminen) se siirtyy päteväksi liikkeen luovutustilanteessa vain sillä ehdolla, että myös luovutuksensaajalla on siihen vetoamiseen oikeuttava erityisen painava syy. Luovuttajan ja luovutuksensaajan

---

37 Kairinen, Martti: 2. Työoikeuden normijärjestelmä. Teoksessa Koskinen, Seppo – Kairinen, Martti – Nieminen, Kimmo – Nordstöm, Kim – Ullakonoja, Vesa – Valkonen, Mika: Työoikeus I. Alma Talent Oy, Helsinki 2017. Verkkojulkaisu, Alma Talent Fokus, päivitetty 20.10.2017, tarkistettu 21.5.2020. (Kairinen 2017a), Työnantajan käskyvallan perusteet; Käyttäytymisnormit.

38 Kairinen, Martti: Työoikeus perusteineen. Työelämän tietopalvelu Oy, Raisio 2009. (Kairinen 2009), s. 293.

39 Komulainen, Vesa.: Kilpailevan toiminnan kiello. Teoksessa Jalanko, Risto – Siiki, Marika (toim.) Helsingin hovioikeuden julkaisuja – Kirjoituksia työoikeudesta, s. 115–127. Hakapaino Oy, Helsinki 2009 (Komulainen 2009), s. 116–117.

työnantajajäsenien erilaisuus voi vaikuttaa kilpailukieltosopimuksen pätevytyteen. Esimerkiksi työnantajan asema kilpailuympäristössä voi muuttua liikkeen luovutuksen yhteydessä, oikeuskäytännössä onkin mm. työnantajan pienen markkina-aseman on katsottu perustelevan paremmin kilpailukieltosopimuksen tarpeellisuutta.<sup>40</sup>

Yhteenvedona voidaan todeta, että monet työnantajan oikeudet siirtyvät automaattisesti luovutuksensaajan hyväksi. Ne voivat kuitenkin muuttaa muotoaan, vaikka TSL 1:10.2:n sanamuoto edellyttäisikin työsuhteen ehtojen siirtymistä sellaisenaan. Toisaalta säännöksen tarkoituksena on suojata työntekijän oikeuksia, eikä työntekijän velvollisuuksien sisällöllisen muutoksen voida välttämättä nähdä tätä tavoitetta vaarantavan. TSL 3:5:n mukainen kilpailukieltosopimus voidaan kuitenkin nähdä tässä yhteydessä poikkeuksellisenä. Kilpailukieltosopimuksella on suora yhteys työntekijän oikeuksiin, vieläpä perusoikeuksiin<sup>41</sup>. Se, miten ja millaisena kilpailukieltosopimus siirtyy liikkeen luovutuksen yhteydessä, vaikuttaa suoraan työntekijän velvoitteisiin ja työnantajan oikeuksiin. Tästä syystä sääntelyä siirtymisestä tulisikin selkeyttää ainakin kilpailukieltosopimusten osalta.

## 3. KILPAILUKIELTOSOPIMUS

### 3.1 Kilpailukieltosopimus työsuhteen ehtona

Kilpailukieltosopimus voidaan mieltää TSL 3:3:n mukaisen kilpailukiellon työsuhteen jälkeisen ajan sovituksejatkumoksi. Kilpailukieltosopimuksella voidaan TSL 3:5:n asettamissa rajoissa sopia siitä, että työntekijä pidättäytyy työsuhteen päätyttyä työskentelemästä sopimuskumppanina olevan työnantajan kanssa kilpailevassa yrityksessä taikka aloittamasta itse työnantajansa kanssa kilpailevaa liiketoimintaa. Kilpailukieltosopimus tehdään siten työnantajan etujen suojaamiseksi. Kilpailukieltosopimuksessa sovitaan tavallisesti sen ajallinen soveltamisala, lisäksi voidaan sopia alueellisesta soveltamisalasta sekä eritellä kielletyt työtehtävät.<sup>42</sup> Se voi olla erillinen asiakirja taikka työsuhteen kirjattu ehto.<sup>43</sup> Kilpailukieltosopimuksen käsitettä on oikeuskäytännössä tulkittu laajasti. Se, että ehto ei suoraan kiellä, mutta kaventaa työntekijän oikeuksia toimia työnantajan kanssa samalla alalla työsuhteen päätyttyä, on katsottu

---

40 Mm. KKO 2014:50 perustelujen kohta 27. ”Edellä todetuvin tavoin K Oy:n toiminnassa on liike- ja ammattisalaisuusiksi katsottavia tai niihin verrattavia tietoja, joita varten yhtiöllä on suojan tarve. Yhtiö on verrattain pieni toimija alalla, minkä voi katsoa korostavan suojan tarvetta.” Toisaalta ratkaisussa Itä-Suomen HO S 18/384 perusteluissa yrityksen rakenteelle ja kyseisen toimialan kasvulle yrityksessä annettiin kilpailukieltosopimusta puoltava merkitys.

41 Perustuslain 18 §.

42 Saarinen, Mauri: Työsuhteasioiden käsikirja I. Edita, Porvoo 2013 (Saarinen 2013), s. 808–809.

43 Esim. KKO 2014:50 oli työsuhteen ehtona.

kilpailukieltosopimukseksi.<sup>44</sup> Vaikka kilpailukieltosopimus on työnantajan oikeus, pyritään TSL 3:5:ssä kuitenkin suojaamaan työntekijöitä liian pitkälle meneviltä rajoituksilta.<sup>45</sup>

Kilpailukieltosopimukset tulivat työoikeuden piiriin työsopimuslain muutoksella (724/1990) vuonna 1991 ja tällöin myös työoikeuden yleiset opit sekä periaatteet tulivat niiden osalta sovellettavaksi.<sup>46</sup> Tätä ennen työsopimuslaissa säädettiin kilpailukieltosopimusten osalta sovellettavaksi lakia varallisuus oikeudellisista oikeustoimista.<sup>47</sup> Kilpailukieltosopimuksen ottamista osaksi työsopimuslakia perusteltiin hallituksen esityksessä mm. niiden yhä enenevällä yleistymisellä työsuhteissa.<sup>48</sup>

Kilpailukieltosopimusta ei tule mieltää tavallisena sopimusvapauden piiriin lukeutuvana sopimuksena, sillä kilpailukieltosopimusta solmittaessa ei voida nähdä sopimusosoikeudelle tyypillistä asetelmaa kahdesta tasaveroisesta sopimusosapuolesta. Vaikka sen solmiminen onkin sekä vapaaehtoista että vapaamuotoista, rajoittavat sen solmimista TSL 3:5:ssä asetetut edellytykset. Kilpailukieltosopimus puuttuu perustavanlaatuisesti työntekijän oikeuksiin, sillä työntekijä sitoutuu työsuhteensa päätyttyäkin olemaan harjoittamatta työnantajansa kanssa kilpailevaa toimintaa. Tällöin työntekijä käytännössä luopuu osittain perustuslain 18.1 §:n mukaisesta oikeudestaan tehdä itse valitsemaansa työtä. Se, että työntekijä luopuu ns. luovuttamattomasta perusoikeudestaan, tekee kilpailukieltosopimuksesta poikkeuksellisen ehdon suhteessa muihin työsuhteessa vallitseviin ehtoihin.<sup>49</sup> Perustuslakivaliokunta on kuitenkin katsonut nykyisen TSL 3:5:n täyttävän perussoikeuden rajoituskriteerit ja olevan siten linjassa perustuslain kanssa.<sup>50</sup> Työntekijän elinkeinovapauden vastaparina tulee punnittavaksi työnantajan omistusoikeus liikesalaisuuksiinsa.<sup>51</sup>

Kilpailukieltosopimuksen perusoikeuksia kaventavasta vaikutuksesta johtuen lainsäätäjä on rajoittanut sen solmimismahdollisuuksia TSL 3:5:ssä usein eri keinoin. Kilpailukieltosopimuksen nojalla kielletyn toiminnan on ensinnäkin oltava työnantajan kanssa kilpailevaa. Sen solmiminen edellyttää työnantajan toimintaan tai työsuhteeseen liittyvää erityisen painavaa syytä kilpailukieltosopimukselle. Toiseksi, työsuhteen jälkeinen kilpailukielto on lain nojalla

rajoitettu vain kuuteen kuukauteen ja enintään vuoteen, jos työntekijän katsotaan saavan tästä kohtuullinen korvaus<sup>52</sup>. Kolmanneksi, kilpailukiellon ei katsota sitovan työntekijää, jos työsuhte päättyy työnantajasta johtuvasta syystä.

TSL 3:5:n edellyttämä työnantajan toimintaan tai työsuhteeseen liittyviä erityisen painavia syitä on lueteltu esimerkinomaisesti TSL 3:5.2:ssa. Näitä voivat olla liikesalaisuuden suojan tarve tai työnantajan työntekijälle kustantama erityiskoulutus<sup>53</sup>. Tämän lisäksi oikeuskäytännössä ja esitöissä on arvioitu erityisen painavan syyn täyttymistä erinäisissä tilanteissa. Myös työnantajan asiakassuhteiden suojaaminen ja työnantajan asiakkaiden liikesalaisuuksien suojaaminen voivat olla säännöksen tarkoittamia erityisen painavia syitä. Työsopimuslain esitöissä on korostettu, että erityisen painavan syyn täyttymistä tulee aina arvioida tapauskohtaisesti kokonaisharkintaa käyttäen. Esimerkiksi tutkimus- tai kehitystoimintaan liittyvässä työssä painavan syyn edellytyksen on arvioitu täyttyvän helpommin. Toisaalta taas suorittavaa työtä tekevän työntekijän kohdalla erityisen painavalta syytä kilpailukieltosopimuksen solmimiselle edellytetään vielä suurempaa painavuutta joko työnantajan toiminnan tai työsuhteen takia.<sup>54</sup> Erityisen painavan syyn arvioinnissa tulee siten aina ottaa huomioon myös työntekijän asema ja tehtävät.<sup>55</sup>

Jos kilpailukieltosopimus on solmittu lain vastaisesti, on se TSL 3:5.5:n nojalla tältä osin mitätön. Kilpailukieltoon vaadittavan erityisen painavan syyn tulee olla voimassa sekä kilpailukieltosopimusta solmittaessa että siihen vedottaessa.<sup>56</sup> Kilpailukieltosopimus voi siten muuttua mitättömäksi ilman liikkeen luovutustakin, esimerkiksi olosuhteiden muutoksen johdosta. Alun perin pätevä kilpailukieltosopimus voi muuttua mitättömäksi, jos työntekijän ei enää asemansa muutoksen vuoksi katsota olevan avainasemassa suhteessa yrityksen asiakkaisiin taikka jos työntekijän kilpailukieltosopimus on perustunut esimiesasemaan ja tämä menetetään. Mikäli erityisen painavaa syytä sopimukselle ei enää ole, ei työnantaja voi siihen vedota. Se, että kilpailukieltosopimus voi muuttua mitättömäksi, suojaa työntekijää perusteetonta rajoitusta vastaan. Voidaan kuitenkin pohtia, toteutuuko suoja riittävästi käytännössä, kun tulkintaetu-

44 KKO 2003:19.

45 Saarinen 2013, s. 801.

46 Ks. hallituksen esitys laiksi työsopimuslain muuttamisesta (HE 57/1990 vp).

47 Sittemmin kumotun työsopimuslain (320/1970) 16.4 §.

48 HE 57/1990 vp, s. 2.

49 Ks. Estlund, Cynthia L: Between Rights and Contract: Arbitration Agreements and Non-Compete Covenants as a Hybrid Form of Employment Law, 155 U. Pa. L. Rev. 379, 2006. (Estlund 2006).

50 Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä työsopimuslaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi (PeVL 41/2000 vp) s. 7-8.

51 TEM 18/2018, s. 18.

52 Artikkelin kirjoituksen jälkeen TEM on 9.4.2020 julkaissut luonnoksen hallituksen esityksestä laeiksi työsopimuslain 3 luvun 5 §:n ja erityisopimuslain 4 luvun 5 §:n muuttamisesta, jossa ehdotetaan kilpailukieltosopimusten korvattavuuden laajentamista koskemaan kaikkia kilpailukieltosopimuksia.

53 Erityiskoulutuksella tässä yhteydessä tarkoitetaan työnantajan kustannuksella työntekijälle järjestettyä koulutusta tai työnantajan koulutusta varten antamaa palkallista vapaata tai stipendiä. Erityiskoulutukseksi ei voida katsoa tavanomaista jatko- tai täydennyskoulutusta. Ks. HE 157/2000 vp, s. 82.

54 Esimerkiksi ratkaisussa RHO S 96/281 kilpailukieltosopimuksen solmimiselle ei ollut perustetta, kun kyse oli puhelinmarkkinointiyhtiössä työskentelevistä puhelinmyyjistä.

55 HE 157/2000 vp, s. 82.

56 Käy ilmi HE 157/2000 vp, s. 82 ja oikeuskäytännössä mm. KKO 2005:50.

oikeus<sup>57</sup> kilpailukieltosopimuksesta on työsuhteen kestäessä työnantajalla ja työsuhteen päätyttyä sen pätevyys todetaan viime kädessä vasta tuomioistuimessa.<sup>58</sup>

### 3.2 Kilpailukieltosopimuksen työopimussidonnaisuus liikkeen luovutuksessa

Työoikeuden teorian sisällä on nähtävissä ero työsuhdeteorian ja työopimussopin välillä. Vuorion 1950-luvulla edelleen kehittämä perussuhdeteoria<sup>59</sup> nojaa työopimuksen sijaan työsuhteen käsitteelle<sup>60</sup>. Perussuhdeteorian mukaan työsuhte tulee nähdä ns. *tyhjänä säiliönä*, jota eri säännöstyskeinoista peräisin olevat normit jäsentävät. Näihin säännöstyskeinoihin lukeutuu osaksi myös työopimus.<sup>61</sup> Työopimus voidaan tällöin nähdä työnantajan ja työntekijän välisenä keinona sopia lain rajoissa yksityiskohtaisemmin kyseisen työsuhteen ehdoista.<sup>62</sup> Perussuhdeteorian mukaisessa työsuhteen jäsentämisessä kilpailukieltosopimus voidaan sijoittaa työopimuksen kautta työsuhdetta normittavaksi säännöstyskeinoksi. Työopimukselle perustuvasta työopimusopista<sup>63</sup> on pyritty työoikeudellisessa oikeuskirjallisuudessa erkaantumaan käyttämällä yhä enenevissä määrin työsuhteen käsitettä. Työsuhteen ehtojen nähdään vaikuttavan työsuhteessa ilman, että niiden tarvitsisi muuttua työopimuksen osaksi.<sup>64</sup> Työopimus ja sen sisältämät ehdot työnteolle ovat siten vain osa työsuhteen *tyhjää säiliötä* täydentävistä normeista. Kilpailukieltosopimuksen voidaan sen erityisedellytyksen – erityisen painavan syyn – vuoksi mieltää linkittyvän kuitenkin työopimussuhteeseen.<sup>65</sup>

57 Työnantajan tulkintaetuoikeudella tarkoitetaan työnantajan oikeutta määrätä työsuhteen aikaisen oikeusnormin tulkinnasta, jota työntekijän tulee noudattaa. Mahdollinen tulkintaerimielisyys ratkaistaan vasta tuomioistuimessa. Ks. esim. Tiitinen – Kröger 2012, s. 323-325.

58 Koskinen 2004, s. 20.

59 Sipilä 1938 ja Vuorio 1955.

60 Vrt. Ruotsi, jossa työopimusoikeus nojaa työntekijän käsitteeseen. Tämä käy ilmi Ruotsin työntekijöiden suojelua koskevasta lain eli lag (1982:80) om anställningskydd 1.1 §:stä.

61 Vuorio 1955, s. 185 ja 403.

62 Kairinen, Martti: 1. Työopimuksen tekeminen. Teoksessa Koskinen, Seppo – Kairinen, Martti – Nieminen, Kimmo – Nordstöm, Kim – Ullakonoja, Vesa – Valkonen, Mika: Työoikeus II. Alma Talent Oy, Helsinki 2017. Verkkajulkaisu, Alma Talent Fokus, päivitetty 24.11.2017, tarkistettu 21.5.2020. (Kairinen 2017b), Työopimuksen merkitys; Asettaa työehtoja.

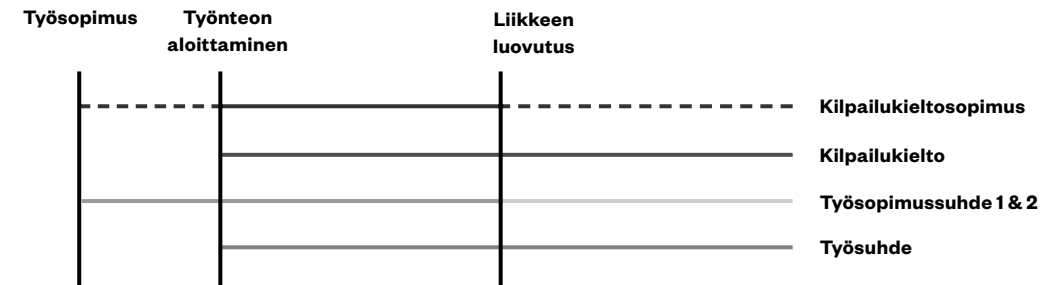
63 Työopimusopissa työopimus muodostaa oikeussuhteen työnantajan ja työntekijän välille ja tässä oikeussuhteessa vaikuttavat normit johtuvat suoraan työopimuksesta. Siten, jotta ehdot tulisivat sovellettavaksi tässä kahdenkeskisessä oikeussuhteessa, tulisi niiden ensin muuttua työopimuksen osaksi. Työopimusopin pohjautuessa työopimukselle ei työopimussuhteen nähdä pääsääntöisesti jatkuvan ennallaan, mikäli suhteen toinen osapuoli vaihtuu. Työopimuksen ehdot ovat siten voimassa sopimuksen osapuolten välillä sopimuksen voimassaolon ajan. Vrt. perussuhdeteoria, jossa esim. liikkeen luovutuksen yhteydessä työsuhteen katsotaan jatkuvan ennallaan, sillä työsuhte on tosiasiallisesti säilynyt samana tai samankaltaisena.

64 Esimerkiksi Murto 2015, s. 46–52. Vrt. Tiitinen – Kröger 2012, mm. s. 764 ”käsitteelle työsuhte on perusteltua antaa *tekninen* merkitys.” Tiitinen ja Kröger puoltavat siten kantaa, jonka mukaan esimerkiksi vakiintunut käytäntö tulee työopimuksen osaksi. Oikeuskäytännössä linja on vaihdellut, mutta esim. HeHO S18/563 on arvioitu sitä, onko vakiintunut käytäntö tullut *työopimuksen osaksi*.

65 Työopimussuhteella tarkoitetaan tässä koko työopimussuhteen kesto, eikä ainoastaan ajanjaksoa työopimuksen tekemisen ja työnteon aloittamisen välillä.

Myös Koskinen katsoo, että kilpailukieltosopimus on korostetun työopimussidonnainen ehto.<sup>66</sup> Työopimussidonnaisuudella tarkoitetaan tässä yhteydessä sitä, että jokin työntekijän ja työnantajan välistä suhdetta normittava ehto on voimassa työopimuksen kautta siten, että se on riippuvainen työopimuksen solmineiden osapuolten ”henkilöstä”.

Liikkeen luovutustilanteen oikeusvaikutukset on yleisesti helpompi jäsentää työsuhdeteorian kuin työopimussopin kautta, sillä työopimuskumppani vaihtuu, mutta työsuhteet säilyvät pääosin ennallaan. Liikkeen luovutustilanteita onkin käytetty työsuhteopin puoltamiseen.<sup>67</sup> On kuitenkin huomattava, ettei työopimusoppia voida näissä tilanteissa täysin sivuuttaa. Kilpailukieltosopimuksen ollessa korostetun työopimussidonnainen ehto, tulisi sen ja liikkeen luovutuksen yhteyden käsittämiseksi operoida myös työopimussuhteen käsitteellä. Työopimussuhde katkeaa liikkeen luovutuksen yhteydessä, kun työopimuskumppani vaihtuu ja kilpailukieltosopimuksen pätevyyttä on aina arvioitava työopimuksittain.<sup>68</sup>



Kuvio 1: Kilpailukieltosopimuksen voimassaolo työsuhteessa sekä työopimussuhteessa.

Kuvio 1 havainnollistaa *työsuhteen* ja osapuolten ”henkilöihin” kiinnittyneen *työopimussuhteen* eroa liikkeen luovutuksen yhteydessä. Jotta voidaan ymmärtää sovitun kilpailukieltosopimuksen muutos liikkeen luovutuksen yhteydessä, on nämä kaksi työntekijän ja työnantajan suhdetta jäsentävää kehikkoa erotettava toisistaan. Kilpailukieltosopimus on voimassa työntekijän ja luovuttajan työopimussuhteessa. Liikkeen luovutuksen tapahduttua ei ole syytä kuitenkaan automaattisesti olettaa sopimuksen olevan voimassa sellaisenaan myös työntekijän ja luovutuksensaajan välisessä työopimussuhteessa, vaikka työsuhte jatkuu. Kuvio 1 esittää myös vertailun vuoksi TSL 3:3:ssä säädetyn työsuhteen aikaisen kilpailukiellon käytöksen liikkeen luovutustilanteessa. Kilpailukieltosopimus siirtyy pääsääntöisesti

66 Koskinen 2004, s. 9.

67 Murto 2015, s. 50 ja Kairinen, Martti: Työoikeus ja perussuhdeteoria. Lakimies 2/1998, s. 193–210. (Kairinen 1998), s. 200.

68 Koskinen 2004, s. 8.



sellaisenaan liikkeen luovutuksen yhteydessä.<sup>69</sup> Kilpailukiello kuitenkin eroaa työsuhteen ehtona kilpailukieltosopimuksesta. Kilpailukiellon voidaan nähdä ilmentävän työsuhteessa vallitsevaa molemminpuolista lojaliteettivelvoitetta<sup>70</sup>, eikä sen voimassaolo ole samalla tavalla sidottu työsuhteen osapuolten ”henkilöihin”.

Kilpailukieltosopimuksen pätevyyden linkittyminen työsuhteen osapuolten henkilöihin tekee siitä erityisen ehdon liikkeen luovutuksen yhteydessä. Kilpailukieltosopimuksen pätemättömyys voi johtua pelkästään työsuhteen vaihdoksesta työsuhteen säilyessä ennallaan. Vaikka työsuhte sinällään pysyy samana, voidaan työsuhteen nähdä muuttuvan, sillä sen toinen solmijaosapuoli eli muodollinen työnantaja vaihtuu liikkeen luovutuksen yhteydessä. Kilpailukieltosopimusta liikkeen luovutuksessa ei siten voida käsitellä ainoastaan työsuhteteorian avulla, koska tällä ei voida riittävästi selittää sen mahdollista mitättömyyttä luovutuksensaajaan nähden. Ongelmaa tulee käsitellä myös työsuhteen kautta. On huomioitava lisäksi, että myös saman työnantajan puitteissa työsuhteen päättymisen, esimerkiksi työnantajan taholta tapahtuvalla osa-aikaistamisella, voi saada aikaan sen, ettei kilpailukieltosopimukseen ole mahdollista enää vedota, vaikka työsuhte periaatteessa jatkuukin.<sup>71</sup>

## 4. LIIKKEEN LUOVUTUKSEN VAIKUTUKSET KILPAILUKIELTOSOPIMUKSIIN

### 4.1 Korkeimman oikeuden ratkaisu 2005:50

Oikeuskäytäntö koskien kilpailukieltosopimusta liikkeen luovutuksen yhteydessä on varsin rajallista. Tätä selittää osittain se, ettei kilpailukieltosopimuksista haluta riidellä julkisesti<sup>72</sup> ja toisaalta se, että liikkeen luovutusproblematiikkaa koskevat riidat syntyvät useimmiten työntekijöiden eikä niinkään työnantajan oikeuksien säilymisestä.<sup>73</sup> Käytännön tilanteissa esiin on noussut kysymys siitä, onko luovutuksensaaja oikeutettu vetoamaan luovuttajan ja työntekijän solmimaan kilpailukieltosopimukseen.<sup>74</sup> Oikeuskäytännöstä voidaan johtaa yleisiä periaatteita aiheeseen liittyen, mutta koska kilpailukieltosopimusta koskevat ratkaisut ovat korostetun tapauskohtaisia, ei oikeustilaa voida yhden ennakkoratkaisun nojalla pitää selvänä.

---

69 Myös sopimuksen kilpailukieltotehdon poistamiseksi työsuhteesta on katsottu siirtyvän HelHO S 05/1399.

70 Työnantajalle kuuluvien työsuhteesta johtuvien oikeuksien siirtymistä käsitelty edellä kappaleessa 2.2.

71 Koskinen 2004, s. 10.

72 Ks. TEM 18/2018, s. 63–63 ja Koskinen 2004, s. 3.

73 Esim. työpölyttisessä tutkimuksessa työsuhtelain toimivuudesta 2004, eniten kysymyksiä lakimiesten keskuudessa liikkeenluovutustilanteiden vaikutuksesta työsuhteisiin herätti juuri työntekijöiden oikeuksien ja etujen siirtyminen, s. 51–54.

74 Esim. KKO 2005:50 sekä HelHO S 00/2395.

Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2005:50 käsiteltiin kilpailukieltosopimusta liikkeen luovutuksen yhteydessä. Tapauksessa oli kyse kauppahuonetoimintaa harjoittaneen yhtiön liikkeen luovutuksesta. Luovutuksen yhteydessä siirtyi myös tuotepäällikkönä toiminut työntekijä A, joka oli solminut luovuttajan kanssa kilpailukieltosopimuksen. Arvioitavaksi tuli lopulta se, oliko luovutuksensaaja oikeutettu vetoamaan kilpailukieltosopimukseen. Ratkaisussa on sovellettu vanhan työsuhtelain säännöksiä, mutta nämä vastaavat pääosin nykyisen lain säännöksiä TSL 3:5<sup>75</sup> sekä TSL 1:10.2.

Luovutuksensaaja (X Oy) oli nostanut kanteen entistä työntekijäänsä A:ta vastaan käräjäoikeudessa. Käräjäoikeuden ratkaisussa todettiin näytetyksi, että liikkeen luovuttajalla (Y Oyj) oli perusteet kilpailukieltosopimuksen solmimiselle A:n kanssa. Erityisen painavana syynä pidettiin asiakkaan säilyttämistäintressiä. Ratkaisussa myös luovutuksensaajalla katsottiin olevan liikkeenluovutuksen jälkeen erityisen painava syy kilpailukieltosopimukseen vetoamiselle, ja täten sopimus ei ollut muuttunut mitättömäksi. Käräjäoikeus velvoitti A:n suorittamaan sopimussakkoa, joskin kohtuullistettuna. Hovioikeus pysytti käräjäoikeuden ratkaisun korostaen erityisesti A:n aseman merkitystä ja sitä, ettei kilpailukieltosopimus ollut kohtuuttomasti rajoittanut A:ta hyödyntämästä ammattitaitoaan.

A:lle myönnettiin valituslupa korkeimpaan oikeuteen. Perusteluissaan korkein oikeus arvioi ensin solmitun ”edustusten siirtymis- ja salassapitosopimus” -nimisen asiakirjan luonnetta. Korkeimman oikeuden perustelusta 1–6 käy ilmi, että oikeus on arvioinut sopimusta sen tarkoituksen perusteella, mikä viittaisi sopimusoikeudelliseen näkökulmaan. Sopimuksen tulkitseminen kilpailukieltosopimukseksi on linjassa lainsäädännön tavoitteiden kanssa. Ei olisi tarkoituksenmukaista, jos TSL 3:5:ää olisi mahdollista kiertää sopimuksen muodolla silloin, kun sopimuksen tarkoitus ilmeisesti on rajoittaa työntekijän elinkeinovapautta työsuhteen jälkeen. Sopimuksen tulkintaa kilpailukieltosopimuksena tukevat myös sopimusoikeuden yleiset opit, joiden mukaan sopimusta tulee tulkita ensisijaisesti sen tarkoituksen perusteella.<sup>76</sup> Sopimuksen luonne selvitetään siis ensin sopimusoikeudellisesti, minkä jälkeen korkein oikeus siirtyy arvioimaan sen pätevyyttä työoikeudellisten edellytysten nojalla. Perustelujen kohdissa 7–9 korkein oikeus toteaa, että liikkeen luovuttajalla on ollut erityisen painava syy kilpailukieltosopimuksen tekemiseksi. Syyksi on katsottu työntekijän edustuksellinen asema sekä työntekijälle tehtävässä kertyvät liikesalaisuudet.<sup>77</sup> Nämä perusteet on mainittu myös esimerkkeinä TSL 3:5.2:ssa erityisen painavasta syystä.

---

75 HE 157/2000 vp, s. 81. Lain muutoksella pyrittiin kuitenkin työnantajan ja työntekijöiden etujen tasapuolisempaan huomioimiseen.

76 Saarnilehto, Ari – Annola, Vesa: Sopimusoikeuden perusteet. Alma Talent Oy, Yhteistyössä Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 2018. (Saarnilehto – Annola 2018), s. 160.

77 On huomioitava, että ratkaisun antamisen jälkeen on säädetty myös liikesalaisuuslaki (595/2018).

Perustelujen kohdassa 10 korkein oikeus ottaa kantaa kilpailukiellon siirtymiseen luovutuksen-saajalle toteamalla, että ”*Kilpailukieltosopimukseen liittyvät työnantajan oikeudet ovat liikkettä luovutettaessa työsopimuslain (320/1970) 7 §:n 2 momentin (235/1993) nojalla siirtyneet X Oy:lle muiden työsuhteeseen liittyneiden työnantajan oikeuksien tavoin.*” Kilpailukieltosopimuksen erityisluonteesta johtuen se on kuitenkin mitätön, jos myös luovutuksensaajalla ei ole siihen vetoamiseksi edellytettävää erityisen painavaa syytä – siten sen siirtymistä ei tulisi suoraan rinnastaa muiden työnantajan oikeuksien siirtymiseen, kuten korkein oikeus on ratkaisussaan tehnyt.<sup>78</sup> Korkein oikeus lausui perustelujen kohdassa 12, että ”*Y Oyj:n ja A:n solmima kilpailukieltosopimus on kuitenkin X Oy:hyn nähden pätevä vain, mikäli myös X Oy:llä on sopimuksen voimassa pitämiseen työsopimuslain 16 a §:ssä edellytetty erityisen painava syy.*”<sup>79</sup> Tässä tapauksessa korkein oikeus katsoi, ettei luovutuksensaajalla ollut erityisen painavaa syytä kilpailukieltosopimukseen vetoamiselle. Tapauksen ratkaisuun on kuitenkin vaikuttanut se, ettei A:n kilpailukieltosopimuksen perusteena ollut asiakassuhde siirtynyt luovutuksen yhteydessä luovutuksensaajalle. Ratkaisun perustelujen kohdasta 12 käy kuitenkin ilmi, että mahdollisesti myös muu syy kuin luovuttajan alkuperäinen erityisen painava syy kilpailukieltosopimuksen solmimiselle olisi voinut aiheuttaa sen, että luovutuksensaaja olisi ollut oikeutettu vetoamaan luovuttajan ja A:n välillä solmittuun kilpailukieltosopimukseen.

Voidaankin kysyä, miten kyseisen ratkaisun perustelut vastaavat liikkeen luovutussääntelyn tavoitteita. Punnittavana vastakkain ovat työntekijän oikeuksien turvaaminen sekä työnantajan oikeus liikesalaisuuksiensa ym. suojaan. Korkeimman oikeuden ratkaisu antaa ymmärtää, että merkittävämpänä tulee pitää työnantajan suojaa, kun kilpailukieltosopimukseen voi mahdollisesti vedota jopa uudella, sen solmimisen jälkeen liikkeen luovutuksen takia syntyneellä perusteella.<sup>80</sup> Kun kilpailukieltosopimuksen solmimisedellytyksistä on säädetty pakottavasti lailla, tulee niitä lähtökohtaisesti tulkita suppeasti.<sup>81</sup> Tämän lisäksi kyseessä on rajoitus työntekijän perusoikeuteen ja näitä perusoikeuksia rajoittavia säännöksiä tulisi aina tulkita suppeasti. TSL 3:5:n sanamuoto ei sisällä indikaatiota siitä, että se voisi siirtyä toisen työnantajasubjektin hyväksi ja että erityisen painava syy voisi tällöin kaiken lisäksi muuttua. Tästä syystä korkeimman oikeuden ratkaisu mahdollistaneet tulkinnan, joka laajentaa erityisen painavan syyn alaa liikaa työntekijän suojelun periaatteeseen ja supistavan tulkinnan vaatimukseen nähden.

Oikeuskirjallisuudessa kyseistä korkeimman oikeuden ratkaisua on kommentoitu hieman erilaisin nyanssein. Saarinen näkee ratkaisun merkityksen olevan se, ”*ettei työntekijän työsopimuksessa oleva kilpailukieltosopimus automaattisesti siirry* luovutuksensaajan kanssa

78 Ks. kappale 2.2.

79 Vrt. HelHO S 00/2395, jossa erityisen painavaa syytä ei edes arvioitu vaan sopimuksen katsottiin vain siirtyneen luovutuksensaajalle ja olleen siten pätevä.

80 TSL 3:5 tulkinnassa on myös oikeuskirjallisuudessa katsottu työnantajan etujen painavan punninnassa työoikeudessa vallitsevaa normaalia enemmän, esim. Tiitinen – Kröger 2012, s. 342.

81 Engblom 2013, s. 39.

syntyvän työsopimuksen ehtoihin”.<sup>82</sup> Toisaalta Äimälä ja Kärkkäinen tulkitsevat, että liikkeen luovutuksessa kilpailukieltosopimus *siirtyy* ja ”on voimassa luovutuksensaajan hyväksi, *mutta olosuhteiden muuttumisesta* voi seurata, ettei luovutuksensaaja voi vedota sopimukseen”.<sup>83</sup>

Kilpailukieltosopimuksen erityisen painavan syyn korostetun tapauskohtainen arviointi aiheuttaa sen, ettei oikeustieteen kantaa tulisi perustaa yhden ennakkoratkaisun puitteissa käytävään keskusteluun.<sup>84</sup> Korkeimman oikeuden ratkaisussa on lisäksi sovellettu vanhaa työsopimuslakia, ja vaikka uusi kilpailukieltosopimusta koskeva säännös vastaakin asiallisesti vanhaa säännöstä, on sen tarkoituksena ollut työnantajan ja työntekijän etujen tasapuolisempi huomioon ottaminen.<sup>85</sup> Kilpailukieltosopimusten käyttäytymistä liikkeen luovutustilanteissa tulisikin problematisoida laajemmin työoikeuden yleisten oppien näkökulmasta, työoikeudessa vallitsevia periaatteita unohtamatta.

## 4.2 Työnantajan käsite liikkeenluovutustilanteessa kilpailukieltosopimuksen kannalta

Se, miten työnantaja, jolle kilpailukieltosopimuksesta johtuva oikeus kuuluu, käsitetään, vaikuttaa siihen, miten ja millaisena sen katsotaan siirtyvän liikkeen luovutuksen yhteydessä. Työlainsäädännössä ei ole legaalimääritelmää työnantajan käsitteestä. Liikkeen luovutusta koskevassa oikeuskäytännössä työnantajasubjektin määrittelyä on käsitelty työnantajavastuun kannalta eikä niinkään työnantajan oikeuksien kautta.<sup>86</sup> Onkin mielekästä pohtia, miten työnantaja tulisi määritellä suhteessa liikkeen luovutukseen ja kilpailukieltosopimukseen. Ratkaisussa KKO 2005:50 on työnantajana pidetty työoikeudelle tyypillisesti muodollista työnantajaa, yhtiötä. Ratkaisuun vaikutti kuitenkin myös se, että kilpailukieltosopimus ei siirtynyt yrityksessä tapahtuneen muutoksen (asiakassuhteen menettämisen) vuoksi. Siten muutos yritystoiminnassa, eikä vain työnantajayhtiössä, vaikutti kilpailukieltosopimuksen siirtymiseen.

Mm. Kairinen ja Murto ovat erottaneet kaksi erillistä työnantajan käsitettä. Työnantaja voidaan nähdä työsopimusosapuolena, jolloin on useimmiten kyse yhtiöstä. Tätä kutsutaan *muodolliseksi työnantajaksi*. Toisaalta voidaan nähdä myös funktionaalinen, *tosiasiallinen työnantaja*, joka mielletään pikemminkin yritykseksi, liikkeeksi tai työpaikaksi ja on siten todellinen taloudellinen

82 Saarinen, Mauri: Työsuhteen pelisäännöt. Alma Talent Oy, Helsinki 2015. Verkkojulkaisu, Alma Talent Verkkokirjahylly, tarkistettu 18.5.2020. (Saarinen 2015), Työsopimuksen tekeminen; Työsopimuksen syntyminen liikkeen luovutuksen seurauksena.

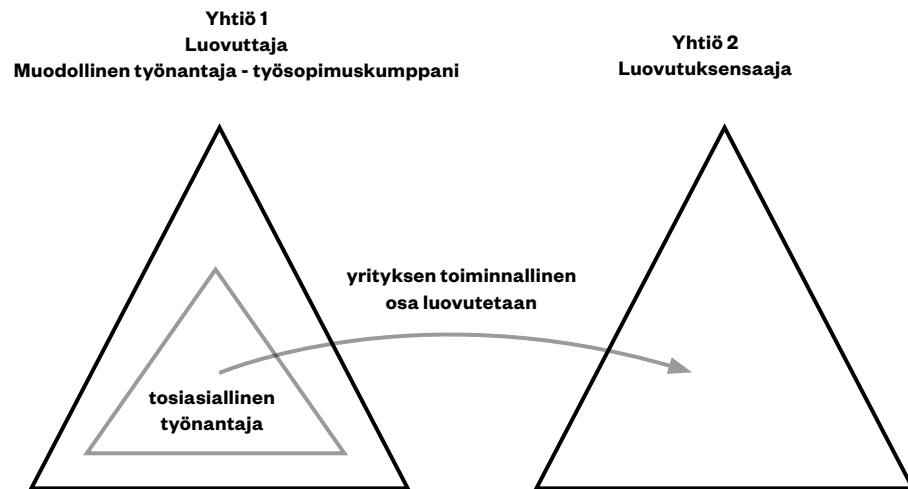
83 Kärkkäinen – Äimälä 2017, s. 277.

84 Lähes poikkeuksetta oikeuskirjallisuudessa käsitellään liikkeen luovutuksen vaikutusta kilpailukieltosopimukseen pelkästään KKO 2005:50 kautta.

85 Kaivanto, Keijo: Kilpailukieltosopimuksen pätevydestä. Teoksessa Saarnilehto, Ari (toim.): Työoikeus tänään. Juhlajulkaisu Martti Kairinen. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja, s. 41–50. Turun yliopisto, Turku 2007. (Kaivanto 2007), s. 43.

86 Esim. TT:2013-152 koski irtisanomisjärjestystä konsernissa ”Irtisanomisten taloudellisia ja tuotannollisia perusteita tulee lähtökohtaisesti arvioida sen yhtiön kannalta, joka muodollisesti on työnantajan.”

ja toiminnallinen kokonaisuus, jossa työtä tehdään.<sup>87</sup> Vaikka perinteisesti työoikeudessa työnantajaksi on käsitetty työsopimusosapuolena oleva muodollinen työnantaja, on kuitenkin nähtävissä kehitystä, jonka nojalla vallitsevaa tulkintaa voidaan kyseenalaistaa.<sup>88</sup> Juuri liikkeenluovutustilanteissa työsuhteet liitetään nimenomaan luovutettavaan liikkeeseen.



Kuvio 2: Yhtiö 1 luovuttaa yrityksen toiminnallisen kokonaisuuden Yhtiö 2:lle – myös tosiasiallisen työnantajan voidaan joissain tapauksissa katsoa siirtyvän osana kokonaisuutta.

Liikkeen luovutustilanteessa on selvää, että ainakin yleensä<sup>89</sup> muodollinen työnantaja vaihtuu, kun tavallisimmassa tilanteessa liikkeen luovutuksessa on kyse toiminnallisen kokonaisuuden myymisestä toiselle yhtiölle. Voidaan kuitenkin pohtia, miten on laita tosiasiallisen työnantajan kannalta. Onhan liikkeen luovutuksen kriteerinä jo TSL 1:10.1:n nojalla, että liiketoiminta tai sen osa siirtyy toimivana kokonaisuutena luovutuksensaajalle. Liiketoimintakokonaisuuden tulee EUT:n oikeuskäytännön mukaan muodostua sellaisesta henkilöstöstä ja muista tekijöistä, jotka kykenevät harjoittamaan omiin itsenäisiin tavoitteisiin tähtäävää liiketoimintaa.<sup>90</sup> Tähän itsenäiseen liiketoiminnan harjoittamisen kokonaisuuteen voidaan siten olettaa sisältyvän

jonkinasteinen työnantaja (joka valvoo ja ohjaa työntekoa ja jonka lukuun työ suoritetaan). Mikäli työnantaja mielletään pikemminkin liikkeeksi tai yritykseksi, voidaan työnantajan nähdä pysyvän pitkälti samana luovutuksesta huolimatta. Tätä teoriaa tukee myös ns. ankkuriteoria.<sup>91</sup> Ankkuriteoriassa työntekijä säilyttää vanhan työntekijän asemansa, vaikka muodollinen työnantaja vaihtuukin liikkeen luovutuksen yhteydessä. Siten työsuhteen voidaan nähdä olevan olemassa pikemminkin työntekijän ja tosiasiallisen työnantajan välillä.

Työnantajan määrittelyminen liikkeen luovutustilanteessa vaikuttaa siihen, miten tietyt työsuhteiden ehdot siirtyvät. Kun kilpailukieltosopimuksen tarkoituksena on suojata juuri työnantajan intressejä, voidaan kilpailukieltosopimuksen siirtymistä pätevänä sopimuksena puoltaa ainakin silloin, jos työnantajaksi määritellään tosiasiallinen työnantaja. Tällöin työnantajan toimintaan perustuvasta erityisen painavasta syystä solmitun kilpailukieltosopimuksen voitaisiin nähdä olevan voimassa edelleen saman työnantajan hyväksi, vaikkakin siihen vetoamiseen olisi muodollisena työnantajana oikeutettu luovutuksensaaja yhtiö. Toisaalta kilpailukieltosopimus on korostetun työsopimussidonnainen ehto. Kilpailukieltosopimus on alun perin sovittu työntekijän ja muodollisen työnantajan kesken. Työsopimussuhde kuitenkin vaihtuu liikkeen luovutuksen yhteydessä. Jos työnantaja käsitetään liikkeen luovutuksessa muodollisena työnantajana eli työsopimusosapuolena, voidaan kilpailukieltosopimuksen siirtyminen sellaisenaan kyseenalaistaa.<sup>92</sup>

Työnantaja olisi mielekästä käsittää liikkeen luovutustilanteissa kilpailukieltosopimusten kannalta tosiasiallisena työnantajana, sillä tämä kuvaa paremmin asioiden todellista luonnetta. Mikäli siis tosiasiallinen työnantaja pysyy samana liiketoimintakokonaisuuden luovutuksessa, on perusteltua, että myös kilpailukieltosopimuksen vetoamiseen oikeuttava erityisen painava syy säilyisi. Silti vallitseva käsitys muodollisesta työnantajasta tukee paremmin työntekijän suojelun periaatetta. Tällöin kilpailukielto ei siirtyisi automaattisesti, eikä siten työnantajan määritelmän kautta laajennettaisi erityisen painavan syyn soveltamisalaa.

### 4.3 Erityisen painavan syyn merkitys

Kilpailukiellon siirtymiseen liikkeen luovutustilanteessa voidaan nähdä vaikuttavan myös sen, millä perusteella kilpailukieltosopimus on solmittu, sillä erityisen painavan syyn täyttymistä edellytetään myös kilpailukieltosopimukseen vedotessa.<sup>93</sup> Onkin mielekästä pohtia liikkeen luovutuksessa siirtyviä erilaisten erityisen painavien syiden nojalla solmittuja kilpailukieltosopimuksia. Kilpailukieltosopimuksen tulee perustua joko työnantajan toiminnasta tai työsuhteesta johtuvaan erityisen painavaan syyhyn. Liikkeen luovutuksen kontekstissa nämä molemmat voivat muuttua, toisaalta ne voivat myös pysyä lähes muuttumattomina.

87 Karinen, Martti: KKO ratkaisut kommentein I 2005:50. Teoksessa Timonen, Pekka (toim.): KKO:n ratkaisut kommentein. Alma Talent Oy, Helsinki 2006. Verkkojulkaisu, Alma Talent Fokus, tarkistettu 8.5.2020. (Kairinen 2005), s. 49–51 ja Murto 2015, s. 75–77.

88 Esim. Huhtala, Seppo: Työnantajuus erityisesti konsernissa. Turun kauppakorkeakoulun julkaisusarja A-2:2002, Turku 2002. (Huhtala 2002), s. 191.

89 Saarinen 2015, 2.2.6 Työsopimuksen syntyminen liikkeen luovutuksen seurauksena.

90 Asia C-13/95. *Ayşe Süzen v Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice*. EU:C:1997:141 perustelujen kohta 13.

91 Kairisen kehittämästä ankkuriteoriasta ks. Kairinen 2005, s. 54 ja Huhtala 2002, s. 191–193.

92 Näin esimerkiksi ratkaisussa KKO 2005:50.

93 Saarinen 2013, s. 802.

Liikesalaisuudet ovat tavallisin syy kilpailukieltosopimuksen solmimiselle.<sup>94</sup> Liikesalaisuutta on tulkittu oikeuskäytännössä kilpailukieltosopimukseen liittyen vaihtelevasti, joskus jopa määritelmää laajentavasti.<sup>95</sup> Liikesalaisuuden määritelmä on sittemmin vahvistettu vuonna 2018 voimaan tullessa liikesalaisuuslaissa (595/2018).<sup>96</sup> Kyseisen lain voimaantulon yhteydessä muutettiin myös työsopimuslakia vastaamaan liikesalaisuuslaissa tarkoitettua liikesalaisuuden määritelmää.<sup>97</sup> Luovutuksensaajalle voi liikkeen luovutuksen yhteydessä siirtyä myös liikesalaisuuksia. Voisikin olla perusteltua ajatella, että tähän syyhyn nojaava kilpailukieltosopimus olisi pätevä myös suhteessa luovutuksensaajaan – ovathan liikesalaisuudet usein tärkeä osa liiketoimintakokonaisuutta. Toisaalta esimerkiksi uusi liikesalaisuuksien suoja paremmin turvaava liikesalaisuuslaki voisi vaikuttaa siihen, ettei luovutuksensaajalla enää olisi erittäin painavaa syytä aiemmin solmittuun kilpailukieltosopimukseen vetoamiselle, kun luovutuksensaajalla voisi olla muita vähemmän työntekijän oikeuksia rajoittavia keinoja suojella liikesalaisuuksiaan.<sup>98</sup>

Kilpailukieltosopimukselle voidaan löytää perusteita myös yrityksen tarpeesta suojata asiakkaitaan tai asiakassuhteitaan. Asiakkaan säilyttämistä on usein syytä kilpailukieltosopimuksen solmimiselle työsuhteessa. Tähän voi liittyä työntekijän avainasema suhteessa yrityksen asiakkaisiin. Mikäli myös asiakkaat siirtyvät liikkeen luovutuksen yhteydessä, voitaneen ratkaisusta KKO 2005:50 tehdä vastakohtaispäätelmä, jonka mukaan tällöin luovutuksensaajalla olisi peruste vedota kilpailukieltosopimukseen. Kilpailukieltosopimukselle voidaan helpommin nähdä olevan erityisen painava syy, mikäli se solmitaan työnantajan ja työntekijän välillä yrityksen asiakkaiden liikesalaisuuksien suojaamiseksi.<sup>99</sup> Siten tähän perusteeseen nojaava kilpailukieltosopimus tulee arvioitavaksi suhteessa luovutuksensaajaan ennen kaikkea sen perusteella, siirtyvätkö myös luovutetun liikkeen asiakassuhteet luovutuksensaajalle. Asiakkaiden siirtyminen liikkeen luovutuksen yhteydessä on myös eräs liikkeen luovutuksen tunnusmerkki.<sup>100</sup>

---

94 Heiskanen 2009, s.134.

95 KKO 2003:19.

96 Liikesalaisuuslain 2.1 § ”Tässä laissa tarkoitetaan liikesalaisuudella tietoa: a) joka ei ole kokonaisuutena tai osiensa täsmällisenä kokonpanona ja yhdistelmänä tällaisia tietoja tavanomaisesti käsitteleville henkilöille yleisesti tunnettua tai helposti selville saatavissa; b) jolla a alakohdassa tarkoitettun ominaisuuden vuoksi on taloudellista arvoa elinkeinotoiminnassa; ja c) jonka laillinen haltija on ryhtynyt kohtuullisiin toimenpiteisiin sen suojaamiseksi”.

97 HE 49/2018 vp – Hallituksen esitys liikesalaisuuslaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi, s. 115.

98 Kilpailukieltosopimusten pätevyden arvioinnissa on oikeuskäytännössä arvioitu myös rajoituksen kohtuullisuutta sekä sitä, olisiko samaan lopputulokseen päästy myös vähemmän työntekijän elinkeinovapautta rajoittavalla keinolla, ks. esim. HeHO 29.11.1989 S 89/234 ratkaisusta Koskinen 2004, s. 5.

99 HE 57/1990 vp, s. 4.

100 HE 157/2000 vp, s. 66.

Jos taas luovuttajan perusteena kilpailukieltosopimukselle olisi ollut työntekijälle kustannettu erityiskoulutus<sup>101</sup>, ei tämän syyn nojalla voida välttämättä katsoa luovutuksensaajalla olevan oikeutta vedota kilpailukieltosopimukseen sen alkuperäisen solmimissyyn nojalla. Eihän luovutuksensaaja ole tällöin ”uhrannut” mitään työntekijän eteen oikeuttaakseen kilpailukieltosopimuksen. Työntekijän suojelun periaatteesta johtuu, etteivät myöskään liikkeen luovutuksen kauppahinnassa mahdollisesti vaikuttavat erityiskoulutuksen kustannukset voi tätä kautta oikeuttaa kilpailukieltosopimukseen vetoamista tällä perusteella.

## 5. EPÄSELVYYS KILPAILUKIELTOSOPIMUSTEN SIIRTYMISESTÄ

### 5.1 Epäselvän oikeustilan ongelma

Käytännössä kilpailukieltosopimus saatetaan lisätä osaksi työsopimusta varmuuden vuoksi.<sup>102</sup> Vaikka työnantajan erityisen painavan syyn puuttuessa kilpailukieltosopimus on automaattisesti mitätön, voidaan työntekijän oikeusturvan silti nähdä vaarantuvan, mikäli hän ei osaa sopimuksen allekirjoitettuaan arvioida sen pätevyyttä tai mitättömyyttä. Työnantajan tulkintaetuoikeuden katsotaan olevan voimassa kilpailukieltosopimuksen osalta ainakin työsuhteen kestäessä, toisaalta työsuhteen päätyttyä tulee pitää oikeana sopimussidonnaisuuden rikkovaan toimintaan alkavan osapuolen käsitystä, jos asiaa ei riitauteta.<sup>103</sup> Viime kädessä kilpailukieltosopimuksen sitovuus todetaan tuomioistuimessa.

Epäselvyyttä kilpailukieltosopimuksen pätevyydestä suhteessa luovutuksensaajaan lisää entisestään se, että TSL 3:5:n mukainen kilpailukieltosopimus on mahdollista tehdä vapaamuotoisesti, jopa konkludenttisesti<sup>104</sup>. Onko siten mahdollista, että työnantajan ja työntekijän välille voidaan katsoa syntyneen esimerkiksi työntekijän aseman nojalla hiljainen kilpailukieltosopimus? Tai voiko tällainen hiljainen kilpailukielto syntyä esimerkiksi liikkeen luovutuksen vaikutuksesta seuranneesta työntekijän aseman muutoksesta? Näin tuskin voidaan katsoa työntekijän suojan ja sopimusoikeuden yleisten periaatteiden valossa. Lisäksi prosessioikeuden normaalien käytäntöjen mukaan kilpailukieltosopimukseen vetoavalla työnantajalla on asiassa näyttötaakka. Tällöin työnantajalla voi olla vaikeuksia näyttää

---

101 Mikä on HE 157/2000 vp, s. 82, mukaan pätevä edellytys kilpailukieltosopimuksen solmimiselle. Mielenkiintoista on huomata, että tämä peruste ei esimerkiksi Yhdysvalloissa voi toimia erityisen painavana syynä.

102 TEM 18/2018, s. 61 ja 63.

103 Koskinen 2004, s. 20.

104 Heiskanen, Saana: Hovioikeuskäytäntöä työoikeudellisista kilpailukieltosopimuksista. Oikeustieto 2/2015, s. 17–19. (Heiskanen 2015), s. 18.

konkludenttisesti syntynyt kilpailukiello toteen.<sup>105</sup> Ylipäätään epäselvyyttä voi aiheuttaa sopimuksen luonne, kun kilpailukieltosopimukselle ei ole laissa asetettu muotovaatimuksia.

Työnantajan tulee TSL 2:4:n nojalla tiedottaa työntekijää työsuhteen ehdoista, jos ne eivät käy ilmi kirjallisesta työsopimuksesta. TSL 2:4.2 sisältää luettelon niistä ehdoista, joista on ainakin annettava selvitystä työntekijälle ja TSL 2:4.3:n mukaan työnantajan tulee ilmoittaa myös näiden ehtojen muutoksesta.<sup>106</sup> Säännöksen luetteloa ei ole kuitenkaan tarkoitettu tyhjenteäväksi. Oikeustieteessä ei vallitse yksimielisyyttä siitä, kuuluuko kilpailukieltosopimus näihin työsuhteen keskeisiin ehtomuutoksiin, joista työnantajan tulisi tiedottaa. Koskinen näkee kilpailukieltosopimuksen työsuhteen keskeisenä ehtona siten, että työnantaja olisi velvoitettu tiedottamaan siitä työntekijälle TSL 2:4:n edellyttämällä tavalla.<sup>107</sup> Heiskanen taas katsoo, että kilpailukieltosopimus ei kuulu työnantajan ilmoitusvelvollisuuden piiriin, koska sitä ei nimenomaisesti mainita TSL 2:4.2:n luettelossa.<sup>108</sup> Kilpailukieltosopimuksen muutoksen tulisi sisältyä ilmoitusvelvollisuuteen jo säännöksen sanamuodon perusteella. Kilpailukieltosopimushan on ehto, joka rajoittaa työntekijän perusoikeutta, jolloin sitä voi perustellusti pitää myös työsuhteen keskeisenä ehtona. Vaikka kilpailukieltosopimus katsottaisiinkin TSL 2:4:n ilmoitusvelvollisuuden piirin siten, että luovutuksensaajan tulisi ilmoittaa, mikäli sen suhteen on tapahtunut liikkeen luovutuksen yhteydessä muutoksia, ei työnantajalla kuitenkaan ole laista johtuvaa velvoitetta ilmoittaa työntekijälle kilpailukieltosopimuksen solmimiseen tai vetoamiseen oikeuttavaa erityisen painavaa syytä.<sup>109</sup>

Mielenkiintoisen ongelman synnyttää TSL 2:2.1:n työnantajalle asettama tasapuolisen kohtelun velvoite, jonka mukaan työnantajan tulee kohdella työntekijöitään tasapuolisesti, jollei sillä ole työntekijän tehtäviin tai asemaan perustuvaa syytä tästä poiketa. Tasapuolisen kohtelun velvoitteesta liikkeen luovutuksen yhteydessä annetussa ratkaisussa KKO 2004:103 velvoitettiin työnantaja yhtenäistämään vanhojen ja liikkeen luovutuksessa siirtyneiden työntekijöiden palkkausehtoja.<sup>110</sup> Kilpailukieltosopimuksen ja työnantajan tasapuolisen kohtelun velvoitteen problematiikan on tuonut esille Murto.<sup>111</sup> Kun tasapuolisen kohtelun velvoitteen merkitys työoikeudessa on kasvanut ja korkein oikeus on linjannut työnantajan velvollisuudeksi pyrkiä

---

105 Oikeudenkäymiskaaren (4/1734) 17:1, jonka mukaan riita-asiassa kantajan tulee näyttää toteen ne seikat, jotka tukevat kannetta.

106 HE 157/2000 vp, s. 71.

107 Koskinen 2004, s. 5 ja 9 myös kilpailukieltosopimuksesta vapautuminen.

108 Heiskanen 2009, s. 130.

109 Vaikka esim. ylempien toimihenkilöiden neuvottelujärjestö on näin ohjeistanutkin, ks. Ylemmät toimihenkilöt YTN ry: Työsuhteeseen liittyvät kilpailunrajoitukset ja salassapito. Helsinki 2007. (YTN 2007), s. 11.

110 Vrt. Kultanen, Anna-Maija: Työsuhteen ehtojen yhtenäistäminen liikkeen luovutuksen jälkeen. Oikeustieto 6/2010, s. 13–16. (Kultanen 2010), s. 15, jossa ratkaisua on tulkittu siten, ettei ehtojen yhtenäistämistä välttämättä edellytetä, kun työnantajan mahdollisuudet tähän ovat vähäiset.

111 Murto, Jari: Kilpailukieltosopimukseen liittyvää viimeaikaista hovioikeuskäytäntöä. Oikeustieto 4/2009, s. 12–15. (Murto 2009), s. 15.

yhtenäistämään liikkeen luovutuksesta johtuvia eroja työsuhteissa, voitaisiin tätä hyödyntää arvioidessa sitä, miten käy liikkeen luovutuksessa siirtyvän työntekijän kilpailukieltosopimuksen pätevyydelle. Mikäli luovutuksensaajan palveluksessa samassa asemassa siirtyvän työntekijän kanssa työskentelevillä työntekijöillä ei ole vastaavanlaisia kilpailukieltosopimuksia, voi tämä vaikuttaa arvioon kilpailukieltosopimuksen pätevydestä suhteessa luovutuksensaajaan. Vaikutusta olisi todennäköisesti myös käytännössä, sillä erityisen painavan syyntä näyttäminen voi olla näissä tilanteissa luovutuksensaajalle hankalaa.

## 5.2 Oikeustilan selkeyttämisestä

Vallitsevan oikeustilan mukaan työntekijän ja luovuttajan välillä solmittu kilpailukieltosopimus siis siirtyy (joskaan ei välttämättä pätevä) automaattisesti työsuhteen ehtona liikkeen luovutuksen yhteydessä luovutuksensaajan hyväksi, työsopimussidonnaisuudesta huolimatta. Voidaan kuitenkin pohtia, vastaako nykyinen oikeustila liikkeen luovutusta koskevan säännöksen tavoitteita, joihin kuuluu työntekijän oikeuksien turvaaminen liikkeen luovutustilanteissa. Epäselvän oikeustilan ei voida myöskään nähdä turvaavan työnantajan etua, kun siirtyvän kilpailukieltosopimuksen pätevydestä ei ole takeita.

Tämän vuoksi oikeustilaa tulisi selkeyttää esimerkiksi siten, että työnantajalla olisi liikkeen luovutuksen yhteydessä velvollisuus TSL 2:4:n nojalla tiedottaa kilpailukieltosopimuksen päättymisestä tai jatkumisesta.<sup>112</sup> Pelkkä työntekijän epäily työsuhteen jälkeisen kilpailukiellon pätevydestä saattaa aiheuttaa sen, ettei työntekijä ota esimerkiksi työnantajan kilpailijan tarjoamaa työtarjousta vastaan. Tällöin kilpailukieltosopimus on palvelut luovutuksensaajan etua riippumatta siitä, onko se todellisuudessa pätevä vai mitätön. Toisaalta, perusteiltaan epävarma kilpailukieltosopimus ei ole luovutuksensaajankaan etu, lisäksi epävarmuus kilpailukieltosopimusten pätevydestä aiheuttaa turhaa jäykkyyttä työmarkkinoille.

Yleisimmin kilpailukieltosopimus solmitaan työnantajan liikesalaisuuksien suojaksi. Näitä säätelevä liikesalaisuuslaki, jonka tarkoituksena on parantaa liikesalaisuuksien suojaa mm. selkeyttämällä lainsäädäntöä on tullut voimaan elokuussa 2018. Laki mahdollistaa yritykselle paremmat siviilioikeudelliset oikeussuojakeinot liikesalaisuuksiensa suojaamiseen.<sup>113</sup> Jos uuden lain myötä työnantajan mahdollisuus suojata liikesalaisuuksiaan on siten parantunut, voidaan pohtia tulisiko kilpailukieltosopimuksia koskevaa sääntelyä uudistaa – jos työnantaja voi päästä oikeuksiinsa muuta, työntekijän perusoikeutta vähemmän rajoittavaa kautta. Perustellumpaa olisikin turvata liikesalaisuudet salassapitosopimuksella. Salassapitosopimuksella pikemminkin yksilöidään työntekijän lojaliteettivelvollisuuteen sisältyvä TSL 3:4:n mukainen liikesalaisuuden ilmaisukiello<sup>114</sup>, ja siten sen siirtymisestä liikkeen luovutuksen yhteydessä ei synny samanlaista

---

112 Täten kilpailukieltosopimuksen pätevyys tulisi todellisuudessa arvioiduksi.

113 HE 49/2018 vp, s. 69.

114 TEM 18/2018, s. 26–28.

epäselvyyttä kuin kilpailukieltosopimuksesta. Tarkkarajainen salassapitosopimus hyödyttäisi työsuhteen molempia osapuolia ja turvaisi paremmin molempien osapuolten intressit liikkeen luovutuksen yhteydessä.

Kilpailukieltosopimuksia koskevaan sääntelyyn on ehdotettu tehtäväksi muutoksia vuonna 2017 lakialoitteella LA 90/2017 vp TSL 3 luvun muuttamiseksi. Huhtikuussa 2020 on julkaistu luonnos hallituksen esitykseksi kilpailukieltosopimusta koskevan sääntelyn muuttamiseksi. Esityksen tavoitteena on vähentää lain edellytysten vastaisesti solmittuja kilpailukieltosopimuksia, erityisesti niitä ennaltaehkäisemällä.<sup>115</sup> Luonnos ei enää sisällä aiemmin ehdotettua säännöstä, jonka nojalla työnantajan tulisi antaa kirjallinen selvitys siitä, aikooko työnantaja vedota kilpailukieltosopimukseen, sekä yksilöidä tähän oikeuttava erityisen painava syy.<sup>116</sup> Sen sijaan luonnoksessa ehdotetaan säädettäväksi kaikkia kilpailukieltosopimuksia koskeva korvausvelvollisuus.<sup>117</sup> Hallituksen esityksen arvioidun esittelyviikon ollessa syksyllä 2020 sitä, miten kilpailukieltosopimuksia koskevaa sääntelyä tullaan lopulta uudistaman, on mahdotonta tässä arvioida.

## 6. JOHTOPÄÄTÖKSET

Vallitsevan oikeustilan mukaan kilpailukieltosopimukset siis siirtyvät luovutuksensaajalle kuten muutkin työnantajan oikeudet. Näin ei kuitenkaan todellisuudessa aina ole, sillä myös luovutuksensaajalla tulee olla erityisen painava syy sopimukseen vetoamiselle. Oikeustila on lisäksi epäselvä sen osalta, voiko luovutuksen saajan osalta erityisen painava syy olla mikä tahansa – eikä sen siten tarvitsisi olla sama kuin luovuttajalla kilpailukieltosopimusta solmittaessa. Tämä tulkinta ei vastaa työntekijän suojelun periaatteen mukaista supistavan tulkinnan vaatimusta.

Kilpailukieltosopimus on nähtävä työsopimussidonnaisena työsuhteen ehtona, sillä sen pätevyys erityisen painavan syyn edellytyksen kautta vaikuttaa suoraan sen solmijaosapuolten henkilöt. Liikkeen luovutus voi vaikuttaa näihin monella eri tavalla. Työnantajasyntävän vaihtuessa esimerkiksi kilpailuympäristö voi muuttua, jolloin myös sopimuksella kielletty työsuhteen jälkeinen kilpaileva toiminta muuttuu muotoaan. Toisaalta myös työntekijän asema

115 Luonnos 7.4.2020, s. 10.

116 LA 90/2017 vp – Lakialoite laiksi työsopimuslain 3 luvun muuttamisesta, s. 6. Sellaisenaan ehdotettu muutos olisi ollut parannus työntekijän suojaan myös liikkeenluovutustilanteissa. Työntekijä voisi luovutuksen tapahduttua tiedustella luovutuksensaajalta kilpailukieltosopimukseen oikeuttavaa erityisen painavaa syytä, sekä aiotaanko sopimukseen vedota. Tällöin luovutuksensaajan tulisi liikkeen luovutuksen jälkeen tosiasiallisesti arvioida, onko kilpailukieltosopimuksen voimassa pitämiseksi lain vaatimat edellytykset, ja ilmoittaa tästä työntekijälle.

117 Nykyisen TSL 3:5:n mukaan korvausvelvollisuus koskee vain kilpailukieltosopimuksia, joiden kesto on yli 6 kk työsuhteen päättymisestä.

yrityksessä voi muuttua liikkeen luovutuksen yhteydessä, luovuttajan palveluksessa esimiehenä toiminut työntekijä saattaa menettää suhteellisen asemansa siirtyessään luovutuksensaajalle. Myös se, mihin erityisen painavaan syyhyn kilpailukieltosopimus on perustunut, vaikuttaa sen siirtymiseen. Kilpailukieltosopimuksen siirtyminen liikkeen luovutuksen yhteydessä tulisikin ymmärtää ehdolliseksi.

Kilpailukieltosopimus on nähtävä työnantajan oikeutena, jonka vuoksi on merkitystä sillä, miten määritellään työnantaja, jolle oikeus kohdistuu. Erityisen haasteellisen tästä käsitelmäärittelystä tekee liikkeen luovutus, jossa liiketoimintakokonaisuus, joka on mahdollista nähdä työoikeudessa määriteltynä tosiasiallisena työnantajana, luovutetaan uudelle muodolliselle työnantajalle. Kun kilpailukieltosopimus on sidottu erityisen painavan syyn edellytyksen kautta työnantajaan, voidaan työnantajan käsitettä tulkittamalla ratkaista sen siirtyminen pätevästi erilaisin tuloksin. Mikäli katsotaan, että tosiasiallinen työnantaja siirtyy liikkeen luovutuksen yhteydessä, ei välttämättä ole perustetta katsoa, etteikö tällöin myös kilpailukieltosopimus siirry pätevästi. Toisaalta on kiistatonta, että muodollinen työnantaja muuttuu liikkeen luovutuksen yhteydessä, jolloin TSL 3:5:n laajentava tulkinta pätevästi siirtymisestä ei pitäisi olla mahdollista. Näin on kuitenkin joissain tapauksissa katsottu, esimerkiksi Helsingin hovioikeuden ratkaisussa S 00/2395.

Työsuhteen osapuolten etuja ei palvele epäselvä, oikeuskäytännön varaan jätetty oikeustila. Tilanteeseen voisi tuoda edes osittaisen parannuksen kilpailukieltosopimuksen ottaminen osaksi TSL 2:4:n työnantajan ilmoitusvelvollisuutta. Tästä ilmoitusvelvollisuudesta voitaisiin lisäksi säätää tarkemmin liikkeen luovutuksen osalta, kun on selvää, etteivät työsuhteen ehdot siirry TSL 1:10.2:n pääsäännön mukaisesti poikkeuksetta. Myös kilpailukieltosopimuksen painavan syyn edellytyksiä tulisi tarkistaa mm. uuden liikesalaisuuslain myötä erityisesti, kun tutkimukset ovat osoittaneet niitä käytettävän liian laajasti työsuhteissa. Oikeustilaa onkin viimein ehdotettu selkeytettäväksi lakimuutoksella.

Olisikin suotavaa, että lainsäätäjä puuttuisi myös kilpailukieltosopimusten ja liikkeen luovutuksen tulkintaongelmiin. Kilpailukieltosopimukseen liittyvä perusoikeuspunninta toisaalta työntekijän elinkeinovapauden ja toisaalta työnantajan omistusoikeuden välillä edellyttäisi lainsäädäntöä, eikä asian jättämistä oikeuskäytännön varaan. Erityisesti kun otetaan huomioon molempien ilmiöiden laajemmat taloudelliset ja yhteiskunnalliset vaikutukset, olisi perusteltua, että kilpailukieltosopimusten siirtymisen kriteereistä liikkeen luovutuksen yhteydessä säädettäisiin suoraan laissa. Vähintäänkin lainsäätäjän tulisi selkeyttää työnantajan informaatiovelvollisuutta liittyen kilpailukieltosopimukseen liikkeen luovutuksen yhteydessä.

# PROPOSED REGULATION OF THIRD-PARTY FUNDING IN INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT

Matias Tamlander<sup>1</sup>

DOI: <https://doi.org/10.33344/vol14iss1pp74-87>

Helsinki Law Review, 1/2020, pp. 74–87

© 2020 Pykälä ry, Mannerheimintie 3 B, 5th floor, 00100 Helsinki, Finland, and the author.

## Keywords:

international investment law, investor-state dispute settlement, third-party funding, ICSID, UNCITRAL

## ABSTRACT

Third-party litigation funding is increasingly used to finance legal claims in investor-state dispute settlement, with financiers funding investor claims against sovereign states in exchange for a share of potentially substantial compensation rendered in eventual arbitral awards. A chiefly unregulated phenomenon, third-party funding has been perceived especially controversial in the context of the investment arbitration regime, a system some allege is already ingrained with inequities.

Third-party funding raises numerous policy questions, such as conflicts of interests, disclosure, costs of the proceedings, and even the entire permissibility of the practice in investor-state dispute settlement. This review raises various issues and concerns related to third-party funding in investor-state dispute settlement and presents the regulatory efforts and criticism thereof with regards to the reform of rules of both the International Centre for Settlement of Investment Disputes and the United Nations Commission on International Trade Law.

## I. INTRODUCTION

The international system of investment protection has attracted a great deal of interest in legal literature and public debate in the twenty-first century. Since the 1960s, various bilateral (BIT) and multilateral investment treaties have been negotiated between countries around the world to regulate cross-border investment.<sup>2</sup> These treaties almost invariably contain a dispute settlement clause, on the basis of which the investor may refer possible disputes to arbitration. Such arbitration proceeding is known as investor-state dispute settlement (ISDS). In ISDS, the investor may, for instance, dispute whether legal reforms, amendments or administrative actions implemented by the investment host state are in breach of the investment treaty said state has signed. For investors, the economic and legal stability of the host state is a crucial condition of the investment, and investments made may also be of considerable magnitude for the economy of the host state. The purpose of ISDS has been to protect foreign investors from arbitrary state policies.<sup>3</sup> Today, the overall fairness of ISDS and motives of investors in raising claims have been under increasing academic and political scrutiny, as nearly half of known concluded ISDS cases have been decided in favour of the investor or settled, typically by unknown terms.<sup>4</sup>

The value of the arbitration award rendered to the investor in ISDS cases has averaged around EUR 473 million,<sup>5</sup> with a claim success rate of approximately 29.4%.<sup>6</sup> The average cost of the ISDS proceeding to the claimant investor has been EUR 6.5 million, while that of the respondent state has on average been EUR 4.65 million.<sup>7</sup> ISDS is thus a very expensive and high-risk process for both the investors and states. Before the end of the 1990s, there had only been fourteen International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) ISDS proceedings during the four decades of investment treaty regime,<sup>8</sup> after which the number of ICSID cases has skyrocketed to over 600 cases by 2020.<sup>9</sup> This may be explained, to some extent, by the rapid increase in the number of BITs during the 1990s, when their number increased fivefold.<sup>10</sup> The rise of cases may also continue as investors see their investments threatened by, for example,

- 
- 2 United Nations Commission on International Trade Law (UNCTAD): *Bilateral Investment Treaties 1959-1999*, UNCTAD/ITE/IIA/2, 2000 (UNCTAD 2000).
  - 3 Dolzer, Rudolf – Schreuer, Christoph: *Principles of International Investment Law*. 2nd edition, Oxford University Press, 2012 (Dolzer – Schreuer 2012), p. 1–6.
  - 4 UNCTAD: *Investment Dispute Settlement Navigator*, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement> (UNCTAD 2020). Accessed 7 November 2020.
  - 5 *Average of all known ISDS cases by 31 July 2017*. UNCTAD: *Special Update on Investor-State Dispute Settlement: Facts and Figures*, 2017, p. 1.
  - 6 *Of all ISDS cases known to date*. UNCTAD 2020.
  - 7 Hodgson, Matthew – Campbell, Alastair: *Damages and Costs in Investment Treaty Arbitration Revisited*. *Global Arbitration Review*, December 2017, <https://globalarbitrationreview.com/damages-and-costs-in-investment-treaty-arbitration-revisited>.
  - 8 Dolzer – Schreuer 2012, p. 111.
  - 9 UNCTAD 2020.
  - 10 UNCTAD 2000, p. 1.

---

1 Matias Tamlander is an LL.M. student at the University of Helsinki. This article is based on the author's Bachelor's Thesis.

climate change action curbing the use of fossil fuels.<sup>11</sup> Times of crisis have often led to a surge in ISDS claims, and the ongoing COVID-19 pandemic is no exception as governments around the globe take action to combat the virus.<sup>12</sup>

There is a growing demand for financing of expensive ISDS lawsuits with third-party funding (TPF), and investors suing states are able to turn to financiers to pay for their litigation. Dispute financing services enable the commodification of an ISDS claim that may be offered to international financial markets.<sup>13</sup> The third-party funder usually receives a compensation for the financial risk it takes in an ISDS lawsuit. This compensation consists of either a part or the entirety of the financial compensation rendered in the arbitration award. Litigation finance services may be very attractive to the claimant, as they allow monetisation of potential assets that are not easily accounted for or securitised and flexible financing of a generally expensive ISDS claim.<sup>14</sup> As investors and financiers have identified the potential of ISDS, TPF has garnered attention as states face a growing caseload questioning their policy choices. Particular attention has been paid to whether TPF increases financing of frivolous investor cases against *bona fide* state actions.

This review will firstly present the brief history, current status and impact of TPF in ISDS, including concerns related to the practice, as well as set out the main lines of development of the rules that aim to regulate TPF in ISDS. Furthermore, this review will display criticism among various ICSID member states that the rules reform of ICSID has provoked. Lastly, the review will also introduce opinions of ISDS TPF regulation presented during the similar but separate rules amendment process of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL).

- 
- 11 Tienhaara, Kyla: Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement. Transnational Environmental Law, Cambridge University Press, 2017, p. 229-233. Some scholars argue that ISDS causes "regulatory chill" (i.e. a hypothesis that states fail to regulate various issues of public interest due to the threat of ISDS).
  - 12 See e.g. Columbia Center on Sustainable Investment: Call for ISDS Moratorium During COVID-19 Crisis and Response 6 May 2020 <http://ccsi.columbia.edu/2020/05/05/isds-moratorium-during-covid-19/>. Accessed 7 November 2020.
  - 13 International Council for Commercial Arbitration: Report of the ICCA-Queen Mary task force on third-party funding in international arbitration, 2018 (ICCA-Queen Mary 2018), p. 37.
  - 14 Guven, Brooke – Johnson, Lise: The Policy Implications of third-party funding in Investor-State Dispute Settlement, Columbia Center on Sustainable Investment Working Paper, 2019 (Guyen – Johnson 2019), p. 1.

## 2. TPF IN ISDS AND ITS IMPACT ON PROCEEDINGS

### 2.1 Definition of TPF

The involvement of third parties in other people's disputes is not a novel practice, as its roots date back to early civil law jurisdictions.<sup>15</sup> In its current form, TPF in ISDS has however remained largely unregulated.<sup>16</sup> Traditionally, TPF has been banned in common law jurisdictions under prohibitions against maintenance and champerty, whereas in civil law jurisdictions the practice has attracted little regulatory attention.<sup>17</sup> Contemporary regulation of TPF in ISDS is sparse and fragmented, although in some recent trade agreements the scheme has been regulated. For the most part, TPF has been allowed in investment treaties and agreements,<sup>18</sup> while in some treaties it has been completely banned in ISDS.<sup>19</sup>

TPF is a contractual arrangement defined and agreed upon in the funding agreement between the financier and the party to the dispute. The funder financier has myriad options to finance the litigation, for example in the form of insurance, loan, corporate finance, capital investment, purchase of a company's securities, donation, or as a representation agreement, as long as the purpose of the funding is to generate a profit for the funder through a successful ISDS claim.<sup>20</sup> The funding is usually channelled through a special purpose vehicle (SPV) that is established to limit the financial liability of the funder.<sup>21</sup> These legal entities are usually created and registered in tax havens.<sup>22</sup>

- 
- 15 Solas, Gian Marco: Third party funding: Law, economics, and policy. Cambridge: Cambridge University Press, 2019, p. 18.
  - 16 See e.g. UNCITRAL: A/CN.9/WG.III/WP.172, August 2019, p. 3.
  - 17 Guven – Johnson 2019, p. 15.
  - 18 Hong Kong and Singapore, for example, have repealed regulations that prevented the use of TPF in arbitration proceedings. Furthermore, the free-trade agreement between Canada and EU (CETA) allows the use of TPF under certain conditions.
  - 19 Guven – Johnson 2019, p. 39. TPF is completely prohibited, for instance, in the BIT between Argentina and the United Arab Emirates.
  - 20 ICCA-Queen Mary 2018, p. 33-37.
  - 21 See e.g. Guven – Johnson 2019, p. 5 and Veljanovski, Cento: Third-Party Litigation Funding in Europe. The Journal of Law, Economics & Policy, George Mason University School of Law, Volume 8, Number 3, 2012 (Veljanovski 2012), p. 430. SPV's are companies that are separate from the financier company and are usually established for tax and insolvency reasons. The financier company may limit its liability of an adverse costs award with an SPV.
  - 22 Ibid.



Because of lack of regulation, TPF has not been defined in the most used ISDS arbitration rules, the ICSID and UNCITRAL rules.<sup>23</sup> Due to diversity of financial instruments and virtually endless possible forms of funding, a comprehensive definition is difficult to create.<sup>24</sup> Regulation in the most used arbitration rules would be needed to ensure a harmonised process in ISDS proceedings. In the extensive ICCA-Queen Mary -report carried out by the International Council for Commercial Arbitration (ICCA), a multifaceted definition of a TPF contract is proposed:

*“a contract or agreement by a party or potential party to dispute resolution proceedings with a Third-Party Funder for the funding of all or part of the costs of the proceedings in return for a share or other interest in the proceeds or potential proceeds of the proceedings to which the party or potential party may become entitled.”<sup>25</sup>*

The report also states that it would be appropriate to create a broad definition of the term so as not to exclude forms of financing from the scope and to toughen circumvention of the regulation.<sup>26</sup>

## 2.2 Impact of TPF on ISDS

### 2.2.1 Background

TPF in ISDS has grown vastly in popularity since the last millennia.<sup>27</sup> Its rise in popularity has been estimated to be largely due to financial risk management, as particularly small and medium-sized enterprise investors often lack the funds required to go through expensive ISDS proceedings.<sup>28</sup> Lack of funds makes it popular to refer to the basic principle of *access to justice* when justifying use of TPF,<sup>29</sup> although the investor often retains the possibility to bring the claim before a national court, a process which would not require as much funds as arbitration proceedings.<sup>30</sup> The investor may want to have the case heard before an arbitral tribunal for various reasons, e.g. the proceeding is generally not public, the investor has the opportunity to influence the choice of arbitrators, and the investor may not want the case to be handled in a national court. The private nature of the proceedings and outcome, hallmark attributes of ISDS, is one of the most important differences when compared to national court proceedings.

---

23 UNCTAD 2020. Of known ISDS cases, the rules account for 85% of cases, 53% and 32% respectively.

24 ICCA-Queen Mary 2018, s. 47.

25 ICCA-Queen Mary 2018, p. 57.

26 Ibid., p. 50.

27 Eberhardt, Pia – Olivet, Cecilia: Profiting from injustice. How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom. Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute, 2012 (Eberhardt – Olivet 2012), p. 7.

28 von Goeler, Jonas: Third-party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure. International Arbitration Law Library, Volume 35, Kluwer Law International, 2016, (von Goeler 2016) p. 54.

29 Ibid., p. 82–87.

30 Guven – Johnson 2019, s. 13.

### 2.2.2 Disclosure of TPF

Currently, according to ICSID and UNCITRAL arbitration rules, the ISDS investor claimant has no obligation to disclose that it has received TPF. Some have argued that this non-disclosure can create conflicts of interest between third-party funders and members of arbitral tribunals. The arbitrators do not have the opportunity to abstain on basis of conflict of interest if the real beneficiary of the dispute to be resolved is unclear.<sup>31</sup> The parties may agree in the funding agreement between the funder and the claimant, for example, that the funder may, in return for its funding, define how the case should be handled and who the claimant investor should choose as the arbitrator for the case.<sup>32</sup> Such financier stewardship and the lack of disclosure has been particularly debated due to the extremely limited number of experienced arbitrators involved in ISDS.<sup>33</sup> These arbitrators often also maintain well-established professional relationships with ISDS financiers, which has been considered problematic due to possible conflicts of interest.<sup>34</sup>

It is noteworthy that tribunals do already have extensive rights to request parties to disclose information regarding the proceeding. For instance, in ICSID case *Muhammet Cap & Sehil Insaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. V. Turkmenistan*, the arbitral tribunal ordered the claimants to disclose whether the claim was being funded by a third party, disclose the identity of the funder and the terms of the funding agreement.<sup>35</sup> Although arbitrators often refer to earlier cases, there is no doctrine of precedent in international arbitration, meaning ISDS case law is non-binding and disclosure of TPF has therefore remained limited.

### 2.2.3 Impact on the number of proceedings and settlement

It has been argued that the use of TPF may increase the overall number of ISDS proceedings. With TPF, the claimant investor may initiate high-risk claims as the funder takes the financial risk on behalf of the claimant.<sup>36</sup> Some studies have shown that TPF has increased the number of ISDS class actions.<sup>37</sup>

---

31 ICCA-Queen Mary 2018, p. 82.

32 ICCA-Queen Mary 2018, p. 75–76.

33 See e.g. UNCTAD 2020. Of known ISDS cases, a small number of individuals have been appointed to over 20 proceedings, with some arbitrators involved in over 50 cases.

34 ICCA-Queen Mary 2018, p. 82.

35 Muhammet Cap & Sehil Insaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. V. Turkmenistan, ICSID ARB/12/6.

36 Guven – Johnson 2019, p. 33.

37 Lamm, Carolyn – Hellbeck, Eckhard R.: Third-party funding in international investment arbitration – Introduction and Overview in *Third-party Funding in International Arbitration*. International Chamber of Commerce, 2013 (Lamm – Hellbeck 2013), p. 106. In the Stockholm Chamber of Commerce (SCC) case *Quasar de Valores and Others v. Russia*, SCC 24/2007, Russia was sued by a small group of shareholders of oil company Yukos due to tax sanctions that consequently led to the bankruptcy of Yukos. The shareholders' lawsuit was funded by the former main shareholder of the company, Menatep, with the intention of creating a favourable case to support its own claim. Menatep was later awarded \$50 billion in compensation.

According to one study, TPF has increased the number of amicably resolved ISDS proceedings.<sup>38</sup> However, due to a lack of available case material, little research has been conducted.<sup>39</sup> A common concern is that especially middle-income and low-income countries are often poorly conditioned to deal with ISDS proceedings or even evaluate the grounds of the ISDS claim.<sup>40</sup> The mere participation of an experienced third-party funder in the claim may lead to increased willingness of the respondent state to settle the matter.<sup>41</sup> As the investor claimant receives access to the funder's expertise and networks, the respondent state usually has to invest an equivalent financial stake in order to defend.<sup>42</sup> Subsequently, this raises the costs of both parties, and explains the immense amount of expenses usually incurred in ISDS arbitration proceedings.

In *Philip Morris v. Uruguay*, the amount of the investor's claim for compensation was almost the same as the legal costs incurred in the ISDS proceeding itself.<sup>43</sup> The case was exceptional, because it is one of the few examples where a state has received TPF. The TPF was provided by not-for-profit financiers to support Uruguay in its defence tightening the country's tobacco regulation. Such arrangements remain rare and have mainly been limited to cases where the funder has a political or other procedural interest in the matter.<sup>44</sup> Therefore, low-income countries do not, in principle, receive for-profit TPF to defend their legislative measures against ISDS claimants, as the funding is seldom financially profitable.

The growth of number of cases resolved amicably has highlighted the need for regulation of TPF. According to statistics, almost 90% of investor claimants emanate from high-income countries, whereas only over a fourth of respondent states were high-income.<sup>45</sup> As middle-income and low-income countries may have difficulties to assess their chances of success in an individual case and the cost of the arbitration, settling the case may be the simplest solution

for the state, even if the case was frivolous.<sup>46</sup> Assessing chances of success is also hampered by the fact that the arbitral precedent is non-binding, and there is no direct right of appeal of the arbitration award under the ICSID rules.<sup>47</sup>

## 2.2.4 Funder conduct in ISDS proceedings

With sophisticated economic modelling and accumulated arbitral expertise, the funder can assess whether investment in an ISDS claim is profitable. According to some estimates, only one in ten investors that apply for TPF will receive funding.<sup>48</sup> Third-party funders are often specialised financial companies with vast investments in ISDS proceedings. The funder may also diversify their individual case risk with so-called portfolio financing, in which various claims are combined into a financial portfolio. The success of the portfolio is measured by the joint success of the proceedings.<sup>49</sup>

Some argue that portfolio financing exemplifies the risks that financiers may be willing to take to maximise profits, as it allows the funder to take massive risks in individual cases that are counterbalanced with ISDS proceedings with reduced risk. Permissibility of TPF has been defended with the assumption that only valid cases are funded, but it may be argued that in the international financial markets many frivolous cases will ultimately find funding due to high-risk, high-reward mentality.<sup>50</sup> In high-risk cases, the terms of the funding agreement between the investor and the funder are strictly agreed to protect the interests of the funder.<sup>51</sup> According to some financiers, significant risks should be taken when choosing cases to maximise profit.<sup>52</sup>

TPF also raises questions regarding the choice of law of the proceeding as the funder is often established in a third country. The investor claimants also often draw up the funding agreement with a separate SPV established by funder companies. Questions arise, for example, as to which law applies to the arbitration, the funding agreement and the legal services provided, and if the SPV has at least some level of decision-making power over the proceeding, which effect this change of beneficiary has on the choice of law.<sup>53</sup> In the case *Teinver v. Argentina*, the arbitral tribunal found that the entry of a funder to the proceeding was not problematic, as it occurred after the commencement of the arbitration. According to the case, subsequent verification of

---

38 Chen, Daniel L.: Can Markets Stimulate Rights? On the Alienability of Legal Claims. 46 *Rand Journal of Economics*, 2015, p. 49–50.

39 ICCA-Queen Mary 2018, p. 204.

40 See e.g. UNCITRAL A/CN.9/WG.III/WP.147, 11 April 2018, Comments by the Government of Thailand, p. 4.

41 Sharp, Geoff – Marsh, Bill (ed.): A New Seat at the Mediation Table? The Impact of Third-Party Funding on the Mediation Process (Part 2). *Kluwer Mediation Blog*, Wolters Kluwer, 1 April 2017, <http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2017/04/01/7498/> (Sharp – Geoff 2020). Accessed 7 November 2020.

42 Sharp – Geoff 2020, p. 75.

43 *Philip Morris v. Uruguay*, ICSID ARB/10/7. In the case, the cigarette and tobacco manufacturing company filed a case against Uruguay due to government proposals for stricter tobacco regulation. There are fears that the threat of similar lawsuits could have a chilling effect on tobacco regulation reforms especially in middle-income and low-income countries. See e.g. *Brekoulakis, Stavros – Rogers, Catherine*: Third-Party Financing in ISDS: A Framework for Understanding Practice and Policy. *Academic Forum on ISDS*, October 2019 (Brekoulakis – Rogers 2019), p. 25.

44 Brekoulakis – Rogers 2019, p. 7.

45 Samples, Tim R.: Winning and Losing in Investor-State Dispute Settlement. *American Business Law Journal*, Volume 56, Issue 1, 2019, p. 143.

---

46 Guven – Johnson 2019, p. 34.

47 *Ibid.*, p. 34.

48 ICCA-Queen Mary 2018, p. 25.

49 *Ibid.*, p. 203.

50 *Ibid.*, p. 254. According to one financier, many cases that are rejected in the financier's risk assessment process as very high-risk and unmeritorious nevertheless end up as ICSID procedures funded by other financiers.

51 Eberhardt – Olivet 2012, p. 59.

52 *Ibid.*

53 Lamm – Hellbeck 2013, p. 104–106. See e.g. ICSID cases *CSOB v. Slovak Republic* and *Loewen v. United States*.

jurisdiction is not performed.<sup>54</sup> The subsequent funder-investor relations and their effect on jurisdiction can cause confusion in the context of international financial markets, as the original third-party funder may refinance the case and redistribute risks with a set of new financial instruments, further obscuring actual beneficiaries of the case.<sup>55</sup>

### 2.2.5 Distribution of costs

Sharing the costs of arbitration may also create problematic situations in the proceeding. Currently, no regulation nor ISDS arbitral precedent principles regarding sharing the costs of third-party funded arbitration exist,<sup>56</sup> even in situations where the third-party funder has been active in evoking the claim.<sup>57</sup> Thus, the decision regarding the costs is left to the discretion of the arbitral tribunal, which means that the claimant and the respondent state may have to pay their own legal costs even if the claim funded by the third-party funder is unsuccessful. In arbitral precedent, TPF has not been recognised as a factor that would affect the apportionment of costs. As states do not have a direct right to initiate counterclaims under investment treaties, the respondent state may not be entitled for compensation for its legal costs, even when the claim has been frivolous.<sup>58</sup>

There is also a lack of regulation regarding security for costs as an interim measure. Currently, the investor receiving TPF is not required to pay a deposit to cover the state's legal costs, were the claimant to lose the case. According to some opinions, the mere fact that the claimant has to rely on TPF is evidence that the security for costs is justified.<sup>59</sup> In the ICSID case *S&T Oil v. Romania*, the respondent state was unaware that the claimant was receiving TPF.<sup>60</sup> If the state had been aware of the funding in the case, it would have applied for a security for costs to ensure the claimant's solvency in the case the claim would be unsuccessful. Security for costs would be necessary to ensure payment of the adverse award, particularly in situations where the funder has established an SPV with limited capital.<sup>61</sup> The ordering of security for costs has been rare in ISDS awards, as tribunals have often invoked detailed grounds for refusal.<sup>62</sup> The conditions for ordering a security have been very strict, and have mainly been limited to cases where a claimant has previously refused to pay the adverse costs award.<sup>63</sup>

---

54 *Teinver v. Argentina*, ICSID ARB/09/1.

55 Eberhardt – Olivet 2012, p. 58.

56 See e.g. ICSID case *Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs v. Georgia*, ICSID Case No. ARB/07/15, where it is stated that no principles regarding distribution of costs in previous TPF cases exist.

57 Lamm – Hellbeck 2013, p. 107.

58 ICCA-Queen Mary 2018, p. 203.

59 *Ibid.*, p. 203.

60 *S&T Oil v. Romania*, ICSID ARB/07/13.

61 *Veljanovski* 2012, p. 430. SPV's are established especially due to insolvency reasons.

62 Brekoulakis – Rogers, p. 17–18. In arbitral precedent, the fact that the respondent state has e.g. not been able to prove the insolvency of the investor claimant has been a ground for refusal.

63 ICCA-Queen Mary 2018, p. 174.

## 2.3 Opposition to TPF regulation

Regulatory proposals of TPF have also been criticised, mainly by funders, as overreaching and unnecessary.<sup>64</sup> The main advantages of arbitration as opposed to national court processes are flexibility and speed that are meant to streamline the proceeding. It may be argued that disclosing TPF is not necessary, as it is the state that has caused circumstances that force the investor to invoke ISDS.<sup>65</sup> The fact that the investor would have to use its funds to go forward with litigation is ultimately detrimental to the claimant's business. Many funders and arbitrators have also claimed that TPF has not been a major issue in ISDS, and no situations of conflict of interest have incurred.<sup>66</sup> According to one funder, TPF should not be regulated, as there have been very few issues, notwithstanding the multi-billion dollar market value of the third-party litigation financing industry,<sup>67</sup> although e.g. *S&T Oil v. Romania* exemplified that there is limited information available regarding funding agreements and various issues they may cause. One funder has also commented that TPF should not be regulated, as funders also fund respondent states.<sup>68</sup> However, funding provided to states is costly and remains uncommon.

It has also been suggested that the disclosure obligation could lead to situations where the state can, with unfounded action, prolong the arbitration proceedings by requesting unnecessary details of the funding agreement and the impact of the agreement on the proceeding.<sup>69</sup> Practices regarding confidentiality and legal privilege vary in civil law and common law jurisdictions, and the disclosure of protected documents may be solely at the discretion of the parties.<sup>70</sup> If the party does not disclose the funding agreement despite the request of the tribunal, this may be relevant to the reasoning of the award.

Some have also argued that the wide definition of funding leaves too much room for interpretation, as the complexity of financial instruments may lead to situations where the funding is not *prima facie* received for ISDS proceeding purposes.<sup>71</sup> One example would be a situation where the third-party funder purchases a majority holding of the claimant investor's company, simultaneously obtaining control of the board of directors of the investor company.<sup>72</sup> In this case, the third-party funder is not a "non-party" of the proceeding, but a shareholder of the investor company.

---

64 See e.g. ICSID: Compendium of State and Public Comments on WP #1, 15 March 2019, [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/Compendium\\_Comments\\_Rule\\_Amendment\\_3.15.19.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/Compendium_Comments_Rule_Amendment_3.15.19.pdf) (ICSID Compendium on WP #1), p. 154–179. Accessed 7 November 2020.

65 Brekoulakis – Rogers 2019, p. 1.

66 See e.g. Burford Capital: Comments on the Proposed Amendments to the ICSID Rules, 28 December 2018 (Burford Capital 2018), p. 6.

67 See e.g. Woodsford Litigation Funding: Response to Consultation on ICSID Rules, 31 March 2017.

68 Eberhardt – Olivet 2012, p. 60.

69 See e.g. Judge Charles N. Brower: Comments to ICSID's proposed Chapter III. 16 December 2018, p. 3 and Möller, Gustaf: Comments on ICSID Rules Amendments – AR Rules. 20–22. 27 December 2018..

70 ICCA-Queen Mary 2018, p. 138.

71 Burford Capital 2018, p. 5.

72 Brekoulakis – Rogers 2019, p. 6..

The assessment of the issue remains with the arbitral tribunal that should determine whether acquisition of the company's ownership is TPF. The tribunal must also consider the condition of dependent remuneration when assessing aforesaid arrangements.

### 3. ICSID, UNCITRAL AND THE PROPOSED REGULATION OF TPF

#### 3.1 ICSID proposals

As already mentioned above, majority of ISDS proceedings are resolved under the rules of ICSID in institutional arbitration.<sup>73</sup> The popularity of ICSID rules compared to other arbitrational rules is based on several factors. The ICSID proceeding is completely independent and arbitration awards are with some exceptions final and binding, and national courts or other external bodies may not assess the legality of the award.<sup>74</sup> Arbitration awards and monetary compensation therein must be recognised in each ICSID Convention member state in the same way as judgments of last instance.<sup>75</sup>

The ICSID rules do not currently regulate TPF, but ICSID has proposed changes in the rules regarding TPF as part of a comprehensive modernisation project. Its timetable remains unclear due to the COVID-19 pandemic.<sup>76</sup> The ICSID proposals define TPF through a disclosure obligation as follows:

*"A party shall file a written notice disclosing the name and address of any non-party from which the party, directly or indirectly, has received funds for the pursuit or defense of the proceeding through a donation or grant, or in return for remuneration dependent on the outcome of the proceeding ("third-party funding")."*<sup>77</sup>

The ICSID definition mimics the definition developed by ICCA. Furthermore, the claimant is required to notify ICSID of any changes to the information of the notice. There is no direct sanction for violating the disclosure obligation, but the tribunal may take the violation into account when determining the apportionment of costs. The rules do not require disclosure of information regarding the funding agreement unless the tribunal deems it necessary during the proceeding. In addition, the rules provide that TPF by itself is not sufficient to justify an order for security for costs but may form part of such evidence to order the security.<sup>78</sup>

---

73 Dolzer – Schreuer 2012, p. 238.

74 Ibid., p. 239.

75 Reed, Lucy – Paulsson, Jan – Blackaby, Nigel: Guide to ICSID Arbitration. 2nd edition, Kluwer Law International, 2010.

76 ICSID: Proposals for Amendment of the ICSID Rules, Working Paper #4, Volume 1, February 2020 (ICSID Working Paper #4), p. 1.

77 ICSID Working Paper #4, p. 37.

78 Ibid., p. 58–59.

The ICSID regulation proposals favour transparency and case-by-case measures instead of strict regulation. In ICSID working papers it is stated that the sole purpose of the disclosure obligation is to avoid conflicts of interest, and that disclosure requirement of contents of the funding agreement is not part of the regulatory reform.<sup>79</sup> According to ICSID, the rules regarding disclosure of confidential information may already prevent the disclosure of the conditions of the funding agreements during proceedings.<sup>80</sup>

#### 3.2 How have the ICSID proposals been criticised?

The ICSID proposals have been seen by many as insufficient to regulate TPF, as the reform takes no position on many aspects of TPF, such as the right of the funder to define and direct action of the claimant investor.<sup>81</sup> In the proposals, ICSID justifies the changes through existing regulation and established arbitral precedent. In several sections of the ICSID working papers it is stated that proposals made by various ICSID member states are inconsistent with praxis and existing TPF regulation.<sup>82</sup> The working papers also state in several passages that the tribunal is already entitled to decide on certain matters, which member states have required to be regulated.<sup>83</sup>

The ICSID secretariat has not deemed it necessary to consider prohibition of TPF in ISDS despite demands by several countries. ICSID has focused mainly on the transparency of TPF but some suggest that the mere increase in transparency is not sufficient to solve various major issues of TPF,<sup>84</sup> such as the rise in amicably settled cases where the investor claimant has received TPF. Despite many proposals and criticism by various countries, including both low- and high-income countries,<sup>85</sup> ICSID has opted not to create a requirement of direct disclosure of the funding agreement. ICSID argues that there is no need for rules regarding disclosure because the practice of disclosing the funding agreement has not been widely demanded or established as a precedent in arbitration, and that current arbitration rules nor investment treaties do not require the disclosure of the funding agreement.<sup>86</sup> Furthermore, ICSID justifies the proposals with investment treaties drawn up by high-income countries, such as the Comprehensive

---

79 ICSID Working Paper #1, p. 136.

80 Ibid.

81 Guven – Johnson 2019, p. 43.

82 ICSID Working Paper #1, p. 133 and p. 262; ICSID: Proposals for Amendment of the ICSID Rules, Working Paper #2, Volume 1, March 2019 (ICSID Working Paper #2), p. 122.

83 ICSID Working Paper #1, p. 138

84 See e.g. Codeco, Rafael Ramos – Sachtim, Henrique Martins: ICSID Rule Amendment: An attempt to remedy some of the concerns regarding ISDS identified by UNCITRAL WG III. Investment Treaty News, International Institute for Sustainable Development, 02 October 2019, <https://www.iisd.org/itn/en/> (Analysis -> Quarterly Journal Archives -> October 2019). Accessed 7 November 2020.

85 Submitted statements are available in ICSID Compendium on WP #1 and *ICSID: Compendium of State and Public Comments on WP #2*, 28.6.2019 (ICSID Compendium on WP #2), [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/State\\_Public\\_Comments\\_WP2.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/State_Public_Comments_WP2.pdf). Accessed 7 November 2020. See e.g. ICSID Compendium on WP #1 pp. 153–154, 162–163 and 167 and ICSID Compendium on WP #2 pp. 63, 68 and 70.

86 ICSID Working Paper #1, p. 136.

Economic and Trade Agreement (CETA) free-trade agreement between Canada and the EU, the free-trade agreements between EU and Vietnam, EU and Singapore and the rules drafted by the Singapore International Arbitration Centre (SIAC).<sup>87</sup> Both the EU and Singapore have been pleased with the rules put forward by ICSID with Singapore commending the proposed regulation as "sufficiently flexible".<sup>88</sup> In addition, various countries, including some in the EU that have not faced ISDS proceedings, have supported the proposals.<sup>89</sup> The written statements of the United States or United Kingdom are not public although according to statistics, the majority of ISDS investor claims originate from these countries.<sup>90</sup> Alongside the US and UK, most investor claims stem from various EU countries.<sup>91</sup>

In addition to proposals requiring the disclosure of the funding agreement, ICSID has ignored proposals regarding security for costs and disclosure obligation thereof,<sup>92</sup> direct sanctions for violation of TPF rules<sup>93</sup> and a more precise definition of TPF.<sup>94</sup> ICSID has reasoned its stance by maintaining that the arbitral tribunal already has a wide array of methods to address the issues raised.<sup>95</sup> ICSID has clearly taken a defensive stance in the process, and pursues a result where the ICSID rules correspond to regulation already introduced in other international instruments to reach a harmonised approach to treatment of TPF.<sup>96</sup>

### 3.3 How has UNCITRAL approached ISDS TPF regulation?

ISDS proceedings resolved ad hoc under UNCITRAL Arbitration Rules account for approximately a third of known ISDS cases.<sup>97</sup> UNCITRAL's regulatory process regarding TPF in ISDS is still at an early stage, but compared to ICSID, the process has progressed noticeably differently. In its working papers, UNCITRAL emphasises the need for research on TPF and its effects on ISDS to better understand the regulatory need.<sup>98</sup> UNCITRAL has set out to collect relevant data with the help of different groups, including investors and third-party funders.<sup>99</sup> As in the ICSID regulation process, states have given varying proposals on how to regulate TPF. The UNCITRAL working papers assert that one of the aims is to reach a harmonised solution with ICSID TPF rules.<sup>100</sup>

---

87 Ibid., p. 136.

88 ICSID Compendium on WP #1, p. 166.

89 ICSID Compendium on WP #2, p. 71. According to statistics by UNCTAD, many ISDS investors emanate from Luxembourg. The country has favoured light regulation of TPF, citing financing needs of small and medium-sized enterprises.

90 UNCTAD 2020.

91 Ibid.

92 ICSID Compendium on WP #1, 15.3.2019, Comment by Panama, p. 166.

93 Ibid., Comment by China, p. 157 and Comment by Spain, p. 167.

94 Ibid., Comment by Georgia, p. 159, Comment by Spain, p. 167, Comment by Ukraine, p. 169.

95 ICSID Working Paper #2 2019, p. 121–123

96 ICSID Working Paper #1, p. 135. The instruments mentioned by ICSID are mainly creations of high-income capital exporter countries.

97 UNCTAD 2020.

98 UNCITRAL: A/CN.9/1004, p. 18.

99 Ibid.

100 Ibid.

However, the UNCITRAL proposals have been more vocal regarding frivolous claims. The biggest difference between the remarks made by UNCITRAL and ICSID is whether TPF should be limited to cases where the parties, particularly small and medium-sized enterprises, have insufficient resources to invoke the ISDS proceeding.<sup>101</sup> The UNCITRAL proposals have also considered the role of mediation and TPF in ISDS.<sup>102</sup> UNCITRAL has, when compared to the ICSID process, also explicitly addressed concerns put forward by countries, and has in its proposals referred to treaties in which TPF has been strictly regulated or completely banned.<sup>103</sup> UNCITRAL has in the context of its overall reform considered establishment of a new advisory centre, that could offer low-cost advice and enable especially low-income countries to assess merits of ISDS claims.<sup>104</sup>

## 4. CONCLUSION

TPF implies many policy issues that demand deliberation and resolution in the context of ISDS. The timetable for the ICSID rules amendment process has been postponed later to 2021 due to the COVID-19 pandemic,<sup>105</sup> and proposed amendments to ICSID rules must be approved by a two-thirds majority by the Administrative Council of ICSID, which comprises of representatives of member states. The UNCITRAL process is also facing delays, with next meeting of the Working Group III planned for April 2021.<sup>106</sup>

Finding a unison approach to TPF regulation may seem like a laborious task due to the controversial and political nature of the practice. The issue is further complicated by lack of research data on TPF, and further deliberation will show whether this fundamental challenge can be resolved in the UNCITRAL process. In recent years, many developing countries have withdrawn or considered an exit from the ICSID Convention.<sup>107</sup> It remains to be seen to what extent the final proposals are able to balance between investor and state interests regarding regulation amid increasing inquiry and criticism of the investment arbitration system.

---

101 UNCITRAL: A/CN.9/1004, p. 18–19.

102 Ibid.

103 UNCITRAL: A/CN.9/WG.III/WP.172, p. 3.

104 UNCITRAL: A/CN.9/WG.III/WP.168.

105 ICSID: Annual Report 2020, 21 September 2020, [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/annual-report/en/ICSID\\_AR20\\_CRA\\_Web.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/annual-report/en/ICSID_AR20_CRA_Web.pdf), p. 4. Accessed 7 November 2020.

106 UNCITRAL: LA/TL 133 (3–7) 39th, p. 1.

107 In recent years, Bolivia, Ecuador, and Venezuela have withdrawn from the ICSID Convention. In addition, many major developing countries such as India, Brazil and Russia have not ratified the ICSID Convention or acceded to the organisation.

# NON-STATE ACTORS IN THE INTERNATIONAL CLIMATE CHANGE REGULATORY FRAMEWORK

Sina Bergmann<sup>1</sup>

DOI: <https://doi.org/10.33344/vol14iss1pp88-100>

Helsinki Law Review, 1/2020, pp. 88–104

© 2020 Pykälä ry, Mannerheimintie 3 B, 5th floor, 00100 Helsinki, Finland, and the author.

## Keywords:

Climate change, Non-state actors, Global climate governance, United Nation Framework Convention on Climate Change, the Paris Agreement, Orchestration, Mitigation, Conference of the Parties

## ABSTRACT

Global climate governance is multilateral and involves both state and non-state actors. This study sets to identify the ways in which non-state actors can access and participate in the international climate change regime under the UNFCCC and the 2015 Paris Agreement and to evaluate how they can influence law-making processes and outcomes under the agreements. The study further provides recommendations on how the involvement of non-state actors can be improved under the agreements. The study emphasizes that under the UNFCCC, non-state actors have an important role in acting as intermediaries under the orchestration governance model and in participating to the Conference of Parties and under the Paris Agreement, by exerting influence on state's nationally determined contributions. The study suggests that the role of non-state actors in formulating nationally determined contributions and in participating to the Conference of Parties should be further formalised and that the NAZCA portal should be improved.

---

1 LL.M., University of Helsinki. This article is based on a research essay written for a course on Environmental Law.

## I. INTRODUCTION

The former United Nations Secretary-General Ban Ki-moon has characterised climate change as the “defining issue of our age”.<sup>2</sup> Climate change is not only a matter of concern for nation states but also other actors in the political, economic and societal sphere. World politics has moved away from a state-centric system towards a transnational one, in which nation states are not anymore the only players in the field.<sup>3</sup> In nearly every sector of world politics, actors other than nation states are playing a larger role in international governance.<sup>4</sup> This is ever more so in the realm of climate change policy as it is a sector that affects nearly every aspect of economy.<sup>5</sup> In fact, the international arena of climate policy making has been described as being one of ‘hybrid multilateralism’ – a mix and mingle of state and non-state actors (hereinafter ‘NSAs’).<sup>6</sup> The role of NSAs in combatting climate change is an important one, since they have the potential of exerting considerable influence on decision makers, help build political support for climate action, and through their own actions, contribute to climate governance by developing new policies and business models.<sup>7</sup> There is no universal definition of NSAs but are often considered to consist of business entities, nongovernmental organisations, activist groups, intergovernmental organisations, city networks, oil companies, trade unions, civil society and many more.<sup>8</sup>

The aim of this study is threefold. Firstly, the article attempts to identify the ways in which NSAs can access and participate in the international climate change regime under the 1992 United Nations Framework Convention for Climate Change (hereinafter the ‘UNFCCC’) and the 2015 Paris Agreement (hereinafter referred as ‘Agreement’ and together as the ‘Agreements’). Secondly, the paper aims to evaluate the extent to which these opportunities to access and participate in the Agreements enable NSAs to influence law-making processes and outcomes. Thirdly, this study will provide recommendations on how to improve the involvement of NSAs under the Agreements. While these three objectives are broad, the goal of the study is not to

- 
- 2 UN Secretary-General: Opening remarks at 2014 Climate Summit [online]. Available from: <https://www.un.org/sg/en/content/sg/speeches/2014-09-23/opening-remarks-2014-climate-summit> [accessed 26 June 2020].
  - 3 M. Ataman, ‘The Impact of Non-State Actors on World Politics: A Challenge to Nation-States’, 2 *Turkish Journal on International Relations* 1, 2003, p. 42.; T. Hale, ‘The Role of Sub-state and Non-state Actors in International Climate Processes’, Catham House: Energy, Environment and Resources Department, 2018, p. 2.
  - 4 Hale, 2018, p. 2.; J. Kuyper et al., ‘Non-state Actors in hybrid global climate governance: justice, legitimacy and effectiveness in a post-Paris area’, *WIREs Climate Change* 9, 2018, p. 1.
  - 5 Hale, 2018, p. 2.; C. Streck, ‘Innovativeness and Paralysis in International Climate Policy’, 1 *Transnational Environmental Law* 1, 2012, p. 138.
  - 6 Kuyper et al., 2018, p. 1.
  - 7 Hale, 2018, p. 1.
  - 8 K. Bäckstrand et al., ‘The democratic legitimacy of orchestration: the UNFCCC, non-state actors, and transnational climate governance’, 26 *Environmental Politics* 4, 2017, p. 564.; F. Yamin, ‘NGOs and International Environmental Law: A Critical Evaluation of their Roles and Responsibilities’, 10 *Review of European Community & International Environmental Law* 2, 2001, p. 149.

address them exhaustively but to provide an introduction of them to the reader. The underlying purpose of addressing these objectives is to address the ongoing discussion around this important and current topic and participate in it.

Chapter 2 will introduce three different ways how NSAs can access and participate to the Agreements. Under the UNFCCC, NSAs can access and participate through orchestration and negotiation processes and under the Paris Agreement, through the mitigation process. Chapter 2 will also, in each subsection, analyse how NSAs influence law-making processes and outcomes through these different avenues of participation.

Chapter 3 will then put forth three distinct recommendations on how the access and participation of NSAs to the Agreements can be improved. These are: strengthening the role of NSAs in the Nationally Determined Contributions (hereinafter 'NDCs') formation process, improving NSA participation in the UNFCCC negotiations and developing the Non-state Actor Zone for Climate Action (hereinafter 'NAZCA') portal to further catalyse non-state action. The study will then conclude that, even though NSAs are increasingly taking a larger role in the climate change regulatory framework, efforts should still be made to improve their position.

## 2. ACCESS, PARTICIPATION AND INFLUENCE

This chapter is divided into three subsections, each introducing a way in which NSAs can access and participate in the Agreements. However, before addressing these a brief description of both the UNFCCC and the 2015 Paris Agreement is necessary as this will set the scene for the rest of the study. Both will be addressed separately under their respective section.

In the UNFCCC, important avenues for access and participation are through orchestration and the Conference of Parties (hereinafter 'COPs') and their side events. In the Paris Agreement, it is through mitigation. The three points raised here do not represent the only methods how NSAs can access and participate under the Agreements but, in the view of the author of this study, represents three important participation avenues. Moreover, these methods of access and participation are such that can be enhanced to achieve even better results. Each subsection will further evaluate to which extent these ways of access and participation influence law-making processes and outcomes.

## 2.1 United Nations Framework Convention on Climate Change – Orchestration

The UNFCCC is an international treaty that emerged from the auspices of the Rio Conference.<sup>9</sup> The Conference in Rio was, at the time in 1992, the biggest gathering of world leaders for the protection of the environment.<sup>10</sup> Rio provided political momentum for climate change policy and was a starting point for non-state action and social networks in the climate change regime.<sup>11</sup> The process leading to the adoption of the UNFCCC was a long one with both political and scientific input, accelerating its pace in the 1980s with the discovery of the growing ozone hole.<sup>12</sup> Article 2 of the Treaty sets out its main objective being as the stabilisation of greenhouse gas concentrations in the atmosphere at a level that would prevent dangerous anthropogenic interference with the climate system. The treaty itself does not set any mandatory limits on greenhouse gas emissions for individual countries and does not contain any enforcement mechanism.<sup>13</sup> Every year a COP is held, which is a supreme decision making body of the Convention in which all participatory states are represented. It reviews the implementation of the Convention and examines the commitments of the parties.<sup>14</sup>

### 2.1.1 Access and Participation

Under the Convention, NSAs do not have a formal role. The treaty describes them as observers.<sup>15</sup> In order to be seen as one, an NSA must be admitted by the COP as an observer to the UNFCCC process, after which they can send representatives to attend any session or meeting of the UNFCCC.<sup>16</sup> Despite lacking a formal role, orchestration provides a way for NSAs to participate in the UNFCCC allowing them to affect outcomes on climate change policy, such as carbon neutrality.<sup>17</sup> Orchestration is a governance mode in which international organisations and states mobilise intermediaries to pursue targets for collective goals.<sup>18</sup> These intermediaries might be able to pressure states or other actors to achieve certain goals and then monitor and evaluate

---

9 R. Lyster et al., *Environmental & Planning Law in New South Wales* (The Federation Press, 2016), p. 236.

10 Encyclopedia Britannica: United Nations Conference on Environment and Development [online]. Available from: <https://www.britannica.com/event/United-Nations-Conference-on-Environment-and-Development> [Accessed 26 June 2020].

11 Bäckstrand et al., 2017, p. 561.

12 D. Freestone, 'The International Climate Change Legal and Institutional Framework: An Overview', UNSW Law Research Paper No. 2009-38, 2009, p. 2.

13 United Nations: Conference of the Parties [online]. Available from: <https://unfccc.int/process/bodies/supreme-bodies/conference-of-the-parties-cop> [Accessed 26 June 2020].

14 *ibid.*

15 Article 7.6 of the United Nations Framework Convention on Climate Change 1992.

16 United Nations: How to obtain observer status [online]. Available from: <https://unfccc.int/process-and-meetings/parties-non-party-stakeholders/non-party-stakeholders/how-to-obtain-observer-status> [Accessed 26 June 2020].

17 K. Bäckstrand & J. Kuyper, 'The democratic legitimacy of orchestration: the UNFCCC, non-state actors, and transnational climate governance', *Environmental Politics* 4, 2017, p. 770.

18 *ibid.*, p. 767.

to what extent those goals have been met.<sup>19</sup> In an usual context, an orchestrator would be an international organisation, the intermediaries NSAs, and the targets states but these lines can become blurred.<sup>20</sup> Orchestration sets a soft and indirect mode of governance as opposed to a more hierarchical hard and direct mode.<sup>21</sup> Two global climate governance orchestration

initiatives are the Lima-Paris Action Agenda (hereinafter 'LPAA') and NAZCA. These were both launched at COP20 in Lima and were intended to boost up non-state climate action.<sup>22</sup> NAZCA and LPAA can both be conceptualised as 'meta-intermediaries', acting as instruments increasing intermediary availability.<sup>23</sup> NAZCA is essentially a platform that acts as an online portal and aggregator of climate actions from substate and non-state actors.<sup>24</sup> The LPAA is the 'fourth pillar'<sup>25</sup> of the Paris Agreement and displays initiatives, enhances ambition and tracks and reports the actions of NSAs.<sup>26</sup> It is an initiative led by the governments of France and Peru, the Secretary-General of the United Nations and the Secretariat of the UNFCCC, bringing parties together to make commitments to fight climate change in various different topics.<sup>27</sup>

### 2.1.2 Influence

Within the UNFCCC framework, orchestration is an important way for NSAs to influence the outcomes of the UNFCCC climate change policy. Through orchestration, NSAs can act as contributors and governing partners.<sup>28</sup> Orchestration not only influences national governments to aspire towards more ambitious climate action,<sup>29</sup> but can catalyse non-state initiatives that facilitate the lead up to a carbon neutral future.<sup>30</sup> Currently, the NAZCA portal has several initiatives by cities, companies, investors and civil society investors.<sup>31</sup> As an example of current initiatives, the Airport Carbon Accreditation can be mentioned. This initiative has been developed

by the Airport Council International Europe, and its objective is to reduce carbon emissions and achieve best practices in carbon management from operations within the control of the airport with an aim of becoming carbon neutral.<sup>32</sup> Similar initiatives that aim to lower carbon emissions are plenty on the NAZCA portal. Furthermore, NAZCA also played a role in the momentum that led to the adoption of the Paris Agreement.<sup>33</sup>

## 2.2 United Nations Framework Convention on Climate Change – Conference of Parties

### 2.2.1 Access and Participation

One practical yet important avenue for NSA participation is COPs and their side events. By participating as observers in these negotiations, forming part of constituencies and side events, NSAs can influence parties and take part in the development of international environmental law.<sup>34</sup> The side events provide a forum of interaction among national delegates, the media, and intergovernmental and observer organisation representatives.<sup>35</sup> Around 60–75% of side events have related directly to matters that have been on the negotiation table.<sup>36</sup> Side events facilitate informal exchange between stakeholders and provide input to negotiations.<sup>37</sup>

### 2.2.2 Influence

Ultimately, participation in COPs and their side events allow NSAs to exert their influence on decision makers. Participation to the negotiations allows NSAs to participate to agenda setting, policy formulation and decision making.<sup>38</sup> NSAs can gain influence over policymakers via membership in state delegations in exchange for their resources allowing them to shape policy outputs according to their own preferences.<sup>39</sup> NSAs are also likely to find quick and effective solutions to diverse climate change issues. This is due to their expertise and built up knowledge of scientific, technical, social and economic nature.<sup>40</sup> In fact, NSAs might sometimes be better positioned than governments to provide expertise in certain sectors.<sup>41</sup> NSAs have less complex structures than governments and often possess expertise in various disciplines related to

---

19 J. Dryzek, 'The meanings of life for non-state actors in climate politics', 26 *Environmental Politics* 4, 2017, p. 790.

20 *ibid.*, p. 791

21 L. Hermwille, 'Making initiatives resonate: how can non-state initiatives advance national contributions under the UNFCCC?', 18 *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, 2018, p. 449.

22 Bäckstrand & Kuyper, 2017, p. 773-774.

23 *ibid.*, p. 772, 775.

24 *ibid.*; H. Van Asselt, 'The Role of Non-state Actors in Reviewing Ambition, Implementation, and Compliance under the Paris Agreement. *Climate Law* 6, 2016, p. 98.; Hermwille, 2018, p. 457.

25 The other three pillars are national pledges, the financing package and the negotiated agreement. See: Kuyper et al., 2018, p. 7.

26 Bäckstrand & Kuyper, 2017, p. 773.

27 The Ministry of the Environment, Energy and the Sea of the French Government, 'The Lima-Paris Action Agenda: 10 000 partners united for the climate: COP 21/CMP 11' [report], 2015, p. 4.

28 Kuyper et al., 2018, p. 2.

29 Hermwille, 2018, p. 447.; Dryzek, 2017, p. 795.

30 Bäckstrand & Kuyper, 2017, p. 774.

31 See: [www.climateaction.unfccc.int](http://www.climateaction.unfccc.int).

---

32 Global Climate Action: Airport Carbon Accreditation [online]. Available from: <http://climateaction.unfccc.int/views/cooperative-initiative-details.html?id=7> [Accessed 26 June 2020].

33 Global Climate Action: About NAZCA [online]. Available from: <http://climateaction.unfccc.int/views/about.html> [Accessed 26 June 2020].

34 Van Asselt, 2016, p. 95-96.

35 Kuyper et al., 2018, p. 4.

36 H. Schroeder & H. Lovell, 'The role of non-state actors and side events in the international climate negotiations', 12 *Climate Policy* 1, 2012, p. 23.

37 *ibid.*

38 Kuyper et al., 2018, p. 4.

39 T. Böhmelt, 'Civil society lobbying and countries' climate change policies: a matching approach', 13 *Climate Policy*, 2013, p. 702.

40 *ibid.*, p. 701-702.

41 *ibid.*



sustainable development, and can dedicate a lot of resources on gathering and disseminating information relating to climate change related issues.<sup>42</sup> However, in this context it is noteworthy that NSAs are not necessarily a homogenic group and might represent different views amongst each other on issues that are difficult and prone to cause conflict. Nevertheless, the side events have proven to be very influential events as, for instance, when negotiations get stalled between parties in a COP, NSAs might manage to induce the negotiations again with their fervent action.<sup>43</sup>

## 2.3 Paris Agreement – Mitigation

The Paris Agreement was a response to the fear that current efforts to hold global warming to below 2 or 1,5°C relative to pre-industrial levels was inadequate. The Agreement was adopted in the United Nation Climate Change Conference in Paris in 2015.<sup>44</sup> The momentum that ultimately lead to the Agreement was, in fact, heavily influenced by NSAs.<sup>45</sup> The negotiations consisted of nongovernmental organisations, trade unions, business, women and youth organisations, cities and regions, indigenous communities and different religious groups.<sup>46</sup> These groups took on roles such as idea providers, implementers, knowledge brokers, watchdogs and lobbyists. Participating NSAs also represented marginal voices.<sup>47</sup>

The Agreement's objectives are to limit global warming to less than 2°C above pre-industrial levels and to pursue efforts to limit the rise to 1,5°C and furthermore, enhance support for developing countries in order to carry that out.<sup>48</sup> In order to attain these goals, the Agreement establishes a system of mitigation<sup>49</sup> and adaption<sup>50</sup>. Under mitigation the Agreement puts in place a system of NDCs, which relies on states making commitments to reduce emissions, adapt to climate change and provide finance.<sup>51</sup> The system does not put in place legally binding targets but rather a process for transparent review designed to make states ratchet up these commitments over time.<sup>52</sup> The global stocktakes are meant to be periodical meetings in order to assess the collective progress towards achieving the goals of the Agreement.<sup>53</sup>

---

42 *ibid* p. 702.; Yamin, 2001, p. 157.

43 Hermwille, 2018, p. 450.

44 Lyster et al., 2016, p. 245.

45 M. Danzo, 'Can non-state actors save the Paris Agreement?', 40 *Michigan Journal of International Law*, 2019, p. 1-2.; Van Tillburg et al., *NDC Update Report: We have lifted off*. New Climate Institute and Energy Research Centre of the Netherlands, 2017, p. 14.

46 J. Kuyper, 'Non-state actors in hybrid global climate governance: justice, legitimacy, and effectiveness in a post-Paris area'. *WIREs Climate Change* 9, 2018, p. 4.

47 *ibid*.

48 UNFCCC, Decision 1/CP.21: Paris Agreement, FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1, Article 2.

49 *ibid.*, Article 4.

50 *ibid.*, Article 7.

51 Lyster et al., 2016, p. 245.

52 Bäckstrand & Kuyper, 2017, p. 765.

53 Article 14 of the 2015 Paris Agreement.

The post Paris regime of the UNFCCC was a shift away from a top-down approach towards a bottom-up<sup>54</sup> approach and demonstrated the growing importance of NSAs in the international climate change regime. A meaningful outcome of the Agreement was making the UNFCCC as the central orchestrator of NSAs and transnational initiatives in the global climate governance.<sup>55</sup> The idea behind orchestration is that states and international organisations can mobilise or even catalyse the efforts of third parties in pursuit of some governance goal.<sup>56</sup> It has been said that post Paris a 'hybrid multilateralism' landscape emerged in which both states and NSAs are central players in the climate change field.<sup>57</sup>

### 2.3.1 Access and Participation

Through NDCs, which are part of the mitigation strategy of the Agreement, NSAs can access and participate in the Agreement. Mitigation entails the maintaining of the increase of global average temperature to below 2°C and taking efforts to keep it below 1,5°C.<sup>58</sup> NSAs participate by exerting their influence on participatory states in formulating their NDCs. Taking part in the formation process that ultimately leads to NDCs, NSAs can indirectly affect how the Paris Agreement plays out and whether its goals are achieved. NSAs can have this level of influence as the Agreement is a hybrid mix of bottom-up flexibility and top-down monitoring, reporting and review.<sup>59</sup> Bottom-up initiatives by NSAs are an integral part of the Agreement. In fact, the Paris Agreement recognises that NSAs are indispensable in the formation of NDCs due to their expertise and implementation capacity.<sup>60</sup> NSAs function as watchdogs of the NDCs enhancing transparency, facilitating the stocktakes and pressuring for ratcheting up every five years.<sup>61</sup> NSAs also have direct control over activities relevant to mitigation, such as transport structures in cities and electricity purchases by firms.<sup>62</sup>

### 2.3.2 Influence

NSAs might often be more ambitious than the state parties and, in that manner, can positively affect participating states' goals.<sup>63</sup> Currently the national ambitions of participating states

---

54 A bottom-up approach refers to action originating from the target groups as opposed to a top-down approach that refers to the relative authority of the actors who seek to produce an intended outcome. See: Kuyper et al., 2018, p. 6.

55 Bäckstrand & Kuyper, 2017, p. 765.

56 Kuyper et al., 2018, p. 7.

57 Danzo, 2019, p. 1-2.

58 Article 2 of the 2015 Paris Agreement.; Lyster et al., 2016, p. 245-246.

59 Bäckstrand et al., 2017, p. 566.

60 *ibid.*, p. 568.

61 *ibid.*; Kuyper et al., 2018, p. 2.

62 Hale, 2018, p. 4.

63 A. Hsu et al., 'Towards a new climate diplomacy', 5 *Nature Climate Change*, 2015, p. 501.; O. Widberg & P. Pattberg, 'International Cooperative Initiatives in Global Climate Governance: Raising the Ambition Level or Delegitimizing the UNFCCC'. 6 *Global Policy Volume 1*, 2014, p. 45.

are inadequate and are probably unable to alone achieve the agreed goal of limiting global warming to 2°C.<sup>64</sup> NSAs have in fact been entrusted with the roles of reviewing the ambition of NDCs of different countries.<sup>65</sup> The influence NSAs can exert over the formulation of NDCs can significantly affect the outcome of NDCs and through ratcheting up, the nation state's goals will become more ambitious every year.<sup>66</sup> In fact, NSAs help governments to overachieve in their pledges.<sup>67</sup> Thus, NSAs are directly affecting the goals set out by the Paris Agreement through participating in formulating the NDCs. At a national level this can affect the implementation of legislative initiatives when states start to implement their goals – some NSAs are entrusted with the implementation of initiatives.<sup>68</sup> In fact, non-state actions are seen as both complements to and 'means of implementation' for national pledges.<sup>69</sup>

### 3. RECOMMENDATIONS

Non-state climate action has become a core feature of international climate governance.<sup>70</sup> This process, however, has been a slow one – it wasn't until the lead up to the Paris Agreement that the influence of NSAs towards climate change was recognised in a more official manner. Even though NSAs have had significant influence in climate change policy, initiatives and outcomes, there are still some points that can be raised concerning how the participation of NSAs in the Agreements can be improved. This chapter will provide three recommendations in this regard.

#### 3.1 Role of Non-state Actors in Formulating Nationally Determined Contributions

An issue in the international climate change regime is the lack of teeth of NSAs - even though they are participating in climate change negotiations and in formulating national goals, they do not have *de jure* a formal role under the Agreements. The UNFCCC does not make any reference to either NSAs or observer organisations.<sup>71</sup> Within the framework of the Paris Agreement, the importance of NSAs has been recognised and stakeholders are encouraged to work closely with them,<sup>72</sup> however their role remains more as an influencer of states rather than an actor in

their own right<sup>73</sup>. With the 2020 deadlines for the NDCs fast approaching it remains to be seen whether this new system created by the Paris Agreement, that requires state parties to make commitments that are not legally binding, will succeed or just act as a platform for action without creating actual solutions.<sup>74</sup> Concerns have been raised that national goals are not ambitious enough to put us on the track of achieving the temperature goal of below 2°C.<sup>75</sup>

Since NSAs are able to provide scientific and technical insight<sup>76</sup>, are ambitious in climate change policy<sup>77</sup> and can impact the reduction of greenhouse gas emissions<sup>78</sup>, it would be feasible to strengthen and, in a certain sense, formalise their role in the process leading to NDCs. This is even more so due to the discrepancy between states as to how much input they take from NSAs in formulating their NDCs. Even though international efforts have been made to catalyse non-state action in formulating NDCs (mainly by holding a high level event every year and through the high level climate champions)<sup>79</sup>, states should be further encouraged to include NSAs in the formulation and implementation of their NDCs. Such encouragement could take the form of a mandatory percentage of NSA participation. Each state party would be required to have a certain percentage of their NDCs implemented by NSAs or formulated in tandem with them. Then, in each five year cycle this percentage would gradually increase, augmenting NSA participation in the formation of NDCs. As the Paris Agreement has a bottom-up approach this would not disrupt its legal nature, but it would launch a comprehensive framework that aligns NSA and governmental actions over the long term.

#### 3.2 Participation of Non-state Actors in Conference of Parties

As discussed in section 2.2, the influence NSAs exert on participating states during the COP negotiations is one of great significance. However, NSAs' participation to the negotiations can actually be hampered by the participatory states as they have the right to close the door from NSAs.<sup>80</sup> States might opt for a functional efficiency approach, in which they accept only NSAs that suit their interests to the negotiations.<sup>81</sup> As regards the side events, even though they have proven to be very effective<sup>82</sup> they are often physically held at a different location than the actual

---

64 Widberg & Pattberg, 2014, p. 53.

65 Kuyper et al., 2018, p. 9.

66 *ibid.*, p. 5.

67 Hale, 2018, p. 4-5.

68 S. Chan et al., 'Reinvigorating International Climate Policy: A Comprehensive Framework for Effective Non-state Action' 6 *Global Policy* 4, 2015, p. 469.

69 *ibid.*

70 Van Asselt, 2016, p. 94-95.

71 Kuyper et al., 2018, p. 4.

72 Danzo, 2019, p. 1.

---

73 Schroeder & Lovell, 2012, p. 26.

74 By the time of publication of this study, participatory states should have submitted their amended or new NDCs. However, the Covid-19 pandemic might had an impact on this.

75 Van Tillburg et al., 2017, p. 16.

76 H. Van Asselt & T. Hale, 'How non-state actors can contribute to more effective review processes under the Paris Agreement'. Stockholm Environment Institute, 2016, p. 1.3.; Streck, 2012, p. 152.; Böhmelt, 2013, p. 701.

77 Van Tillburg et al., 2017, p. 14.

78 Danzo, 2019, p. 1.

79 Van Tillburg et al., 2017, p. 14-15.

80 Kuyper et al., 2018, p. 3.

81 *ibid.*

82 Kuyper et al., 2018, p. 31.; Schroeder & Lovell, 2012, p. 27.

COP, thus perceived by many as something distinct from the actual negotiations.<sup>83</sup> Moreover, currently side events do not offer a framework to build a coordinated agenda between NSAs and the UNFCCC process.<sup>84</sup>

In order to prevent participatory states from closing the door to NSAs at COPs, mandatory NSA quotas could be set for party delegations. This would allow NSAs to always be represented at COPs. Regarding the side events, the agenda of attending NSAs should be better coordinated to the COP and its participants. Moreover, establishing a system of coherency between the different stakeholders at side events would be important for better organisation and categorisation of initiatives. This could be done by grouping all the topics and creating a report, which would later be made available to all COP participants. This would coordinate the information received from side events better and ensure that important initiatives are not missed and that they reach decision makers. Furthermore, the side events should be linked more formally to the actual COPs by holding them in the same location as the main event if possible, or in its proximity. This would result in less confusion about the nature of the side events.<sup>85</sup>

### 3.3 Improving the Non-state Actor Zone for Climate Action portal

Concerns have been raised that current NDCs might not be enough to put us on the right track to limit global warming to below 2°C. Meanwhile, it has been recognised that the activity of non-party stakeholders is essential to narrow the emission gap in limiting global temperature rise.<sup>86</sup> NAZCA in particular is considered essential for states to ratchet up their commitments.<sup>87</sup> Currently the NAZCA portal contains more than 12,000 pledges by NSAs.<sup>88</sup> Therefore, NSA input does not seem to be the problem, but rather, how to merge these NSA initiatives to the NDCs on the one hand, and make sure that the pledges at the NAZCA portal actually advance and succeed. While NAZCA serves an important function in showcasing NSA initiatives, it could be improved to function also as a platform for NSAs to convene and furthermore, operate more strongly as a starting point from which implementation targets could be coordinated.

---

83 Schroeder & Lovell, 2012, p. 27.

84 *ibid.*, p. 34.

85 Schroeder and Lovell suggest that side events could be organised around themes, such as forests and oceans. This would allow participants that can attend only for a shorter time, to benefit from attending events around their topic of interest. See: Schroeder & Lovell 2012, p. 24-37.

86 Bäckstrand & Kuyper, 2017, p. 770.

87 *ibid.*, p. 780.; UNFCCC, Decision 1/CP.21: Paris Agreement, FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1, preamble 118.

88 *ibid.*, p. 774.

In the form NAZCA operates now, it serves moreover as a platform demonstrating ongoing NSA initiatives and has, in fact, been criticised<sup>89</sup> for lacking accountability and transparency. Considering the vast amounts of pledges made by different actors at the NAZCA portal, participating NSAs could learn and benefit from each other when it comes to planning and implementing climate action. Actors in the same categories, but also in different ones, could build up on each other's knowledge. In this regard, NSA participation could thus be improved by developing orchestration efforts further in order to catalyse cooperation amongst NSAs and in that manner, encourage the implementation of initiatives. NAZCA could move away from functioning as a displaying platform to a more operative platform, that would allow NSAs to convene. NAZCA's current role as an intermediary authority showcasing initiatives could be enhanced to include also the role of overlooking and monitoring initiatives bringing different actors together. Information sharing between NSAs would remain voluntary and at a low threshold.<sup>90</sup> This would enhance information sharing and efficiency leading to more effective outcomes as working across constituencies is especially important in climate change governance, since issues often affect multiple sectors. Furthermore, having increased coordinated initiatives across sectors might encourage states to implement their NDCs through these NSAs. Finally, if NAZCA were to bring different actors together to reach their individual goals, initiatives might be more inclined to succeed as there would be the fear of 'naming and shaming' from other NSAs if implementation is unsuccessful.

## 4. CONCLUSION

The international climate change regime is very different to what it was a few decades ago. The most prominent development has been the rise of the influence of NSAs in the field. A shift has occurred from a state centric to a hybrid multilateral landscape, where there is a mix and mingle of states and non-state actors. Within the framework of the UNFCCC and

---

89 See: Bäckstrand & Kuyper 2017, p. 772-784. Karin Bäckstrand and Jonathan Kuyper have criticised NAZCA for lacking in accountability, transparency, participation and deliberation. Bäckstrand and Kuyper highlight issues concerning insufficient screening, lack of criteria as to what constitute climate targets and weak monitoring mechanisms for assessment for affected stakeholders, such as individuals. Furthermore, they argue participation to be unevenly distributed and lacking important categories of actors.

90 It should be noted that amending the intermediary role of NAZCA would still keep it separate to the LPAA. While the LPAA aims to catalyse robust action, the NAZCA portal would provide an avenue for NSAs to connect at a low threshold. This does not change the character of NAZCA as a voluntary bottom-up reporting system while LPAA is a high level orchestration effort. See: Kuyper et al., 2017, p. 774.

the Paris Agreement, NSAs can access and participate, and moreover influence law-making processes and outcomes, through orchestration, COPs and mitigation. Orchestration provides for a soft and indirect governance mode mobilising intermediaries to pursue collective goals. This has resulted in initiatives such as the NAZCA portal. Participation in COPs and their side events, allow NSAs to influence and take part in developing environmental law relating to climate change. Moreover, mitigation, the new system of NDCs developed under the Paris Agreement, is heavily based on NSA participation. NSAs both participate in formulating the NDCs together with states, and can also be responsible of implementing initiatives. However, regardless of these participation avenues, NSAs lack a formal role under the Agreements and therefore their influence is somewhat dependant on their reception by the participatory states to the Agreements. Moreover, as there are increasingly more NSAs that wish to participate in the climate change framework, innovative new ways of how to include and strengthen NSA participation should be come up with.

In relation to this, the system of NDCs and COPs could be developed slightly further. States should be further encouraged to include NSAs in the formulation and implementation of their NDCs. This could be done by imposing a mandatory percentage of NSA participation. In relation to COPs, NSA participation could be improved by imposing mandatory NSA quotas to party delegations, setting up a more coherent organisation and categorisation of initiatives and organising the side events better as they are often an important avenue for NSAs to voice their opinion. Moreover, the NAZCA portal could be developed further to function as a platform for NSAs to convene in order to catalyse more initiatives. These developments would be small steps to improve the dialogue between states and NSAs and could lead to better participation and more implementation of initiatives by NSAs. Moving forward we will surely continue to see more participation by NSAs in the international climate change regime.

# OFFER YOUR TEXT TO BE PUBLISHED IN HELSINKI LAW REVIEW

## 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.

### **Submissions via Journal.fi online service:**

<https://journal.fi/helsinkilawreview/about/submissions>

If you have questions on publishing in Helsinki Law Review, send your inquiry to the editors at [hlr-toimitus@pykala.fi](mailto:hlr-toimitus@pykala.fi). With other inquiries and ideas for co-operation, contact [kalle.markkanen@helsinki.fi](mailto:kalle.markkanen@helsinki.fi).

[www.facebook.com/helsinkilawreview](http://www.facebook.com/helsinkilawreview)

[www.linkedin.com/company/helsinki-law-review](http://www.linkedin.com/company/helsinki-law-review)



