HELSINGIN YLIOPISTO
HELSINGFORS UNIVERSITET
UNIVERSITY OF HELSINKI

19 marraskuuta 2015

Eduskunnan Ulkoasiainvaliokunnalle

Lausunto

Asia: Komission sopimusehdotus siitä, miten investointisuojaa ja riidanratkaisua (ISDS) koskevat määräykset ehdotetaan sisällytettäviksi EU:n ja sen jäsenvaltioiden sekä Yhdysvaltain välisiin kauppa- ja investointisuojaneuvotteluihin (TTIP-neuvottelut) ja muihin EU:n vapaakauppasopimuksiin

1. Syntynyt tilanne.

EU:n ja Yhdysvaltain väliseen vapaakauppasopimuksen ehdotettu riitojen ratkaisujärjestelmä synnytti vuosien 2013-15 aikana Euroopassa ja Yhdysvalloissa voimakkaan kansalaisliikkeen. Niin sanotun ISDS (”investor-state dispute settlement”) – järjestelmän katsottiin olennaisesti puuttuvan julkisen vallan säätelyoikeuteen keskeisillä yhteiskuntaelämän aloilla. Järjestelmä olisi antanut yksityiselle amerikkalaissijoittajalle oikeuden viedä tämän asemaan vaikuttava lainsäädäntö, viranomaistoimi ja tuomioistuinratkaisu kansainväliseen välimiesmenettelyyn, jossa valtiolta olisi voitu vaatia suuria korvauksia sijoittajan saamatta jääneestä voitosta. Tämä olisi voinut aiheuttaa . ns. ”regulatory freeze” –ilmiön – kansallisen säätelyn ainakin osittaisen ”jäädyttämisen” siihen tilaan, jossa se oli sijoittajan tullessa maahan. Kritiikki kohdistui sekä menettelyllisiin että sisällöllisiin näkökohtiin: Miksi korkeatasoiset eurooppalaiset ja amerikkalaiset tuomioistuimet haluttiin syrjäyttää? Miksi amerikkalaiset sijoittajat asetettaisiin kotimaisia (tai EU:n) sijoittajia parempaan asemaan? Miksi näille annettaisiin valitusoikeus viranomaisten, ml tuomioistuinten päätöksistä, muttei kotimaisille toimijoille? Välimiehet valittaisiin pienestä

Erik Castrén Institute of International Law and Human Rights

P.O. Box 4 (Yliopistonkatu 3), 00014 University of Helsinki
Telephone +358 9 191 23140, Telefax +358 9 191 23076
E-mail firstname.surname@helsinki.fi, intlaw-institute@helsinki.fi
www.helsinki.fi/eci

kansainvälisistä asiantuntijajoukosta, jotka toimivat (toisin kuin tuomarit) ilman virkavastuuta. Mitä päätöksissä noudatettava ”reilun pelin” (”fair and equitable treatment”, FET) kohtelu oikeastaan merkitsi? Käytäntö oli osoittanut (ISDS-ratkaisuja on kansainvälisesti tehty noin 370 kappaletta) että ratkaisut ovat usein ristiriitaisia ja huonosti perusteltuja. Kaupallisiin tarkoituksiin kehitetty välimiesmenettely ei soveltunut julkishallinnon toimien arvioimiseen. Se oli usein ei-julkista ja tapahtui ulkomaisten huippulakimiesten välisenä prosessina. Miten nämä saattoivat arvioida kansallisen säätelyn legitiimisyyttä? Paljon julkisuutta saaneet Philip Morrisin ja Vattenfall- yhtiön miljardikanteet osoittivat järjestelmän puuttuvan epäoikeudenmukaisesti valtion terveydenhuolto-, ympäristö- ja energiapolitiikkaan.

Komissio avasi kesällä 2014 julkisen kuulemisen asiasta. Lähes 150.000 eurooppalaistahoa ilmaisi mielipiteensä suunnitellusta järjestelmästä. Lausunnoista yli 90 % oli ehdotukselle osin tai täysin kielteisiä.[1] Niinpä komissaari Malmström totesi esitellessään toukokuussa 2015 komission uuden, nyt käsittelyssä olevan ehdotuksen, ettei vanhalla ISDS-järjestelmällä ollut EU:ssa kannatusta. Huoli kansallisen lainsäädännön asemasta oli suuri, eikä ISDS-menettelyn tasapuolisuuteen luotettu. Hän halusi kehittää uuden, ”modernin” investoitusuojan järjestelmän.

2. Uuden esityksen pääkohdat

Uudessa esityksessä perustetaan investointituomioistuin, johon valutaan pysyvät jäsenet ja jonka päätöksistä on valitusoikeus. Menettely on avointa ja sovellettavaa ””FET”-standardia on täsmennetty olennaisesti. Samoin on täsmennetty valtiolle kuuluvaa säätelyoikeutta sekä kiistanalaista ”epäsuoran pakko-oton” käsitettä. Täsmennykset seuraavat Kanadan kanssa neuvoteltuun CETA-sopimukseen otettuja määräyksiä. Niillä puututaan olennaisesti ISDS-menettelyn kiistanalaisiin kohtiin. Esityksen pääkohdat on yksityiskohtaisemmin esitelty UM:n perusmuistiossa 08.10.2015

Mutta niillä ei poisteta yksityisen sijoittajan ja valtion väliseen menettelyyn liittyvää olennaisinta ongelmaa.

3. Uuden esityksen puutteet

[1] Ks http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf

Vaikka komission uusi esitys vastaakin moniin alkuperäiseen esitykseen kohdistetuista kritiikeistä, ei se poista siihen sisältyvää pääongelmaa – siis ulkomaisen (tässä tapauksessa amerikkalaisen) sijoittajan neuvotteluvoiman olennaista vahvistamista suhteessa jäsenvaltioon ja kotimaisiin taloudellisiin toimijoihin. Amerikkalainen sijoittaja voi edelleen vaatia, että ellei valtion tai kunnan viranomainen ota huomioon amerikkalaisen sijoittajan näkökohtia valmistellessaan uutta lakia tai viranomaistointa (esimerkiksi terveydenhuollon, teollisuuspolitiikan tai ympäristönsuojelun alalla), tämä tulee haastamaan viranomaisen perustettavaan investointituomioistuimeen. Menettely on edelleen yksipuolinen ja kallis. EU tai jäsenvaltio ei edelleenkään voisi kohdistaa kannetta sijoittajaan. Kanneoikeutta ei myöskään ole suomalaisella tai muulla EU:n sijoittajalla. *Amerikkalainen toimija asetetaan olennaisesti EU:n toimijaa parempaan asemaan*. Myös tuomioistuimen sovellettava oikeus tulee poikkeamaan kansallisesta ja EU:n oikeudesta. Reilun kohtelun periaate" ("fair and equitable treatment, FET") on edelleen yleisluontoinen ja epämääräinen standardi joka kansainvälisessä välimieskäytännössä on tullut merkitsemään mitä erilaisimpia asioita ja johtanut toisistaan poikkeaviin ratkaisuihin. Täsmennyksetkään eivät poista "creative lawyering" –ongelmaa – siis sitä, että tekstiä voidaan kumminkin käyttää julkisen vallan toimiin puuttumiseksi tavalla joka on epätasapuolinen ja epädemokraattinen.

4. Kannanotto

Uudenkin esityksen ytimessä on pyrkimys ratkaista investointeja koskevat riidat muualla kuin kansallisessa menettelyssä. Sen seurauksena amerikkalaisia sijoittajia tultaisiin kohtelemaan Eurooppalaisia sijoittajia paremmin. Vaikka investoijan ja valtion oikeuksia ja velvollisuuksia koskevat määräykset on kirjoitettu entistä paremmin, ei vieläkään ole esitetty hyvää syytä sille, miksei valtiossa toimivan sijoittajan ja valtion elinten väliset oikeusriidat voitaisi parhaiten ratkaista muualla kuin kansallisissa tuomioistuimissa.

Missään vaiheessa ei ole edes esitetty että eurooppalainen tai amerikkalainen oikeuskäytäntö olisi rakenteellisesti ulkopuolisia syrjivää. Päinvastoin, kaikki tietävät, että amerikkalainen ja eurooppalainen oikeuskäytäntö on yleisesti korkeatasoista ja puolueetonta. Esityksen tavoitteena on vain vapauttaa kansainvälinen sijoitustoiminta sijoitusten

kohdemaiden julkisesta vallasta. (Huoli puolueettomuuden tai asiantuntemuksen puutteesta koskee itse asiassa vain eräitä uusia EU:n itäisiä jäsenvaltioita).

Parhaana ratkaisuna on pidettävä sitä, että seurattaisiin *Australian ja Yhdysvaltain vuonna 2005 tekemää sopimusta*, jossa osapuolet ilmaisivat luottamuksensa toistensa tuomioistuinten kykyyn ratkaista tällaiset riidat.[2] Erityisessä tilanteessa valtiot kuitenkin voisivat sopia että riita ratkaistaisiin perinteisessä valtioiden välisessä välimiesmenettelyssä.

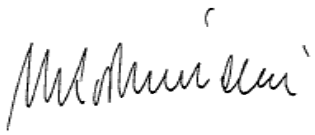
Mikäli tuomioistuin kaikesta huolimatta haluttaisiin perustaa, tulisi luonnosta korjata seuraavasti:

1) Luonnokseen tulisi ottaa kansallisten oikeuskeinojen käyttö (ns, exhaustion of local remedies) –sääntö. Kotimaisille elimille tulisi varata aina ensisijainen mahdollisuus arvioida sitä, rikkoko julkisen vallan toimi valtion sijoittajaan kohdistuvia velvoitteita;
2) Luonnokseen tulisi ottaa määräys, jonka mukaan asianomaiset valtiot voisivat niin halutessaan estää kanteen käsittelyn kansainvälisessä elimessä ja ohjata sen yksinomaan kansalliseen menettelyyn, milloin kysymys on kansallisen lain tai viranomaispäätöksen tulkinnasta;
3) Mikäli on pelkoa kansallisen tuomioistuimen luotettavuudesta, voisi sijoittaja tai tämän kotivaltio erillisellä sopimuksella kuitenkin saattaa yksittäistapausta koskevan riidan kansainväliseen elimeen;
4) Luonnoksessa tulisi määrätä, että sopimuspuolet voivat tuomioistuinta sitovasti ja menettelyn missä tahansa vaiheessa määrittää, mitä luonnoksen eri termit tarkoittavat;
5) Luonnokseen tulisi sisällyttää sekä EU:n että Yhdysvaltain elinten hyväksymä periaate, jonka mukaan ulkomaiselle sijoittajalle ei saisi tarjota parempaa suojaa kuin mitä korkeatasoinen kotimainen lainsäädäntö tarjoaa jo nyt. Periaate on ilmaistu EUn asetuksessa 912/2014 (23/7/2014) seuraavasti:

> "Unionin sopimuksissa olisi tarjottava ulkomaisille sijoittajille sama korkea suojelun taso muttei kuitenkaan korkeampaa suojelun tasoa kuin se, joka unionin lainsäädännössä ja jäsenvaltioiden lainsäädännön yhteisissä yleisissä periaatteissa tarjotaan unionista

[2] Ks. https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/australian-fta/final-text

peräisin oleville sijoittajille. Unionin sopimuksissa olisi huolehdittava siitä, että unionin lainsäädäntövaltaa ja sääntelyoikeutta kunnioitetaan ja että ne turvataan". (Johdanto 4. Kpl)



Martti Koskenniemi, FBA

Akatemiaprofessori (Helsingin yliopisto)