

LAUSUNTO EU-KANADA VAPAAKAUPPASOPIMUKSEN INVESTOINTISUOJASTA JA KAIVOSLAIN MUUTOSEHDOTUKSESTA

Työ- ja elinkeinoministeriö on pyytänyt minulta lausuntoa tällä hetkellä valmistelussa olevista kaivoslain (621/2011) muutosehdotuksista EU-Kanada vapaakauppasopimuksen (‘CETA-sopimus’) näkökulmasta.

Minua on pyydetty arvioimaan erityisesti sitä, ovatko elokuussa 2021 valmistunut kaivoslain muutosehdotus ja sen siirtymäsäännökset ristiriidassa CETA-sopimuksen investointisuojaimekanismin kanssa ja sisältävätkö ne nykyistä suuremman riskin investointisuojakanteiden nostamiselle. Minua on myös pyydetty arvioimaan, tuleeko kaivoslain muutosehdotuksessa muita huomionarvoisia seikkoja esille suhteessa CETA-sopimukseen.

Edellä mainittujen lisäksi minua on pyydetty huomioimaan lausunnossani eduskunnan talousvaliokunnan mietintö Kaivoslaki Nyt –kansalaisaloitteesta (TaVM 7/2020 vp) sekä siinä esitetyt huomiot CETA-sopimuksen vaikutuksesta kaivoslainsäädäntöön ja esittämään arvioni mietinnössä esiin nostetuista seikoista.

Minulla ei ole suhteita tai muita intressejä kaivosteollisuuteen Suomessa tai ulkomailla. Toimin energiaoikeuden professorina Suomessa Itä-Suomen yliopistossa ja Helsingin yliopistossa. Tämän lisäksi toimin energiaoikeuden professorina Tulane yliopistolla (Tulane University, School of Law) Yhdysvalloissa. Olen myös yksi Itä-Suomen yliopiston Ilmasto- energia- ja ympäristöoikeuden keskuksen (CCEEL) johtajista sekä Tulane yliopiston energiaoikeuden keskuksen (Center for Energy Law) johtaja.

Sekä akateemisissa että käytännön toiminnassani keskityn erityisesti energiaan, energiainfoimarkkinoiden sääntelyyn sekä investointeihin ja kansainväliseen investointioikeuteen. Olen kirjoittanut laajasti investointioikeudesta ja erityisesti sen periaatteiden soveltamisesta energia- ja luonnonvarasektoreille.¹ Olen toiminut asiantuntijana kansainvälisten investointiriitojen eri vaiheissa

¹ Viimeksi mainitun osalta teoksiani ovat mm. Kim Talus, *EU Energy Law and Policy: A Critical Account* (Oxford University Press 2013), Kim Talus (toim.), *Research Handbook on International Energy Law* (Edward Elgar 2014), Kim Talus, ‘Revocation and Cancellation of Concessions, Operating Licenses and Other Beneficial Administrative Acts’, teoksessa Stephan Schill (toim.), *International Investment Law and Comparative Public Law* (Oxford University Press 2010) sekä Kim Talus, ‘The “Yukos” cases and the provisional application of the ECT under the Finnish legal system’, (2016) *Transnational Dispute Management*. Olen kirjoittanut investointioikeudesta myös Suomen kielellä: Kim Talus, ‘Kansainvälinen investointioikeus: rooli, tarpeellisuus ja muutospaineet’, teoksessa Petra Sund-Norrgård,

sekä antanut eduskunnalle lausuntoja TTIP- (Transatlantic Trade and Investment Partnership) ja CETA-sopimukseen liittyen. Olen myös Suomen nimittämä sovittelija sijoituksia koskevien riitaisuuksien kansainvälisessä ratkaisukeskuksessa (ICSID).

Lausunnon keskeiset päätelmät ovat:

- CETA-sopimuksen takaama suoja vastaa pitkälti myös Suomen sisäisen oikeusjärjestyksen ja eurooppaoikeuden mukaista suojan tasoa.
- Kaivoslain muutosehdotukset eivät sisällä sellaisia syrjiviä, yllättäviä tai kohtuuttomia muutoksia, jotka olennaisesti muuttavat riskiä valtion korvausvastuusta CETA-sopimuksen perusteella.
- Ehdotetulla kaivoslain 47 §:n muutoksella korostettaisiin kuntakaavoituksen merkitystä kaivosluvan myöntämisen edellytyksenä. Tältäkkään osin ehdotetut muutokset 47 §:ään eivät itsessään vaikuttaisi olevan CETA-sopimuksen vastaisia.

New Orleans, 31.8.2021



Kim Talus

James McCulloch Chair in Energy Law

Director, Tulane Center for Energy

Law Tulane Law School

Eurooppalaisen talous- ja energiaoikeuden professori

Itä-Suomen yliopisto

Energiaoikeuden professori

Helsingin yliopisto

Marcus Norrgård, Santeri Jusslin (toim.), *Ett kvartssekel med Justus, Neljännnesvuoisata Justuksen kanssa* (Forum Iuris 2016) ja Kim Talus, 'Hallinnollisten lupien peruutus ja purkaminen kansainvälisen investointioikeuden näkökulmasta' *Defensor Legis* 2 (2013).

1. Aluksi

Kansainvälinen investointioikeus on kansainvälisestä julkisoikeudesta ja kansainvälisestä yksityisoikeudesta eri elementtejä lainaava kansainvälisen oikeuden osa-alue. Se perustuu noin 3300 kahdenväliselle ja monenväliselle investointisuojasopimukselle.²

Investointisuojasopimuksen perusajatus on suojata ulkomaista investoijaa sellaisia investoinnin kohdevaltion toimia vastaan, jotka vaikuttavat olennaisesti investoinnin arvoon ja rikkovat investointisuojasopimuksessa sovittuja sääntöjä. Valtion näkökulmasta tämän tietyllä tavalla ”ylimääräisen” kansainvälisoikeudellisen suojan tarkoituksena on rohkaista muista sopimuspuolista peräisin olevia investoijia investointeihin sopijapuolen alueella ja luoda sitä varten vakaat, oikeudenmukaiset, suotuisat ja avoimet olosuhteet.³ Tähän pyritään takaamalla ulkomaiselle investoijalle suoja valtion tietynlaisia toimenpiteitä vastaan. Tämä niin kutsuttu ylimääräinen suoja on erityisen keskeistä sellaisissa maissa, joissa sitoutuminen oikeusvaltioperiaatteeseen ei ole yhtä vahvaa kuin esimerkiksi Suomessa tai muissa Pohjoismaissa. Investointioikeuden takaama suoja vastaa pitkälti myös Suomen sisäisen oikeusjärjestyksen ja eurooppaoikeuden⁴ mukaista suojan tasoa.⁵

Investointisuojausmekanismi on erityisen keskeinen energia- ja luonnonvarasektoreilla. Investoija pyrkii turvaamaan vakaan sääntely-ympäristön investointinsa keston ajaksi joko solmimalla erillisen yksittäistä investointia koskevan sopimuksen tai varmistamalla että investointi saa suojaa joko kahdenvälisen tai monenvälisen investointisuojasopimuksen kautta. Myös investointiriitoja syntyy energia- ja luonnonvarainvestointien yhteydessä muita investointeja enemmän. Esimerkiksi Maailmanpankin yhteydessä toimivan investointeja koskevien riitaisuuksien kansainvälisen ratkaisu-

² Luku vaihtelee hieman julkaisusta riippuen. United Nations Conference on Trade and Development, IIA Issues note (no. 1/2016), ilmoittaa oikeaksi määräksi 3268 investointisuojaa koskevia määräyksiä sisältävää sopimusta vuoden 2015 lopussa.

³ Tähän liittyvät standardit ja periaatteet eivät ole uusia vaan ovat kehittyneet ulkomaalaisten suojeluun liittyvien yleisten periaatteiden pohjalta. Katso esim. Georg Schwarzenberger, *Province and Standards of International Economic Law*, 2 Int'l L.Q. 402 (1948).

⁴ Tarkoitan eurooppaoikeudella sekä Euroopan unionin oikeutta että Euroopan ihmisoikeussopimusjärjestelmää.

⁵ Katso Julkisasiamies Melchior wathletin ratkaisuehdotus asiassa C-284/16, Slovakian tasavalta vastaan Achmea BV, 19 päivänä syyskuuta 2017, ECLI:EU:C:2017:699, kohta 20. Julkisasiamiehen mukaan kansainvälisen investointioikeuden aineelliset säännöt ovat ainoastaan osittain päällekkäisiä EU oikeuden kanssa. 'Kun tarkastellaan muita investointien aineellista suojaa koskevia oikeussääntöjä, kuten investointien täyttää ja kattavaa suojaa ja turvaa, investointien oikeudenmukaista ja tasapuolista kohtelua sekä lainvastaisten pakkolunastusten kieltämistä, on korostettava, että ne ovat ainoastaan osittain päällekkäisiä unionin oikeuden kanssa mutteivät kuitenkaan ristiriidassa sen kanssa. Nämä oikeussäännöt päinvastoin edistävät myös pääomanliikkeitä jäsenvaltioiden välillä samalla tavoin kuin perusvapaudet. Ne ovat lähtökohtaisesti yhteensopivia sisämarkkinoiden kanssa.'

ja sovittelukeskuksen (ICSID) alaisista riidoista suurin yksittäinen alue, joita riidat koskevat on öljy, maakaasu ja kaivostoiminta.⁶ Tämä johtuu monesta eri asiasta, kuten kaivosprojektien pitkästä kestästä, investointien suuresta rahallisesta arvosta, projektien yksityisen investoinnin etupainotteisuudesta (voittojen tullessa vasta paljon myöhemmin) sekä projektien vaikutuksesta lähiympäristöön (ympäristöllisesti ja sosiaalisesti). Usein projektit ovat myös politisoituneita, tai niillä on poliittisia kytköksiä.

Kansainväliset investointisuojaus sopimukset sekä sopimukseen kytkeytyvä investointioikeus on noussut julkiseen keskusteluun erityisesti Euroopan Unionin ja Yhdysvaltojen välille suunniteltuun vapaakauppasopimukseen (ns. TTIP-sopimus) liittyen. Myös EU-Kanada vapaakauppasopimus on ollut julkisen keskustelun kohteena. Tässä keskustelussa on tuotu esiin tiettyjä investointisuojaus sopimusten yksityiskohtiin liittyviä ongelmia sekä kyseenalaistettu koko järjestelmän tarpeellisuus. Yksi keskeisistä teemoista investointisopimuksia koskevassa keskustelussa on liittynyt valtion oikeuteen säännellä. Yksi tämän lausunnon kannalta olennainen kysymys keskustelussa on ollut valtion oikeus säännellä esimerkiksi ympäristön suojelun vahvistamiseksi.

On selvää, että valtiolla on suvereenina toimijana oikeus antaa alueellaan tehtyihin investointeihin vaikuttavia normeja sekä soveltaa näitä normeja myös käytännössä. Kansainvälisen investointioikeuden tarkoituksena ei olekaan rajoittaa tätä oikeutta, vaan sen sijaan asettaa tiettyjä reunaehtoja valtion toiminnalle. Nämä reunaehdot on määritetty aina erikseen kussakin kahden- tai monenvälisessä investointisuojaus sopimuksessa. Näin ollen reunaehdot ja reunaehtojen luoma sijoittajan nauttima ns. ylimääräisen suojan taso riippuu kulloinkin sovellettavasta sopimuksesta.

Arvioitaessa yleisesti sekä investointisuojaus sopimusten vaikutusta kansalliseen päätöksentekoon että mahdollisten sopimusten nojalla nostettavien investointiriitojen todennäköisyyttä on huomattava, että investointisuojaus sopimusten sisältö on ajan myötä muuttunut olennaisesti. Vanhemmat sopimukset ja niiden sisältämät investointisuojaus koskevat säännöt ovat usein hyvin yleisiä ja keskittyvät lähinnä suojaamaan sijoittajaa. Uudemmissa sopimuksissa nämä investointien suojaus koskevat säännöt ovat paljon tarkkarajaisempia ja sopimuksissa korostetaan myös valtioiden oikeutta säännellä. Toki on edelleen niin, että investointisuojaus sopimuksen perusajatus on suojata investointeja.

⁶ ICSID 2021 (2) raportti on saatavilla osoitteessa <https://icsid.worldbank.org/resources/publications/icsid-caseload-statistics>. Nämä kolme luonnonvarasektorin aluetta on ICSID raporteissa katsottu yhdeksi alueeksi.

CETA-sopimus on tältä osin hyvä esimerkki siitä, miten valtioiden oikeudet on huomioitu ja sijoittajan mahdollisuutta riitauttaa valtion sääntelytoimia on selvästi rajattu. Sopimuksessa on muun muassa tarkennettu tasapuolisen ja oikeudenmukaisen kohtelun periaatteen sisältöä ja ulottuvuutta sekä tarkennettu pakkolunastukseen rinnastettavien toimien määritelmää. Näillä uudistuksilla on pyritty selkeyttämään investointisuojaan sisältöä. Kyseisten tarkennuksien lisäksi CETA-sopimus sisältää suuren joukon muita uudistuksia, joiden tarkoitus on parantaa investointisuojaan liittyvää riidanratkaisumekanismeja. CETA-sopimuksessa on luotu myös uuden tyyppinen tuomioistuinjärjestelmä. Järjestelmässä luodaan erillinen kaksiportainen investointituomioistuin valitusmekanismeineen, jonka tarkoitus on parantaa riidanratkaisua investointiriidoissa ja korvata välimiesmenettely riidanratkaisumekanismina. Tässä lausunnossa en käsittele tätä uutta investointiriitatuomioistuinjärjestelmää.⁷

On selvää, että mahdollista investointiriidan aloittamista ja siihen liittyviä korvausvaateita ei voida koskaan täysin sulkea pois. Näin siitä huolimatta, että CETA-sopimuksen 8.32 ja 8.33 artikloissa onkin pyritty sulkemaan pois perusteettomat kanteet. Investointiriidan aloittaminen ja korvausvaatimuksen esittäminen on kuitenkin eri asia kuin mahdollisen riidan voittaminen ja korvausten määrääminen.⁸

CETA-sopimuksen alaista oikeuskäytäntöä ei vielä ole. Näin lausunnossani esittämät arviot perustuvat CETA-sopimuksen sisältöön ja sananmuotoon. Lausunnon taustalla vaikuttavat myös aikaisemmat investointiriidat ja niissä annetut välimiesratkaisut. Nämä ratkaisut liittyvät kuitenkin hyvin erilaiseen oikeudelliseen ja faktiseen kontekstiin verrattuna Suomeen. On lisäksi vielä painotettava, kuten edellä on esitetty, että CETA-sopimus poikkeaa sisällöltään vanhemmista investointisuojaosopimuksista, joiden nojalla iso osa aikaisemmista riidoista on ratkaistu.

Vielä on huomautettava, että CETA-sopimusta on sovellettu väliaikaisesti ennen sen voimaan tuloa 21.9.2017 alkaen. Väliaikainen soveltaminen ei kuitenkaan koske CETA-sopimuksen

⁷ Olen käsitellyt tätä järjestelmää mm. eduskunnalle vuosina 2016 ja 2018 antamissani lausunnoissa.

⁸ CETA-sopimuksen aiempia sopimuksia tarkempi muotoilu vähentää monilta osin sitä epävarmuutta, jota investointiriitojen lopputulokseen joskus liittyy. Yleisellä tasolla on myös todettava, että valtiot voittavat suurimman osan riidoista. Tästä, katso: Susan Franck ja Lindsey Wylie, "Predicting outcomes in investment arbitration", 65 *Duke Law Journal* (2015), s. 459-525; Susan Franck, *Empirically Evaluating Claims About Investment Treaty Arbitration*, 86 *N.C.L. Rev* 1, (2007), s. 4. Vastaavaan tulokseen on päätyneet myös YK:n alainen United Nations Conference on Trade and Development, "World Investment Report 2014: Investing in SDGs: An Action Plan Towards a New Generation of Investment Policies", UNCTAD/WIR/2014 (3 kesäkuuta 2014), s. 126.

investointisuoja koskevaa osiota. Se astuu siis voimaan, kun kaikki EU:n jäsenvaltiot ovat sopimuksen ratifioineet.

Tässä lausunnossa kuvaan aluksi kaivoslakiin esitettyjä investointisuojan ja CETA-sopimuksen kannalta olennaisimpia muutosehdotuksia. Tämän jälkeen tarkastellaan CETA-sopimuksen ja Suomen oikeusjärjestyksen kaivosyhtiöille antamaan suojaa. Lopuksi arvioidaan kaivoslain muutosehdotusten suhdetta CETA-sopimukseen.

On myös olennaista muistaa, että myös muu lainsäädäntö koskee kaivostoimintaa, mukaan luettuna ympäristönsuojeluun ja luonnonsuojeluun liittyvä sääntely. Tämänkin sääntelyn piirissä voi tietenkin syntyä tilanteita, joita voidaan arvioida myös CETA-sopimuksen valossa. Tässä lausunnossa ei kuitenkaan käsitellä muuta lainsäädäntöä.

2. Kaivoslain muutosehdotuksista lyhyesti

Kaivoslain muutosehdotuksella pyritään vahvistamaan lain tavoitetta, joka on luoda edellytykset sosiaalisesti, taloudellisesti ja ekologisesti kestäväälle kaivostoiminnalle ja malminetsinnälle. Lain uudistamisen tavoitteena on parantaa kaivosten ympäristönsuojelua ja toimintaedellytyksiä. Lisäksi sillä halutaan vahvistaa sekä kaivosten paikallista hyväksyttävyyttä että asianosaisten vaikutusmahdollisuuksia.

Ympäristönsuojeluun liittyviä muutosehdotuksia lakiehdotuksessa on useita. Tällaisia ovat muun muassa ehdotetut muutokset ja lisäykset 11 §:ään (malmin etsintäalueen käytöstä ei saa aiheutua muuta merkittävää vahingollista ympäristövaikutusta), 18 §:ään (kaivosluvan haltija on velvollinen huolehtimaan siitä, että vahingollisia ympäristövaikutuksia vältetään niin pitkälle kuin mahdollista) sekä 51 ja 52 §:iin (malmietsintäluvassa ja kaivosluvassa annettavat määräykset). Ympäristönäkökohtien kasvava painoarvo kaivostoiminnassa ja siihen liittyvässä sääntelyssä ei ole uusi asia, vaan kehitys tähän suuntaan on ollut nähtävissä jo pitkään.⁹

Olellaisia muutosehdotuksia toiminnan laadun suhteen on myös 47 ja 48 §:ssä ehdotettu vaatimus siitä, että kaivosluvan hakijalla on käytettävissä haettuun lupaan perustuvaan toimintaan nähden

⁹ Kehityksestä esimerkiksi, Ismo Pölönen ja Arja Haline, Harmonisointia ilman koherenssia –kaivoslain toimivuuskaivos- ja ympäristölupamenettelyjen suhteiden näkökulmasta, *Edilex* 2017/31.

tarpeellinen asiantuntemus ja muutoin riittävät edellytykset. Tämä vaatimus toistuu myös viittauksen kautta 62 §:ssä, jossa käsitellään kaivosluvan määräaikaista tarkistamista ja määräaikaisuutta. Pykälään on lisätty lupaviranomaista koskeva vaatimus varmistua, että kaivosluvan haltija täyttää 48 §:ssä säädetty luvan myöntämisen edellytykset.

Kaivoslain 109 §:ssä säädetään vakuuden asettamista koskevasta menettelystä. Pykälään ehdotetaan lisättävän vaatimus, jonka mukaan lupaviranomaisen on omasta aloitteestaan tarkistettava vakuuden suuruutta, jos toiminnan laatu ja laajuus tai toiminnasta aiheutuvat vaikutukset yleiseen turvallisuuteen, ihmisten terveyteen tai ympäristöön ovat luvan myöntämisen jälkeen muuttuneet siten, että vakuuden lajia tai suuruutta on tämän vuoksi tarpeen tarkistaa. Samalla kaivosviranomaisen on määrättävä ajankohta, josta lukien muutokset ovat voimassa.

Muutosehdotuksen tarkoituksena on myös turvata kuntien vaikuttamismahdollisuudet sekä yksilön mahdollisuudet vaikuttaa itseään ja elinympäristöään koskevaan päätöksentekoon. Tähän tähtäviä muutosehdotuksia ovat muun muassa ehdotettu muutos 47 §:ään, jonka nojalla kaivostoiminnan tulee aina perustua maankäyttö- ja rakennuslain mukaiseen yleiskaavaan tai asemakaavaan, jossa kaivosalueen ja kaivoksen apualueen sijainti ja suhde muuhun alueiden käyttöön on selvitetty.

Kaivoslain 61 a §:ään on ehdotettu lisättävän vaatimus maanomistajan suostumuksesta malminetsintäluvan voimassaolon jatkamiselle. Sen mukaan voimassaolon jatkamisen edellytyksenä olisi alueen hallinnasta vastaavan viranomaisen tai laitoksen tai kiinteistöjen omistajien suostumus, kun malminetsintäluvan voimassaololle haetaan jatkoa siten, että hakemuksen kohteena oleva malminetsintälupa on ollut voimassa vähintään kymmenen vuotta. Mikäli suostumusta ei ole saatu, voisi toiminnan harjoittaja kuitenkin hakea valtioneuvostolta puolta malminetsintäluvan voimassaolon jatkamiselle, jos hanke on tärkeän yleisen edun vaatima. Tärkeän yleisen edun vaatimusta arvioidaan erityisesti hankkeen paikallis- ja aluetaloudellisten sekä työllisyysvaikutusten ja yhteiskunnan raaka-ainehuollon tarpeen perusteella.

Monissa kohdin ehdotetut muutokset ovat tarkennuksia ja täsmennyksiä jo olemassa oleviin sääntöihin. Näin esimerkiksi 63 §:n tarkennukset kaivosluvan jatkamisen estävästä rikkomuksesta.

31 a §:ssä säädetään hakijan neuvonnasta. Hallituksen esityksen mukaan 'Hallinnon lainalaisuusperiaatteesta johtuen viranomaisen antamat virheellisetkään neuvot eivät sido

viranomaista tai muutoksenhakutuomioistuinta päätöksenteossa. Viranomaisen on pystyttävä yhdenvertaisuusperiaatteen puitteissa muuttamaan ratkaisulinjaansa.’

Tämän kursorisen kaivoslain muutoksiin keskittyvän osion jälkeen käsitellään lausunnossa nyt CETA-sopimuksen mukaisia sääntöjä. Lausunnon kohdassa 5. arvioin yllä esitettyjä muutosehdotuksia CETA-sopimuksen valossa.

3. CETA-sopimus ja sijoitusten suoja

3.1 Kansallisuuteen perustuvan syrjinnän kieltö

CETA-sopimuksen mukaiset kansallisen kohtelun (8.6 artikla) ja suosituimmuuskohtelun (8.7 artikla) vaatimukset eivät poikkea tavanomaisesti investointisuojaosopimukseen liittyvistä vastaavista vaatimuksista. CETA-sopimuksessa ne koskevat myös sijoittautumisoikeutta.

Kansallisen kohtelun velvoite edellyttää CETA-sopimuksen mukaisen sijoittajan (käytännössä siis kanadalaisen) kohtelua, joka on vähintään yhtä edullinen kuin kohtelu, jonka sopimusvaltio myöntää samanlaisissa tilanteissa omille sijoittajilleen ja heidän tekemilleen sijoituksille. 8.6 artiklan mukaan

1. Kukin osapuoli myöntää toisen osapuolen sijoittajalle ja tämän sopimuksen piiriin kuuluvalla sijoitukselle alueellaan tapahtuvan sijoitusten tekemisen, hankkimisen, laajentamisen, johtamisen, toiminnan, hallinnon, ylläpidon, käytön, hyödyntämisen sekä myynnin tai lopettamisen yhteydessä kohtelun, joka on vähintään yhtä edullinen kuin kohtelu, jonka se myöntää samanlaisissa tilanteissa omille sijoittajilleen ja niiden sijoituksille.

3. Osapuolen 1 kohdan mukaisesti myöntämällä kohtelulla tarkoitetaan Euroopan unionin jonkin jäsenvaltion hallinnon tai jossakin jäsenvaltiossa toimivan hallinnon osalta kohtelua, joka on vähintään yhtä edullinen kuin kyseisen hallinnon vastaavissa tilanteissa Euroopan unionin sijoittajille ja tällaisten sijoittajien sijoituksille omalla alueellaan myöntämä edullisin kohtelu.

Suosituimmuuskohtelun velvoite edellyttää CETA-sopimuksen mukaisen sijoittajan kohtelua, joka on vähintään yhtä edullinen kuin kohtelu, jonka se myöntää samanlaisissa tilanteissa kolmannen maan sijoittajille ja niiden sijoituksille. 8.7 artiklan mukaan

1. Kukin osapuoli myöntää toisen osapuolen sijoittajalle ja tämän sopimuksen piiriin kuuluvalla sijoitukselle sijoitustensa osapuolen alueella tapahtuvan tekemisen, hankkimisen, laajentamisen, johtamisen, toiminnan, hallinnon, käytön, hyödyntämisen sekä myynnin tai lopettamisen yhteydessä kohtelun, joka on vähintään yhtä edullinen kuin kohtelu, jonka se myöntää samanlaisissa tilanteissa kolmannen maan sijoittajille ja niiden sijoituksille.

Artiklan 4 kohdassa on kuitenkin poistettu sijoittajien ja valtioiden välisten sijoitusriitojen ratkaisumenettelyt, joista on määrätty muissa kansainvälisissä sijoitussopimuksissa ja muissa kauppasopimuksissa. Muiden kansainvälisten sijoitussopimusten ja muiden kauppasopimusten sisällölliset velvollisuudet eivät itsessään muodosta ”kohtelua” eivätkä näin ollen voi johtaa tämän artiklan rikkomiseen, lukuun ottamatta osapuolen näiden velvollisuuksien nojalla käyttöön ottamia tai voimassa pitämiä toimenpiteitä.

3.2 Valtion oikeudesta säännellä

8.9 artiklassa säädetään sijoituksista ja sääntelytoimenpiteistä. Sen mukaan

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

Vaikka valtion sääntelyoikeus on vahvistettu myös lukuisissa investointioikeuden ratkaisuisa,¹⁰ CETA-sopimuksessa tätä oikeutta on haluttu erityisesti korostaa. Tällä pyritään varmistamaan, että

¹⁰ Tämä lähtökohta on todettu esimerkiksi lukuisissa Espanjan uusiutuvan energian tukijärjestelmien muutosta koskeissa välimiesoikeuden ratkaisuisa. Näin todettiin myös asiassa *Methanex v USA* (http://www.naftaclaims.com/disputes_us_6.htm) tapauksessa Kalifornialla oli oikeus muuttaa ympäristönormejaan. Tietyn bensiiniin lisättävän aineen kiellon taustalla oli yleinen hyvä, se ei ollut syrjivä eikä osavaltio ollut antanut erityisiä lupauksia tai vastaavia sitoumuksia investoijalle.

riita-asiaa käsittelevä investointituomioistuin ottaa tämän selkeänä lähtökohtana sen käsiteltävänä olevassa riita-asiassa.

3.3 Kohtuullisen ja oikeudenmukaisen kohtelun velvoite

8.10 artikla säädetään sijoitusten kohtelusta. Sen kohdan mukaan

1. Kukin osapuoli myöntää alueellaan toisen osapuolen tämän sopimuksen piiriin kuuluville sijoituksille ja sijoittajille niiden tämän sopimuksen piiriin kuuluvien sijoitusten osalta kohtuullisen ja oikeudenmukaisen kohtelun ja täyden suojan ja turvan 2–7 kohdan mukaisesti.
2. Osapuoli rikkoo 1 kohdassa tarkoitettua kohtuullisen ja oikeudenmukaisen kohtelun velvollisuutta, jos toimenpide tai toimenpidesarja tarkoittaa
 - a) oikeussuojan epäämistä rikos-, siviili- tai hallinnollisessa menettelyssä;
 - b) oikeusturvan perustavanlaatuista rikkomista, mukaan luettuina avoimuuden perustavanlaatuinen rikkominen oikeudellisessa tai hallinnollisessa menettelyssä;
 - c) ilmeistä mielivaltaisuutta;
 - d) kohdennettua syrjintää ilmeisen väärin perustein, kuten sukupuolen, rodun tai uskonnollisen vakaumuksen perusteella;
 - e) sijoittajien huonoa kohtelua, kuten pakottamista, painostamista ja häirintää [...].

Tämän FET standardin rikkomista tarkoittavan listan lisäksi, kohta f) avaa mahdollisuuden lisätä muita rikkomusta tarkoittavia toimenpiteitä listaan:

- f) minkä tahansa muun, osapuolten tämän artiklan 3 kohdan mukaisesti hyväksymään kohtuullisen ja oikeudenmukaisen kohtelun velvollisuuteen kuuluvan tekijän rikkomista.

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

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

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

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

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

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

6. Selkeyden vuoksi todetaan, että tämän sopimuksen jonkin muun määräyksen tai erillisen kansainvälisen sopimuksen rikkominen ei merkitse tämän artiklan rikkomista.

7. Selkeyden vuoksi todetaan, että se, että jokin toimenpide on kotimaan lainsäädännön vastainen, ei sinällään ja pelkästään merkitse tämän artiklan rikkomista. Jotta voidaan selvittää, onko toimenpide tämän artiklan vastainen, tuomioistuimen on tarkasteltava sitä, onko osapuoli toiminut 1 kohdassa tarkoitettujen velvollisuuksien kanssa yhteensopimattomasti.

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

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

3.4 Pakkolunastuksen kielto

8.12 artiklassa säädetään pakkolunastuksesta. Sen mukaan

1. Osapuoli ei saa kansallistaa tai pakkolunastaa tämän sopimuksen piiriin kuuluvaa sijoitusta suoraan tai epäsuorasti käyttämällä toimenpiteitä, joilla on kansallistamista tai pakkolunastusta vastaava vaikutus, jäljempänä ’pakkolunastus’, paitsi
 - a) yleisen edun vuoksi;
 - b) lain mukaisesti;
 - c) syrjimättömästi; ja
 - d) riippää, asianmukaista ja riittävää korvausta vastaan.

Selkeyden vuoksi todetaan, että tätä kohtaa on tulkittava liitteen 8-A mukaisesti.

Liitteessä 8-A 1 ja 2 kohdassa kuvataan välitöntä ja välillistä pakkolunastusta. Sen mukaan kyseessä on välillinen pakkolunastus, kun

osapuolen toimenpiteellä tai joukolla toimenpiteitä on sama vaikutus kuin välittömällä pakkolunastuksella siten, että se merkittäväällä tavalla estää asianomaista sijoittajaa hyödyntämästä sijoituksensa perusominaisuuksia, käyttöoikeus mukaan luettuna, nauttimasta siitä ja myymästä sitä ilman, että omistusoikeus siirretään virallisesti tai takavarikoidaan.

Välillisen pakkolunastuksen arvioiminen edellyttää tapauskohtaista ja tosiasioihin perustuvaa selvitystä, jossa otetaan huomioon muun muassa seuraavat seikat:

- a) toimenpiteen tai toimenpiteiden joukon taloudellinen vaikutus, vaikkakaan se, että toimenpiteellä tai joukolla toimenpiteitä on haitallinen vaikutus sijoituksen taloudelliseen arvoon, ei yksinään tarkoita, että kyseessä on välillinen pakkolunastus;
- b) osapuolen toimenpiteen tai toimenpiteiden joukon kesto;
- c) missä määrin toimenpide tai joukko toimenpiteitä vaikuttaa haitallisesti sijoitukseen perustuviin selkeisiin ja kohtuullisiin odotuksiin; ja
- d) toimenpiteen tai toimenpiteiden joukon luonne, erityisesti niiden tavoite, laajuus ja tarkoitus

CETA-sopimuksen mukainen välillisen pakkolunastuksen arviointi seurailee pääpiirteittäin kansainvälisen investointioikeuden mukaista tulkintaa.¹¹ Valtion oikeutta säädellä ja soveltaa lainsäädäntöään on kuitenkin tarkennettu ja liitteen 8-A 3. kohdan mukaan:

Selkeyden vuoksi todetaan, että osapuolen ei-syrjivät toimenpiteet, joka on suunniteltu ja toteutettu oikeutettujen julkisten politiikan tavoitteiden kuten terveyden, turvallisuuden tai ympäristön suojaamiseksi, eivät muodosta välillistä pakkolunastusta, lukuun ottamatta niitä harvinaisia tapauksia, joissa toimenpiteen tai toimenpiteiden joukon vaikutus on tavoitteeseen nähden niin voimakas, että se vaikuttaa ilmeisen kohtuuttomalta.

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

¹¹ Siitä millainen sääntely voitaisiin katsoa yleisen investointioikeuden nojalla korvausvelvollisuuden muodostavaksi ei ole vielä täyttä konsensusta kaikkien asiaan liittyvien yksityiskohtien osalta. Katso esim *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, ratkaisu 17. maaliskuuta 2006, Partial Award, kohdat 262–263. Sääntelyoikeutta on kuitenkin CETA-sopimuksessa edellä esitetysti erikseen korostettu.

Pakkolunastuksesta maksettavasta korvauksesta säädetään 8.12 artiklan 2 ja 4 kohdassa. Sen mukaan

2. Edellä 1 kohdassa tarkoitetun korvauksen on vastattava määrältään sijoituksen markkina-arvoa hetkenä, joka välittömästi edelsi pakkolunastusta tai ennen pakkolunastuksen tietoon tuloa sen mukaan, kumpi on aiempi. Arvonmäärittämisperusteisiin sisältyvät toimivan yrityksen arvo, omaisuuden arvo, mukaan luettuna aineellisen omaisuuden ilmoitettu verotusarvo, sekä tarvittaessa muut markkina-arvon määrittämisperusteet.

4. Kohteena olevalla sijoittajalla on oltava oikeus pakkolunastuksen toteuttavan osapuolen lainsäädännön mukaisesti saada kanteensa tarkastelu ja sijoituksensa arvonmäärittäminen pikaiseen käsittelyyn kyseisen osapuolen oikeudellisessa tai muussa riippumattomassa elimessä tässä artiklassa vahvistettujen periaatteiden mukaisesti.

4. Lyhyesti Suomen- ja eurooppaoikeuden takaamasta investointien suojasta

Kuten kaivoslakia koskevassa aikaisemmassa Borenius asianajotoimisto Oy:n laatimassa lausunnossa on todettu, luovat sekä Suomen kansallinen oikeusjärjestys että eurooppalainen oikeusjärjestelmä pitkälti investointioikeutta vastaavan suojajärjestelmän.

Suomen kansallinen oikeusjärjestelmä ja sen investointeja suojaava sääntely rakentuu perustuslaille. Sen mukaan Suomen oikeusjärjestelmä perustuu oikeusvaltioperiaatteelle. Perustuslain 2 §:n mukaan julkisen vallan käytön tulee perustua lakiin. Kaikessa julkisessa toiminnassa on noudatettava tarkoin lakia.

Perustuslaki sisältää säädöksiä myös yhdenvertaisuudesta ja syrjinnänkiellosta (6 §), oikeudesta saada asiansa käsitellyksi asianmukaisesti ja ilman aiheetonta viivytystä lain mukaan toimivaltaisessa tuomioistuimessa tai muussa viranomaisessa. Perustuslain 21 §:ssä säädetään oikeudesta saada oikeuksiaan ja velvollisuuksiaan koskeva päätös tuomioistuimen tai muun riippumattoman lainkäyttöelimen käsiteltäväksi.

Perustuslain 15 § turvaa jokaisen omaisuuden. Perustuslain mukaan omaisuuden pakkolunastuksesta yleiseen tarpeeseen täyttää korvausta vastaan säädetään lailla. Pakkolunastuksen on siis aina perustuttava lakiin.

Lisäksi perustuslain 22 § edellyttää, että julkisen vallan on turvattava perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutuminen.

Kaikkeen hallintotoimintaan sovelletaan hallintolain 6 §:ssä lueteltuja hallinnon oikeusperiaatteita. Viranomaisen on kohdeltava hallinnossa asioivia tasapuolisesti sekä käytettävä toimivaltaansa yksinomaan lain mukaan hyväksyttäviin tarkoituksiin. Viranomaisen toimien on oltava puolueettomia ja oikeassa suhteessa tavoiteltuun päämäärään nähden. Niiden on suojattava oikeusjärjestyksen perusteella oikeutettuja odotuksia.

Suomen sisäisen oikeuden lisäksi sisällöllisesti vastaavia vaatimuksia johtuu myös Euroopan ihmisoikeussopimuksesta ja EU-oikeudesta. Esimerkiksi Euroopan unionin perusoikeuskirjassa turvataan omaisuuden suoja (17 artikla), yhdenvertaisuus (20 artikla), oikeus tehokkaiisiin oikeussuojakeinoihin ja puolueettomaan tuomioistuimeen (47 artikla) sekä kielletään syrjintä (21 artikla). Myös Euroopan unionin tuomioistuin on antanut näihin ja muihin oikeuksiin liittyen runsaasti ratkaisuja. Esimerkiksi oikeusvarmuudesta, oikeutetuista odotuksista ja lainsäädännön muutoksista aiheutuvista haitallisista vaikutuksista jo tehtyihin investointeihin on olemassa runsaasti Euroopan unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöä. Oikeuskäytännössä vahvistetaan oikeutettujen odotusten suoja yleisenä eurooppaoikeudellisena oikeusperiaatteena, jota valtion tulee noudattaa silloin kun kyse on EU-oikeuden piiriin kuuluvasta toiminnasta. Siinä vahvistetaan myös EU:n sääntelyoikeus mutta edellytetään että myös niiden edut, joihin haitalliset vaikutukset kohdistuvat otetaan huomioon.¹²

Näin ollen valtion toiminta, joka merkitsisi CETA-sopimuksen mukaisen investointisuojan rikkomista, merkitsisi useimmiten samalla myös Suomen ja EU-oikeuden rikkomista. Näin Suomen kansallinen oikeus ja yleinen eurooppaoikeudellinen sääntely turvaavat investoijan oikeudet myös ilman CETA-sopimusta ja näin ollen ehkäisevät jo nyt CETA-sopimuksen rikkomista tarkoittavat valtion toimet.

5. Arviointi

¹² Esimerkiksi T-217/17 FVE v komissio, 20. syyskuuta 2019, ECLI:EU:T:2019:633, kohta. 68, C-17/03, VEMW ym., 7. kesäkuuta 2005, ECLI:EU:C:2005:362; C-37/02 ja C-38/02 *Di Lenardo and Dilexport*, 15. heinäkuuta 2004, ECLI:EU:C:2004:443, kohta 70.

5.1 Yleistä arviointia

Pääosa kansainvälisen investointioikeuden ratkaisuista koskee maita, joiden oikeusjärjestelmä ei ole vakaa ja sitoutuminen oikeusvaltioperiaatteeseen on heikkoa. Valtaosa investointiriidoista eivät myöskään liity muutoksiin lainsäädännössä, vaan riidat koskevat lain soveltamisesta ja tulkintaa. Vuonna 2014 tehty tutkimus osoitti, että suurin osa ratkaisuista koski lain soveltamista eri viranomaisissa. Muutokset lainsäädännössä johtivat investointiriitaan vain 13% tapauksista.¹³

On kuitenkin selvää, että myös maissa, joissa oikeusvaltioperiaatteella on keskeinen ja vakiintunut asema, voidaan tehdä syrjiviä, yllättäviä ja kohtuuttomia muutoksia lainsäädäntöön. Nämä saattavat joissain tapauksissa johtaa korvausvelvollisuuden kansainvälisen investointisuojausopimuksen nojalla. Tällaisia muutoksia voivat olla esimerkiksi lainsäädännön sellaiset muutokset, joiden voidaan katsoa olevan hyvin perustavanlaatuisia ja joilla on suhteettoman haitallisia vaikutuksia investointeihin.¹⁴ Tällaiset muutokset olisivat kuitenkin usein myös Suomen lainsäädännön ja eurooppaoikeuden vastaisia muutoksia.

Samalla tavoin lain *soveltamisen* tulee olla ennakoitavaa ja johdonmukaista. Syrjivä tai mielivaltainen lainsäädännön soveltaminen voi johtaa korvausvastuuseen investointisuojausopimuksen nojalla. Tällainen lainsoveltaminen olisi luultavasti myös Suomen lainsäädännön¹⁵ ja eurooppaoikeuden vastaista.

Ehdotetut kaivoslain muutokset eivät nähdäkseni ole sillä tavalla syrjiviä, yllätyksellisiä tai suhteettomia, että ne selvästi johtaisivat CETA-sopimuksen mukaisten investointisuojausäännösten rikkomiseen. Kaivoslain muutosehdotukseen sisältyvät pykälät muun muassa ympäristön paremmasta huomioimisesta, paikallisen päätöksenteon painottamisesta, uusien tarkasti ja selkeästi esitettyjen lupaehtojen lisäämisestä muiden kaivoslakiin ehdotettujen muutosten ohella eivät näyttäisi

¹³ Jeremy Caddel and Nathan M. Jensen, Which host country government actors are most involved in disputes with foreign investors? Columbia FDI Perspectives. (No. 120 April 28, 2014).

¹⁴ Näin katsottiin mm isossa osassa Espanjan uusiutuvan energiatukijärjestelmää koskevissa ratkaisuissa, kuten *Novenergia II – Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. Spain*, SCC Arbitration (2015/063), ratkaisu 15. helmikuuta 2018, *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V. v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/31, ratkaisu 15. kesäkuuta 2018 sekä *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/30, ratkaisu 11. joulukuuta 2019.

¹⁵ Katso esimerkiksi KHO:2019:67.

olevan ristiriidassa investoijien perusteltujen odotusten kanssa tai katsottavina pakkolunastukseen rinnastuviksi toimiksi taikka kohtuullisen ja oikeudenmukaisen kohtelun velvoitteiden vastaisiksi.

Ympäristönsuojeluun tähtäävien muutosehdotuksien osalta on huomattava, että CETA-sopimus painottaa erikseen valtion oikeutta antaa ympäristönsuojeluun tähtäävää sääntelyä.

Sekä lakiin esitetty lisäys vaatimuksesta asiantuntemuksesta ja muutoin riittävästä edellytyksistä että vakuuteen liittyvät vaatimukset ovat tarpeellisia ja kohtuullisia. Niitä on näin vaikea katsoa syrjiviksi, kohtuuttomiksi tai yllättäviksi vaatimuksiksi, jotka olisivat ristiriidassa esimerkiksi CETA-sopimuksen mukaisen oikeutettujen odotusten suojan kanssa.

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

Hakijan neuvontaan liittyvä täsmennys ja hallituksen esityksen toteamus, jonka mukaan viranomaisen antamat virheellisetkään neuvot eivät sido viranomaista tai muutoksenhakutuomioistuinta päätöksenteossa ei myöskään ole selvästi CETA-sopimuksen takaamien oikeuksien, mukaan luettuna oikeutettujen odotusten suojan, kanssa ristiriidassa. Vaikka kansainvälisissä investointioikeuden ratkaisuisissa onkin toisinaan annettu painoarvoa myös investoijan kansallisilta viranomaisilta saaduille neuvoille¹⁶, ei tämä virheellisiä neuvoja ja tietoja koskeva määräys vaikuta erityisen ongelmalliselta koska neuvojen sitomattomuus on selvästi hallituksen esityksessä kuvattu ja sijoittajalle ei voi syntyä perusteltua olettamaa neuvon sitovuudesta. Tämä on kuitenkin alue, jolla erityistä varovaisuutta on syytä noudattaa ja täysin virheellisten neuvojen tai lupauksen antamista olisi vältettävä.

47 §:ään ehdotettu kunnan kaavoitus-oikeuteen liittyvää muutosehdotusta tarkastelen kohdassa 5.2 hieman tarkemmin. Kunnan päätöksenteko kaavoitusasioissa sisältää tarkoituksenmukaisuusharkintaa. Selvää on, että mielivaltainen tai syrjivä kaavoittaminen aiheuttaisi

¹⁶ Näin esimerkiksi *Metalclad Corporation v. Mexico*. ICSID Case No. ARB (AF)/97/1 (30. elokuuta 2000).

ristiriidan CETA-sopimuksen mukaisten velvoitteiden kanssa. Se olisi kuitenkin myös Suomen oikeusjärjestyksen vastaista.

On myös tärkeä huomata, että mikäli investoija ei ole tyytyväinen viranomaisen ratkaisuun on hänellä mahdollisuus valittaa päätöksestä itsenäiseen ja puolueettomaan hallintotuomioistuimeen. Tätä edellyttää myös CETA-sopimus, ja myös valitusmahdollisuus on omiaan vähentämään investointiriidan todennäköisyyttä.

5.2 Kunnan kaavoitusoikeudesta ja kaavoitusoikeuden suhteesta CETA-sopimukseen

Käytännössä kohtuullisen ja oikeudenmukaisen kohtelun velvollisuuden vastaisiksi tai välilliseksi pakkolunastukseksi katsottavia tilanteita voisivat olla erityisesti lupien epäämiset tai peruuttamiset silloin kun nämä katsotaan syrjiviksi, mielivaltaisiksi tai muutoin lakiin perustumattomiksi. Vaikka kohtuullisen ja oikeudenmukaisen kohtelun velvollisuuden vastaisiksi tai välilliseksi pakkolunastukseksi katsottavat valtion toimet ovat CETA-sopimuksissa määritelty melko tarkasti ja yksityiskohtaisesti, on sopimuksen perusteltujen odotusten suojan määrittely selvästi epämääräisempi. Kuten lausunnon kohdassa 3.3 on esitetty voidaan olettaa investoijan vetoavan juuri perusteltujen odotusten suojaan niissä tilanteissa, kun kyse on lupien epäämisestä tai peruuttamisesta.

Kaivoslain lupia koskevat kohdat ja niihin nyt ehdotetut muutokset eivät kuitenkaan itsessään muodosta perustetta korvausvelvollisuudelle. Luvan myöntämisen edellytykset on esitetty laissa tarkasti ja lupaviranomaisen harkintavalta on rajattua ja ennakoitavaa.

Arvioitavana olevan muutosesityksen mukaan kunnan kaavoituspäätös olisi edellytys kaivosluvalle. Kaivoslain nykyisen 47 §:n mukaan yksi kaivosluvan myöntämisen ehdoista on, että "*Kaivostoiminnan tulee perustua maankäyttö- ja rakennuslain mukaiseen oikeusvaikutteiseen kaavaan taikka kaivostoiminnan vaikutukset huomioon ottaen asian tulee olla muutoin riittävästi selvitetty yhteistyössä kunnan, maakunnan liiton ja elinkeino-, liikenne ja ympäristökeskuksen kanssa. Kaavan oikeusvaikutuksista säädetään maankäyttö- ja rakennuslaissa.* [kursiivi lisätty]"

Ehdotuksessa sanamuoto on kapeampi ja toteaa vain, että "*Kaivostoiminnan tulee perustua maankäyttö- ja rakennuslain mukaiseen yleiskaavaan tai asemakaavaan, jossa kaivosalueen ja kaivoksen apualueen sijainti ja suhde muuhun alueiden käyttöön on selvitetty.*" Muun riittävän selvityksen mahdollisuus ehdotetaan siis poistettavaksi ja kaivosluvan edellytyksenä olisi siten

maankäyttö- ja rakennuslain mukainen yleiskaava tai asemakaava. Kaivostoiminta ei jatkossa myöskään voisi perustua maakuntakaavaan.

Muutosta koskeva siirtymäsäännös kattaa vain olemassa olevan kaivoksen vähäistä apualueita tai aluetta, jolla vähäisesti laajennetaan olemassa olevaa kaivosta. Kaivoksen laajentamista koskeva hakemus olisi jätettävä viimeistään viiden vuoden kuluessa lain voimaantulosta. Siirtymäsäännös ei koskisi uutta kaivoslupaa koskevaa hakemusta.

Kaavoitukseen sisältyy tarkoituksenmukaisuusharkintaa ja sen lähtökohtana on kunnan laaja harkintavalta sekä kaavoituksen käynnistämisen että kaavoituksen sisällön osalta. Kunnan harkintavalta on kuitenkin oikeudellisesti rajattua. Kaavoitus ei esimerkiksi voi olla syrjivää tai mielivaltaista. Tältä osin kunnan kaavoitusoikeutta rajoittavat edellä, kohdassa 4., mainitut hallinnon oikeusperiaatteet ja perustuslaki. Esimerkiksi perustuslain mukainen yhdenvertaisuuden periaate edellyttää, ettei maanomistajia aseteta toisistaan poikkeavaan asemaan, ellei siihen ole kaavan sisältöä koskevat säännökset huomioon ottaen maankäytöllisiä perusteita.

Kunnalla on kuitenkin kaavoitusoikeutensa mukaisesti oikeus laatia haluamansa sisältöisiä kaavoja edellyttäen, että kaavalle laissa säädetyt vähimmäisvaatimukset täyttyvät.¹⁷ Valitusprosesseissa arvioidaan vain sitä, täyttääkö valituksenalainen kaava tai sen osa sille laissa asetetut minimivaatimukset.¹⁸ Tuomioistuimella ei ole toimivaltaa kumota oikeudelliset vähimmäisvaatimukset täyttävää kaavaa sillä perusteella, että on olemassa jokin toinen kaavoitukselle asetetut tavoitteet ja sisältövaatimukset paremmin täyttävä ratkaisuvaihtoehto.¹⁹

Olellainen kysymys tämän lausunnon osalta on se, voiko kaivosyhtiölle syntyä perusteltu oletama tietyn sisältöisestä kaavasta, joka oikeuttaa kaivostoiminnan kunnan alueella. Mielestäni tällaista perusteltua oletamaa ei voi syntyä huolelliselle sijoittajalle.²⁰

¹⁷ Ismo Pölönen, Kaivokset kaavoissa – kunnan harkintavalta yleiskaavoituksessa kaivostoiminnan ohjauksen näkökulmasta, *Oikeus* 2016 (45); 1: 70–91.

¹⁸ KHO 2019:67.

¹⁹ Ismo Pölönen, Kaivokset kaavoissa – kunnan harkintavalta yleiskaavoituksessa kaivostoiminnan ohjauksen näkökulmasta, *Oikeus* 2016 (45); 1: 70–91.

²⁰ Investoijan huolellisuusvelvoite (due diligence -velvoite) osana oikeutettujen odotusten arviointia ei kuitenkaan ole täysin vakiintunut investointioikeudessa. Velvoitteen keskeistä merkitystä painotettiin erityisesti ratkaisuihin Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH, and others v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/1, ratkaisu 2. joulukuuta 2019; Belenergia S.A. v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/15/40, ratkaisu 28 elokuuta 2018 ja Antaris Solar GmbH and Dr. Michael Göde v. Czech Republic, PCA Case No. 2014-01, ratkaisu 2. toukokuuta 2018

Kaavoituksen tulee perustua lakiin. Se ei voi olla syrjivää tai mielivaltaista. Maankäyttö- ja rakennuslain 39 § käsittelee yleiskaavan sisältövaatimuksia. Sen mukaan yleiskaavaa laadittaessa on otettava huomioon mm. kunnan elinkeinoelämän toimintaedellytykset, ympäristöhaittojen vähentäminen, rakennetun ympäristön, maiseman ja luonnonarvojen vaaliminen sekä virkistykseen soveltuvien alueiden riittävyys.

Maankäyttö- ja rakennuslain 41 §:n 1 momentin mukaan yleiskaavamääräykset voivat muun ohessa koskea maankäytön ja rakentamisen erityistä ohjausta tietyllä alueella sekä haitallisten ympäristövaikutusten estämistä tai rajoittamista. Siinä ei kuitenkaan voida kieltää tiettyntyyppistä elinkeinotoimintaa, kuten kaivostoimintaa.²¹ Lisäksi on selvää, että riippumatta siitä, luodaanko yleiskaavalla kaavallisia edellytyksiä kaivostoiminnalle vai painotetaanko kaavassa enemmän muita alueidenkäyttöintressejä, on kaavan aina maankäyttö- ja rakennuslain 9 § mukaan perustuttava riittäviin selvityksiin.²² Lisäksi on tämän lausunnon kannalta keskeistä, ettei yleiskaava saa maankäyttö- ja rakennuslain 39 §:n mukaan aiheuttaa maanomistajalle tai muulle oikeuden haltijalle kohtuutonta haittaa. Kaivosyhtiö voi olla maanomistaja tai sillä voi olla käyttöoikeus alueeseen.

Ismo Pölönen on kuvannut hyvin kaivoslain mukaista lupajärjestelmää:

Mikäli alkuvaiheen etsintätyössä tietty alue osoittautuu potentiaalisesti kaivosalueeksi, toiminnanharjoittaja (yleensä malminetsimiseen erikoistunut yritys) etenee tutkimustyössä hakemalla malminetsintälupaa. Malminetsintälupa antaa oikeuden jokamiehenoikeuden kaltaista etsintätyötä laajempiin ja vaikutuksiltaan suurempiin tutkimustoimenpiteisiin. Sitä haetaan etusija-aseman hankkimiseksi alueen malmien hyödyntämiseen. Malminetsintäluvan haltijalla on etuoikeus kaivoslupaan (Kaivoslain 32.2 §). Malminetsintälupaa voi edeltää varaus, joka tehdään malminetsintälupahakemuksen valmistelua varten. Vasta kaivoslupa mahdollistaa hyödyntämään kaivosalueella tavattuja kaivosmineraaleja ja kaivostoiminnan sivutuotteita. Kaivoslupa oikeuttaa lisäksi malminetsintään kaivosalueella. [viittaukset poistettu]²³

²¹ KHO 2019:67. Katso myös Susanna Wähä, Oikeustapauskommentti KHO 2019:67 – yleiskaavamerkinnot – kaivostoiminnan kieltäminen, Edilex. Julkaistu myös RY Rakennettu ympäristö -lehdessä 3/2019.

²² Ismo Pölönen, Kaivokset kaavoissa – kunnanharkintavalta yleiskaavoituksessa kaivostoiminnan ohjauksen näkökulmasta, *Oikeus* 2016 (45); 1: 70–91.

²³ Ismo Pölönen, Paikallisten osallistumisoikeudet malminetsintä- ja kaivoslupavaiheissa – uuden kaivoslain arviointia, *Ympäristöjuridiikka* 2/2012 s. 70–105.

Malminetsintälupa ei automaattisesti tarkoita sitä, että investoijalle myönnetään myös kaivoslupa. Kaivoslupa ja tätä koskeva hakemus ovat malminetsintäluvasta erillisiä. Malminetsintälupa merkitsee ainoastaan etuoikeutta mahdolliseen kaivoslupaan (kaivoslain 32 §). Pelkkä malminetsintälupa ei siis voi luoda olettaa myöhemmin haettavan kaivosluvan myöntämisen suhteen. Jo nykyisen lainsäädännön puitteissa toimiessaan huolelliselta sijoittajalta voidaan odottaa tietoisuutta siitä, että kaavallisten edellytysten puuttuminen estää lähtökohtaisesti kaivosluvan saamisen ja kunnan harkintavalta on tässä suhteessa ydinasemassa.

On myös mahdollista, että kaivosyhtiön ja kunnan välille on solmittu maankäyttö- ja rakennuslain 91 b §:n mukainen maankäyttösopimus. Maankäyttösopimuksissa kunta ja maanomistaja sopivat maanomistajan omistaman alueen kaavoituksen käynnistämisestä sekä kaavan toteuttamiseen liittyvistä osapuolten välisistä oikeuksista ja velvoitteista. Sillä ei kuitenkaan voida kuitenkaan sitovasti sopia kaavojen sisällöstä. Maankäyttösopimus voidaan osapuolia sitovasti tehdä vasta sen jälkeen, kun kaavaluonnos tai -ehdotus on ollut julkisesti nähtävillä.

Maankäyttösopimuksessa ei siis voida sopia kaavan sisällöstä. Maankäyttösopimuksen ja kunnan mahdollinen myötämielinen asenne kaivostoiminnan käynnistämiseen eivät voi luoda huolelliselle sijoittajalle olettaa kaavoituksen sisällöstä. Kumpikaan näistä ei velvoita kunnanvaltuustoa hyväksymään tietynsisältöistä asemakaavaa.²⁴

Samalla tavoin kuin maankäyttösopimus, ei myöskään mahdollinen kaavoituksen käynnistämissopimus velvoita kuntaa hyväksymään kaavaa taikka sido mahdollisen kaavan sisällön suhteen. Kaavoituksen käynnistämissopimuksessa sovitaan yleensä vain kaavoituksen käynnistämisestä ja siihen liittyvistä ehdoista kuten kustannuksen jaosta. Myöskään kaavoituksen käynnistämissopimus ei voi luoda perusteltua olettaa kaavoituksen sisällöstä.

47 §:ään ehdotetun muutoksen ja sen merkityksen arvioinnissa on myös huomioitava, että 47 §:n mukainen vaihtoehto kaavoituksen korvaamisesta muilla riittäväillä selvityksillä oli jo aikaisemmin tulkinnallisesti epäselvä vaihtoehto. Näin oli sekä menettelyn käyttömahdollisuuksien ja sisällön osalta. Pölönen onkin arvioinut sen käytännön soveltamismahdollisuuksien olleen varsin suppeita.²⁵

²⁴ Katso tapaus KHO 2016:116.

²⁵ Ismo Pölönen, Kaivokset kaavoissa – kunnan harkintavalta yleiskaavoituksessa kaivostoiminnan ohjauksen näkökulmasta, *Oikeus* 2016 (45); 1: 70–91.

Hänen mukaansa kaivoslain 47 § merkitsee jo nyt käytännössä sitä, ettei kaivoshankkeille voida myöntää kaivoslupia ilman kaavallisten edellytysten olemassaoloa. Tämän lisäksi on myös huomioitava, että kaivoslaki työryhmän kokouksessa 23.10.2020 esitetyn hallituksen esityksen luonnoksen mukaan 'Valtaosa nykyisistä kaivoksista perustuu jo nykyiseltään kuntakaavaan, jolloin vaikutukset toiminnassa olevien kaivosten kannalta jäävät vähäisiksi.'²⁶ Tämä tukisi tulkintaa, jonka mukaan ehdotettu 47 §:ää koskeva muutos ei ole sillä tavoin merkittävä, että se vaikuttaisi kaivoslain CETA-sopimuksen mukaisuuteen.

Samalla tavalla on huomattava, että uusien kaivoshankkeiden kohdalla investoijalla on tieto kaavoituksen keskeisestä merkityksestä kaivosluvan edellytyksenä. Kunnan kaavoitustoimintaan liittyvä sääntely ja siihen liittyvä harkintavalta on selvää ja helposti myös huolellisen investoijan selvitettävissä.

Ehdotetut muutokset 47 §:ään ja kaavoituksen merkitykseen eivät siis itsessään ole CETA-sopimuksen vastaisia.

5.3 Kaivoslaki Nyt –kansalaisaloitteeseen liittyvässä eduskunnan talousvaliokunnan mietinnössä esiin nostetut kysymykset

Lausunnossa on pyydetty myös ottamaan huomioon eduskunnan talousvaliokunnan mietintö Kaivoslaki Nyt –kansalaisaloitteesta (TaVM 7/2020 vp) ('mietintö') ja siinä esitetyt huomiot CETA-sopimuksen vaikutuksesta kaivoslainsäädäntöön ja esittämään arvio mietinnössä esiin nostetuista seikoista.

Kuten mietinnössä todetaan, malminetsintä ja kaivosteollisuus ovat pitkäjänteistä, etupainotteisia investointeja vaativaa toimintaa, jossa keskeinen merkitys on vakaalla toimintaympäristöllä. Tämä koskee niin toiminnan taloudellisia kuin oikeudellisia edellytyksiä.

Mietinnössä todetaan, että *'kaivosluvan myöntämisen esteitä koskeva sääntely tiukentuisi. Tämä voisi merkitä luvan myöntämisen epäämistä tilanteissa, joissa kaivosyhtiöillä jo on nykyisen lainsäädännön perusteella myönnetty malminetsintälupa.'*

²⁶ Saatavana osoitteessa <https://tem.fi/kaivoslakityoryhman-kokousaineistot> (26.8.2021).

Vakiintuneen investointioikeudellisen oikeuskäytännön mukaan investoija ei voi olettaa, että lainsäädäntö pysyy muuttumattomana. Valtiolla on oikeus säädellä sitä toimintaympäristöä, jossa kaivostoiminta tapahtuu. CETA-sopimuksen 8.9 artiklassa on myös erikseen painotettu valtion sääntelyoikeutta. Kaivosluvan edellytykset on määritelty kaivoslaissa selkeästi ja ennakoitavasti ja lupaharkinta on luonteeltaan oikeusharkintaa. Nyt esitetyt muutosehdotukset eivät poista näitä lähtökohtia.

'CETAn mukainen arviointi ei sisällä ympäristöperusoikeuden kaltaisia näkökohtia, joilla olisi investointisuojaaja vastaava painoarvo.' Tämä on sinällään totta, koska investointisuojan tarkoitus on suojata investointeja. Tästä ei kuitenkaan voida suoraan vetää johtopäätöstä, jonka mukaan ympäristönsuojelun tärkeyttä ei olisi CETA-sopimuksessa huomioitu. Päinvastoin, CETA-sopimuksessa on painotettu valtion oikeutta antaa ympäristönsuojelua koskevaa lainsäädäntöä enemmän kuin useimmissa muissa investointisuojasopimuksissa.

'CETA-sopimuksen on lisäksi arvioitu tarjoavan investoijalle perustuslain säännöksiä kattavampaa omaisuuden suojaaja: perustuslakivaliokunnan käytännössä tiettyjä rajoituksia on arvioitu omaisuuden suojan sijasta omaisuuden käyttörajoituksina, ja toisaalta perustuslain turvaama omaisuuden suoja ei edellytä minkä tahansa käyttörajoituksen korvaamista eikä sen lähtökohtana myöskään ole täyden korvauksen periaate.' CETA-sopimuksessa luotu omaisuudensuojaaja koskeva sääntelykehikko vastaa hyvin pitkälle Suomen oikeusjärjestyksen ja eurooppaoikeuden investoijalle takaamaa omaisuuden suojaaja. Siinä tilanteessa, että valtion katsottaisiin rikkoneen CETA-sopimuksen mukaista investointien suojaaja, korvaus määräytyisi CETA-sopimuksen mukaisesti. Kansalliset vastuunrajoitukset tai korvausmäärää koskevat rajoitukset eivät sitoisi tuomioistuinta.

'CETAn investointisuojaasäännöillä voidaan arvioida olevan sitä suurempi merkitys, mitä enemmän muutokset vaikuttaisivat toimintansa jo aloittaneiden kaivosyhtiöiden asemaan.' Esitetty pitää paikkansa. CETA-sopimuksen mukaisen investointisuojan tarkoitus on suojata tehtyjä investointeja. Näin mahdollisuus riitauttaa kansallinen lainsäädäntö tai soveltamistoimi koskee erityisesti jo tehtyjä investointeja. Tästä syystä kaivosluvan myöntämisen, epäämisen tai peruuttamisen tuleekin perustua lakiin eikä lain soveltaminen voi olla mielivaltaista tai syrjivää.

'CETA-tuomioistuin kuitenkin painottaa väistämättä investoijan omaisuuden suojaaja muiden näkökohtien sijaan, sillä tämä on investointisuojaasääntöjen perustarkoitus.' Tämä pitää sinällään paikkansa, koska investointeja koskevan osuuden tarkoitus on suojata investointeja.

Investointituomioistuin soveltaa CETA-sopimuksen investointisuoja koskevaa sääntelyä. Uudemmissa investointisuoja sopimuksissa on usein kuitenkin nostettu esiin myös muita kuin investointien suojaan suoraan liittyviä tavoitteita. Asiaa arvioitaessa on huomioitava sekä investointioikeudellisissa ratkaisuissa todettu lähtökohta, jonka mukaan valtiolla on oikeus säädellä, että CETA-sopimuksen selkeä tarkoitus suojata valtion oikeus säätää lakeja, jolla pyritään turvaamaan kansanterveyden, turvallisuuden, ympäristön tai yleisen moraalin suojeleminen.